

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ARBITRAL DE

CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P

contra

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., 11 de abril de dos mil veintitrés (2023)

Surtida como se encuentra la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitraje profiere en derecho el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P**, como convocante, y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS**, como convocada, en razón del contrato de Concesión No. 344 de 2010 (en adelante el “**CONTRATO**”).

I. ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO

El día veinticuatro (24) de septiembre de dos mil diez (2010) el **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS**, suscribieron el contrato de Concesión No. 344¹, cuyo objeto era la administración, operación y mantenimiento integral del relleno sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C. en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, con alternativa de aprovechamiento de los residuos.

2. EL PACTO ARBITRAL

En la Cláusula Trigésima Novena del Contrato se pactó lo siguiente:

“En caso que las partes no se pongan de acuerdo sobre las controversias surgidas con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del contrato, acuerdan que estas controversias se resolverán por un Tribunal de Arbitramento el cual tendrá como sede de funcionamiento el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y en todos sus aspectos se regirá por la normatividad aplicable al mismo. Este Tribunal se sujetará a las siguientes reglas:

- 1. Estará integrado por tres (3) árbitros designados por las partes de común acuerdo. En caso de que no fuere posible, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes.*

¹ Ver folio 62 a 98 del cuaderno de pruebas número 1 (físico).

2. *El Tribunal decidirá en derecho".*

3. PARTES PROCESALES

3.1. PARTE CONVOCANTE:

Actúa como convocante la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P** (en adelante **CGR DOÑA JUANA**), identificada con NIT número 900.383.203-6, representada legalmente por el doctor **MAURICIO BERNAL MARCUCCI**.

3.2. PARTE CONVOCADA:

Es convocada la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS** (en adelante **UAESP**), identificada con NIT número 900.126.860-4 representada legalmente por su Directora General, quién al momento de la presentación de la demanda era la doctora Luz Amanda Camacho Sánchez.

4. ETAPA INICIAL.

4.1. En cumplimiento de los requisitos formales y actuando por intermedio de apoderado judicial, **CGR DOÑA JUANA**, el diecinueve (19) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral en contra de la **UAESP**, con ocasión del contrato de concesión No. 344 de 2010.

4.2. De conformidad con lo pactado por las partes, y de común acuerdo, se designaron como árbitros a los doctores **ALBERTO YEPES BARREIRO**,

RODRIGO ANTONIO DURÁN BUSTOS y **RODRIGO NOGUERA CALDERÓN**, quien en el curso del proceso fue remplazado por el doctor **LUIS ARTURO DE BRIGARD CARO**.

4.3. En audiencia llevada a cabo el veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020), se declaró legalmente instalado el Tribunal Arbitral y a continuación, mediante auto No. 2, se admitió la demanda y se corrió traslado a la convocada por el término legal.²

4.4. Dentro del término previsto para el efecto el apoderado de la **UAESP** contestó la demanda³ y adicionalmente formuló objeción al juramento estimatorio y demanda de reconvención⁴.

4.5. Por auto No. 5 el Tribunal admitió la demanda de reconvención y corrió traslado a la convocada⁵ quien oportunamente la contestó.⁶

4.6. De las excepciones formuladas así como de las objeciones al juramento estimatorio se corrió el traslado respectivo, oportunidad en la cual ambas partes se pronunciaron.

4.7. El cuatro (04) de octubre de dos mil veinte (2020) **CGR DOÑA JUANA**, presentó reforma a la demanda la cual fue admitida y contestada oportunamente por la convocada⁷.

² Ver folios 95 a 98 del cuaderno principal 1.

³ Ver folio 123 a 244 del cuaderno principal número 1.

⁴ Ver folio 245 a 361 del cuaderno principal número 1.

⁵ Ver folio 361 a 364 del cuaderno principal número 1.

⁶ Ver archivo 51 del cuaderno principal número 2.

⁷ Ver archivo 65 cuaderno principal número 2.

4.8. El primero (1º) de marzo de dos mil veintiuno (2021) la **UAESP** reformó la demanda de reconvención⁸, la cual una vez admitida fue contestada oportunamente⁹.

4.9. El día veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021) se surtió la audiencia de conciliación, la cual mediante auto número veintidós (22) se declaró fracasada y se dio orden de continuación al trámite del proceso¹⁰.

4.10. El dos (2) de mayo de dos mil veintiuno (2021) los representantes del Ministerio Público solicitaron la vinculación al trámite, como litisconsorte necesario, de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico¹¹, la cual fue negada.

5. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

5.1. LOS HECHOS DE LA REFORMA A LA DEMANDA¹²

Las alegaciones de hecho en las que la convocante apoya sus pretensiones bien pueden compendiarse del siguiente modo:

5.1.1. La **UAESP** ordenó abrir Licitación Pública 001 de 2010 para seleccionar al concesionario encargado de la administración, operación y mantenimiento integral del Relleno Sanitario Doña Juana.

5.1.2. Entre las condiciones de la licitación, establecidas por la **UAESP**, se encontraba que la forma de remuneración del concesionario sería de la

⁸ Ver archivo 75 cuaderno principal número 2.

⁹ Ver 90. Contestación a la demanda de reconvención reformada

¹⁰ Ver archivo 108 cuaderno principal número 2.

¹¹ Ver archivo 206 cuaderno principal número 5.

¹² Ver folios 405 a 451 del cuaderno principal número 1.

siguiente manera:

- *Para la disposición final de residuos sólidos, con base en la fórmula del Costo de Disposición Final y Tratamiento – CDT prevista en la Resolución CRA 351 de 2005, y*
- *Para el tratamiento de lixiviados, una tarifa de contrato estructurada ad hoc, en virtud de lo previsto en el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 – Régimen de los servicios públicos domiciliarios*

5.1.3. Antes de iniciarse la Licitación Pública No. 001 de 2010, la **UAESP** presentó ante la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR) un Plan de Cumplimiento también denominado “Plan de Choque” necesario para atender los requerimientos de la planta de tratamiento de lixiviados, el cual tenía previsto finalizarse con posterioridad al inicio de la ejecución del Contrato de Concesión No. 344 de 2010, no obstante lo cual esa información no se introdujo en la licitación.

5.1.4. El costo de la optimización de la planta de tratamiento de lixiviados no se definió ni se cuantificó y la **UAESP** no estimó el valor del riesgo que asignó al concesionario en la Licitación Pública No. 001 de 2010.

5.1.5. El monto de las inversiones necesarias para la optimización de la planta de tratamiento de Lixiviados es cerca de 50 mil millones de pesos, el cual supera el alea normal de dicho riesgo.

5.1.6. La licitación pública 001 de 2010 se le adjudicó a CGR DOÑA JUANA y el 24 de septiembre de 2010 se suscribió el Contrato de Concesión No. 344 entre la **UAESP** y esa sociedad.

5.1.7. En el contrato de Concesión se replicaron las condiciones del pliego, incluyendo la cláusula séptima sobre tarifas para la actividad de disposición de residuos sólidos y para el tratamiento de lixiviados, y la cláusula novena en la que se definió la forma de pago de la remuneración pactada.

5.1.8. El 16 de septiembre de 2010 se suscribió entre las partes el Acta de Inicio para la ejecución del Contrato, la cual inició con base en las condiciones y anexos, principalmente con la Licencia Ambiental, la cual es la Resolución 2211 de 2008, el estudio de Impacto Ambiental y la Resolución 724 de 2010.

5.1.9. La **UAESP** previó descuentos frente a las tarifas de disposición final y tratamiento de lixiviados al regular el Cálculo del Puntaje por la oferta económica del pliego de condiciones, a pesar de que la regulación vigente en el momento de estructurarse la licitación pública no preveía aplicación de ningún descuento sobre las tarifas de las actividades que componen el servicio de aseo público.

5.1.10. **CGR DOÑA JUANA** ofreció el 10% de descuento sobre el costo de la disposición final y 10% sobre el costo de tratamiento de lixiviados, lo cual reducía en igual proporción la remuneración que vía tarifa percibiría el concesionario adjudicatario.

5.1.11. **CGR DOÑA JUANA**, de acuerdo con las condiciones fijadas por la UAESP, inició operaciones en el marco del contrato de concesión, tomando en consideración requerimientos propios de un relleno sanitario teórico tipo 1 -RSU 1.

5.1.12. Después de que **CGR DOÑA JUANA** realizara en campo las primeras mediciones y análisis correspondientes a la escala de operación del Relleno Sanitario Doña Juana, advirtió una constante durante los primeros meses de ejecución, que consistía en que a diferencia de lo esperado para un relleno sanitario teórico tipo 1 - RSU 1 con una capacidad teórica de disposición de 1.280 toneladas/día (utilizado por la **UAESP** para fijar las condiciones de la concesión), la escala real de operación del Relleno Sanitario Doña Juana arrojó un resultado cierto de 5.986 toneladas/día, esto es, 4.6 veces más frente a la capacidad teórica estimada por la **UAESP** para un RSU1.

5.1.13. La ejecución contractual permitió al Concesionario notar que la forma de remuneración de actividades de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados no alcanzaba a cubrir la totalidad de costos que implicaban las obligaciones contractuales y ambientales, emitidas por la licencia.

5.1.14. Se detectó que la remuneración definida por la **UAESP** presentaba problemas en su fórmula de remuneración de actividad de disposición de residuos sólidos, y para la tarifa de tratamiento de lixiviados, por lo que la remuneración, conforme al esquema tarifario fijado por la **UEASP**, resultó insuficiente.

5.1.15. Por conducto de la interventoría se puso en conocimiento de la **UAESP** la situación del sistema de tratamiento de lixiviados y los problemas ocasionados por la aparición de mayores volúmenes e inexistencia de permiso de vertimientos, el cual no fue tramitado.

5.1.16. El 27 de diciembre de 2011, la **UAESP** y el Concesionario suscribieron un Acta en la que dejaron constancia del déficit que generaba el sistema de tratamiento de Lixiviados del Relleno Sanitario Doña Juana, situación que no se contempló en la etapa de planeación del proyecto.

5.1.17. En junio de 2016 se consignaron en otra Acta aspectos y elementos que no fueron entregados y no se encontraban en estado funcional, dejándolos reseñados como pendientes por parte de la **UAESP**, indicando que afectaban de forma generalizada la operación de componentes del Relleno Sanitario Doña Juana.

5.1.18. En la interventoría UT Inter DJ y en la Administración Distrital 2012-2015, **CGR DOÑA JUANA** no encontró atención para la solución de los problemas, pues cada vez que intentaba plantearlos obtenía respuestas hostiles acompañadas de amenazas con declarar la caducidad del Contrato No. 344 de 2010.

5.1.19. La metodología vigente al momento de estructurar la remuneración del concesionario, establecida en el “Pliego de Condiciones” que sirvió de base para estructurar su forma de pago, no se actualizó conforme a lo dispuesto en la ley ni se adoptó medida alguna frente a ello.

5.1.20. El esquema tarifario fijado por la **UAESP** no se ajustaba a la escala de operación real del Relleno Sanitario Doña Juana ni permitía ejecutar las obligaciones contractuales, así como tampoco las previstas en la licencia ambiental, por lo que **CGR DOÑA JUANA** se vio obligado a efectuar aportes adicionales, a tomar préstamos y a acudir a mecanismos

de financiación bancaria y no bancaria, las cuales cobraban altas tasas de interés.

5.1.21. Para el Banco Itaú y el Banco de Occidente el convocante dejó de ser sujeto de crédito y tuvo que acudir a fuentes de financiamiento no convencionales como la financiación con proveedores, a lo que se le sumaron los intereses moratorios derivados de las obligaciones con la DIAN y con la Secretaria de Hacienda Distrital, menoscabando sus finanzas.

5.1.22. **CGR DOÑA JUANA** realizó todos los esfuerzos para operar el Relleno Sanitario Doña Juana, pero esto se vio afectado a raíz de la insuficiencia de ambas tarifas, por problemas con el anterior concesionario, y por deterioro de los equipos cuyos requerimientos técnicos no se estimaron por la **UAESP** al momento de disponer las condiciones de la contratación.

5.1.23. En el Laudo Arbitral proferido el 27 de septiembre de 2018, donde se dirimieron controversias entre las mismas partes, se concluyó que “eventualmente sería causal de desequilibrio económico”.

5.1.24. El Concesionario se vio obligado a operar el Relleno sin contar con permiso de vertimientos vigente para el inicio de la concesión, en tanto el Sistema de Conducción y Tratamiento de Lixiviados no cumplía con las condiciones ambientales fijadas en ese momento por la CAR, debido a que la UAESP no efectuó dicha cesión afectando los trámites tendientes a la obtención del permiso de vertimientos.

5.1.25. CGR DOÑA JUANA no pudo solicitar la modificación o ampliación de la licencia ambiental proferida por la CAR en tanto la titular

de la misma continuó siendo la UAESP hasta mucho tiempo después de iniciar el contrato de concesión.

5.1.26. CGR DOÑA JUANA tuvo que implementar medidas contingentes para cumplir las condiciones previstas en la licencia ambiental vigente, exigiendo inversiones porque que la tarifa contractual prefijada por la UAESP no incorporó ningún rubro relacionado a ejecución de plan que garantizara la puesta a punto del Sistema de Conducción y Tratamiento de Lixiviados.

5.1.27. CGR DOÑA JUANA adelantó un modelo financiero que justificaba el incremento de la tarifa contractual de lixiviados usando lineamientos del modelo financiero de la Licitación Pública que dio origen al contrato 233 de 2010, el cual no tuvo acompañamiento por parte de la UAESP ni de la Interventoría UT Inter DJ.

5.1.28. El 27 de mayo de 2014, CGR DOÑA JUANA radicó ante la UAESP solicitud de modificación de la tarifa de tratamiento de lixiviados pretendiendo solventar la insuficiencia advertida durante la ejecución.

5.1.29. El 18 de junio de 2014 se expidió la Resolución No. 1351 de 2014, lo cual significó empeoramiento de las condiciones financieras de la concesión debido a nuevas actividades y obligaciones, excediéndose el esquema teórico que en un momento se tuvo en cuenta por la UAESP al fijar las condiciones financieras y tarifarias.

5.1.30. La modificación ambiental referida en la Resolución No. 1351 de 2014 fue impulsada por la UAESP y por la Interventora UT Inter DJ, e incluyó

la ejecución de nuevas acciones de orden ambiental, técnico y operativo sin considerar el costo e impacto económico en las finanzas del Concesionario.

5.1.31. El 17 de marzo de 2015, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible expidió la Resolución No. 0613, lo cual impuso nuevas obligaciones en materia de vertimientos que eran de obligatorio cumplimiento para el Concesionario, sin estar contempladas en el esquema tarifario de la concesión.

5.1.32. La CAR expidió Resolución No. 837 de 2015 la cual impuso cargas adicionales en cuanto a la calidad de las aguas vertidas al Rio Tunjuelo, implicando mayor esfuerzo financiero al concesionario. A pesar de esto, la UAESP rechazó la solicitud de ajuste de la tarifa contractual que el Concesionario había presentado.

5.1.33. El 9 de junio de 2015, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió un nuevo marco regulatorio en materia tarifaria de carácter general aplicable a cada una de las actividades del servicio público de aseo en Colombia, mediante Resolución CRA 720, la cual fue expedida diez años después de la última modificación al régimen tarifario que se había realizado en Resolución CRA 351 de 2005.

5.1.34. La Resolución CRA 720 revalidó el modelo de la anterior resolución, asociado a un relleno sanitario teórico con capacidad de disposición de 1.280 ton/día, con inobservancia de condiciones reales y frente a la remuneración del tratamiento de lixiviados, la tarifa pasó de \$3.271,43 por tonelada, a la suma de \$1.350,61 por tonelada, lo cual agravó

la situación financiera del concesionario.

5.1.35. Conforme a la cláusula 7(a) del Contrato, el valor imputable a la disposición final de residuos sólidos se determinaría según el Costo de Disposición Final que se establecería con base en el valor resultante de aplicar las previsiones contenidas en la Resolución CRA 351 de 2005 o con la resolución que la modificara.

5.1.36. El 27 de septiembre de 2016, la UAESP envió oficio 20161000119311 a CGR DOÑA JUANA señalando que debía darse estricta aplicación a lo establecido por la resolución 720 de 2015, sin pronunciarse sobre la remuneración aplicable a la actividad de tratamiento de lixiviados.

5.1.37. Posterior a un numeroso intercambio de comunicaciones entre CGR DOÑA JUANA y la UAESP que duró aproximadamente un año, la UAESP dio instrucción de aplicar la resolución CRA 720 en un todo sin adoptar medida alguna de mitigación ante la reducción de ingresos percibidos por el componente de tratamiento de lixiviados.

5.1.38. Desde el 1 de enero de 2017, de acuerdo con la cláusula séptima del contrato, y por la entrada en vigencia de la Resolución CRA 720 de 2015, CGR DOÑA JUANA aplicó nuevas tarifas de disposición final y tratamiento de lixiviados.

5.1.39. El 5 de diciembre de 2016 la UAESP notificó al concesionario la decisión de continuar aplicando los descuentos del 10% sobre el valor de costo de disposición final y de tratamiento de lixiviados, y manifestando su intención de prestar apoyo para tramitar el proceso de modificación de

costos ante la Autoridad Regulatoria a raíz de la insuficiencia tarifaria.

5.1.40. En 2016, la UAESP se mostró dispuesta a acompañar a CGR DOÑA JUANA ante la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico para solicitar modificación al régimen tarifario.

5.1.41. A finales del 2016, CGR DOÑA JUANA empezó a trabajar en estructurar una solicitud de modificación de costos económicos de la disposición final y tratamiento de lixiviados.

5.1.42. En mayo de 2017 se inició la presentación de resultados de la solicitud de modificación de los costos ante la UAESP, la Secretaria Distrital de Hábitat y la Alcaldía Mayor de Bogotá.

5.1.43. El 31 de agosto de 2017, la UAESP y la Alcaldía Mayor de Bogotá, advirtieron ante la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, que la solicitud era viable y pertinente, por la causal de “mutuo acuerdo”.

5.1.44. El 4 de septiembre de 2017, CGR DOÑA JUANA presentó al ente regulador la solicitud de modificación de los costos económicos de referencia de disposición final y de tratamiento de lixiviados para el caso específico y puntual del Relleno Sanitario Doña Juana, bajo la causal de mutuo acuerdo, trámite que fue acompañado por la UAESP, quien participó en reuniones técnicas, facilitó el suministro de información y compareció a la audiencia pública citada por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

5.1.45. Los bancos durante el trámite mencionado en el hecho anterior exigieron al Concesionario el cumplimiento de sus cargas financieras y finalmente concedieron un período de gracia de capital de un año.

5.1.46. El 25 de enero de 2018, la CRA profirió el Auto 001 de 2018 dando apertura al procedimiento administrativo único para el trámite de las modificaciones de carácter particular de las fórmulas tarifarias.

5.1.47. El 26 de febrero de 2018 se llevó a cabo audiencia pública con presencia de CGR DOÑA JUANA, la UAESP y la Secretaría de Hábitat Distrital.

5.1.48. El 19 de julio de 2018, la CRA, mediante Resolución CRA 843 de 2018, resolvió la solicitud de modificación en la que incrementó los costos económicos de referencia para el Relleno Sanitario Doña Juana por (i) disposición final de residuos sólidos y (ii) tratamiento de lixiviados, encontrando probadas, por lo demás, una serie de particularidades, las cuales no tuvo en cuenta la UAESP al momento de estructurar las condiciones contractuales y tarifarias que regirían la ejecución del contrato.

5.1.49. Cuando se expidió Resolución CRA 843 de 2018, se evidenció que las tarifas aplicadas desde un inicio fueron insuficientes, soportándose en los incrementos de costo de referencia, pues el tratamiento de lixiviados registró un incremento del 1026% y en disposición final de 96% frente a las tarifas de la Resolución CRA 720 de 2015. Con el ajuste de 2018, la tarifa de tratamiento de lixiviados pasó de \$2.577,71 a la suma de \$12.314,72 pesos y la de disposición de residuos sólidos pasó de \$12.525,78 a \$25.893,14.

5.1.50. La UAESP ha obstaculizado que CGR DOÑA JUANA entré en

etapa de regularización financiera con posterioridad al ajuste tarifario del 2018.

5.1.51. En 2014, las partes acordaron en el acta No. 01 que los residuos sólidos que llegaban mezclados con materiales de construcción al relleno se colocarían en un patio de separación y clasificación, mientras que los materiales de construcción se separaban de los residuos sólidos, luego de lo cual estos últimos se depositarían en la zona de disposición final al interior del RSDJ.

5.1.52. En mayo de 2019, la UAESP unilateralmente dejó de pagar las facturas emitidas por CGR indicando que no respetaría más lo acordado sobre la separación de los residuos mixtos, posición que persistía hasta la fecha de presentación de la reforma a la demanda.

5.1.53. Seis años después de haber suscrito el Acta No. 01 de 2014, la UAESP expresó que dicha acta era nula, ineficaz y provisional, pretensión que fue incluida en la demanda de reconvención.

5.1.54. Por actividades ejecutadas por GCR DOÑA JUANA, su respectiva remuneración enlistada en las facturas correspondientes a diciembre de 2019 hasta marzo de 2020, permanecen sin reconocer ni pagar por parte de la UAESP. Los valores insolutos correspondientes a las actividades realizadas por CGR DOÑA JUANA durante abril y mayo de 2020, quedaron sin facturar, y sin ser remuneradas.

5.1.55. La UAESP disminuyó la remuneración de CGR DOÑA JUANA, por presunta falta de cumplimiento de los indicadores de gestión, los cuales no

eran exigibles al concesionario. Además, el encargado de estimar el valor de las sanciones por indicadores de salud fue la Interventoría, quien tiene interés directo en la cuantía de las mismas lo cual implicó ausencia de transparencia en dicho proceso.

5.1.56. La UAESP continuó aplicando los indicadores de calidad contenidos en el apéndice 11 del contrato, en lugar de aplicar la Resolución CRA 720 de 2015, la cual estableció un único indicador de calidad asociado a la actividad de disposición final realizada por CGR DOÑA JUANA.

5.1.57. CGR DOÑA JUANA, desde la entrada en vigencia de la Resolución CRA 720 de 2015, solicitó a la UAESP realizar aplicación integral de dicha resolución.

5.1.58. CGR DOÑA JUANA en reiteradas ocasiones solicitó a la UAESP que las sumas de dinero descontadas con base en indicadores no autorizados ni contemplados en la Resolución CRA 720 de 2015, fueran reembolsadas, petición que no fue resuelta, manteniéndose los tres indicadores anteriores a esa norma.

5.1.59. Los indicadores de calidad contenidos en el apéndice 11 y el indicador de la Resolución 720 de 2015 se diferencian en que al aplicar los primeros la UAESP pudo configurar todo tipo de incumplimientos y sanciones, mientras que aplicando el segundo, no habría logrado configurar ninguno. No obstante, la UAESP persiste en aplicar los indicadores no contemplados en esa resolución.

5.1.60. El apéndice 11 del contrato de Concesión tiene previstas

sanciones desproporcionadas que llevan a un desequilibrio entre las partes, ocasionando insuficiencia financiera en CGR DOÑA JUANA.

5.1.61. La UAESP no consideró la circunstancia de que el Contrato se encontraba afectado financiera y económicamente por la insuficiencia de las tarifas, impidiendo atender las obligaciones de la misma forma en que se habrían atendido si los ingresos del Concesionario no estuviesen disminuidos en razón de las tarifas. Además, la UAESP optó por castigar al Concesionario disminuyéndole la remuneración.

5.1.62. Hubo varias solicitudes de CGR DOÑA JUANA frente a la situación de insuficiencia y déficit que se agravó con la aplicación de los descuentos, las cuales no fueron atendidas por la UAESP.

5.1.63. La UAESP ha incumplido sus obligaciones en materia ambiental, sobre maquinaria y equipos y sobre la duración pactada en el contrato.

5.1.64. En materia ambiental en cuanto a pondajes, el 6 de enero de 2011 el director Operativo de la UAESP requirió a CGR DOÑA JUANA efectuar las obras de mantenimiento y reparación del Pondaje II-2.

5.1.65. El 23 de marzo de 2011 CGR DOÑA JUANA dejó constancia de varias actividades pendientes para el inicio del término de ejecución del contrato a cargo de la UAESP, y específicamente para el Pondaje II, señaló que estaba pendiente una serie de inversiones y obras que no estaban a su cargo. Ante esa constancia la UAESP indicó que las actividades pendientes del Pondaje II-1 no eran responsabilidad de CGR DOÑA JUANA.

5.1.66. En el curso de la licitación, la UAESP precisó que las actividades u obras necesarias para resolver obligaciones ambientales pendientes las ejecutaría el nuevo operador, serían remuneradas por la UAESP, y se incluirían en la próxima adenda.

5.1.67. CGR DOÑA JUANA debió ejecutar las actividades y obras necesarias para habilitar el Pondaje II-2 y garantizar su capacidad de almacenamiento. Como consecuencia de ello presentó el informe de Reparación del Pondaje II-2 a la Interventoría y a la UAESP, y la factura No. 0129 por valor de \$260.058.174 pesos, la cual a la fecha de presentación de la reforma a la demanda no había sido pagada.

5.1.68. En materia de maquinaria y equipos, la UAESP, de acuerdo con el apéndice No. 1 del Pliego de Condiciones de la Licitación, se comprometió a entregar al adjudicatario la maquinaria en condiciones de normal funcionamiento y vida útil suficiente para acometer las actividades propias del proyecto. No obstante, no efectuó su entrega conforme a lo prometido.

5.1.69. Al iniciarse la ejecución del contrato, CGR DOÑA JUANA no pudo recibir por parte de la UAESP cuatro máquinas por estar inoperativas e incluso una de ellas se encontraba incinerada. En síntesis solo se le entregaron algunas de las máquinas enlistadas en el Apéndice No. 1.

5.1.70. El 20 de junio de 2011, seis meses después de iniciar la concesión, CGR DOÑA JUANA reportó formalmente a la firma interventora la información relacionada con el estado de las máquinas entregadas por la UAESP.

5.1.71. La UAESP pretendió cumplir la obligación asumida por CGR DOÑA JUANA entregándole las mismas máquinas que había desechado y considerado inservibles en la liquidación unilateral del contrato de Concesión No. C-011 DE 2000, lo cual fue advertido por la misma UAESP en la liquidación del Contrato Interadministrativo No. 398 de 2009, donde reseñó el pésimo estado en que se encontraban.

5.1.72. Sobre la duración del contrato, las partes acordaron que el plazo se extendería hasta cuando se alcanzara la capacidad adicional que fuera licenciada para la disposición de residuos sólidos mediante ampliación o modificación de la licencia ambiental contenida en la Resolución CAR 1351 del 18 de junio de 2014, por gestiones del operador o concesionario sobre los terrenos de propiedad de la UAESP, entidad que ahora pretende desconocer lo pactado.

5.1.73. Según se acordó en la cláusula sexta del contrato, la determinación del plazo de la concesión no estaba limitada ni podía entenderse restringida a la sola capacidad adicional que fuera autorizada en la modificación de la licencia ambiental decretada mediante Resolución CAR 1351 de 18 de junio de 2014, sino que, contrario a ello, la definición del plazo de la concesión está atada o depende del cumplimiento de la condición de alcanzarse en su totalidad la capacidad máxima que sea autorizada por la autoridad ambiental competente. Dicha capacidad adicional corresponde a la que llegue a autorizarse o a licenciarse por parte de la sociedad concesionaria en dichos terrenos, incluyéndose la zona adicional denominada Zona de Optimización Fase II, pero sin limitarse a lo resuelto en la Resolución CAR 1351.

5.2. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA

Las pretensiones contenidas en la reforma de la demanda arbitral son las siguientes:

"PRIMERA PRETENSIÓN.- Que se declare que la tarifa del Contrato de Concesión 344 de 2010, para el componente de disposición de residuos sólidos, que hacía parte de la remuneración de la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., que rigió desde el 16 de diciembre de 2010 y hasta el momento que se introdujo la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 del 2015, resultó no ser suficiente para permitir la recuperación de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana, atender las obligaciones ambientales y remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria.

SEGUNDA PRETENSIÓN.- Que se declare que la tarifa del Contrato de Concesión 344 de 2010, para el componente de tratamiento de lixiviados, que hacía parte de la remuneración de la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., que rigió desde el 16 de diciembre de 2010 y hasta el momento que se introdujo la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 del 2015, resultó no ser suficiente para permitir la recuperación de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana, atender las obligaciones ambientales y remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria.

TERCERA PRETENSIÓN.- Que se declare que la tarifa del Contrato de Concesión 344 de 2010, para el componente de disposición de residuos sólidos, que hacía parte de la remuneración de la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., que rigió desde la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 y hasta la implementación de la modificación tarifaria con base

en los costos de referencia de la Resolución CRA 843 del 2018, resultó no ser suficiente para permitir al Contratista la recuperación de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana, atender las obligaciones ambientales y remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria.

CUARTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la tarifa del Contrato de Concesión 344 de 2010, para el componente de tratamiento de lixiviados, que hacía parte de la remuneración de la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., que rigió desde la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 y hasta la implementación de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 843 del 2018, resultó no ser suficiente para permitir al Contratista la recuperación de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana, atender las obligaciones ambientales y remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria.

QUINTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP incumplió la ley y el Contrato de Concesión 344 de 2010 al establecer para las actividades de disposición de residuos sólidos una tarifa que resultó no ser suficiente para permitir al Contratista la recuperación en forma completa de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana, atender las obligaciones ambientales y remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP estableció obligaciones y actividades de operación, mantenimiento, mejoramiento, reposición, expansión y construcción de los activos de disposición de residuos sólidos del Relleno Sanitario Doña Juana que demandaban costos, gastos e inversiones que no se encontraban remunerados dentro de las respectivas tarifas del Contrato de Concesión

344 de 2010 las cuales tampoco permitían remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria, vulnerando lo previsto en la ley y el Contrato.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. incurrió en costos, gastos e inversiones no cubiertos por la tarifa correspondiente a las actividades de disposición de residuos sólidos fijada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP, la cual tampoco permitía remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria.

SEXTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP incumplió la ley y el Contrato de Concesión 344 de 2010 al establecer para las actividades de tratamiento lixiviados una tarifa que resultó no ser suficiente para permitir al Contratista la recuperación en forma completa de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana, atender las obligaciones ambientales y remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP estableció obligaciones y actividades de operación, mantenimiento, mejoramiento, reposición, expansión, y construcción de los activos de tratamiento lixiviados del Relleno Sanitario Doña Juana que demandaban costos, gastos e inversiones que no se encontraban remunerados dentro de las respectivas tarifas del Contrato de Concesión 344 de 2010 las cuales tampoco permitían remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria, vulnerando lo previsto en la ley y el Contrato.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. incurrió en costos, gastos e inversiones no cubiertos por la tarifa correspondiente a las actividades de tratamiento de lixiviados fijada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP, la cual tampoco

permitía remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria.

SÉPTIMA PRETENSIÓN.- Que se declare que entre los riesgos asignados y/o asumidos por la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. no se encontraba uno según el cual, a cargo suyo estarían los efectos adversos de que la remuneración ofrecida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP resultaría no ser suficiente para sufragar la totalidad de costos y gastos y las inversiones del Contrato 344 de 2010 y la remuneración de los accionistas de la sociedad concesionaria.

OCTAVA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP incumplió la ley y el contrato al no observar ni atender en debida forma sus deberes de planeación (L. 80 de 1993 art. 25, numeral 12), transparencia e información (L. 80 de 1993 art. 24, numeral 5, literales d y e), estimación de los riesgos (L. 1150 de 2007 art. 4) vigilancia y control (L. 80 de 1993 art. 5, numerales 1 y 3), revisión (L. 80 de 1993 art. 4, numerales 8 y 9; art. 5, numeral 3; art. 27 y art. 28), buena fe y colaboración (C.P. art. 83; C.C. 1603), y suficiencia tarifaria (L. 142 de 1994 art. 87) respecto del Contrato de Concesión No. 344 de 2010.

SUBSIDIARIA DE LA OCTAVA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP, en su condición de Contratante, incumplió obligaciones derivadas del Contrato de Concesión No. 344 de 2010, celebrado entre dicha Unidad y EL CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., en relación con las estipulaciones que tienen que ver con "Supervisar la ejecución del contrato" contenida en el numeral cuatro de la Cláusula Cuarta referente a las obligaciones que le asisten a la entidad contratante UAESP; así como con la obligación referida a "La UAESP verificará el cabal desarrollo del presente contrato directamente o por conducto de terceros contratados para el efecto" contenida en la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Concesión 344 de 2010, pues de haberlo hecho, habría identificado las carencias y dificultades financieras que componían la remuneración a que tenía derecho el concesionario, establecida a partir de una estructura de costos

que no remuneraban adecuadamente la ejecución de las obligaciones derivadas de la licencia ambiental expedida por la autoridad ambiental (Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR), ni la escala de operación de relleno sanitario Doña Juana.

NOVENA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., a título de indemnización y compensación, para el periodo 2010 – diciembre 2016, la suma que resulte de aplicar a las cantidades facturadas mensualmente durante ese periodo, la diferencia entre las tarifas por disposición de residuos sólidos que se aplicaron y las tarifas que resultan de aplicar la metodología contenida en la Resolución 351 de 2005 de la CRA a los costos, gastos e inversiones reales del Relleno Sanitario Doña Juana.

DÉCIMA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. a título de indemnización y compensación, para el periodo enero 2017 – octubre 2018, la suma que resulte de aplicar a las cantidades facturadas mensualmente durante ese periodo, la diferencia entre las tarifas por disposición de residuos sólidos que se aplicaron y las tarifas que resultan de aplicar la metodología contenida en la Resolución 720 de 2015 de la CRA a los costos, gastos e inversiones reales del Relleno Sanitario Doña Juana.

UNDÉCIMA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., a título de indemnización y compensación, para el período 2010 – octubre 2018, la suma que resulte de aplicar a las cantidades facturadas mensualmente durante ese período, la diferencia entre las tarifas para tratamiento de lixiviados que se aplicaron y las tarifas que resultan de aplicar la metodología contenida en la Resolución 720 de 2015 de la CRA a los costos, gastos e inversiones reales del

Relleno Sanitario Doña Juana.

SUBSIDIARIA DE LA NOVENA PRETENSIÓN, DE LA DÉCIMA PRETENSIÓN Y DE LA UNDÉCIMA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., a título de indemnización, compensación o reembolso, la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados, por concepto de daño emergente y/o lucro cesante, en la cuantía que resulte demostrada en el proceso.

DUODÉCIMA PRETENSIÓN.- Que a cada suma que resulte de conformidad con las pretensiones novena, décima y undécima, o su subsidiaria, sea actualizada con aplicación de la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN DUODÉCIMA.- Que cada suma que resulte de conformidad con las pretensiones novena, décima y undécima, o sus subsidiarias, sea actualizada con aplicación del IPC, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

DECIMOTERCERA PRETENSIÓN- Que se declare que la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. debió acudir a créditos para financiar, en forma parcial, la atención de los costos y gastos y las inversiones en infraestructura que demanda la ejecución del Contrato de Concesión No. 344 de 2010, como consecuencia de la insuficiencia tarifaria y demás afectaciones que sufrió CGR DOÑA JUANA demostradas en el proceso.

DECIMOCUARTA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a reembolsar o pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. las sumas correspondientes a los intereses y a los mayores costos cancelados por esta sociedad por dichas financiaciones.

DECIMOQUINTA PRETENSIÓN.- Que se condene a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP** a

pagar las sumas resultantes de la pretensión decimocuarta, debidamente actualizadas con aplicación de la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, desde el momento de su causación hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

SUBSIDIARIA DE LA DECIMOQUINTA PRETENSIÓN.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar las sumas resultantes de la pretensión decimocuarta debidamente actualizadas con el IPC, desde el momento de su causación, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

DECIMOSEXTA PRETENSIÓN.- Que se declare que como consecuencia de la insuficiencia de ingresos derivada de la insuficiencia tarifaria y de las demás afectaciones que sufrió, la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. no pudo atender oportunamente ni de manera completa las obligaciones tributarias con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y la Secretaría de Hacienda Distrital - SHD, lo que acarreó la imposición de sanciones e intereses frente a cargas tributarias.

DECIMOSÉPTIMA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. el valor de las sanciones e intereses y demás perjuicios derivados de las cargas tributarias que debió asumir, actualizadas con la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA.

SUBSIDIARIA DE LA DECIMOSÉPTIMA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. el valor de las sanciones e intereses y demás perjuicios derivados de las cargas tributarias, actualizadas con aplicación del IPC.

DECIMOCTAVA PRETENSIÓN.- Que se declare que, al amparo de lo dispuesto por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP cuando fijó las condiciones

concernientes al Cálculo del Puntaje por la Oferta Económica, la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. durante la Licitación No. 001 de 2010, ofreció un 10% de descuento sobre su remuneración bajo el supuesto legal y contractual de que las tarifas por las actividades de disposición final de residuos sólidos y por el tratamiento de lixiviados cumplieran a cabalidad con el principio de suficiencia tarifaria y permitían la recuperación de los costos y gastos propios de operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos y remunerar el patrimonio de los accionistas.

DECIMONOVENA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de que el supuesto legal y contractual de que trata la pretensión decimoctava no se cumplió, se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a reembolsar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. las sumas correspondientes a dicho descuento del 10% desde el inicio del Contrato de Concesión 344 de 2010 hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

VIGÉSIMA PRETENSIÓN.- Que a cada suma que resulte de conformidad con la pretensión decimonovena se actualice con aplicación de la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, desde el momento de su causación, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA PRETENSIÓN.- Que cada suma que resulte de conformidad con la pretensión decimonovena se actualice con aplicación del IPC, desde el momento de su causación, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

VIGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN.- Que se declare que actos y hechos de autoridades y de terceros y circunstancias y situaciones extraordinarias e imprevisibles, ajenos todos a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., afectaron adversamente la situación del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 ocasionando y/o profundizando su desequilibrio económico y financiero.

VIGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN.- Que se declare que los

incumplimientos de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP y los actos y hechos de las autoridades y de terceros, así como las circunstancias y situaciones extraordinarias e imprevisibles, ajenos todos a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., probados en el proceso, produjeron la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 y ocasionaron daños y perjuicios a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. que constitucional y legalmente no tiene el deber de soportar.

VIGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN.- *Que como consecuencia de las declaraciones que efectúen en la pretensión anterior se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar al Concesionario CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., a título de indemnización, compensación o reembolso, la totalidad de las sumas que compensen y reparen de manera integral los daños y perjuicios ocasionados y restablezcan el equilibrio económico del contrato, en la cuantía que resulte demostrada en el proceso.*

VIGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN.- *Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar las sumas resultantes de la pretensión vigésima tercera actualizadas con aplicación de la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, desde el momento de su causación, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.*

SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN.- *Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar las sumas resultantes de la pretensión vigésima tercera actualizadas con el IPC, desde el momento de su causación, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.*

VIGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN.- *Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP violó la ley al no estimar adecuadamente el valor del riesgo de optimización de la planta de tratamiento de lixiviados, tal como se aprecia en la Cláusula Segunda, numerales 7, 8 y 9, la Cláusula*

Tercera, Sobre los Lixiviados, numeral 1. y la Cláusula Séptima, literal b) del Contrato 344 de 2010.

VIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se anule la Cláusula Segunda, numerales 7, 8 y 9 y la Cláusula Tercera, Sobre los Lixiviados, numeral 1. del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 y consecuentemente se exonere a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. de las obligaciones allí contenidas atinentes a la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados por ser un riesgo respecto del cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP no cumplió lo preceptuado por la ley para ser asignado en debida forma.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se inaplique la Cláusula Segunda, numerales 7, 8 y 9 y la Cláusula Tercera, Sobre los Lixiviados, numeral 1. del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 y consecuentemente se exonere a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. de las obligaciones allí contenidas atinentes a la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados por ser un riesgo respecto del cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP no cumplió lo preceptuado por la ley para ser asignado en debida forma.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se exonere al CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Cláusula Segunda, numerales 7, 8 y 9 y la Cláusula Tercera, Sobre los Lixiviados, numeral 1. del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 atinentes a la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados por ser un riesgo respecto del cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP no cumplió lo preceptuado por la ley para ser asignado en debida forma.

VIGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP incumplió el Acta No. 01 de 2014 y el Contrato de Concesión 344

de 2010 al desconocer lo pactado en dicha Acta sobre la disposición y la remuneración de los residuos provenientes de demolición y construcción de arrojo clandestino mezclados con residuos sólidos ordinarios.

VIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. la totalidad de los perjuicios derivados del incumplimiento de lo pactado en el Acta No. 01 de 2014, incluyendo, pero sin limitarse a las sumas correspondientes a las facturas no pagadas y los gastos y costos incurridos por la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., actualizados con la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA.

SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. la totalidad de los perjuicios derivados del incumplimiento de lo pactado en el Acta No. 01 de 2014, incluyendo, pero sin limitarse a las sumas correspondientes a las facturas no pagadas y los gastos y costos incurridos por la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., actualizados con aplicación del IPC.

VIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP aplicó y efectuó descuentos a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. con base en indicadores de calidad improcedentes, sin observancia del debido proceso ni del derecho de audiencia y sin tener en cuenta la afectación derivada de la insuficiencia de la remuneración del Concesionario, con lo cual incumplió la ley y el Contrato de Concesión 344 de 2010 y afectó el equilibrio económico del mismo.

TRIGÉSIMA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL

DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a reembolsar y/o devolver la totalidad de sumas descontadas a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., actualizadas con la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, desde el momento en que realizó cada descuento y la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

SUBSIDIARIA DE LA TRIGÉSIMA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a reembolsar y/o devolver la totalidad de sumas descontadas a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. actualizadas con aplicación del IPC, desde el momento en que realizó cada descuento y la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

TRIGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN.- Que se declare que los incumplimientos de la ley y del Contrato de Concesión 344 de 2010 por parte de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP y los hechos y circunstancias que rompieron el equilibrio económico del contrato, afectaron la capacidad de CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P. para atender las obligaciones y actividades que fueron motivo de multas por parte de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

TRIGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a reconocer y pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. el valor de las multas impuestas por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP y por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, actualizadas con la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA.

SUBSIDIARIA DE LA TRIGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a reconocer y pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. el valor de

las multas impuestas por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, actualizadas con aplicación del IPC.

TRIGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP tenía a su cargo la responsabilidad de asumir y pagar las actividades y obras de reparación sobre el Pondaje II-2, como pasivo ambiental rezagado de las contrataciones anteriores al Contrato de Concesión 344 de 2010.

TRIGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. ejecutó actividades y obras de reparación sobre el Pondaje II-2, a las que no se encontraba contractualmente obligada.

TRIGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a reconocer y pagar en favor de la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. el valor de las actividades y obras de reparación ejecutadas sobre el Pondaje II-2, actualizado con la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, desde el momento en que realizó cada pago o gasto y la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

SUBSIDIARIA DE LA TRIGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a reconocer y pagar en favor de la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. el valor de las actividades y obras de reparación ejecutadas sobre el Pondaje II-2, actualizado con aplicación del IPC, desde el momento en que realizó cada pago o gasto y la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

TRIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP incumplió el Contrato de Concesión No. 344 de 2010, al no entregar completa la maquinaria identificada en el Apéndice No. 1 del Pliego de Condiciones que regentó la Licitación Pública No. 01 de 2010.

TRIGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP incumplió el Contrato de Concesión No. 344 de 2010 al entregar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. maquinaria que no era operativa y no tenía vida útil aprovechable para la ejecución del Contrato de Concesión No. 344 de 2010.

TRIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN.- Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que la ejecución del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 resultó afectada o alterada en su normal desarrollo al no poder utilizarse ni disponerse para el proyecto la maquinaria que debía entregar la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP, conforme a lo estipulado en el numeral 1 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Concesión No. 344 de 2010, en concordancia con el Apéndice No. 1 del Pliego de Condiciones que regentó la Licitación Pública No. 01 de 2010.

TRIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a entregar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. todas las máquinas enlistadas en el Apéndice No. 1 del Pliego de Condiciones que regentó la Licitación Pública No. 01 de 2010, nuevas y en condiciones de operatividad y normal utilización.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA TRIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a reconocer y pagar en favor de la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. los perjuicios materiales causados por la no entrega completa ni en condiciones de operatividad de la maquinaria enlistada en el Apéndice No. 1 del Pliego de Condiciones que regentó la Licitación Pública No. 01 de 2010, en la suma que se demuestre en el proceso, actualizada con la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, desde el momento en que la UAESP tenía que entregar la maquinaria y hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA TRIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN.-

Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a reconocer y pagar en favor de la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. los perjuicios materiales causados por no entrega completa ni en condiciones de operatividad de la maquinaria enlistada en el Apéndice No. 1 del Pliego de Condiciones que regentó la Licitación Pública No. 01 de 2010, en la suma que se demuestre en el proceso, actualizada con la tasa correspondiente al IPC, desde el momento en que la UAESP tenía que entregar la maquinaria y hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

CUADRAGÉSIMA PRETENSIÓN.- Que se declare que el plazo del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 va hasta cuando se cope o alcance la capacidad adicional que sea licenciada para la disposición de residuos sólidos mediante la ampliación o modificación de la licencia ambiental contenida en la Resolución CAR 1351 del 18 de junio de 2014, por gestiones del concesionario sobre los terrenos de propiedad de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP, de conformidad con lo pactado por las partes en la cláusula Sexta del contrato 344 de 2010.

CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN.- Que se disponga lo pertinente, se efectúen las declaraciones correspondientes y se establezcan las condenas a que hubiere lugar con el propósito de reparar íntegramente el daño sufrido por la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., en razón de los distintos pedimentos antes formulados y de los probados incumplimientos contractuales por parte de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP, incluyéndose todo concepto por daño emergente y lucro cesante.

CUADRAGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN.- Que se condene en costas, expensas y agencias en derecho a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP.

CUADRAGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN.- Que se ordene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP dar cumplimiento inmediato al laudo arbitral que se profiera.

CUADRAGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN.- *Que se ordene a la parte demandada reconocer sobre las condenas que se le impongan, intereses moratorios a partir de la ejecutoria del laudo, en los términos de ley.*

5.3. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA REFORMADA

En escrito presentado el veintidós (22) de diciembre de dos mil veinte (2020), **UAESP** contestó la reforma a la demanda¹³. En esta oportunidad la parte convocante aceptó algunos hechos y otros tan solo parcialmente. Asimismo, manifestó que algunos no eran hechos sino juicios privados del convocante, manifestó no constarle algunos y negó los restantes.

En lo que se refiere a las pretensiones, se opuso a todas, y propuso las siguientes excepciones:

- *“ABSOLUTA FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA PRONUNCIARSE FRENTE A SUPUESTOS QUE ORIGINAN LA INSUFICIENCIA TARIFARIA Y SUS CONSECUENCIAS”*
- *“LA CONTROVERSIA DE LOS COSTOS RECLAMADOS CORRESPONDEN A UN SUPUESTO DE INSUFICIENCIA TARIFARIA”*
- *“NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA NEGLIGENCIA A SU FAVOR. NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS. NO ES IMPUTABLE A LA UAESP LA INSUFICIENCIA DE LA TARIFA QUE PRESUNTAMENTE SUFRIÓ EL CONTRATISTA”*
- *“IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: INEXISTENCIA DEL DAÑO RESARCIBLE”*
- *“IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: INEXISTENCIA DE RELACIÓN CAUSAL”*

¹³ Ver archivo 65 del cuaderno principal número 2.

- “CONDUCTA EXCLUSIVA DEL CONTRATISTA EN LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO RECLAMADO”
- “CGR DOÑA JUANA NUNCA REVELÓ A LA UAESP SUS MODELOS DE COSTOS ALEGANDO LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS MISMOS”
- “LA UAESP CUMPLIÓ CON SUS OBLIGACIONES DE SUPERVISIÓN”
- “EL TRIBUNAL NO ES COMPETENTE PARA DEFINIR UN COSTO EFICIENTE HIPOTÉTICO PARA LOS DAÑOS ANTERIORES A LA EXPEDICIÓN DE LA RESOLUCIÓN CRA 843 DE 2018”
- “LA NO IMPUTABILIDAD DE LA UAESP”
- “DESLEALTAD Y COMPORTAMIENTO CONTRARIO A LA BUENA FE POR PARTE DE CGR DOÑA JUANA”
- “LOS RIESGOS ASIGNADOS Y SU GESTIÓN – LA IMPROCEDENCIA DE LAS RECLAMACIONES ECONÓMICAS POR DESEQUILIBRIO DEL CONTRATO Y RESPONSABILIDAD DE LA UAESP”
- “LA IMPROCEDENCIA DE LA RECLAMACIÓN ECONÓMICA DE CGR DOÑA JUANA – EL DEBER, ESTUDIAR Y PRESENTAR SU PROPUESTA”
- “IMPROCEDENCIA DE ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO POR SER CONTRARIO AL PRINCIPIO DE BUENA FE”
- “LOS HECHOS ASOCIADOS A LA EXPEDICIÓN DE ACTOS POR PARTE DE AUTORIDADES AMBIENTALES Y REGULATORIAS NO SON CONSTITUTIVAS DEL HECHO DEL PRÍNCIPE NI DE IMPREVISIÓN”
- “LA INDEBIDA GESTIÓN DE RIESGOS POR PARTE DEL CONCESIONARIO NO PUEDE SER LA RAZÓN PARA TRASLADAR LOS COSTOS DE IMPUESTOS E INTERESES EN SU GESTIÓN”
- “EL IMPOSIBLE RECONOCIMIENTO DE SANCIONES IMPUESTAS POR PARTE DE AUTORIDADES TRIBUTARIAS”
- “LA IMPROCEDENCIA DE LA DÉCIMA OCTAVA PRETENSIÓN ASOCIADA AL DESCUENTO OFERTADO”

- “COSA JUZGADA FRENTE A LA OBLIGACIÓN DE OPTIMIZAR EL SISTEMA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS”
- “LA NATURALEZA DE LA CONCESIÓN Y LOS RIESGOS EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS HACE IMPROCEDENTE LA RECLAMACIÓN DE CGR DOÑA JUANA- LA IMPROCEDENCIA DE RECLAMACIÓN ECONÓMICA SEGÚN EL MISMO CONCESIONARIO”
- “LOS RIESGOS FUERON ASUMIDOS POR EL CONCESIONARIO”
- “LA IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE ACTIVIDADES ASOCIADAS A LOS RESIDUOS MIXTOS AL SER UNA ACTIVIDAD ILEGAL”
- “LA IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE ACTIVIDADES ASOCIADAS A LOS RESIDUOS MIXTOS AL HABERSE CONFIGURADO LA CONDICIÓN RESOLUTORIA DEL ACTA 01 DE 2014
- “LA IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE ACTIVIDADES ASOCIADAS A LOS RESIDUOS MIXTOS AL SER UNA ACTIVIDAD AMPARADA EN UN ACTO JURÍDICO VICIADO DE NULIDAD ABSOLUTA”
- “LA IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE ACTIVIDADES ASOCIADAS A LOS RESIDUOS MIXTOS DESDE EL 3 DE ABRIL DE 2020.
- “LA NATURALEZA DE LOS DESCUENTOS POR INDICADORES DE CALIDAD NO PUEDE SER EQUIPARADAS A SANCIONES CONTRACTUALES”
- “CGR DOÑA JUANA DESCONOCE EL PROPIO PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LOS DESCUENTOS POR INDICADORES DE CALIDAD – LOS DESCUENTOS SE HAN APLICADO COMO EL MISMO CONCESIONARIO LO PROPUSO AL INICIO DEL CONTRATO”
- “EN LOS DESCUENTOS POR INDICADORES DE CALIDAD ES CONTRACTUAL Y DIFERENTE A LOS DESCUENTOS REGULATORIOS”
- “IMPROCEDENCIA DE RECLAMACIÓN POR MULTAS IMPUESTAS POR LA UAESP”
- “IMPROCEDENCIA DE RECLAMACIÓN POR MULTAS IMPUESTAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS – COSA JUZGADA POR ACUERDO CONCILIATORIO”

- “IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DEL MANTENIMIENTO DEL PONDAJE II-2 – ACTIVIDAD POR FUERA DEL CONTRATO”
- “FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA RESOLVER LAS PRETENSIONES ASOCIADAS A LA RECLAMACIÓN POR EL MANTENIMIENTO DE PONDAJE II-2”
- “LA IMPROCEDENCIA DE LAS RECLAMACIONES Y DECLARACIONES ASOCIADAS A LA MAQUINARIA PERMANENTE – COSA JUZGADA”
- IMPROCEDENCIA DE RECLAMACIONES Y DECLARACIONES ASOCIADAS A LA MAQUINARIA PERMANENTE – EN LA LICITACIÓN 001 DE 2010 LA UAESP NO SE OBLIGÓ A ENTREGAR MAQUINARIA NUEVA”
- “LA IMPROCEDENCIA DE LAS RECLAMACIONES Y DECLARACIONES ASOCIADAS A LA MAQUINARIA PERMANENTE – LA RELATIVIDAD DEL CONTRATO Y LA IMPOSIBILIDAD DE EXTENDER LA DISCUSIÓN ARBITRAL A OTROS CONTRATOS”
- “EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO SE LIMITA A LA MODIFICACIÓN DE UNA ÚNICA LICENCIA AMBIENTAL”
- “BUENA FE”
- “CADUCIDAD”
- “INNOMINADA O GENÉRICA”
- “NO PUEDE EL CONVOCANTE ACTUALIZAR SUS RECLAMACIONES BAJO EL WAAC DEFINIDO POR EL REGULADOR”.

5.4. LOS HECHOS DE LA REFORMA A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN¹⁴

Las alegaciones de hecho en las que la convocada apoya sus pretensiones bien pueden compendiarse del siguiente modo:

Antecedentes del contrato

¹⁴ Ver archivo 75 del cuaderno principal número 2.

5.1.1. El 11 de octubre de 2010, la **UAESP** celebró el Contrato de Operación número 359 con **CGR DOÑA JUANA**, con el objeto de administrar, operar y mantener la planta para el tratamiento de lixiviados, el cual se empezó a ejecutar el 12 de octubre de 2010 y fue liquidado unilateralmente mediante Resolución 181 de 2014.

5.1.2. El 12 de octubre de 2010 se celebró el Contrato de Operación número 362, el cual fue liquidado mediante Resolución 182 de 2014 donde se consignaron una serie de incumplimientos por parte del contratista, estimados en un valor de \$401.254.716

5.1.3. El 11 de noviembre de 2010 se celebró Contrato de Operación 384, el cual fue liquidado por parte de la UAESP mediante Resolución 183 de 2014, por actividades pendientes que se contemplaron como incumplimientos a cargo del contratista, en especial en lo referente a la operación de la Planta de Tratamiento de lixiviados, pues **CGR DOÑA JUANA** operó de manera indebida, lo cual se dio por probado, estimando en \$480.071.497 como valor pendiente a favor de la Entidad.

5.1.4. La Resolución 183 de 2014 sigue en firme y ejecutoriada a pesar de haber sido cuestionada por **CGR DOÑA JUANA** en sede arbitral.

5.1.5. El 16 de diciembre de 2010, la **UAESP** y **CGR DOÑA JUANA** suscribieron el acta de inicio del contrato de concesión 344 de 2010.

5.1.6. La **UAESP** pactó con la Unión Temporal Inter DJ la interventoría técnica, jurídica, administrativa, financiera y social de los contratos y obras que se ejecuten dentro del Relleno Sanitario Doña Juana, entre las que se

encuentra la Concesión C-344 del 2010.

Declaración judicial del plazo de ejecución del contrato concesión c-344 de 2010 que se encuentra sometido a condición

5.1.7. El plazo contenido en la Cláusula Sexta del contrato de concesión se refiere a una única modificación a la licencia, lo cual ocurrió con la expedición de la Resolución CAR 1351 de 18 de junio de 2014.

5.1.8. El Pliego de Condiciones de la Licitación 001 de 2010 se refirió a la modificación de la Licencia Ambiental contenida en la Resolución 2211 de 2008, donde se dispuso el plazo del contrato de manera idéntica al contenido de la Cláusula Sexta del Contrato de Concesión.

5.1.9. Se estipuló que la concesión terminaría cuando se cope la capacidad adicional que, a través de la modificación a la Licencia Ambiental, se logró mediante Resolución 1351 de 2014, pues el contrato no establece una condición diferente a la señalada en el Pliego y en el Contrato.

5.1.10. El 21 de abril de 2015 **CGR DOÑA JUANA** presentó ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral contra la **UAESP** y esta interpuso igualmente demanda de reconvención, proceso en el cual se condenó a **CGR DOÑA JUANA** a la optimización del sistema de tratamiento de lixiviados, declarando el incumplimiento de la obligación contractual, conminando a su cumplimiento.

Incumplimiento de la optimización de sistema de tratamiento de lixiviados

5.1.11. **CGR DOÑA JUANA** incumplió el plazo ordenado para entregar los diseños del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, y se limitó a presentar documentos denominados “Planes de Cumplimiento del Laudo Arbitral” de

los cuales ninguno corresponde a los diseños de ingeniería para la optimización del sistema de tratamiento de lixiviados.

5.1.12. **CGR DOÑA JUANA** postergó por todos los medios el cumplimiento del Laudo y la obligación de optimizar el sistema de tratamiento de lixiviados, a pesar de que el Laudo Arbitral la condenó a realizar esta actividad en un plazo no mayor a cinco meses.

5.1.13. El 16 de octubre de 2018, **CGR DOÑA JUANA** allegó documento donde se propuso realizar las actividades en tres fases y establecía que para el mes de enero de 2019 se entregarían: diseños de ingeniería básica del proyecto hasta la Fase III, Ingeniería de detalle Fase I, e Ingeniería Conceptual de Fase III. Asimismo, propuso que para el mes de mayo 2019 se entregaría la Ingeniería de detalle Fase II y el Documento de avance Fase III, excediendo el plazo dispuesto en la condena para el cumplimiento de las obligaciones.

5.1.14. El 23 de noviembre de 2019, la **UAESP** remitió pronunciamiento acerca de los planes de cumplimiento, haciendo énfasis en que se debían cumplir los términos y condiciones definidos en el laudo. Por esto, **CGR DOÑA JUANA** solicitó ampliación de plazos aduciendo aspectos asociados a la financiación de las obras necesarias para la optimización, y proponiendo plazos fuera del concedido por el Tribunal, incumpliendo la orden judicial.

5.1.15. **CGR DOÑA JUANA** no cumplió con la entrega de los diseños para la optimización del sistema de tratamiento de lixiviados, como se evidencia en la interventoría del contrato mediante comunicación número UTIDJ-20190161 del 17 de enero de 2019.

5.1.16. **CGR DOÑA JUANA** presentó cuatro versiones más de su propuesta para el plan de cumplimiento que no afectaron los plazos dispuestos en el laudo arbitral, y por ende, la **UAESP** no aprobó ningún cronograma que haya modificado los plazos dispuestos en el contrato.

5.1.17. **CGR DOÑA JUANA** no entregó los diseños definitivos a pesar de los requerimientos por parte de la interventoría, aduciendo además que viene ejecutando las actividades sin contar con el aval de la **UAESP**.

5.1.18. El concesionario solo incluyó un cronograma de actividades incompleto en la propuesta Plan de Acción para cumplimiento del Laudo Arbitral, y sin incluir un diseño de ingeniería de detalle de todo el proyecto, incumpliendo con lo dispuesto en el contrato y en esa decisión.

5.1.19. En la quinta versión entregada por parte de **CGR DOÑA JUANA** para la propuesta, indicó que han ocurrido tres hechos posteriores a la expedición del laudo, lo cual considera la **UAESP** que no son hechos sino consideraciones, por lo que resolvió no aprobarla.

Incumplimiento de las normas de vertimiento en el periodo posterior al laudo del 27 de septiembre de 2018

5.1.20. **CGR DOÑA JUANA** está obligado a cumplir las normas de vertimiento, garantizado el tratamiento del 100% de los lixiviados. Para ello, debía optimizar el sistema de tratamiento y una vez terminadas las obras, realizar el vertimiento de los líquidos resultantes de tratar los lixiviados conforme a la Cláusula 3 del Contrato de Concesión. No obstante, no cumplió con las normas de vertimientos, pero aun así está siendo retribuida

por el tratamiento de lixiviados, los cuales se remuneran vía tarifa, partiendo de la base de que el prestador cumple con la integridad de los parámetros ambientales.

5.1.21. Para febrero de 2020, la medición de verificación de la calidad del vertimiento efectuado por la Interventoría, indicó que sobre la concentración de DBO5 y Sólidos Suspendidos Totales (SS) cuyos límites de vertimiento según las normas son respectivamente 100 mg/L y 400 mg/L; en este caso para el mes de febrero de 2020 el análisis al vertimiento logrado por **CGR DONA JUANA** tuvo una concentración de 5.385 mg/L para la DBO5 y 952 mg/L para los SS, estando así frente a la peor operación registrada en la ejecución del contrato.

5.1.22. Los resultados de la muestra No. 19138 del 24 de febrero de 2020 indican que solamente 18 parámetros cumplieron los límites de vertimiento impuestos por las normas de las Resoluciones CAR 827 de 2015, MADs 631 de 2015 y SDA 3956 de 2009.

5.1.23. **CGR DOÑA JUANA** decidió transitar un mayor caudal por el Sistema de Tratamiento de Lixiviados, agravando la situación del hecho anterior, generando un impacto ambiental mucho mayor y afectando el cuerpo de agua, lo cual es materia e investigación penal, fiscal y judicial.

5.1.24. Por la indebida operación de **CGR DOÑA JUANA**, aumentaron los costos de las Tasas Redistributivas ambientales por incumplir normas del vertimiento, sin que haya tomado acciones para corregir las anomalías técnicas.

Incumplimiento por brotes y derrames de lixiviados

5.1.25. El concesionario no cumplió con la obligación de captar, transportar ni tratar la totalidad de los lixiviados que se generan en las masas de residuos del Relleno Sanitario Doña Juana, ni tampoco, ejecutó obras y mantenimientos tendientes a evitar brotes y derrames de lixiviados, en aras de garantizar la protección y control de impactos ambientales.

5.1.26. El 30 de diciembre de 2019, la **UAESP** y el Concesionario suscriben *Plan de cumplimiento de algunas de las obligaciones en mora derivadas de la ejecución del contrato de concesión 344 de 2010 y del laudo arbitral* donde se permitiría al Concesionario ponerse al día con las obligaciones.

5.1.27. **CGR DOÑA JUANA** el 3 de enero de 2020, entregó cronograma estableciendo plazos y actividades para el manejo de brotes de Lixiviado y el 03 de marzo de ese año, la Interventoría informó que aun persistían 5 brotes de 15 que hacía parte integral del numeral 3 del Plan de Cumplimiento, lo cual fue reiterado el 01 de mayo de 2020, demostrando la indebida operación el concesionario y el incumplimiento de las obligaciones.

Incumplimiento por no disponer de un sistema de redundancia eléctrica

5.1.28. Según lo estipulado en el Contrato de Concesión, en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 001 de 2010 y en la Resolución No. 724 de 2010, **CGR DOÑA JUANA** debe disponer de la infraestructura eléctrica necesaria y suficiente para asegurar la prestación de servicios de depuración de lixiviados con calidad y de manera ininterrumpida, durante las 24 horas de los 365 días del año. No obstante, el 30 de noviembre de 2017, **CGR DOÑA JUANA** fue sancionada por incumplir con la disposición de

infraestructura eléctrica permanente, mediante Resolución UAESP No. 000658 de 2017 que fue confirmada.

5.1.29. Pese a la sanción interpuesta, **CGR DOÑA JUANA** no ha cumplido, pues se presentaron múltiples cortes eléctricos que afectaron el normal funcionamiento del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, a causa de no contar con planta eléctrica de respaldo.

5.1.30. En los Comités Operativos de Lixiviados **CGR DOÑA JUANA** ha manifestado que la capacidad de generación de energía suministrada por parte de Biogás Doña Juana no es la suficiente y, por ende, están buscando nuevas alternativas, por lo tanto, incumplió al no contar con un sistema de respaldo eléctrico.

5.1.31. El Concesionario, el 31 de diciembre de 2019 presentó cronograma de mantenimiento de equipos, los cuales no cumplían los parámetros pactados en el Plan de Cumplimiento, al no incluir la totalidad de los equipos que requieren mantenimiento.

5.1.32. Por esa razón la interventoría, el 20 de enero de 2020, realizó observaciones al cronograma presentado por **CGR DOÑA JUANA**, las cuales no han sido respondidas ni se han ejecutado los mantenimientos según lo acordado con la **UAESP**.

Incumplimiento por no realizar el mantenimiento correctivo de equipos del sistema de tratamiento de lixiviados

5.1.33. **CGR DOÑA JUANA** debía realizar el mantenimiento correctivo de los equipos de STL, cuando estuviesen fuera de servicio y si era necesario,

realizar reemplazos correspondientes. No obstante, actualmente, los equipos electromecánicos principales evidencian graves falencias electromecánicas que llevan al inadecuado funcionamiento de las unidades de proceso.

5.1.34. El 22 de enero de 2020, la UT Inter DJ respecto del cronograma remitido por **CGR DOÑA JUANA** sobre el mantenimiento de equipos, indicó que reiteraba que el plazo para ejecutar el mantenimiento de los mismos vencía el 02 de marzo de 2020, sin embargo, **CGR DOÑA JUANA** hizo caso omiso e incumplió las obligaciones del contrato.

Incumplimiento por no contar con certificación metrológica de lixiviado

5.1.35. En desarrollo del Plan de Cumplimiento acordado, **CGR DOÑA JUANA** el 03 de enero de 2020 remitió documentos correspondientes a la programación de calibración metrológica de acuerdo a los términos definidos. Sin embargo, a la fecha de presentación de la demanda de reconvención, el Concesionario ha incumplido con la obligación en la certificación metrológica o calibración de 37 equipos que se enlistan en el hecho 105 de la demanda de reconvención.

5.1.36. Contar con las respectivas certificaciones garantiza la fidelidad de la información reportada en la operación del Sistema de Tratamiento de Lixiviados y ha sido absoluta la renuencia del contratista en realizar esta actividad fundamental en la operación del RSDJ.

Incumplimiento por no haber corrido con las contra muestras

5.1.37. Para dar cumplimiento a la obligación del Contrato de Concesión

y de la Resolución 742 de 11 de octubre de 2010, **CGR DOÑA JUANA** debe remitir directamente a la **UAESP** los resultados de los contra-muestreos que se realizan al vertimiento del Sistema de Tratamiento de Lixiviados (STL) el primer día hábil de cada semana, de acuerdo con la elección de laboratorio y periodicidad que la Entidad Contratante establece, hasta la tercera semana de abril de 2019. Sin embargo, desde la cuarta semana de abril de 2019 y el mes de enero 2021, no se cuenta con los resultados de los contra-muestreos que permitan verificar la calidad y cumplimiento de parámetros establecidos por la normatividad de vertimiento vigente.

5.1.38. La Interventoría UT Inter DJ en mayo de 2020, reiteró que el Concesionario al no realizar en la frecuencia requerida la totalidad de las actividades de control que señala la normatividad ambiental, está incumpliendo las obligaciones contractuales adquiridas.

Incumplimiento por el no pago de la sanción impuesta por ANLA

5.1.39. Mediante las Resoluciones 01462 del 5 de septiembre de 2018 y 01506 del 25 de julio de 2019 se impuso multa por valor de \$3.653.650.088.00 por parte de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – originada en la violación a la norma de vertimientos fijada para las descargas en el Relleno Sanitario Doña Juana sobre la fuente hídrica Río Tunjuelo.

5.1.40. La UAESP y la Interventoría Inter DJ, han manifestado a **CGR DOÑA JUANA** la obligación de pagar las sanciones impuestas por autoridades ambientales, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales de administración, operación y mantenimiento del Relleno Sanitario Doña Juana.

5.1.41. La **UAESP**, al no obtener respuesta de pago por **CGR DOÑA JUANA**, reconoció el gasto y ordenó el pago en Resolución 0773 del 23 de diciembre de 2019, evitando proceso coactivo que afectasen los recursos públicos de la Unidad y, posteriormente, solicitó inicio de proceso persuasivo y coactivo en contra de **CGR DOÑA JUANA** de acuerdo con Cláusula Tercera del contrato de concesión, a lo cual esta última manifestó que no pagará la multa.

Incumplimiento por el no pago de tasas retributivas

5.1.42. En cumplimiento del Decreto 2667 de 2012, se cobró la Tasa Retributiva por vertimiento puntual al tramo 2 del Río Tunjuelo a la **UAESP**, con ocasión de la calidad del vertimiento generado por la operación del sistema de tratamiento de lixiviados en el Relleno Sanitario Doña Juana.

5.1.43. El 21 de octubre de 2019, la interventoría UT Inter DJ requirió a la **UAESP** el inicio de proceso administrativo sancionatorio por incumplimiento al contrato.

5.1.44. Como consecuencia del no pago del Concesionario **CGR DOÑA JUANA** a la Secretaría Distrital de Ambiente, se abrieron tres procesos coactivos contra la **UAESP**, poniendo en riesgo recursos públicos, por lo que con el fin de salvaguardarlos se pagó lo adeudado por el concesionario, repitiendo en su contra para que restituya dicho dinero.

5.1.45. **CGR DOÑA JUANA** no cumplió con la obligación contractual de asumir los costos y tasas retributivas que fueron delimitados y expuestos en el Laudo Arbitral del 27 de diciembre de 2018.

Incumplimiento de obligación de realizar mantenimiento de pondajes

5.1.46. Conforme al cumplimiento de la obligación estipulada en el contrato de concesión y en la Resolución 724 de 2010 sobre mantenimiento de los pondajes, **CGR DOÑA JUANA** no ha cumplido los mantenimientos exigidos como se evidencia en reporte de la interventoría del contrato, donde se expone que no se han ejecutado los mantenimientos conforme a las obligaciones del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018.

5.1.47. **CGR DOÑA JUANA** ha realizado el almacenamiento de lixiviados en la Celda VI del RSDJ, sin contar con autorización ambiental, pues en septiembre de 2014, pese a solicitud del Concesionario y de la **UAESP**, la CAR negó la autorización de cambio de uso de la zona de contingencia denominada Celda VI.

5.1.48. **CGR DOÑA JUANA**, el 03 de enero de 2020 presentó programación para ejecutar el vaciado y mantenimiento de la Celda VI, estableciendo los plazos. No obstante, de acuerdo con el seguimiento efectuado por la Interventoría aquella no ha cumplido los compromisos pactados.

5.1.49. Entre noviembre y diciembre de 2020 no se realizaron actividades de bombeo de lixiviados desde la Celda VI hacía la planta de tratamiento, observándose aumento en el volumen almacenado. Por lo tanto, la ANLA por auto 2404 de 2020, ordenó apertura de investigación ambiental debido a que **CGR DOÑA JUANA** realizó almacenamiento de lixiviados sin contar con autorización por parte de la autoridad ambiental.

Incumplimiento de la obligación de instalar y conectar los instrumentos de geotecnia en línea a tiempo real (inclinómetros, piezómetros y otros) y la automatización de todo el relleno sanitario

5.1.50. La UT Inter DJ ha señalado que la obligación proferida en el Laudo Arbitral relacionada con la implementación de la automatización del RSDJ, está siendo incumplida de manera sistemática por parte del Concesionario y, además, no ha instalado ni conectado los instrumentos de geotecnia en línea a tiempo real (inclinómetros, piezómetros y otros), ni ha efectuado la automatización de todo el relleno sanitario, para su control y lectura en tiempo real, en el plazo establecido por el Tribunal.

5.1.51. Ha sido el contratista, por su mala operación del servicio, quien ha dado lugar a que a la fecha no se cuente con información en tiempo real acerca de toda la operación del Relleno y se supedite su conocimiento efectivo a los informes que presente el concesionario.

Estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal

5.1.52. **CGR DOÑA JUANA** fue condenada en el Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018 a realizar las obras de estabilización del talud, el cual según un informe de riesgo presenta un alto riesgo de inestabilidad, hasta el punto de comprometer vidas humanas y paralización de la operación, lo que conllevó a suscribir entre la **UAESP** y el Concesionario la Adición del 07 del 21 de diciembre de 2016, por un valor de \$3.648.404.905.

5.1.53. En desarrollo de la adición al contrato, dadas las circunstancias de la obra, se adicionó el valor en la suma de \$1.764.807.516.

5.1.54. Tras varias presentaciones y rechazos de las propuestas de

programación, se estableció un plazo desde el 19 de junio de 2019 hasta octubre del mismo año.

5.1.55. El 25 de agosto de 2019, el Concesionario comunicó a la Interventoría un retraso de ejecución del 15% con respecto al plan de trabajo aprobado, mencionado que de acuerdo al fallo del Tribunal tendría un año para finalizar las obras del talud y la vía alterna, por lo que informaba que entregaría la obra de la vía alterna el 12 de octubre de 2019 y la estabilización del talud 90 días después.

5.1.56. El 10 de septiembre de 2019 la Interventoría comunicó que según la bitácora de obra, desde el 5 de septiembre no se realizaban actividades tendientes a ejecutar la obra y se había retirado el personal y la maquinaria. El 7 de octubre de 2019 se indicó que reactivaron las obras desde el 5 de octubre de ese año.

5.1.57. El 25 de septiembre de 2019, la Interventoría remitió a la **UAESP** un informe de avance de obra de estabilización del talud ubicado entre los postes 53 a 59.

5.1.58. El contratista entregó nuevas programaciones de la obra sin que la **UAESP** las hubiese aprobado, en tanto debía haberse entregado la obra finalizada el 12 de octubre de 2019.

5.1.59. A la fecha de diciembre de 2019, el Contratista presentó un avance del 56%, incumpliendo con los plazos establecidos en el Laudo Arbitral.

5.1.60. El 17 de junio de 2020 el Concesionario reinició actividades de

construcción de la vía alterna, pero a la fecha de corte 25 de febrero de 2021, no se habían finalizado las actividades sobre esa vía. Después de 9 meses de finalizado el plazo, solo se tuvo un avance del 51,33% de la obra, mostrando incumplimiento por parte de **CGR DOÑA JUANA** frente a la decisión arbitral.

5.1.61. Dentro de las obligaciones dispuestas en el laudo, se encuentra de reparación, mantenimiento y aseo de la vía principal. Así que, para el mantenimiento de la vía, **CGR DOÑA JUANA** presentó programación, aprobada por la **UAESP**, la cual iniciaba el 22 de octubre de 2018 y debía finalizar el 16 de abril de 2020.

5.1.62. Obedeciendo a la situación de emergencia sanitaria generada por la Pandemia del COVID-19, se suspendieron desde 20 de marzo de 2020, pero el gobierno desde el 24 de abril indicó las excepciones que cobijaban la reanudación de actividades de mantenimiento de la vía principal por lo que la UT Inter DJ requirió a **CGR DOÑA JUANA** el reinicio de las obras.

5.1.63. **CGR DOÑA JUANA** reinició actividades solo el 21 de agosto de 2020, siendo que el plazo se había vencido el 28 de mayo de ese año.

5.1.64. En el informe de interventoría con corte 25 de febrero de 2021, se indicó que el Concesionario no había finalizado las actividades sobre la vía, pues solo tenía un avance del 51,33% de la obra.

5.1.65. **CGR DOÑA JUANA** presentó el 6 de diciembre de 2016 programación para el diseño e inicio de construcción de vía nueva. No obstante, al mes de febrero de 2021, no existían diseños de la vía ni se había

iniciado la obra a la que **CGR DOÑA JUANA** se comprometió.

5.1.66. El Concesionario no ha presentado programación de diseño y construcción, ni ha realizado actividades al respecto, como tampoco culminó el mantenimiento de la vía principal. El incumplimiento de esta obligación comporta un aspecto fundamental del contrato.

5.1.67. **CGR DOÑA JUANA** en el marco de la ejecución del contrato, elaboró y presentó ante la autoridad ambiental el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) con el fin de adelantar el trámite de modificación de la Licencia Ambiental, que fue objeto de licenciamiento por parte de la CAR y hace parte integrante de la misma. Con base en el EIA elaborado y presentado por el Concesionario, la CAR mediante Resolución 1351 de 2014 estipuló que la entrega de la obra del Dique Ambiental estaba prevista para el pasado 30 de mayo de 2017 y el Plan de Cumplimiento suscrito entre **CGR** y la **UAESP** indicaba que debía finalizarse antes del 31 de diciembre de 2020.

5.1.68. El concesionario, a la fecha de presentación de la reforma a la demanda de reconvención, no había adecuado ni construido ese proyecto en los términos establecidos, y el avance compilado era del 42,7% para ambas etapas del Dique Ambiental.

5.1.69. De acuerdo con lo dispuesto por la Autoridad Ambiental, no existe, hasta la fecha de presentación de la reforma, pronunciamiento alguno que autorice la disposición de residuos sólidos en la Zona VII Área 2 – costado Norte.

5.1.70. **CGR DOÑA JUANA**, el 10 de febrero de 2020 ingresó al sector

denominado Zona VII Área 2 – costado Norte e inició la disposición de residuos sólidos sin contar con el aval de la Autoridad Ambiental para ejecutar dicha labor.

5.1.71. El 28 de abril de 2020 se presentó un deslizamiento de la masa de residuos en la Zona VII Costado Norte, en tanto es un área que no cuenta con medidas técnicas de impermeabilización y manejo de residuos sólidos urbanos.

5.1.72. El concesionario incumplió todas las medidas preventivas y correctivas para garantizar la estabilidad de la zona deslizada y además, incumplió la implementación de instrumentación geotécnica, asunto por el cual ya fue condenado en el Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018.

5.1.73. El Concesionario no cumplió con lo ordenado en el Decreto 1076 de 2015, pues la Autoridad Ambiental no se ha pronunciado respecto de la modificación solicitada por el Concesionario para realizar disposición de residuos en la Zona VII, Área 2 Costado Norte, actividad que sin embargo inició el pasado 10 de febrero de 2020, siendo esta un área no aprobada para el desarrollo de esa actividad.

5.1.74. **CGR DOÑA JUANA** presentó un plan de trabajo de relocalización. Posteriormente, señaló que no daría lugar a esta actividad considerado que al remover los residuos indebidamente dispuestos en la zona podrían generar olores y vectores y con ello afectar a la comunidad. Sin embargo, el no relocalizar los residuos puede generar una posible infiltración de lixiviados en el sector, pues la zona no cuenta con las adecuaciones necesarias para evitar una infiltración. A la fecha de presentación de la reforma, la Autoridad

Ambiental no había resuelto la situación y la orden de relocalización seguía vigente, pues la determinación no había sido modificada por la ANLA.

5.1.75. El Concesionario no ha cumplido las ordenes presentadas por la Autoridad Ambiental, e incumplió el seguimiento a la programación V-2, que fue resultado de su propia propuesta. Aunque presentó programaciones y planes posteriores, los mismos no cumplen con la orden impartida por la Autoridad Ambiental sobre la relocalización de los residuos.

5.1.76. No es la primera vez en la que se presenta un deslizamiento, el 2 de octubre de 2015 se presentó otro que terminó con acuerdo de conciliación ante el anterior Tribunal, donde **CGR DOÑA JUANA** reconoció su plena responsabilidad y asumió todas las consecuencias patrimoniales y ambientales.

Incumplimiento definitivo de las obligaciones asociadas a la maquinaria en RSDJ

5.1.77. En lo que concierne a la obligación de disponer de la maquinaria permanente para la operación del relleno sanitario, dispuesta en el Laudo Arbitral, en la cláusula tercera y décima y en la resolución 724 de 2010, **CGR DOÑA JUANA** no cumplió con dicha obligación desde que suscribió el contrato 344 de 2010 hasta el 11 de octubre de 2018, fecha en la que se resolvieron las aclaraciones del Laudo arbitral, haciendo tránsito a cosa juzgada.

5.1.78. **CGR DOÑA JUANA** tampoco cumplió con disponer de la totalidad de la maquinaria permanente dentro de los 12 meses siguientes a la ejecutoria del laudo generándose múltiples traumatismos en la operación del frente de disposición por ello.

5.1.79. De acuerdo con lo ordenado en Laudo Arbitral para el 11 de octubre de 2019, el Concesionario debía contar con catorce maquinas permanentes, a pesar de lo cual para esa fecha solo contaba con un Bulldozer CAT D8.

5.1.80. En cuanto al reemplazo de maquinaria a nueva, según el contrato y el laudo Arbitral, **CGR DOÑA JUANA** debía realizar el reemplazo de la maquinaria permanente, por maquinaria nueva con (0) horas de funcionamiento y año de fabricación no anterior a (1) al momento de realizar dicho reemplazo. No obstante, conforme al informe de interventoría, **CGR DOÑA JUANA** no había realizado ese reemplazo.

5.1.81. En cuanto a los peritajes de la maquinaria, la obligación de realizar el respectivo peritaje de la maquinaria permanente se estipuló en el contrato y se reiteró en el laudo arbitral. Sin embargo, el peritaje técnico presentado por **CGR DOÑA JUANA** no tiene los alcances requeridos contractualmente toda vez que no cumple con los catorce puntos del párrafo tercero de la Cláusula Décima.

incumplimiento definitivo de las obligaciones asociadas a cierre –post cierre / provisión clausura y post clausura

5.1.82. En el contrato de concesión y en la resolución 724 de 2010 se establecen las condiciones técnicas para el cierre, clausura y postclausura. Frente a ello, el subdirector de Disposición Final de la UAESP determinó la necesidad de aclarar el contrato, considerando la entrada en vigencia de la Resolución CRA 720 de 2015.

5.1.83. Las partes suscribieron Otro Sí Aclaratorio No. 1 de 2017 al contrato de Concesión, en el cual indicaron que le correspondía al concesionario *“la ejecución de las actividades de cierre, post-cierre y clausura del contrato de concesión No.344 de 2010”*. Así las cosas, el Concesionario programó las actividades de cierre desde el 1 de agosto de 2017 hasta el 01 de marzo de 2019. Sin embargo, con corte al mes de junio de 2020, la interventoría reportó incumplimiento de las actividades establecidas y desarrollo de los cierres conforme a las mismas programaciones del concesionario.

5.1.84. Son múltiples los requerimientos de la interventoría por el incumplimiento de las obligaciones del contratista sin obtener respuesta en su, y en los casos en que se responde, no se presentan avances que permitan inferir que realizará la totalidad de los cierres de las zonas como se estableció.

5.1.85. El Concesionario no ha suministrado repuestos, insumos ni la mano de obra necesario para las actividades de cierre, postcierre y clausura. Además, el seguimiento realizado por la Interventoría arroja que el cumplimiento de las actividades es del 4% para zonas operadas y entre el 28 y el 32% para áreas no operadas por CGR.

5.1.86. El Concesionario, como operador del relleno sanitario debe depositar los recursos provisionados en el encargo fiduciario para garantizar las etapas de clausura y postclausura de las zonas operadas. Los recursos no son remuneración del operador, por consiguiente no puede hacer uso de ellos sino hasta el momento en que se requieran para la destinación que se determinó en la regulación.

5.1.87. CGR Doña Juana, a partir de la aplicación de la metodología establecida en la resolución CRA de 2015, en su facturación mensual, ha venido determinando el costo para las actividades de disposición final y tratamiento de lixiviados, y el costo para las obras de clausura y posclausura por tonelada y su correspondiente valor total conforme a las toneladas ingresadas al relleno sanitario.

5.1.88. El 1 de noviembre de 2018, **CGR DOÑA JUANA** y Credicorp Capital Fiduciaria celebraron contrato de encargo fiduciario de administración y pagos para la actividades de clausura y posclausura del Relleno Sanitario. No obstante, **CGR DOÑA JUANA** no ha realizado el depósito de los recursos pagados por los usuarios, los cuales deben encontrarse provisionados de fiducia, dentro de las respectivas cuentas creadas para tal fin.

Incumplimiento de información requerida durante la ejecución del contrato.

5.1.89. Conforme al contrato de Concesión, la interventoría ha solicitado durante la ejecución del contrato información referente a las inversiones ejecutadas, los costos de operación y mantenimiento, pasivos, entre otros. Estas solicitudes datan del año 2011, sin que el Concesionario haya revelado soportes contables de sus costos operativos, pues en el año 2014, **CGR DOÑA JUANA** manifestó en reiteradas comunicaciones que no entregaría la información financiera solicitada.

Incumplimiento de la obligación de entregar la información relacionada con el informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social de 2012 a 2016.

5.1.90. **CGR DOÑA JUANA** fue condenada en el Laudo Arbitral a suministrar

y permitir el acceso de la información relacionada con el informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social desde el año 2012 y hasta el año 2016.

5.1.91. El 19 de noviembre de 2018 se solicitó a la **UAESP** apertura de proceso administrativo sancionatorio por incumplimiento de **CGR DOÑA JUANA** del laudo arbitral, en el componente social, en lo que se refiere a la inversión en el periodo antes mencionado por lo que el 30 de noviembre de 2018, el Concesionario remitió el informe de inversión social de 2012 a 2018.

5.1.92. La **UAESP** emitió concepto indicando que la propuesta del plan de acción para el cumplimiento del laudo arbitral no reunía lo definido por el Tribunal pues la información requerida no era clara, detallada ni podía comprobarse la efectiva inversión.

5.1.93. Se presentaron múltiples comunicaciones asociados al plan de cumplimiento del Laudo Arbitral, en lo que se refiere al componente de inversión social, sin que a la fecha se haya entregado la información en el modo en que ha sido requerida de manera insistente y reiterada por la **UAESP** y la Interventoría. En ese sentido, **CGR DOÑA JUANA** no ha cumplido con lo dispuesto en el Laudo Arbitral. Ciertamente se ha limitado a entregar una documentación y descripción de las presuntas inversiones sin que las mismas sean claras, definiendo partidas de inversión debidamente soportadas y con la evidencia para establecer que efectivamente la inversión fue realizada.

Solicitud de interpretación y efectos del acta de acuerdo número 01 de 2014: residuos mixtos o residuos provenientes de puntos críticos

5.1.94. **CGR DOÑA JUANA** solicitó a la **UAESP** autorización para realizar una prueba piloto consistente en la utilización del concreto limpio que llega en los camiones como material de afirmado en las vías internas del RSDJ, proyecto que establecía un porcentaje mínimo de aprovechamiento del 1.8% de los residuos que ingresan al relleno.

5.1.95. Después de una visita la CAR estableció que la disposición de material de esa manera estaba prohibida e indicó que los escombros debían ser dispuestos en las escombreras autorizadas por la Alcaldía Mayor.

5.1.96. La Interventoría respondió a la CAR señalando que los residuos que estaban siendo utilizados eran los denominados mixtos, esto es correspondían a los que venían mezclados con residuos domiciliarios.

5.1.97. En el año 2013 la CAR impuso como medida preventiva la suspensión inmediata de las actividades de disposición de escombros en el RSDJ. A su turno, la UAESP presentó a la CAR revocatoria directa parcial y solicitud de levantamiento de la medida.

5.1.98. El 18 de junio de 2014 se modificó la licencia ambiental incluyendo la zona de Optimización Fase II. En dicho acto administrativo se establece que no se dispondrán escombros en el RSDJ.

5.1.99. Las partes suscribieron en el año 2014 un documento denominado Acta de Acuerdo No. 1 de 2014, la cual precisaba su carácter provisional, supeditando la definición del pago a una tarifa que no se estableció en el mismo documento, y condicionó la viabilidad del proyecto de aprovechamiento de material de residuos de construcción al desarrollo del pago, siendo necesario incluir la licencia ambiental.

5.1.100. El 20 de noviembre de 2014 la **UAESP** presentó a la autoridad ambiental, CAR una propuesta para realizar de forma temporal la actividad de separación y clasificación de residuos provenientes de puntos críticos y/o arrojo clandestino.

5.1.101. El 3 de octubre de 2015, mediante Resolución 2155, la CAR impuso a la **UAESP** una multa por \$452.289.881 por la disposición de escombros en el polígono licenciado, decisión que fue recurrida.

5.1.102. El 16 de marzo de 2017, mediante radicado CAR No. 01171100780 la **UAESP** solicitó a la CAR autorización del ingreso de residuos de construcción limpios para la adecuación de las vías temporales del RSDJ lo cual dio como resultado que la CAR autorizara la segunda fase de la prueba piloto, pero no se volvió a pronunciar al respecto.

5.1.103. A partir de febrero de 2018 cambia el modelo de aseo y los residuos provenientes de puntos críticos quedan por fuera de la regulación tarifaria establecida por la Comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico- CRA y no pueden ser remunerados vía tarifa.

5.1.104. El 3 de abril de 2020 el concesionario informa que cesará las actividades con los residuos mixtos, por lo cual la **UAESP** se dispuso a mejorar las condiciones de disposición y ante el alto deterioro del relleno, realizó adecuaciones de acceso con una máquina retroexcavadora. Frente a ello, **CGR DOÑA JUANA** de manera deliberada, decidió poner un vehículo al frente de la máquina que impidiera el desplazamiento.

5.5. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

Sea lo primero precisar que el Tribunal mediante auto No. 26 se declaró no competente para conocer de las pretensiones tercera, primera y segunda subsidiarias a la pretensión tercera principal, vigésima primera, vigésima quinta, vigésima séptima, vigésima novena, trigésima primera, cuadragésima primera, cuadragésima quinta y quincuagésima tercera de la de reconvenición reformada.

Estas son entonces las pretensiones que deberá resolver el Tribunal:

“PRIMERA PRETENSIÓN: Interpretar por la vía judicial que la Cláusula Sexta del contrato C-344 de 2010, las partes pactaron respecto al plazo de ejecución, término de ejecución o condición, que la concesión termina cuando se haya copado la capacidad del área licenciada al inicio de la concesión y la capacidad adicional que se logró mediante la modificación a la licencia ambiental contenida en la Resolución 1351 del 18 de junio de 2014, sin que la concesión pueda extenderse más allá, por nuevas o distintas modificaciones posteriores a la licencia ambiental.

SEGUNDA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la PRIMERA PRETENSIÓN, se declare que en la Cláusula Sexta del contrato 344 de 2010, las partes pactaron que el plazo de ejecución del contrato de concesión termina cuando se haya copado la capacidad del área licenciada al inicio de la concesión y la capacidad adicional que logró mediante la modificación a la licencia ambiental contenida en la Resolución 1351 del 18 de junio de 2014, sin que la concesión pueda extenderse más allá, por nuevas o distintas modificaciones posteriores a la licencia ambiental.

TERCERA PRETENSIÓN: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P incumplió el punto NOVENO de la parte resolutive del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018, al no haber optimizado el sistema de tratamiento lixiviados, por presentar los diseños de optimización del STL dentro de los tres (3) meses siguientes a la

ejecutoria del mencionado laudo. Considerando que, los diseños debían comprender un plazo de ejecución no superior a cinco (5) meses para la culminación de las actividades de optimización, contados desde la respectiva aprobación de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS.

(primera, segunda y terceras subsidiarias a la tercera principal excluidas por falta de competencia)

CUARTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la prosperidad de la TERCERA PRETENSIÓN o de las PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LA TERCERA PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. es con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

QUINTA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P incumplió las cláusulas 2 y 3 del Contrato de Concesión C-344 de 2010 y demás disposiciones que hacen parte integral del mismo, por no haber cumplido con las normas de vertimientos exigibles para el tratamiento integral de los lixiviados, en el periodo posterior a la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018.

SEXTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la QUINTA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. es con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

SÉPTIMA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P incumplió la Cláusula 3. Obligaciones Específicas, sobre los lixiviados, el numeral 2, numeral 4 del Contrato de Concesión 344 de 2010; numeral 21 de artículo 21 de la Resolución 724 de 2010; demás disposiciones que hacen parte integral del contrato, por no haber cumplido con el control integral de los brotes y derrames de lixiviados al no realizar la captación y transporte de los mismos, no haber realizado el

mantenimiento del sistema de conducción de lixiviados.

OCTAVA PRETENSIÓN Como consecuencia de la prosperidad de la SÉPTIMA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. es con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

NOVENA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P incumplió la Cláusula 2 Obligaciones Generales, Cláusula 3 Obligaciones Específicas, Cláusula 37 del Contrato de Concesión 344 de 2010 y lo dispuesto en la Resolución 724 de 2010 en los numerales 1, 5, 21, 22 del artículo 12 y los artículos 43 y 46 de la misma; las demás disposiciones que hacen parte integral del contrato, el Pliego de Condiciones, particularmente lo dispuesto en el Apéndice 8, por no haber cumplido con la disponibilidad de uso y/o adquisición e implementación de plantas eléctricas de respaldo, circuitos eléctricos preferenciales y/o circuitos eléctricos redundantes para la solución de fallas del suministro eléctrico del Sistema de Tratamiento de Lixiviados.

DÉCIMA PRETENSIÓN Como consecuencia de la prosperidad de la NOVENA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. es con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

DÉCIMA PRIMERA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P incumplió la Cláusula 2. Obligaciones Generales en el numeral 4.; Cláusula 3. Obligaciones Específicas, numeral 5. Sobre la Operación RSDJ del Contrato de Concesión 344 de 2010, lo dispuesto en la Resolución 724 de 2010 y demás disposiciones que hacen parte integral del contrato, por no haber realizado el mantenimiento correctivo de los equipos del Sistema de Tratamiento de Lixiviados del RSDJ, cuando estos queden fuera de servicio, y de haber realizado los remplazos correspondientes.

DÉCIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la prosperidad de la DÉCIMA PRIMERA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. es con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

DÉCIMA TERCERA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P incumplió la Cláusula 2. Obligaciones Generales en el numeral 17 y 18.; Cláusula 37 en el numeral 6 del Contrato de Concesión 344 de 2010 y lo dispuesto en la Resolución 724 de 2010 y demás disposiciones que hacen parte integral del contrato, por no haber calibrado los equipos, no contar con la certificación metrológica actualizada y no contar con los controladores automatizados, indicadores y registradores de caudal, certificados, metrológicamente sellados y conectados al sistema de monitoreo y control en línea del Sistema de Tratamiento de Lixiviados.

DÉCIMA CUARTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la prosperidad de la DÉCIMA TERCERA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. es con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

DÉCIMA QUINTA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P incumplió la Cláusula 2, Obligaciones Específicas numeral 12. del contrato de concesión 344 de 2010 y lo dispuesto en Resolución 724 de 2010, título IV del proceso de operación y mantenimiento – Capítulo 1 sobre manejo ambiental, Artículo 55 y demás disposiciones que hacen parte integral del contrato por no haber corrido con los costos de los contramuestreos para establecer el desempeño del Sistema de Tratamiento de Lixiviados y el cumplimiento de la normatividad de vertimientos.

DÉCIMA SEXTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la

prosperidad de la DÉCIMA QUINTA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. E.S.P con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

DÉCIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA SA–E.S.P incumplió la cláusula Tercera: Obligaciones Específicas, en materia de autorizaciones, licencias, permisos y otros aspectos ambientales, numeral 3 "(...) Pagar las tasas, multas o sanciones que la Autoridad Ambiental o cualquier otra autoridad administrativa o judicial le imponga al Concesionario o a la UAESP, por incumplimiento de las normas ambientales en la operación integral de RSDJ" del contrato de concesión 344 de 2010, al no haber asumido la sanción impuesta en las Resoluciones 01462 del 5 de septiembre de 2018 y 01506 del 25 de julio de 2019, expedidas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, por valor de TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (COP \$3.653.650.088.00) ni mantener indemne a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS por cualquier concepto en los términos de la CLÁUSULA CUADRAGÉSIMA PRIMERA del contrato de concesión C -344 de 2010.

DÉCIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la prosperidad de la DÉCIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN, se condene a la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P a pagar la suma de TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (COP \$3.653.650.088.00) o el mayor valor que resulte probado, a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS.

DÉCIMA NOVENA PRETENSIÓN: Se declare que la sociedad CGR DOÑA JUANA SA–E.S.P incumplió la Cláusula Segunda, sobre las Obligaciones Generales del Concesionario, numeral 37 "Pagar las tasas retributivas y compensatorias que imponga la autoridad ambiental al CONCESIONARIO o a la UAESP relacionadas con la ejecución del contrato." al no haber pagado la tasa retributiva por vertimiento puntual al tramo 2 del Río Tunjuelo de los periodos 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018.

VIGÉSIMA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la prosperidad de la DÉCIMO NOVENA PRETENSIÓN, se condene a la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P a pagar la suma de CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS DIECIOCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/CTE (COP \$4.131.918.571), o el mayor valor que resulte probado, a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS.

(pretensión vigésima primera excluida por falta de competencia)

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. - E.S.P incumplió la obligación pactada en la Cláusula 3ª del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana, al no realizar el mantenimiento ambiental anual de los pondajes existentes dentro del relleno, para lo cual debió presentar una propuesta técnica al mes siguiente de la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018, la cual debía comprender un periodo no superior a doce (12) meses contados desde la respectiva aprobación de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS..

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. - E.S.P incumplió la obligación pactada en la Cláusula 3ª del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana, al no realizar el mantenimiento ambiental anual de los pondajes existentes dentro del relleno, para lo cual debió presentar una propuesta técnica al mes siguiente de la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018. La propuesta debía ser aprobada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS. El cronograma establecido para las mencionadas actividades no podría ser superior a doce (12) meses contados desde la respectiva aprobación.

VIGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la VIGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN o la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. -E.S.P con fundamento en la condición

resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

VIGÉSIMA TERCERA PRIMERA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -E.S.P incumplió la Cláusula 3, Obligaciones Específicas, Sobre la zona VI de emergencia del Relleno Sanitario Doña Juana, numeral 1, del contrato de concesión 344 de 2010 y lo dispuesto en Resolución 724 del 11 de octubre de 2010 y demás normas integradas al contrato, por almacenar lixiviados en la celda VI.

VIGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la VIGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. E.S.P con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

(Pretensión vigésima quinta excluida por falta de competencia)

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA QUINTA: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -E.S.P incumplió la obligación pactada en la CLÁUSULA 3 del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario, sobre la instalación y conexión de los instrumentos de geotecnia en línea o en tiempo real (inclinómetros, piezómetros y otros) y la automatización de todo el relleno sanitario, para su control y lectura en tiempo real dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018

VIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la VIGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN o la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA QUINTA PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. -E.S.P con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

(pretensión vigésima séptima excluida por falta de competencia)

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA SÉPTIMA

PRINCIPAL: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P incumplió la obligación pactada en la CLÁUSULA 2 del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario al no realizar las obras de estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal, asumiendo los costos derivados de dichas obras con cargo a su remuneración, para lo cual debió presentar una propuesta técnica de las obras a realizar garantizando la menor afectación en la operación del Relleno Sanitario Doña Juana en el mes siguiente a la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018. La propuesta debía ser aprobada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS. El cronograma establecido para las mencionadas actividades no podría ser superior a doce (12) meses contados desde la respectiva aprobación.

VIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la VIGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN o la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA SÉPTIMA PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

(pretensión vigésima novena excluida por falta de competencia)

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA NOVENA

PRINCIPAL: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. - E.S.P incumplió el Contrato 344 de 2010, la obligación pactada en su Cláusula 3 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana, sobre la construcción, reparación, mantenimiento y aseo de la capa asfáltica, incluyendo las obras de arte laterales (bajo las normas técnicas viales vigentes al momento de contratar, del INVIAS y demás autoridades competentes y sus posteriores modificaciones), de la vía principal del Relleno Sanitario Doña Juana, que va desde la puerta de acceso hasta la zona actual de disposición según lo establece la Resolución UAESP No. 724 de

octubre de 2010, contentiva en el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana, desde la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018.

TRIGÉSIMA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la VIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN o la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA NOVENA PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

(pretensión trigésima primera excluida por falta de competencia)

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TRIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. - E.S.P incumplió el Contrato 344 de 2010 en su Cláusula 3 y el Reglamento Técnico del Relleno, al no haber realizado el diseño, elaboración, reparación, colocación, mantenimiento y aseo de las señales viales verticales y horizontales, bajo las normas técnicas viales vigentes INVIAS, desde la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018.

TRIGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la TRIGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN o la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TRIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

TRIGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. – E.S.P incumplió la Cláusula 2. Obligaciones Generales en el numeral 5 y 13.; Cláusula 3. Obligaciones Específicas del Contrato de Concesión 344 de 2010 y lo dispuesto en la Resolución 724 de 2010 y demás disposiciones que hacen parte integral del contrato, al no haber realizado las actividades de realce del Dique Ambiental definido en la Resolución CAR 1351

de 2014, cuyo objetivo es mitigar los efectos ambientales de la operación, especialmente los relativos a la comunidad de Mochuelo Alto.

TRIGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la TRIGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. E.S.P con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

TRIGÉSIMA QUINTA: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P incumplió la Cláusula 2. Obligaciones Generales en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 15; Cláusula 3 Obligaciones Específicas en los numerales 1, 3; la Resolución 724 de 2010 en sus artículos 12, 24, 30; la Resolución 717 de 2011 artículo 24; Resolución Car No. 1351 De 2014. Artículo No. 6. Numeral 6; Resolución Car No. 2320 De 2014. Artículo No. 1; Decreto 2041 De 2014. Artículo No 29 “Modificación De La Licencia Ambiental”; Decreto 1076 De 2015. Artículo No. 2.2.2.3.7.1 “Modificación De La Licencia Ambiental”; Resolución ANLA No. 822 De 2020. Artículo Primero – Numeral 3 – Literal A; Resolución ANLA No. 846 De 2020. Artículo Primero – Numeral 3; Resolución ANLA No. 1136 De 2020. Artículo Segundo – Numeral 1 – Literal A; Resolución ANLA No. 1136 De 2020. Artículo Segundo – Numeral 10; y las demás disposiciones que hacen parte integral del contrato por realizar la disposición de residuos sólidos en un área no aprobada para el desarrollo de esa actividad; por acopiar, manejar y/o disponer residuos sólidos de origen doméstico relacionados en el deslizamiento de residuos del 28 de abril de 2020 en un área que no cuenta con el aval o autorización de la Autoridad Ambiental, no haber realizado actividades de relocalización de residuos, recolección, transporte y disposición definitiva de los residuos deslizados el 28 de abril de 2020.

TRIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la TRIGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. E.S.P con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio,

aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

TRIGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. – E.S.P incumplió la Cláusula 2. Obligaciones Generales en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 15; Cláusula 3 Obligaciones Específicas en los numerales 1, 3; la Resolución 724 de 2010 en sus artículos 12, 24, 30; la Resolución 717 de 2011 artículo 24; Resolución Car No. 1351 De 2014. Artículo No. 6. Numeral 6; Resolución Car No. 2320 De 2014. Artículo No. 1; Decreto 2041 De 2014. Artículo No 29 “Modificación De La Licencia Ambiental”; Decreto 1076 De 2015. Artículo No. 2.2.2.3.7.1 “Modificación De La Licencia Ambiental”; Resolución ANLA No. 822 De 2020. Artículo Primero – Numeral 3 – Literal A; Resolución ANLA No. 846 De 2020. Artículo Primero – Numeral 3; Resolución ANLA No. 1136 De 2020. Artículo Segundo – Numeral 1 – Literal A; Resolución ANLA No. 1136 De 2020. Artículo Segundo – Numeral 10; y las demás disposiciones que hacen parte integral del contrato por no reconfigurar la zona afectada y adoptar medidas efectivas que permitan mitigar los efectos del impacto ambiental derivado del deslizamiento de residuos que tuvo lugar el 28 de abril de 2020 en Biosólidos, Zona 2 Área 3 y Zona VII Área 2 Costado Norte.

TRIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la prosperidad de la TRIGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. E.S.P con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

TRIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P incumplió la Cláusula 2. Obligaciones Generales en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 15; Cláusula 3 Obligaciones Específicas en los numerales 1, 3; la Resolución 724 de 2010 en sus artículos 12, 24, 30; la Resolución 717 de 2011 artículo 24; Resolución Car No. 1351 De 2014. Artículo No. 6. Numeral 6; Resolución Car No. 2320 De 2014. Artículo No. 1; Decreto 2041 De 2014. Artículo No 29 “Modificación De La Licencia Ambiental”; Decreto 1076 De 2015. Artículo No. 2.2.2.3.7.1 “Modificación De La Licencia Ambiental”; Resolución ANLA No.

822 De 2020. Artículo Primero – Numeral 3 – Literal A; Resolución ANLA No. 846 De 2020. Artículo Primero – Numeral 3; Resolución ANLA No. 1136 De 2020. Artículo Segundo – Numeral 1 – Literal A; Resolución ANLA No. 1136 De 2020. Artículo Segundo – Numeral 10; y las demás disposiciones que hacen parte integral del contrato, por no presentar los estudios y diseños definitivos para la reconfiguración, configuración y disposición de los residuos removidos y/o deslizados en el costado norte de zona VII Área 2 el 28 de abril de 2020; no ha dado cumplimiento a lo ordenado por la Autoridad Ambiental respecto a las actividades de relocalización de residuos, recolección, transporte y disposición definitiva de los residuos deslizados el 28 de abril de 2020; no ha dado cumplimiento a lo ordenado por la Autoridad Ambiental respecto a las actividades de remoción de residuos el 28 de abril de 2020 sobre el terreno natural que no cuenta con impermeabilización.

CUADRAGÉSIMA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la TRIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. E.S.P con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

(pretensión cuadragésima primera excluida por falta de competencia)

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P incumplió la obligación pactada en la CLÁUSULA 2 del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario al disponer de la maquinaria permanente para la operación del relleno sanitario, en los términos definidos en el Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018, en los doce (12) meses siguientes de la ejecutoria de la mencionada providencia.

CUADRAGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN o la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión

344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. E.S.P con fundamento en la condición resolutoria tacita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

CUADRAGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P incumplió la Cláusula 10 – Equipos y Maquinaria Del Contrato de Concesión 344 de 2010 y demás disposiciones que hacen parte integral del contrato, al no remplazar la totalidad de la maquinaria permanente por maquinaria nueva con 0 (cero) horas de funcionamiento y año de fabricación no anterior a un (1) año desde su adquisición. El reemplazo, debió realizarse a los ocho (8) años contados a partir de la fecha de la adquisición o la que debió adquirir el Concesionario en los términos de la mencionada cláusula y conforme a la interpretación dispuesta en el punto CUARTO de la parte resolutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018.

CUADRAGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la CUADRAGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

(pretensión cuadragésima quinta excluida por falta de competencia)

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMA QUINTA PRINCIPAL: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P incumplió el Parágrafo 3 de la Cláusula 10 - Equipos y Maquinaria, del contrato 344 de 2010 y Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana, al no contratar y entregar los peritajes técnicos de la Maquinaria Permanente en los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018.

CUADRAGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la prosperidad de la CUADRAGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN o la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMA QUINTA

PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P incumplió la Cláusula Tercera Obligaciones Específicas, al no ha construir las obras necesarias y requeridas, no suministrar los repuestos, insumos y mano de obra, no ejecutar las obligaciones contractuales dentro de sus actividades de cierre, post-cierre y clausura establecidas conforme a lo establecido por las partes en el Aclaratorio No. 1 suscrito el 14 de junio de 2017, y que resultan necesarias para la correcta administración y operación del Relleno Sanitario.

CUADRAGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

CUADRAGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P incumplió el numeral 32 de la Cláusula Segunda del Contrato C-344 de 2010, por no cumplir con la provisión ordenada en el Artículo 2.3.2.3.5.18 del Decreto 1077 de 2015, el Artículo 30 de la Resolución CRA 720 y la Circular 001 de 2017 emitida por la CRA, para garantizar la disponibilidad de recursos económicos para la Clausura y posclausura del Relleno Sanitario Doña Juana.

QUINCUAGÉSIMA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la CUADRAGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN, se ordene de forma inmediata la consignación de la suma de TREINTA DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA NUEVE MILLONES CIENTO CUARENTA Y DOS PESOS (COP \$ 32.759.142.642), con corte a la facturación del 31 de enero de 2021, o al mayor valor que deba ser provisionado en las cuentas creadas por la Fiduciaria

para depositar y mantener la provisión de los recursos de la clausura y post- clausura del Relleno Sanitario Doña Juana.

QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P incumplió el numeral 2 de la Cláusula Segunda del Contrato C-344 de 2010 y el Numeral 1 de la Cláusula Tercera Título Sobre El suministro De Información, al no haber atendido los múltiples requerimientos de suministrar la información de los costos de operación en el marco de la operación de Relleno Sanitario Doña Juana.

QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN, se condene a CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P a la entrega de la información de los costos de operación en el marco de la operación de Relleno Sanitario Doña Juana, con sus soportes contables de los costos operativos en que haya incurrido durante el plazo de ejecución de la concesión al tiempo del laudo arbitral que ponga fin a la controversia. La información deberá ser dispuesta en un medio digital que garantice su integridad y acceso a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, la cual será entregada a LOS CINCO (5) meses siguientes de la ejecutoria del laudo.

(pretensión quincuagésima tercera excluida por falta de competencia)

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P incumplió la cláusula tercera numeral 3 del contrato de concesión su obligación contractual de suministrar y permitir el acceso de la información relacionada con el informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social desde el año 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, al no entregar esta información dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018.

QUINCUAGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la QUINCUAGÉSIMA TERCERA o la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a

cargo CGR Doña Juana S.A. E.S.P con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

QUINCUAGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de los incumplimientos declarados, condenar a CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P a pagar dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria del Laudo que ponga fin a la controversia la cláusula penal pecuniaria contemplada en la CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA del Contrato 344 de 2010. Además, se ordene a indemnizar los daños y perjuicios que, en exceso de la penal, resulten probados y todas las sumas garanticen la compensación integral de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS por los probados incumplimientos de CGR DOÑA JUANA S.A. ESP.

QUINCUAGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN: Que se disponga lo necesario en las declaraciones a que haya lugar y se establezcan las condenas que resulten procedentes para reparar integralmente el daño causado a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, bajo los criterios establecidos en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, incluyendo todas las partidas indemnizatorias que resulten probadas por los incumplimientos contractuales de CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP.

QUINCUAGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN: Como consecuencia de los incumplimientos declarados en contra de CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P, se ordene su publicación en los registros determinados por la Ley y el reporte de la misma a la Cámara de Comercio respectiva, así como a la Procuraduría General de la Nación.

QUINCUAGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la prosperidad de alguna o todas las pretensiones relacionadas con la declaratoria de terminación del Contrato 344 de 2010, se declare que éste se encuentra en estado de liquidación, para que las partes de conformidad con lo establecido en la CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA y en defecto de lo anterior, se proceda con lo dispuesto en la CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA del mencionado contrato, las partes procedan de conformidad con lo pactado y lo establecido en la Ley.

QUINCUAGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN: Declarar que el Acta 01

de 2014, celebrada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS y CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P, no es constitutiva de una modificación contractual y por tanto no es generadora de derechos ni obligaciones, dado su carácter provisional.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA NOVENA PRINCIPAL: Declarar que el Acta 01 de 2014, celebrada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS y CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P, es un acuerdo contractual provisional que estipuló una condición resolutoria asociada a la clarificación ante las autoridades ambientales y la obtención de los respectivos cambios normativos en la materia.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA NOVENA PRINCIPAL: Declarar que el Acta 01 de 2014, celebrada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS y CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P, es un acuerdo contractual provisional hasta que la UAESP definiera una solución definitiva para la autorización de descargue, separación, traslado del material de rechazo (RSO) y acopio transitorio de los residuos de construcción y demolición– RCD que están mezclados y provienen de los puntos críticos y/o de arrojo clandestino de la ciudad de Bogotá que ingresan o se encuentran en el Patio de Mixtos del Relleno Sanitario Doña Juana.

TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA NOVENA PRINCIPAL: Declarar la nulidad absoluta del Acta 01 de 2014, celebrada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS y CGR DOÑA JUANA S.A. –E.S.P, por ser contraria a las normas y principios imperativos de contratación estatal.

SEXAGÉSIMA PRETENSIÓN: Se condene al concesionario CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P, al pago total de los costos y gastos procesales, agencias en derecho que se causen con ocasión del funcionamiento de este Tribunal de Arbitramento.

SEXAGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN: Se condene a CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P a dar cumplimiento inmediato al Laudo arbitral que ponga fin a la controversia, reconociendo los intereses de mora a que haya lugar, de conformidad con lo dispuesto en la

Ley".

5.6. CONTESTACIÓN A LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

En escrito presentado el veintiséis (26) de mayo de dos mil veintiuno (2021), **CGR DOÑA JUANA** contestó la reforma a la demanda de reconvención¹⁵. En esta oportunidad aceptó algunos hechos y otros tan solo parcialmente. Asimismo, manifestó que algunos no eran hechos sino juicios privados del reconviniente, manifestó que no le constaban algunos de los hechos y negó los restantes.

En lo que se refiere a las pretensiones, se opuso a todas, y propuso las siguientes excepciones:

- “FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL”
- “INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTOS POR PARTE DE CGR DOÑA JUANA”
- “INSUFICIENCIA TARIFARIA Y DE REMUNERACIÓN”
- “VIOLACIÓN DE LA LEY 142 DE 1994”
- “DESEQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO”
- “IMPOSIBILIDAD MATERIAL: NADIE ESTÁ OBLIGADO A CUMPLIR LO IMPOSIBLE”
- “EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO: INCUMPLIMIENTO DE LA LEY Y EL CONTRATO POR PARTE DE LA UAESP”
- “MORA CREDITORA O MORA DE LA UAESP”
- “EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES”
- “ABUSO DEL DERECHO Y ABUSO DE SU POSICIÓN DE DOMINIO”
- “FALTA ABSOLUTA DEL DEBER DE COLABORACIÓN”
- “FUERZA MAYOR”
- “HECHOS Y ACTOS DE LAS AUTORIDADES”

¹⁵ Ver archivo 90 del cuaderno principal número 2.

- “IMPREVISIÓN”
- “ALEA EXTRAORDINARIA”
- “PRINCIPIOS DE BUENA FE Y DE CONFIANZA LEGÍTIMA”
- “INDEBIDA E ILEGAL ASIGNACIÓN DE RIESGOS”
- “RIESGO NO ASIGNADO”
- “ACTOS PROPIOS”
- “AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA, TÉCNICA Y FINANCIERA”
- “NON BIS IN ÍDEM”
- “COSA NO JUZGADA”
- “INAPLICACIÓN DE LOS TÉRMINOS Y PLAZOS ESTABLECIDOS EN EL LAUDO PROFERIDO EL 27 DE SEPTIEMBRE DE 2018”
- “NOVACIÓN”
- “FALSAS EXPECTATIVAS Y SU AFECTACIÓN DE LOS TÉRMINOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL LAUDO ARBITRAL”
- “FALTA DE PRUEBAS”
- “AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD POR IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR LAS ACTIVIDADES ORDENADAS”
- “MALA FE”
- “A CGR DOÑA JUANA NO SE LE PUEDE HACER RESPONSABLE A TÍTULO DE INCUMPLIMIENTO POR LOS PROBLEMAS ATINENTES A LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS”
- “A CGR DOÑA JUANA NO SE LE PUEDE HACER RESPONSABLE A TÍTULO DE INCUMPLIMIENTO POR LA OPTIMIZACIÓN DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS DADOS LOS MAYORES COSTOS DE MANTENIMIENTO Y LA MAGNITUD DE LA INVERSIÓN REQUERIDA EN LA REALIDAD”
- “LA UAESP NO TIENE DERECHO A PAGO A SU FAVOR”
- “AUSENCIA DE PERJUICIO”
- “IMPROCEDENCIA DE RECIBIR DOBLE INDEMNIZACIÓN POR LA MISMA CAUSA”

- *“EL TRIBUNAL NO PUEDE CONVERTIRSE EN JUEZ DE LA EJECUCIÓN”*
- *“PAGO”*
- *“PLEITO PENDIENTE”*
- *“IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA: AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO”*
- *“TODA EXCEPCIÓN DERIVADA DE CUALQUIER OPOSICIÓN, RÉPLICA, CONTRARRÉPLICA, Y EN GENERAL, DE CUALQUIER MEDIO DE DEFENSA DE LA RECONVENIDA”.*

6. ACTUACIÓN PROBATORIA SURTIDA EN EL PROCESO

6.1. El veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) se dio inicio a la primera audiencia de trámite¹⁶, la cual culminó el seis (6) de octubre de ese año con el auto No. 29¹⁷ que decretó las pruebas solicitadas.

6.2. El nueve (9) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) se surtió la audiencia de exhibición de documentos a cargo de la Unión Temporal Inter DJ.

6.3. En el curso del proceso se recibieron los testimonios de los señores Carlos Alberto Rangel Esparza, Sergio Andrés Rodríguez Acevedo, Alcira Patricia Tapia, Carlos Javier Niño Bustamante, Jairo Andrés Nossa, Jesús Antonio Mercado Pabón, José Alberto Estrada, Ian Carlos Ortiz Rico - quien aportó documentos que fueron incorporados al expediente -, Diana Sofía Espinosa Virguez y Juan Manuel Zúñiga Peláez. Igualmente las partes desistieron de las declaraciones de los señores Alejandro Chaves, Diana Paola Melo, Wilson Oswaldo Ruiz, Carlos Julio Escamilla, Carlos Alberto Vega Guerrero, Pedro Manuel Gómez, Juan Carlos López, Omar Fernando Castilla,

¹⁶ Ver archivo 129 del cuaderno principal número 3.

¹⁷ Ver archivo 134 del cuaderno principal número 3.

Armando Becerra, Julián Camilo Soto, Miguel Alberto Bula, Lisandro Moreno, Wilson Gámez, Carlos Mauricio Rodríguez, Enrique Vargas, Lisandro Moreno y Martha Patricia Pinzón Durán, así como de la declaración de parte del representante legal de **CGR DOÑA JUANA** y del informe bajo la gravedad de juramento del representante de la **UAESP**.

6.4. El veintitrés de noviembre de dos mil veintiuno (2021) se recibió respuesta de la CRA a la solicitud de aportación de documentos.

6.5. El veinticuatro (24) de enero de dos mil veintidós (2022) mediante auto número 31, se incorporaron al expediente los documentos solicitados como prueba trasladada del expediente 3958, allegados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

6.6. Mediante auto No. 41 de veinticuatro (24) de enero de dos mil veintidós (2022) se dio por concluida la exhibición de documentos a cargo de **CGR DOÑA JUANA** y mediante auto No. 43 de ocho (8) de marzo de ese año las exhibiciones de documento a cargo de la **UAESP** y de la interventoría UT Inter DJ.

6.7. El quince (15) de marzo de dos mil veintiuno (2021) se recibió el interrogatorio de parte del representante legal de **CGR DOÑA JUANA**.

6.8. En el curso del proceso, la convocante allegó cuatro dictámenes a saber, uno financiero, otro técnico, uno en regulación y, finalmente, una experticia de contradicción al dictamen allegado por la **UAESP**. Por su parte la convocada presentó un dictamen pericial técnico y tres dictámenes de contradicción a los aportados por **CGR DOÑA JUANA**. Todas esas experticias fueron puestas en conocimiento y se recibieron los interrogatorios de los peritos Alejandro Iván Gualy Guzmán, Andrés Escobar, Marcela Gómez

Clarck, Martha Liliana Ramírez, Gilberto Corredor, Claudia Patricia Leguía, Diego Andrés Castiblanco y Andry Johanna Calvo.

6.9. El veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintidós, luego de practicada la totalidad de las pruebas, mediante auto número 70 se dio por concluido el periodo probatorio.

7. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LA PARTES

Las partes, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista por el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, acudieron a la audiencia realizada para el efecto. En ella hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones acerca de los argumentos de prueba obrantes en los autos, presentando así mismo los respectivos resúmenes escritos de las intervenciones por ellos llevadas a cabo y los cuales son parte integrante del expediente.

8. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Por su parte el Ministerio Público, entregó oportunamente el concepto contentivo de sus alegaciones de conclusión, el cual fue igualmente incorporado al expediente y en el cual, en síntesis, se indicó lo siguiente:

Encontró la Agencia del Ministerio Público que se deben denegar las pretensiones del convocante, CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P, y reconocer las formuladas en la demanda de reconvención presentada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP.

Una vez revisado el marco jurídico que resulta aplicable a los contratos de concesión de servicios públicos, la naturaleza del contrato, la obligatoriedad de los documentos contractuales, el pliego de condiciones y el principio de buena fe, consideró el Agente del Ministerio lo siguiente: (i) que no se encuentran demostrados los elementos de orden fáctico y legal sobre los cuales pretendió CGR DOÑA JUANA estructurar la reclamación sobre la insuficiencia tarifaria, (ii) que no hay incumplimiento por parte de la UAESP y no puede haberlo, en razón a que la actuación precontractual y contractual de la determinación de las tarifas sobre cuya base se pactó la remuneración del contratista se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico (iii) que no se demostró que las tarifas tenidas en cuenta como parámetro para fijar la remuneración del contratista se hubiesen efectuado de manera “caprichosa” por parte de la entidad, pues se calcularon con base en documentos precontractuales y contractuales y con fundamento en las normas vigentes al momento del trámite de la Licitación Pública No. 001 de 2010, y (iv) indicó que debe tenerse en cuenta que el Concesionario como conocedor y experto en asuntos materia del contrato, elaboró y presentó la propuesta económica conforme con la cual le fue adjudicada la licitación y con el contrato celebrado, de manera que no puede endilgar la responsabilidad que solo puede imputarse a sus propios actos.

Respecto a la controversia acerca del plazo del contrato, consideró el Agente del Ministerio que en el caso de la Licitación Pública 001 de 2010 y el contrato 344 de ese año, se tuvo en cuenta lo establecido en el Plan de Ordenamiento Territorial y el Plan Maestro para el Manejo de Residuos Sólidos, los cuales determinaron que la duración de la concesión se estimaría en 11 años, y aunque en el pliego de condiciones y en la cláusula del contrato se refieren a dos parámetros para la amplitud de plazo, lo cierto es

que cualquiera de esas opciones está restringida al límite y proyección de los 11 años que se fijó para la operación del relleno. Además, afirmó que al tratarse de una concesión cuyo objeto es un servicio público, no puede someterse el plazo del contrato a una incertidumbre que lleve a su desnaturalización.

Adicionalmente, alude que no se configuró la responsabilidad por incumplimiento contractual respecto a las pretensiones formuladas por el Concesionario, por cuanto no está demostrado el daño antijurídico, el nexo causal ni la imputación que se le pueda endilgar a la UAESP.

Finalmente, sobre el laudo proferido el 27 de octubre de 2018 con la aclaración y complementación contenida en el acta del 10 de octubre de 2018, considera el Procurador que varios de los tópicos que se plantearon en el presente proceso, también lo fueron en el Tribuna que se adelantó en el año 2018. Asimismo, que las decisiones en él adoptadas no fueron satisfechas por el CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P y se encuentran cumplidos los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad por incumplimiento que se pretende en la demanda de reconvención.

9. TÉRMINO PARA FALLAR

De conformidad con el auto No. 26¹⁸, el término de duración del proceso es de ocho (8) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, plazo al cual se le adicionarán los días en el que el proceso esté suspendido o interrumpido, todo de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 de 2020. Lo anterior,

¹⁸ Ver archivo 129 del cuaderno principal número 3.

en razón a que la primera audiencia de trámite se celebró en vigencia del citado Decreto Legislativo. Adicionalmente, el término de duración del proceso fue prorrogado en dos (2) meses, para un total de diez (10) meses de duración.

En el presente caso, la primera audiencia de trámite culminó el seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021)¹⁹ fecha a partir de la cual se inició el citado término para proferir la providencia.

Igualmente, el proceso estuvo suspendido 72 días hábiles, entre el 3 de mayo y el 18 de agosto de 2022, en razón de la renuncia y el remplazo del árbitro Rodrigo Noguera Calderón.

Así mismo, las partes de común acuerdo suspendieron el proceso como se indica a continuación:

Desde	Hasta	Días hábiles
7/10/2021	8/11/2021	21
29/11/2021	17/01/2022	34
5/11/2022	16/11/2022	6
28/11/2022	15/12/2022	13
19/12/2022	1/02/2023	32
TOTAL		106

Teniendo en cuenta las suspensiones por causas legales y por solicitud de las partes a que se ha hecho referencia, el término para fallar finaliza el 25 de abril de 2023 por lo que este Laudo se profiere en oportunidad.

¹⁹ Ver archivo 134 del cuaderno principal número 3.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Síguese de cuanto queda expuesto que la relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, por tener la virtualidad legal para invalidar lo actuado en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso, motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito de las controversias sometidas a arbitraje por las partes, propósito en orden al cual son conducentes las siguientes, CONSIDERACIONES:

El Tribunal ha valorado la totalidad de las pruebas allegadas al expediente, esto es, la documental, la testimonial, el interrogatorio de parte, las respuestas a los oficios, la prueba trasladada, los dictámenes periciales y las exhibiciones, y para claridad de la decisión, se remitirá en cada uno de los capítulos a aquellas pruebas que considera de mayor pertinencia y relevancia para la decisión, precisando que el material probatorio se ha analizado y revisado íntegramente. Por ello, y previamente a analizar las cuestiones litigiosas sometidas a decisión, se procederá a resolver las tachas formuladas respecto de algunos de los testigos, en la medida en que las declaraciones incidirán en la valoración probatoria necesaria para resolver.

A. LA TACHA DE SOSPECHA A LOS TESTIMONIOS

El Tribunal decidirá en este acápite lo concerniente a las tachas de sospecha propuestas frente a cuatro de los testimonios rendidos en el proceso, para lo cual tendrá en consideración las siguientes precisiones:

La prueba testimonial o declaración de terceros como, también es denominada, constituye un medio probatorio mediante el cual personas ajenas a las resultas del proceso, exponen ante el Juez su conocimiento respecto a los hechos o circunstancias relacionados con el *sub judice*, pretendiendo con ello generar certeza al juez sobre un determinado asunto, y constituyéndose así en fundamento válido para adoptar la decisión correspondiente²⁰.

En términos generales, se tiene que la calidad de testigo es propia de aquellas personas que perciben la ocurrencia de circunstancias de forma inmediata o adquieren conocimiento directo sobre determinado hecho; esto, sin perjuicio del denominado "*testigo de oídas*", institución según la cual, un tercero sabe del acaecimiento de una situación fáctica, pero luego de advertirla de forma indirecta a través de comentarios, relatos o narraciones sobre un suceso en particular²¹. Esta principal característica relacionada con la percepción, implica la imposibilidad para que las personas jurídicas puedan actuar como testigos, pues su existencia simplemente virtual se los imposibilita.

Debe concluirse también que, por regla general, las partes envueltas en una controversia judicial, trátense de los sujetos que actúan de forma personal y

²⁰ El Tratadista Devis Echandía entiende al respecto: "Pero desde un punto de vista rigurosamente jurídico, el testimonio es un acto procesal, por el cual una persona informa a un juez sobre lo que sabe de ciertos hechos; está dirigido siempre al juez y forma parte del proceso o de diligencias procesales previas (lo último cuando se reciben anticipadamente o para futura memoria, cfr., num. 240), sin que para ello sea inconveniente que provenga de personas que no son partes el proceso donde deben producir sus efectos probatorios, pues, como muy bien lo advierte CARNELUTTI, también los terceros pueden ser sujetos de relaciones jurídicas procesales." (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. Cit. pp. 25

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, Exp. 12.703, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de agosto de 2005, Exp. 16.205, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de marzo de 2007, Exp. 16.341, C.P. Enrique Gil Botero; entre otras.

directa en el proceso, o de aquéllos que acuden en representación de otra persona, en este caso jurídica, no rinden sus declaraciones a título de testimonio, sino como declaración de parte, pues su comparecencia al proceso no se da en calidad de tercero, pues se tiene un interés directo sobre la decisión²².

Bajo este panorama, considerando que el fin último de la prueba testimonial consiste en ofrecer certeza al Juzgador sobre los hechos materia del litigio, se tiene que tal eficacia puede afectarse por circunstancias particulares que permean la veracidad de la declaración, situación que, atendiendo los términos del artículo 211 del Código General del Proceso.²³, generalmente se presenta a raíz de la existencia previa o concomitante a la declaración, de relaciones de parentesco, sentimentales, de dependencia, o de las que pueda advertirse la presencia de intereses que afecten la imparcialidad en la exposición del tercero.

Teniendo en cuenta que la tacha de sospecha debe examinarse en cada caso particular, bajo los postulados de la “sana crítica” -artículo 176 del C. G. P.-, y en atención al contexto y a las circunstancias particulares del asunto, se tiene que la prosperidad de esta medida se da cuando la declaración rendida se evidencia como interesada o parcializada²⁴, esto es, que “(...) pudiera alterar el contenido de su versión con lo que realmente sucedió y omitir aspectos que estima pudiesen perjudicar o favorecer a una

²² PARRA QUIJANO, Jairo: Ob. Cit. pp. 277-278.

²³ Art. 211 del C. G. P. “Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

²⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Ob. Cit. pp. 120.

de las partes"²⁵.

De ahí que deba concluirse que la mera existencia de una relación de orden consanguíneo, laboral, contractual, sentimental, o de cualquier otra naturaleza, de la que se evidencie una dependencia o un interés, entre el tercero deponente y una de las partes del proceso, no implica, *per se*, que su exposición deba calificarse como sospechosa, pues -valga repetir-, se requerirá en cada caso de un examen particular que atienda las precisas condiciones de tal vínculo, y en todo caso, de la valoración del testimonio frente a las demás pruebas del proceso a efectos de contrastar la autenticidad de su versión²⁶.

En esta perspectiva, adquiere relevancia tener claro que corresponde a la parte que alega la sospecha, la indicación, bajo parámetros de claridad, concreción y pertinencia, de los motivos que afectan la parcialidad y veracidad de la declaración testimonial, aspecto que a su vez circunscribirá el objeto de análisis con base en el cual se apreciará tal enjuiciamiento²⁷.

Finalmente, tratándose de los efectos de la sospecha -tal como se advirtió inicialmente-, se tiene que estos van referidos a menguar la eficacia de la

²⁵ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio: *Procedimiento Civil, Pruebas*, Tomo III, segunda edición, Dupré Editores, Bogotá - Colombia, 2008, pp. 192.

²⁶ Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia se ha referido en los siguientes términos: "No puede considerarse **a priori** que un testigo, ligado por vínculos de consanguinidad con una de las partes, va a faltar deliberadamente a la verdad para favorecer a su pariente. Esa declaración si bien debe ser valorada con mayor rigor, dentro de las normas de la sana crítica puede merecer plena credibilidad y con tanta mayor razón si los hechos que relata están respaldados por otras pruebas o al menos con indicios que la hacen verosímil". -Negrilla del original- (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 1º de febrero de 1979, M. P. Héctor Gómez Uribe. Citada en: PARRA QUIJANO: Jairo. Ob. Cit., pp. 310)

²⁷ LESSONA, Carlos: *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*, tomo IV, Madrid- España, 1983, pp. 523.

prueba, al generar "*ineptitud subjetiva del testimonio*"²⁸, circunstancia que deberá ser valorada al momento del fallo cuando como se efectúa a continuación.

Con base en estas consideraciones se efectuará el análisis concerniente a las tachas formuladas en el presente proceso respecto de los testigos **JUAN MANUEL ZÚÑIGA PELÁEZ, DIANA SOFIA ESPINOZA, CARLOS ALBERTO RANGEL ESPARZA, ALCIRA PATRICIA TAPIA HENRÍQUEZ e IAN CARLOS ORTIZ RICO.**

En relación con el señor Juan Manuel Zúñiga Peláez, el apoderado de la convocada fundamentó la tacha "*en razón a su dependencia económica al concesionario*"; respecto de la testigo Diana Sofía Espinoza consideró que "*por la existencia de una relación con una de las partes (...) (puede existir) la animadversión que puedan haberse presentado desde el punto de vista personal que puedan llevar a la imparcialidad (...)*"; en cuanto a la señora Alcira Patricia Tapia su reparo se fundamenta en "*el vínculo que ha tenido*" como asesora de **CGR DOÑA JUANA.**

Al estudiar y valorar estos tres testimonios, el Tribunal ha revisado con mayor rigor sus declaraciones y al analizarlas en conjunto con los demás medios de prueba obrantes en el expediente, no encuentra que se hayan acreditado visos de imparcialidad que afecten lo relatado al Tribunal, por lo cual las tachas no se encuentran demostradas.

No ocurre así con la tacha formulada respecto del señor Carlos Alberto Rangel Esparza, quien hace parte "*de una de las empresas accionistas de*

²⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Ob. Cit. pp 120.

CGR y de su junta directiva" pues por ser un directo interesado y afectado en las resultas del proceso, encuentra el Tribunal que existe sustento para examinar con mayor severidad su testimonio toda vez que el mismo puede verse afectado en su objetividad.

Finalmente, CGR DOÑA JUANA tachó de sospechoso al testigo Ian Carlos Ortiz Rico, sosteniendo en síntesis que su calidad de miembro de la interventoría, y el rol que ha jugado en el contrato, le impidieron declarar objetivamente y que sus respuestas fueron evasivas en muchas ocasiones e incluso contradictorias. No desconoce el Tribunal que su vínculo con la interventoría del contrato lo lleva a defender las posiciones que ha sostenido en ejercicio de esa labor y por esa razón será analizado y valorado con mayor rigor la declaración del señor Ortiz, sin que por ello el Tribunal concluya que la tacha debe prosperar.

B. ESTUDIO DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA EN RELACIÓN CON LA REMUNERACIÓN DEL CONTRATISTA Y CON EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO RESPECTO DE LAS ACTIVIDADES DE DISPOSICIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS

En este capítulo el Tribunal, dada la similitud de las materias involucradas, abocará el análisis de las pretensiones de la Demanda Reformada que atañen directa o indirectamente, a la remuneración pactada en el Contrato de Concesión respecto de las actividades de disposición de residuos sólidos, junto con las relativas al restablecimiento del equilibrio económico asociadas a tales actividades.

A tal efecto, se dividirán las pretensiones, en razón de su conexidad objetiva y de la temporalidad de los hechos en que se fundan, en los siguientes grupos:

- A. Pretensiones Declarativas Primera, Quinta, Primera y Segunda Subsidiarias de la Quinta, Séptima, Octava, Subsidiaria de la Octava, Vigésima Primera y Vigésima Segunda; relativas a la suficiencia de la remuneración y al restablecimiento del equilibrio económico del contrato respecto de las actividades de disposición de residuos sólidos entre el momento de la celebración del Contrato y hasta la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 del 2015.
- B. Pretensiones de Condena Novena, Décima y sus Subsidiarias, Duodécima y su Subsidiaria, Vigésima Tercera, Vigésima Cuarta y su Subsidiaria, consecuenciales de las pretensiones declarativas enunciadas en los apartes anteriores.
- C. Pretensiones Declarativas Tercera, Quinta, Primera y Segunda Subsidiarias de la Quinta, Octava, Subsidiaria de la Octava, Vigésima Primera y Vigésima Segunda; relativas a la suficiencia de la remuneración y al restablecimiento del equilibrio económico del contrato respecto de las actividades de disposición de residuos sólidos entre el momento de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 del 2015 hasta la entrada en vigor de la Resolución CRA 843 de 2018.

D. Pretensiones de Condena Novena, Décima y sus Subsidiarias, Duodécima y su Subsidiaria, Vigésima Tercera, Vigésima Cuarta y su Subsidiaria, consecuentes de las pretensiones declarativas enunciadas en los apartes anteriores.

1.1.POSICIONES DE LAS PARTES:

La Convocante refiere en los hechos de la demanda que la UAESP ordenó la apertura y publicación del pliego de condiciones de la Licitación Pública 001 de 2010 mediante la Resolución 103 del 1 de marzo de 2010, con miras a seleccionar el concesionario encargado de la administración, operación y mantenimiento integral del RSDJ y que el proceso licitatorio tuvo una duración total de 42 días hábiles, contados entre el momento de la apertura y el cierre de la misma, que fue el 30 de abril de 2010, fecha en la cual los interesados debían presentar su propuesta.

La Convocada coincide con lo anterior al admitir como ciertos los hechos 1.1 al 1.3.

La Convocante afirma que la forma de remuneración del concesionario prevista en el literal “a) Remuneración por Disposición Final de los Residuos Sólidos en el RSDJ” de la Cláusula Séptima de la minuta de Contrato de Concesión incluida en el Pliego de Condiciones, fue estructurada por la UAESP con base en la fórmula del Costo de Disposición Final y Tratamiento – CDT prevista en la Resolución CRA 351 de 2005.

La Convocada acepta como cierto lo anterior, pero precisa que el concepto de tarifa supone que el pago de la misma lo hace directamente

el usuario, por lo cual "(...) la UAESP no definió tarifa sino una remuneración contractual y por su parte el contratista CGR la consideró equivalente a la prestación debida y por ello presentó propuesta y suscribió el contrato estatal". Añade que el componente de Disposición Final "se remunera como prestador del servicio" lo que implica que para su determinación deben considerarse los costos económicos de referencia definidos en la Resolución CRA 351 de 2005.

La Convocante señala que la UAESP utilizó las previsiones señaladas de la Resolución CRA 351 de 2005 como base del cálculo de la remuneración de la actividad de disposición final de residuos sólidos, según se evidencia en la cláusula séptima, literal a), de la minuta de contrato de concesión incluida en los Pliegos de Condiciones, así:

"a) Remuneración por Disposición Final de los Residuos Sólidos en el RSDJ: La remuneración de esta actividad es igual al valor obtenido de multiplicar el CDT remuneración por el número de toneladas dispuestas en el RSDJ no aprovechadas, durante el mes que se remunera. El CDT remuneración corresponde al definido en el numeral 1.2 DEFINICIONES Y SIGLAS de los pliegos de condiciones. El CDT remuneración será actualizado conforme lo dispuesto en la Resolución 351 de 2005. Las toneladas aprovechadas serán pagadas al valor previsto en el artículo 17 de la Resolución 351 de 2005."

La Convocada responde a lo anterior señalando que la aplicación del marco regulatorio para las actividades de disposición final no se trató de una decisión de la UAESP pues la regulación es un imperativo de orden público para la remuneración del servicio público de aseo en este componente, de manera que no podía la entidad considerar o no las fórmulas de cálculo establecidas en las Resoluciones CRA 351 de 2005 y CRA

482 de 2009; y manifiesta que la metodología establecida por el regulador corresponde a una escala en la que a mayor cantidad de toneladas dispuestas en el relleno sanitario la tendencia reduce el coste por el efecto de economía de escala, según lo expone la CRA en los soportes técnicos de la metodología de costos y tarifas para el servicio público de aseo; y agrega que el Regulador (CRA) determina las metodologías de forma general para el territorio nacional, realizando clasificaciones por tamaño, y que, en caso de que el operador del servicio de disposición final no esté de acuerdo con dichas metodologías generales, tiene la potestad de realizar actuaciones particulares para solicitar una regulación de tipo particular, procedimiento que esta reglado en la resolución CRA 151 de 2001, modificada por la Resolución CRA 271 de 2003.

Relata la Convocante que el 24 de septiembre de 2010 se suscribió el Contrato, en el cual se replicaron las estipulaciones del Pliego relacionadas con la remuneración del Concesionario; que el 16 de diciembre del mismo año se suscribió el Acta de Inicio; y que *“La concesión se inició con base en las condiciones previstas en el Contrato de Concesión No. 344 de 2010 y sus anexos, principalmente, la Licencia Ambiental, esto es, la Resolución 2211 de 2008 expedida por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR, Cundinamarca, el Estudio de Impacto Ambiental – EIA, sus ajustes y complementos y la Resolución UAESP 724 de 2010 (Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana)”*.

Todo lo anterior es tenido por cierto por la Convocada.

Por otra parte, la Convocante sostiene que la UAESP previó descuentos tanto para la remuneración de Disposición Final como para el Tratamiento

de Lixiviados al regular el puntaje de la Oferta Económica (H 2.1); que tales descuentos no están previstos en la regulación vigente (Resolución CRA 351 de 2005), con lo cual la UAESP desconoció “(...) *los criterios de suficiencia financiera al momento de diseñar la estructura de remuneración del contrato de concesión, (...)*” (H 2.2); que CGR, “[b]asado en el principio legal de suficiencia tarifaria y confiando en el cumplimiento del deber de planeación contractual por parte de la UAESP,” ofreció descuentos del 10% en ambos casos (H 2.4), los cuales quedaron incorporados en el Contrato, con lo cual se reducía en igual proporción la remuneración que vía tarifa percibiría CGR.

Sobre el particular, contesta la Convocada que la UAESP debía establecer un criterio de evaluación que generara un incentivo al mejor desempeño en la prestación del servicio, que consistió en que el proponente definiera un porcentaje de descuento a su remuneración de hasta un 10%, conforme a la eficiencia alcanzada en los costos de operación, trasladando esto a la oferta económica, bajo su responsabilidad, amparado en su pericia y su conocimiento acerca de la prestación del servicio. Precisa al respecto, que no se trata de un descuento tarifario, porque la UAESP no puede definir tarifas y menos descuentos sobre las tarifas, sino de la disposición voluntaria del contratista sobre su remuneración, a partir de la autonomía técnica, administrativa y financiera de la que goza para preparar su modelo financiero y su oferta económica.

La Convocante sostiene que la remuneración contractual estructurada por la UAESP en relación con la tarifa de Disposición Final presentaba las siguientes deficiencias, que significaron “*un insospechado desconocimiento del principio de suficiencia financiera*” dispuesto en el artículo 87.4 de la Ley

142 de 1994, así:

- La fórmula para calcular la remuneración de la actividad de Disposición Final de residuos sólidos de la Resolución CRA 351 de 2005 estaba diseñada para un relleno sanitario teórico tipo 1 - RSU 1 con capacidad de disposición máxima de 1.280 toneladas/día; sin embargo, tras realizar en campo las primeras mediciones, CGR pudo advertir que la escala real de operación del Relleno Sanitario Doña Juana arrojó un resultado cierto de 5.986 toneladas/día, esto es, 4.6 veces más frente a la capacidad teórica estimada por la UAESP, por lo que los valores resultantes de aplicar la fórmula establecida por el regulador para aquel relleno sanitario teórico no eran representativos ni se ajustaban a la escala de operación real del Relleno Sanitario Doña Juana.
- Las metodologías regulatorias deben actualizarse cada 5 años, en virtud de la Ley 142 de 1994; sin embargo, la remuneración por la disposición final de residuos sólidos no fue objeto de actualización en la oportunidad esperada, ni la UAESP adoptó ninguna medida frente a ello, tal como se lo exigía el Contrato de Concesión y la Ley misma (H 3.10)

Sobre el particular, la Convocada manifiesta que la afirmación de CGR sobre el volumen esperado de residuos sólidos es falsa y temeraria, como lo evidencia el hecho de que en su propuesta técnica el propio CGR asume que la entrada diaria de residuos es de aproximadamente 5.900 toneladas y 4.000 los domingos; además de que todos los documentos precontractuales establecen la verdadera magnitud del RSDJ.

Respecto de la actualización de las fórmulas tarifarias cada cinco años

señala que si éstas no son modificadas, continuarán rigiendo las vigentes hasta que la CRA fije unas nuevas. Así mismo, señala que una de las funciones asignadas a la CRA en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994 es la de establecer las fórmulas para la fijación de tarifas, y que el artículo 127 de la misma Ley dispone que la CRA dispone de un tiempo antes del vencimiento para poner en conocimiento de las empresas de servicios públicos las bases sobre las cuales efectuará el estudio para determinar las fórmulas del periodo siguiente.

Insiste la Convocada en que el remedio frente a la insuficiencia tarifaria es el procedimiento dispuesto en la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 2 de la Resolución CRA 271 de 2003; y no la revisión que trata el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

La Convocante señala que el 18 de junio de 2014, la CAR emitió la Resolución No. 1351 de 2014, *“Por medio de la cual se modifica la licencia ambiental única otorgada para el proyecto “Relleno sanitario Doña Juana” y se toman otras determinaciones”*; y que en virtud de la misma ocurrió *“un empeoramiento de las condiciones financieras de la concesión, derivado de la imposición de una serie de nuevas actividades y obligaciones adicionales (no reconocidas ni en la tarifa de disposición final, ni en la tarifa de tratamiento de lixiviados)”*. En particular, sostiene que en virtud de esta Resolución se modificó la Licencia Ambiental Única en el sentido de *“incluir la ejecución, construcción y operación del proyecto Optimización Fase II de las zonas VII y VIII del Relleno Sanitario Doña Juana, localizado en la vereda El Mochuelo de la Localidad de Ciudad Bolívar, del Distrito Capital, para la disposición de residuos sólidos urbanos (RSU) de origen doméstico”* y de incluir *“(…) la ejecución de nuevas acciones u obligaciones de orden*

ambiental, técnico y operativo a cargo de CGR DOÑA JUANA, sin medirse ni considerarse su costo ni el impacto económico que las mismas producirían en desmedro de las deterioradas finanzas del Concesionario"; por lo que el Concesionario resultó obligado a realizar, entre otras, las siguientes actividades u obligaciones adicionales a las que ya tenía a cargo suyo:

- Construcción celda de lodos Zona I Área 1
 - Zona de emergencia
 - Automatización
 - Adecuación Vías Internas
 - Control de Vectores
 - Análisis de Monitoreo Ambiental
 - Zona de contingencia
 - Adecuación de Terrazas y Construcción de Dique Ambiental
 - Cerramiento perimetral predios RSDJ
 - Instrumentación y monitoreo Geotécnico
 - Construcción y mantenimiento de algunas vías
 - Maquinaria y equipos de backup, con programa de reposición y mantenimiento
 - Ampliación del área de influencia del RSDJ de 8 a 32 barrios, con la consecuente ejecución de actividades sociales
 - Optimización del sistema de manejo de aguas lluvias
-
- **Plan de manejo ambiental en etapa de construcción:**
 - Pruebas de bombeo en el pozo Prosantana
 - Compensación forestal en las zonas establecidas por la licencia
 - Red de pozos de monitoreo de aguas sub-superficiales y desarenadores

- **Actividades de Costo Medio de Operación:**

- Monitoreos ambientales en las frecuencias exigidas para los componentes de agua, aire, residuos, lodos, ruido, biogás y olores
- Implementación de narices electrónicas para medición de olores
- Cierre zonas de disposición final para evitar infiltración de aguas lluvias, control de vectores y manejo paisajístico del Relleno Sanitario

Frente al argumento de que en virtud de la expedición de la Resolución CAR 151 de 2014 empeoraron las condiciones financieras de la concesión debido a la imposición de nuevas actividades y obligaciones adicionales no reconocidas en la tarifa de disposición final, la Convocada sostiene que CGR conocía los compromisos constructivos derivados de la modificación de la licencia ambiental, pues fue éste quien realizó el “*Estudio de Impacto Ambiental*” en el que se identifica la infraestructura necesaria para la disposición de los residuos.

Agrega que de conformidad con la cláusula Segunda, numeral 6 del Contrato, era obligación de CGR adelantar el trámite requerido ante la autoridad ambiental para obtener el licenciamiento de aquellos terrenos del RSDJ de propiedad de la UAESP que no se encontraban autorizados para la disposición final y que de conformidad con la cláusula Tercera, numeral 2, CGR estaba obligado a entregar a la UAESP y a la CAR los estudios, diseños y toda la información necesaria, para adelantar los trámites con el fin de obtener la modificación de la licencia ambiental, o la expedición de una nueva, para la operación de la fase II de la zona de Optimización del RSDJ; de lo cual dependía la duración del Contrato, el cual, de conformidad con la cláusula Sexta, termina cuando se haya

copado la capacidad de disposición de residuos sólidos incorporada al proceso, incluyendo la capacidad del área licenciada al inicio del Contrato y la capacidad adicional que se obtuviera a través de una ampliación o modificación de la licencia ambiental, trámite éste que debía ser gestionado por el Concesionario a su cuenta y riesgo.

Añade la Convocada que los documentos técnicos incluidos en el "*Estudio de Impacto Ambiental*" presentado para obtener la autorización de la zona de Optimización Fase 2 fueron elaborados por CGR y por lo tanto las obras, medidas de compensación y demás requerimientos técnicos relacionados en la modificación de la licencia ambiental obtenida en el año 2014 fueron de su conocimiento y debieron serlo desde la Licitación pues el plazo del Contrato dependía de la modificación de la licencia ambiental para obtener la zona de optimización Fase 2.

En relación con las nuevas actividades derivadas de la modificación de la Licencia, la Convocada argumenta que la autoridad ambiental definió en ese instrumento las medidas de manejo ambiental necesarias para la ejecución del proyecto, pero que las actividades a desarrollar correspondieron a especificaciones del contrato y a las propuestas de CGR en su estudio de impacto ambiental, de manera que no pueden ser vistas como nuevas cargas, pues en la gran mayoría estaban previstas en el Contrato.

La Convocante sostiene que mediante la Resolución 720 del 9 de junio de 2015, "(...) la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA expidió un nuevo marco regulatorio en materia tarifaria de carácter general aplicable a cada una de las actividades del servicio

público de aseo en Colombia", la cual revalidó el modelo de la Resolución CRA 351 de 2005 para la remuneración del componente de disposición de residuos sólidos, "(...) asociado a un relleno sanitario teórico con capacidad de disposición de 1.280 ton/día, manteniendo la exclusión o inobservancia en sus cálculos de las condiciones reales y particularidades propias del Relleno Sanitario Doña Juana (...)", por la cual CGR se vio compelido aplicar las nuevas tarifas resultantes de la aplicación de la Resolución CRA 720 de 2015 desde que entró en vigencia el 1 de enero de 2017.

Al respecto la Convocada señala que el componente de "*Disposición Final*" del servicio público de aseo es un componente regulado en materia tarifaria, por lo que la UAESP debía dar aplicación al nuevo marco tarifario por ser la regulación un imperativo de orden público, de modo que no podía la entidad considerar o no a su arbitrio las fórmulas de cálculo establecidas en las Resoluciones CRA 351 de 2005 y CRA 482 de 2009.

Finalmente, afirma la Convocante que mediante Resolución 843 de 2018, la CRA incrementó los costos de referencia a reconocer al concesionario por concepto de "*Disposición Final*", al encontrar probado que para el Relleno Sanitario Doña Juana existen particularidades en relación con: "*i) Diseño del relleno sanitario: método constructivo y periodo del proyecto, ii) Mayor escala de operación y iii) exigencias derivadas de la Licencia Ambiental, las cuales requieren de un costo mayor al reconocido por el modelo eficiente definido por la Resolución CRA 720 de 2015*".

Frente a esta afirmación, la Convocada encuentra que se le está pidiendo al Tribunal juzgar a la UAESP por no haber definido en 2010 un marco tarifario como el que fue resuelto 8 años más tarde por la CRA mediante la

Resolución CRA 843 de 2018, a pesar de que La UAESP no es el regulador ni pudo definir tarifa alguna y menos ajustar los parámetros para garantizar la suficiencia tarifaria, de lo que deriva la conclusión de que no puede haber competencia de este Tribunal para pronunciarse sobre la insuficiencia tarifaria.

1.2. CUESTIONES JURÍDICAS POR RESOLVER

1.2.1 INSUFICIENCIA ORIGINARIA

Los problemas jurídicos que se plantean demandan del Tribunal dilucidar la naturaleza jurídica de la remuneración pactada en el Contrato; la determinación sobre si dicha remuneración, en lo que corresponde a las actividades de “*disposición de residuos*” entre la fecha de inicio del Contrato y la de entrada en vigor de la Resolución CRA 720 de 2014 fue objetivamente insuficiente; si así fuera, cuáles fueron las causas de dicha insuficiencia y a cuál de las partes lo son imputables, teniendo en cuenta el alcance del objeto del Contrato, las obligaciones que del mismo se derivan y la distribución de riesgos pactada, así como la legalidad de esta distribución; y cuáles serían las consecuencias de dichas circunstancias.

1.2.2 INSUFICIENCIA SOBREVENIDA

A este respecto, las cuestiones jurídicas por resolver consisten en determinar si ocurrieron hechos extraordinarios e imprevistos que alteraron la ecuación económica del Contrato o si la UAESP incurrió en incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales de supervisión y revisión del Contrato, con el mismo efecto; y de ser el caso, cuáles serían las consecuencias de

dichas circunstancias.

1.3. RECUENTO PROBATORIO

1.3.1 ANTECEDENTES DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN:

El artículo 116 del Acuerdo Distrital 257 de 2006 estableció lo siguiente:

“Artículo 116. Naturaleza, objeto y funciones básicas de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos. La Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, está 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 con patrimonio propio, adscrita a la Secretaría Distrital del Hábitat.

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 del servicio de alumbrado público.

La Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos tiene las siguientes funciones básicas:

a. Diseñar las estrategias, planes y programas para el manejo integral de los residuos sólidos, alumbrado público y servicios funerarios.

b. Dirigir y coordinar la prestación de los servicios públicos propios del manejo integral de residuos sólidos, el servicio de alumbrado público y los servicios funerarios.

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

d. Promover la participación democrática de los usuarios de los servicios a su cargo”. (Subrayado añadido).

Mediante la Resolución No. 103 del **1 de marzo de 2010** la UAESP ordenó la apertura de la Licitación Pública 001 de 2010 cuyo objeto consistió en:

“Contratar mediante la modalidad de concesión la Administración, Operación y mantenimiento Integral del Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá, D.C. - Colombia, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, con alternativas de aprovechamiento de los residuos que ingresos (sic) al RSDJ provenientes del servicio de aseo”.

El **24 de enero de 2010** la UAESP publicó el Pliego de Condiciones de la Licitación, el cual fue objeto de observaciones y respuestas, y el **1 de marzo de 2010** se publicó el Pliego de Condiciones Definitivo²⁹.

Para la época de apertura de la Licitación Pública que dio lugar a la celebración del Contrato de Concesión N° 344 de 2010 (en adelante, el “Contrato”), la UAESP contaba con tres (3) contratos de concesión vigentes para la operación del Relleno Sanitario Doña Juana (“RSDJ”), a saber: “(i) Contrato interadministrativo No. 398 de 2009 suscrito con Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. quien se encarga de la operación y mantenimiento del RSDJ en el componente de disposición final de residuos; (ii) Contrato C-4035 de 1999 suscrito con STL S.A. E.S.P., quien es responsable del tratamiento de los lixiviados generados por la descomposición de los residuos; y (iii) Contrato C-137 de 2007 suscrito con Biogás Doña Juana S.A. E.S.P., quien tiene a cargo el tratamiento y quema del biogás.”³⁰

Dado que los dos primeros contratos (componentes de disposición final y tratamiento de lixiviados) vencían en el mes de abril de 2010, la UAESP inició

²⁹ Prueba “1 Precontractual Licitación 001 de 2010” Documento 15 ADENDA-8LP001-2010.PDF.” Pruebas Contestación de la demanda.1 Precontractual Licitación 001 de 2010. Pág. 2.

³⁰ Documento 1 “Solicitud de Proceso Contractual y Estudios Previos” Pruebas Contestación de la demanda 1 Precontractual Licitación 001 de 2010. Pág. 2.

el proceso licitatorio para "(...) seleccionar un nuevo operador que administre, opere y maneje integralmente el RSDJ en lo concerniente a las actividades propias de la disposición final de los residuos y la administración y operación de la planta y del sistema de lixiviados que en él se generan", con el propósito de asegurar "(...) la continuidad de la prestación del servicio público de aseo (...)" y garantizar "avanzar en el proceso de optimización del RSDJ en sus actividades de disposición final y tratamiento de lixiviados mediante la adopción de mejores prácticas y tecnologías, consolidar los planes de intervención sobre la población circunvecina del relleno (...) y generar mecanismos de aprovechamiento de los residuos que ingresan al relleno (...)">³¹.

De conformidad con el documento "**Solicitud de Proceso Contractual y Estudios Previos**"³², (en adelante, los "Estudios Previos") la estructuración financiera que soportó el proceso de contratación fue adelantada por la firma CEFINCO S.A. (asesor financiero, económico y regulatorio en relación con la concesión para la administración, operación y mantenimiento integral del RSDJ).

En relación con este documento, el Tribunal encuentra que al expediente se aportaron dos versiones del mismo con la misma denominación "**SOLICITUD DE PROCESO CONTRACTUAL Y ESTUDIOS PREVIOS LICITACIÓN PÚBLICA Y SELECCIÓN ABREVIADA / MSO-GC-00-FM-01 / VERSIÓN 04 / 17/11/2009**"; una fue aportada por la Convocada³³ y contiene 28 páginas y la otra fue

³¹ Ídem.

³² Documento 1 "Solicitud de Proceso Contractual y Estudios Previos" Pruebas Contestación de la demanda 1 Precontractual Licitación 001 de 2010

³³ Documento 1 "Solicitud de Proceso Contractual y Estudios Previos" Pruebas Contestación de la demanda 1 Precontractual Licitación 001 de 2010.

aportada por la Convocante como anexo de la demanda³⁴ y contiene 44 páginas. La diferencia entre las dos versiones es que en la primera aparece al final el cuadro "CONSTANCIA DE RADICACIÓN" que señala: "Fecha de solicitud del proceso contractual: 22 de enero de 2010 No. de Radicación 481", al paso que la segunda, en el cuadro equivalente, dice "Fecha de solicitud del proceso contractual: 12 de agosto de 2010 No. de Radicación 8916". Por lo anterior, a los efectos de este apartado, el Tribunal tomará en cuenta la primera de las versiones mencionadas, habida cuenta de que ésta era la que se encontraba vigente en la fecha de apertura de la Licitación, mientras que la segunda fue radicada después de la fecha de cierre originalmente establecida.

Los Estudios Previos informaban que "Las variables y la información utilizadas en la modelación financiera, para el caso del Costo de Disposición Final - CDT- son las aprobadas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA-, mediante Resoluciones CRA No. 351 de 2005 (...) y CRA No. 482 de 2009 (...)" ; "La tarifa de lixiviados que se utilizó en el proceso de estructuración financiera fue suministrada por la interventoría HMV-CONCOL mediante oficio con radicado UAESP 8024 del 9 de julio de 2009, titulado "Informe de modelación financiera para la operación integral del Relleno Sanitario Doña Juana Versión 7 años – 2170-00-IN-RP-062". Las variables que utilizó la interventoría para estructurar la tarifa de operación y mantenimiento para el tratamiento de lixiviados, considerando una capacidad de 21,5 LPS fueron: nómina de administración de la planta, nómina de operación de la planta, nómina de mantenimiento de la planta, nómina de laboratorio de la planta, operación y mantenimiento de equipos para disposición de lodos (alquiler), operación y mantenimiento de equipos

³⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 2 y siguientes.

complementarios PTARI (compra), energía, productos químicos, reserva mensual de mantenimiento de equipos, reserva mensual de recuperación de equipos, reserva mensual de mantenimiento de infraestructura y OC y otros costos indirectos"; añade que "Otra variable relevante en el análisis fue la proyección de producción de toneladas, para lo cual se partió de los valores históricos" y que "También se tuvo en cuenta la provisión de recursos para las actividades de postclausura, partiendo de los porcentajes considerados por la CRA en los modelos que soportan la expedición de la Resolución CRA No. 351 de 2005, el cual se tasó en un 6,38%"; y añaden que "Por último, se aplicaron los ajustes por productividad de 0.5% anual previstos en la normatividad vigente y se simulaban escenarios financieros para buscar un precio piso, el cual se fijó en un 90% del techo máximo permitido por la regulación vigente".

1.3.1.1. En Cuanto a la Información Puesta a Disposición de los Interesados en Presentar Ofertas

La información puesta a disposición de los interesados en la Licitación por parte de la UAESP, además de la contenida en el Pliego de Condiciones y en los Estudios Previos, se encuentra relacionada en el Pliego de Condiciones, así:

"2.1 DOCUMENTOS DE LA LICITACIÓN

Forman parte de la presente licitación los siguientes documentos:

- 1. Estudios previos.*
- 2. La Resolución de apertura de la licitación.*
- 3. Los avisos de prensa.*
- 4. Este Pliego de Condiciones, sus Anexos y sus Adendas.*
- 5. Las actas de aclaración y de distribución y asignación del riesgo derivadas de las audiencias respectivas.*
- 6. Las propuestas presentadas junto con las garantías.*

7. Todos los documentos que genere el Comité Evaluador de este proceso licitatorio.
8. El Acta de la Audiencia pública de adjudicación.
9. El Reglamento del Relleno Sanitario Doña Juana o la norma que lo modifique o sustituya.
10. Las respuestas que se den por parte de la UAESP a las inquietudes de cualquier interesado. Para que estas respuestas puedan ser consideradas deberán ser suscritas por la Dirección de la UAESP. En todo caso toda modificación se hará mediante Adendas numeradas.
11. Los demás que en desarrollo de esta licitación emita la UAESP".

Al mismo efecto, la UAESP programó una visita a las instalaciones del RSDJ (numeral 2.4.9) y puso a disposición de los interesados la siguiente documentación (Capítulo 5):

"5.1 Apéndices

- AP-1 Listado de Equipamiento, Instalaciones y Maquinaria (sin equipo e instalaciones plan de Choque)*
- AP-2 Información_General_RSDJ*
- AP-3 Reglamento Técnico*
- AP-4 Descripción_del_Sistema_de_Tratamiento_de_Lixiviados*
- AP-5 Minuta del contrato*
- AP-6 Diseños_a_Adoptar_por_parte_del_Concesionario*
- AP-7 Manual_de_Operación_y_Mantenimiento_Zona_VIII_Terraza 8 y Zona de Optimización*
- AP-8 Tecnología a aplicar en el RSDJ*
- AP-9 Instrumentación*
- AP-10 Identificación y Valoración de riesgos y contingencias.*
- AP-11 Indicadores*

5.2 Formatos

- FM-1 Formato Modelo carta de presentación.*
- FM-2 Formato de acreditación de la experiencia técnica mínima.*
- FM-3 Formato Información Financiera.*
- FM-4 Formato Propuesta económica.*
- FM-5 Formato Pacto de Probidad.*
- FM-6 Formato de información Consorcio, Unión Temporal.*

FM-7 Formato de promesa de conformación de ESP.

FM-8 Formato de Cupo de Crédito.

5.3 Data Room

Listado de Documentos DATAROOM Licitación RSDJ

DR-1 General Licencia y resoluciones de la Autoridad Ambiental.

DR-2 General Macroproyecto urbano cuenca río Tunjuelo.

DR-3 General PMIRS, DTS y PGIRS.

DR-4 General Acuerdo entre concesionarios.

DR-5 General Caracterización de los residuos que ingresan al RSDJ.

DR-6 Disposición Estadísticas de ingreso de Residuos Sólidos al RSDJ.

DR-7 Disposición Final EIA - PMA (Zona VIII, Optimización).

DR-8 Disposición Final Control y monitoreo de variables ambientales.

DR-9 Disposición Final Documentos técnicos Zona de Optimización.

DR-10 STL Sistema de conducción, regulación, almacenamiento de lixiviados y ubicación celda de lodos.

DR-11 STL Manual de Operación STL.

DR-12 STL Comportamiento Histórico de generación y Calidad de Lixiviados.

DR-13 STL Informe “Manejo y Disposición del Lixiviados de la Cárcava”.

DR-14 STL Plan de Manejo Ambiental del Sistema de Tratamiento de Lixiviados.

DR-15 STL Informe de Comité de Empalme STL.

DR-16 General Informes de Interventoría.

DR-17 Plan de emergencia de Bogotá y Cartilla.

DR-18 Peritaje maquinaria RSDJ.

DR-19 Información Biogás Doña Juana ESP SA.

DR-20 Estrategia de Control vectorial integral para el RSDJ.

DR-21 Informes concesionarios 2008 – 2009.

DR-22 Estudio Geoeléctrico Zona VIII, HMV CONCOL.

DR-23 Evaluación del Impacto de los Gases Generados por el Relleno Sanitario Doña Juana sobre la Actividad Agropecuaria con Énfasis en la Producción de Cultivos de las Comunidades de la Zona de Influencia. Informe Final, Agosto 2005.

DR-24 Plan Maestro para el Manejo Integral de Residuos Sólidos para Bogotá, D.C., Informe Final, Cantidades de Residuos

*Actuales y Futuras. Unión Temporal FICHTNER. Diciembre 2000.
DR-25 Estratigrafía_laboratorio_capacidad portante T1 y T2 zona
de optimización.
DR-26 Cálculo CDT".*

1.3.1.2. En Cuanto al Alcance del Contrato de Concesión 344 de 2010

El alcance del objeto del contrato a celebrar fue descrito en los Estudios Previos y precisado en el **Pliego de Condiciones Definitivo**³⁵ de la Licitación (el "Pliego de Condiciones"), así:

"1.5 ALCANCE DEL OBJETO DEL CONTRATO

Formarán parte de la concesión que se adjudique, los residuos sólidos urbanos generados en el distrito capital y los provenientes de terceros señalados por la UAESP. La administración, operación y mantenimiento del RSDJ implica para el adjudicatario de la presente licitación, entre otras obligaciones, las siguientes:

- 1. Adoptar la totalidad de los diseños que la UAESP entregue de las zonas que se encuentran en operación en el RSDJ. En caso de que EL CONCESIONARIO tenga observaciones u objeciones a éstos, deberá efectuar los ajustes requeridos y aplicarlos previo visto bueno de la interventoría.*
- 2. Realizar los diseños necesarios para la operación integral del RSDJ en cada uno de sus componentes de acuerdo al alcance del objeto del contrato y la normatividad ambiental aplicable.*
- 3. Administrar, mantener, monitorear y realizar las actividades necesarias y suficientes para asegurar y garantizar la estabilidad de las zonas rellenas en el RSDJ.*
- 4. La recepción, manejo y disposición de los residuos sólidos que lleguen al RSDJ, siempre y cuando estos cumplan los requerimientos establecidos en la normatividad vigente;*

³⁵ Documento 2 "Pliegos definitivos licitación 001-2010.PDF". Pruebas Contestación de la demanda. 1 Precontractual Licitación 001 de 2010.

5. El manejo del biogás en el RSDJ, debe asegurar una adecuada operación y la estabilidad del RSDJ, facilitando el desarrollo del alcance y obligaciones de Contrato C-137 de 2007 de tratamiento y aprovechamiento del biogás. Las condiciones para un adecuado manejo complementario de los operadores del Biogás y del Relleno Sanitario Doña Juana, serán establecidas mediante acuerdo escrito de estas dos partes en forma de protocolos, dentro de los primeros treinta (30) días hábiles contados a partir de la suscripción del acta de inicio del contrato y deberá tener en cuenta lo propuesto por el oferente al respecto del manejo integral de su operación con las actividades del operador del Biogás.

6. El manejo de los lixiviados debe asegurar una adecuada operación y la estabilidad del RSDJ. Este manejo comprende la operación y mantenimiento de la totalidad del sistema de conducción, almacenamiento, tratamiento de lixiviados, garantizando con su tratamiento, que el posterior vertimiento exigido cumpla a cabalidad con la calidad del efluente definida por la CAR en la Resolución 3358 de 1990 modificada por la Resolución 166 de 2008, y las normas que la modifiquen, complementen, adicionen o sustituyan acorde con los plazos establecidos en la minuta del contrato objeto del presente proceso; dentro de este componente el concesionario debe contemplar todas las variables operativas que se deriven del tratamiento de los lixiviados, entre ellas la gestión, deshidratación, y disposición final de los lodos generados tanto del tratamiento como del mantenimiento de los pondajes.

7. El manejo de las aguas lluvias (controlando su infiltración);

8. La estabilidad del RSDJ y su instrumentación y monitoreo;

9. El control de olores y vectores;

10. Realizar el aprovechamiento de los residuos sólidos que ingresan al RSDJ en las condiciones establecidas en el presente pliego de condiciones.

11. La obtención de los permisos, autorizaciones y licencias exigidas por las autoridades; así como aceptar la cesión de la

licencia ambiental con que cuenta actualmente el RSDJ en las zonas a disponer y asumir el cumplimiento de la misma en los términos establecidos en la cesión.

12. Dentro del presente proceso está contemplado como un derecho, que el concesionario desarrolle todos los mecanismos de aprovechamiento que considere técnica y económicamente viables bajo su única responsabilidad; para dicha actividad el concesionario podrá utilizar hasta el 20% de los residuos que ingresan al RSDJ.

Es importante resaltar que de conformidad con lo establecido en el numeral 8° del artículo 24 del Decreto 838 de 2005 “Restricción a la recuperación en rellenos sanitarios. Se prohíbe el desarrollo de las actividades de recicladores en el frente de trabajo de los rellenos sanitarios”. (Subrayado fuera del texto).

Los mecanismos de aprovechamiento al interior del RSDJ podrán contemplar cualquier tipo de tecnología excepto aquellas cuyo fin sea la producción, tratamiento y aprovechamiento de Biogás a partir de los residuos sólidos, con la salvedad de éstos podrán ser implementados solamente para la producción de la energía requerida para la operación del Sistema de Tratamiento de Lixiviados.

El Concesionario estará en libertad de proponer técnicas o prácticas de acondicionamiento previo de los residuos a ser aprovechados o dispuestos en el relleno sanitario. Estas técnicas deben estar soportadas en sus estudios y experiencia, económica, legal, financiera, técnica y ambientalmente viables, adecuadas y eficaces para garantizar una adecuada y continua administración, operación y mantenimiento del RSDJ.

La selección e implementación de las tecnologías se hará bajo la responsabilidad y riesgo del nuevo operador, sin poner en peligro la operación, la estabilidad o a la comunidad vecina del RSDJ y cumpliendo las normas técnicas y ambientales vigentes, lo cual será supervisado por la UAESP directamente o por conducto de la Interventoría.

13. La administración, el diseño, la construcción, la puesta en marcha, la operación y el mantenimiento del RSDJ, incluido el

tratamiento de la totalidad de los lixiviados generados en el relleno, deberá realizarse cumpliendo todos los parámetros de: seguridad industrial, salud e higiene ocupacional, normas sanitarias y ambientales, así como de reglamentación técnica y regulación definidos en las normas vigentes.

14. Respecto al sistema integral de tratamiento de lixiviados generados en el RSDJ, éste deberá operar una capacidad de tratamiento de 21,5 lps.

15. Adelantar, bajo su propio riesgo y exclusiva responsabilidad, la elaboración de los estudios y diseños requeridos para el trámite ante la autoridad ambiental, para obtener el licenciamiento de aquellos terrenos del RSDJ que no se encuentren autorizados para la disposición final. Este trámite corresponde a la modificación de la Resolución CAR 2133 de 2000 modificada por la Resolución 2211 de 2008, entre otras. Este trámite deberá iniciarse dentro del primer año de ejecución del contrato objeto del presente proceso, contado a partir de la suscripción del acta de inicio.

16. Cumplir con cada una de las obligaciones generales y específicas consagradas en la minuta del contrato del presente pliego de condiciones. (AP 5)".

1.3.1.3. En Cuanto a las Obligaciones Derivadas del Contrato a Cargo de CGR

Las obligaciones relevantes para el presente análisis que se derivan a cargo del Contratista, según quedaron plasmadas en la minuta de contrato anexa al Pliego de Condiciones³⁶ y transcritas en el cuerpo del Contrato³⁷ son las siguientes:

"CLÁUSULA SEGUNDA - OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO: Además de las obligaciones que de manera

³⁶ Documento 2 "Minuta del contrato definitiva". Pruebas Contestación de la demanda. 1 Precontractual Licitación 001 de 2010.

³⁷ Documento 1 "Contrato de concesión C-344-2020". Pruebas Contestación de la demanda. 2 Contractual 344 de 2010.

general establece el Artículo 5° de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, **EL CONCESIONARIO** deberá cumplir las siguientes obligaciones generales:

1. Realizar con autonomía técnica, administrativa, económica y financiera la Administración, Operación y Mantenimiento Integral del Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C-Colombia, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, con alternativas de aprovechamiento de los residuos que ingresen al RSDJ, provenientes del servicio ordinario de aseo; todo lo anterior, de conformidad con los parámetros jurídicos, técnicos y financieros contenidos en el pliego de condiciones y sus anexos técnicos, sin perjuicio de su obligación de coordinar actividades con los concesionarios de recolección, transporte, barrido y limpieza y con el concesionario de biogás y cualquier otro que se presente.

2. (...)

3. Realizar todas las actividades que sean necesarias para cumplir adecuadamente con el objeto y las obligaciones del presente Contrato y con la propuesta presentada. El Contrato se ejecutará por cuenta y riesgo del Concesionario y, en consecuencia, la UAESP no asumirá responsabilidades distintas de las que se derivan de la dirección, supervisión y control, y ordenación de pagos por el servicio prestado por el Concesionario, en los términos definidos en este Contrato. El Concesionario asumirá los riesgos asignados conforme a la matriz de distribución de riesgos que hace parte integral del presente Contrato. Dentro de los valores pactados, están comprendidos todos los costos y gastos que sean necesarios para la correcta ejecución del objeto del Contrato, incluido lo relativo a costos de infraestructura y todos los demás insumos y recursos requeridos, impuestos, retenciones por impuestos, (exceptuado el IVA), tasas, contribuciones, administración, imprevistos, variaciones macroeconómicas asociadas a la extensión del plazo del Contrato y utilidades-
De este modo se entienden incluidas en el valor la totalidad de las prestaciones y actividades derivadas del desarrollo del presente Contrato, sin ningún compromiso por parte de la UAESP relativo a cantidades mínimas de residuos, de tal suerte que el Concesionario entiende y acepta que el valor del Contrato está

sujeto a las cantidades de servicios efectivamente prestados por lo cual el riesgo de menor o mayor cantidad de servicios está totalmente asignado al Concesionario y cubierto con los precios ofertados.

Teniendo en cuenta la estimación y asignación de riesgos de este Contrato y la inclusión de los mismos en el valor, el Concesionario expresamente reconoce que no serán procedentes reajustes, compensaciones, indemnizaciones, ni reclamos por las causas anteriores, o debidos a esos factores, o a cualquier otra u otras causas o factores que se produzcan durante el desarrollo de este Contrato. Por lo anterior, el Concesionario reconoce que ha contemplado dentro del valor pactado los impuestos y las retenciones de impuestos aplicables y vigentes actualmente.

Es entendido que el Concesionario, al formular la Oferta que se le acepta y que da lugar a este Contrato, tuvo en consideración todos los aspectos relacionados con las condiciones del lugar, medios, equipos, instalaciones y todos aquellos que son propios en la clase de Servicio que se obliga a ejecutar mediante este Contrato.

El Concesionario declara, entiende y acepta que la **UAESP** no garantizará al Concesionario un volumen mínimo de Servicios y por ende, no garantizará o reconocerá al Concesionario pagos mínimos por concepto de la prestación de Servicios.

4. Suministrar todos los repuestos, insumos y mano de obra necesaria para i) realizar las obras, actualizar tecnológicamente y garantizar la Administración, Operación y Mantenimiento del RSDJ ii) realizar la operación y mantenimiento de toda la maquinaria y equipos utilizada en el RSDJ, con el fin de evitar posibles retrasos en su funcionamiento, iii) ejecutar la operación del tratamiento de la totalidad de los lixiviados generados y almacenados en el RSDJ, y iv) realizar el mantenimiento de las diferentes unidades de la planta de tratamiento de lixiviados, de la maquinaria y equipo, con el fin de evitar cualquier posible perturbación en su funcionamiento, la seguridad industrial y la de los trabajadores. El Concesionario debe actualizar, durante la vigencia del Contrato, la tecnología ofertada como plataforma tecnológica para prestar los servicios, de modo que en cualquier momento de la ejecución del Contrato, pueda ofrecer a la UAESP herramientas y funcionalidades de los servicios contratados acorde con los cambios tecnológicos vigentes en cada momento.

5. Cumplir con todas las obligaciones previstas en la Licencia Ambiental Resolución de la CAR 2133 de 2000, todas sus modificaciones, adiciones, complementaciones o sustituciones y aquellas que en adelante profiera la Autoridad Ambiental competente. Además, deberá acatar lo dispuesto en las normas ambientales vigentes, y las que las reformen, adicionen, complementen, modifiquen o sustituyan. Así como todos los actos administrativos proferidos por la CAR o la autoridad ambiental competente, que contemplen obligaciones ambientales inherentes a cualquiera de los componentes del RSDJ.

6. Adelantar, bajo su propio riesgo y exclusiva responsabilidad, dentro del primer año de ejecución del presente contrato, contado a partir de la suscripción del acta de inicio, el trámite requerido ante la autoridad ambiental, para obtener el licenciamiento de aquellos terrenos del RSDJ que son de propiedad de la UAESP a la fecha de suscripción del contrato, y que no se encuentren autorizados para la disposición final. Este trámite corresponde a la ampliación o modificación de la Resolución CAR 2133 de 2000, la cual ha sido modificada, entre otros actos administrativos, mediante la Resolución CAR 2211 de 2008. En el evento en que la autoridad ambiental no le otorgue al CONCESIONARIO la licencia ambiental requerida para este propósito, el presente contrato de concesión finalizará de conformidad con su cláusula sexta, cuando se cope la capacidad de disposición de residuos sólidos legalmente licenciada.

7. Evaluar conjuntamente con la UAESP la funcionabilidad de la infraestructura recibida de la Planta de Lixiviados y de común acuerdo establecer, previo diseño a efectuar por el operador, sujeto a la aprobación de la UAESP y si es necesario, las obras adicionales necesarias para la optimización del tratamiento de la totalidad de los lixiviados que se producen, produzcan y almacenen en el Relleno Sanitario Doña Juana en aras de garantizar el cumplimiento de la normatividad ambiental aplicable.

8. Si las obras referenciadas en el numeral anterior, acorde con la revisión prevista en los pliegos, exceden la suma CUATRO MIL CIEN MILLONES DE PESOS (\$4.100.000.000) MCTE, deberá financiar y diseñar, construir, poner en marcha, operar, reponer, actualizar y

mantener por su cuenta y riesgo la infraestructura necesaria para la optimización del tratamiento de la totalidad de los lixiviados que se producen, produzcan y almacenen en el Relleno Sanitario Doña Juana en aras de garantizar el cumplimiento de la normatividad ambiental aplicable.

9. Operar el Sistema de Tratamiento de Lixiviados, desde la entrega de las instalaciones por parte de la UAESP. Adicionalmente, una vez evaluado el sistema y ejecutadas las obras adicionales, si son del caso, deberá operar el Sistema de Tratamiento de Lixiviados cumpliendo con la totalidad de los parámetros contenidos en la Resoluciones CAR 3358 de 1990, modificada por la 166 de 2008 y lo dispuesto en el Decreto 1594 de 1984 o en las normas y/o actos que los sustituyan o modifiquen y las que en adelante profieran las autoridades ambientales competentes. Desde esa fecha el concesionario está en la obligación de garantizar el no vertimiento de lixiviados sin tratamiento y sin cumplir con la norma de vertimiento, hacia los cuerpos de agua.

10. (...)

11. Reconocer el descuento del 6.38% al valor del CDTj previamente descontado por el porcentaje fijo de descuento ofertado por el proponente en su propuesta económica, que automáticamente efectuará la UAESP y que llevará a la Fiducia Clausura y Postclausura para la financiación de dichas actividades de acuerdo con lo establecido en la resolución CRA 351 de 2005. Estos valores serán utilizados exclusivamente para efectos de las actividades de Clausura y Postclausura, las cuales serán realizadas por la UAESP o por actividades.

12. Reconocer el descuento automático que hará la UAESP correspondiente al pago de los derechos por el aprovechamiento hasta del 20% de los residuos ingresados al RSDJ los cuales están pactados en \$ 573 por cada tonelada ingresada al RSDJ a pesos de diciembre de 2009. Este valor se descontará de las facturas mensuales causadas a favor del operador y se indexará mensualmente con el IPC reportado por el DANE.

13. Adecuar, construir y mantener todas las instalaciones que se requieran y las obras existentes necesarias para la correcta

administración, operación y mantenimiento del RSDJ, que no hayan sido asignadas a otros contratistas.

Las obras e instalaciones comprenden, las siguientes:

- Infraestructura propia del relleno: Portal de entrada, acceso principal, acceso alternativo, vías y obras de arte, básculas (una de las cuales, la de emergencia, debe ser reemplazada e instalada nueva por el Concesionario, cumpliendo con las especificaciones de las otras dos existentes actualmente), cerramientos (en alambre y postes, salvo los tramos que se encuentren en muro y malla eslabonada o donde la UAESP disponga en el futuro su instalación, teniendo en cuenta las normas de urbanismo aplicables a este componente), obras de paisajismo, campamentos, pontones box, etc.
- Instrumentos de monitoreo de estabilidad y control.
- Material de cobertura final de zonas rellenadas (incluye la poda del césped)
- Canales, cunetas e infraestructura de recolección de aguas lluvias y de escorrentías superficiales.
- Predios del relleno y de la zona de amortiguamiento ambiental actuales y los que en el futuro adquiera la UAESP
- Redes de captación, transporte y estructuras de almacenamiento temporal de lixiviados asociadas con la estabilidad y seguridad del RSDJ y de la operación de disposición final.
- Planta de tratamiento de lixiviados, unidades de deshidratación y áreas de disposición de lodos.
- Redes de captación de biogás asociadas con la estabilidad y seguridad del RSDJ y de la operación de disposición final, previo acuerdo con el concesionario actual de la operación de biogás.
- Infraestructura e instalaciones de servicios públicos, incluyendo el alcantarillado sanitario de aguas residuales domésticas.
- Obras de protección y de control de impactos ambientales.
- Campamento del Concesionario y de la Interventoría.
- Talleres de mantenimiento de maquinaria y equipos.
- Portería, casetas y garitas de vigilancia.
- Individuos vegetales presentes en los predios del relleno y en la zona de amortiguamiento ambiental. Sistemas de riego y mantenimiento paisajístico y estético del relleno y de la zona de amortiguamiento ambiental.
- Instalaciones de separación y aprovechamiento de residuos del RSDJ
- Y las demás que se requieran mantener y construir para la

correcta operación del RSDJ.

14. Realizar los análisis de control y monitoreo de calidad del agua, fisicoquímicos e hidrobiológicos de lixiviados, de control de contaminación atmosférica, de caracterización de los residuos, de gases y de los residuos inertes provenientes del tratamiento de los residuos hospitalarios atendidos dentro del servicio especial de aseo, los cuales están definidos en el DR-8 en características y cantidad, y deberán permanecer acordes con el monitoreo ambiental previsto en los planes de manejo ambiental y en el reglamento de la Concesión para las diferentes zonas del RSDJ. Los análisis de los residuos inertes provenientes del tratamiento de los residuos hospitalarios atendidos dentro del servicio especial de aseo, deberán ser costeados por el concesionario de ese servicio especial.

15. Operar, mantener y reponer cuando se dañe o haga falta la instrumentación geotécnica y los puntos de control topográfico instalados en el RSDJ, interpretar las lecturas obtenidas y realizar el monitoreo geotécnico en todas las zonas del relleno, e implementar todas las medidas preventivas y correctivas que se requiera para garantizar la estabilidad de todo el relleno, de acuerdo con los requerimientos de la UAESP. Cuando esta actividad corresponda a postclausura, aplicarán las previsiones contenidas en el numeral 11 de esta Cláusula Segunda.

16. (...)

18. Realizar los ajustes tecnológicos para optimizar la operación de RSDJ, de la planta actual de tratamiento de lixiviados, para tomar las previsiones pertinentes sobre seguridad y cumplimiento de las normas legales aplicables. La UAESP, podrá intervenir para ordenar los ajustes necesarios a la operación con base en las normas vigentes y ante eventuales riesgos en la operación, ambientales o sanitarios, sin perjuicio de los requerimientos o las sanciones que deba aplicar.

19. Asumir plenamente los riesgos financieros, comerciales, cambiarios, operativos, de construcción, ambientales, económicos, regulatorios, climatológicos, normativos y técnicos de las obligaciones a su cargo que se derivan del objeto del contrato, salvo aquellos que sean asumidos por la UAESP, de

acuerdo con el análisis y distribución contenido en la matriz que forma parte integrante del presente contrato.

20. Ejecutar las obligaciones que se deriven del cumplimiento del objeto del Contrato y de la propuesta, y asumir los gastos por todo concepto, incluyendo estudios, diseños, impuestos, trámites, seguros, publicación y todos los gastos necesarios para su plena ejecución. El Concesionario asume la carga económica de los Impuestos y retenciones correspondientes a Impuestos aplicables dentro de la República de Colombia o aquellos impuestos que se originen en el exterior, por este Contrato, incluyendo pero sin limitarse a aquellos incurridos debido a la adquisición, importación, nacionalización, financiación, propiedad, transporte, almacenamiento, seguros, instalación, operación y mantenimiento de los equipos y aquellos relativos a la firma, terminación o liquidación de este Contrato.

21. (...)

24. El concesionario presentará para concepto de la UAESP todos los estudios y diseños necesarios para la correcta ejecución del contrato de concesión y deberá atender, y poner en práctica cuando aplique las recomendaciones de la UAESP en los términos señalados por ella.

25. (...)

26. Responder por los daños y perjuicios que le sean imputados al Concesionario ya sean de tipo civil, penal, laboral o contencioso administrativo, nacional o internacionalmente, frente a cualquier evento que surja de la ejecución del Contrato, incluidas las penalidades ambientales asociadas a la ejecución del presente contrato de concesión, teniendo o no la titularidad de licencias, concesiones o permisos de esta naturaleza. Igualmente, será responsable cuando sea titular o no de licencias, concesiones o permisos de cualquier otra naturaleza.

27. (...)

30. Mantener los equipos y maquinaria afectos a la ejecución del Contrato en condiciones de operación de acuerdo con las condiciones establecidas en su oferta y en el Reglamento Técnico

cuando sea del caso.

31. Responder por cualquier otra responsabilidad u obligación consagrada en los documentos que integran el pliego, la propuesta y el Contrato, el reglamento Técnico del RSDJ y en las normas vigentes que le aplican y que sean imputables al Operador.

32. Cumplir con las obligaciones que impone a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios la Ley 142 de 1994 y las normas que la desarrollen, modifiquen, adicionen, complementen o sustituyan; las resoluciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA, y demás normas concordantes. Además, el Concesionario deberá respetar las obligaciones propias de la diligencia profesional y las buenas prácticas de la industria y de la ingeniería.

33. (...)

34. Respetar el control ejercido por la Autoridad Ambiental competente y acatar sus directrices.

35. Presentar ante la UAESP, dentro de los cuarenta y cinco (45) primeros días calendario de operación, un documento que deberá ser evaluado y conceptuado por la UAESP, en el que se especifique el sistema de indicadores para el seguimiento del desempeño y/o avance de todas las actividades objeto de la Concesión, que se definirán de acuerdo con lo establecido en la documentación técnica de los diseños, planes de manejo y cronogramas detallados de trabajo. No obstante, el Concesionario deberá cumplir con los indicadores establecidos en el Apéndice 11.

36. (...)

37. Pagar las tasas retributivas y compensatorias que imponga la autoridad ambiental al Concesionario o a la UAESP, relacionadas con la ejecución del contrato.

38. (...)

39. Dar cabal cumplimiento al Reglamento Técnico del Relleno

Sanitario Doña Juana – RSDJ, adoptado mediante Decreto 608 de 1994, el cual se presenta en el Apéndice 3, o al documento que lo sustituya, modifique o adicione, de conformidad con el Decreto Distrital 504 del 31 de octubre de 2007. El Concesionario deberá ajustar su esquema técnico operativo de conformidad con las modificaciones que se realicen al Reglamento Técnico, para lo cual deberá presentar el documento de ajustes a la UAESP dentro de los dos meses siguientes a la expedición del acto administrativo que adopte la modificación.

40. (...)

43. *Instalar y mantener en condiciones operativas durante el tiempo de la concesión, los sistemas de seguimiento en línea a la operación integral del RSDJ que incluyen: i) La operación de pesaje, ii) el sistema SCADA del Tratamiento de Lixiviados y iii) el monitoreo de maquinaria operativa en frente de descarga; de acuerdo con lo establecido en los apéndices respectivos.*

44. *Entregar en un plazo de ciento veinte (120) días calendario contados desde la suscripción del acta de inicio del contrato de concesión, la actualización del plan de contingencia para el RSDJ incluido el sistema integral de tratamiento de lixiviados. Este plan deberá incluir la metodología detallada para garantizar la continuidad de la prestación del servicio partiendo de lo establecido en la Resolución 137 de 2007(DR-31). Este plan de contingencia, deberá ser desarrollado siguiendo los lineamientos de la Guía Para Elaborar Planes De Emergencia Y Contingencias de la DEPAE (DR- 17) presentado para concepto por parte de la UAESP.*

El plan de contingencia deberá asegurar un esquema que garantice la continuidad del Servicios de disposición final ante posibles inconvenientes que lo puedan afectar y la articulación del mismo en los escenarios de emergencia que lo contemplen. Este plan debe ser acordado entre las partes e implementado en un plazo no mayor a dos (2) meses contados a partir de su adopción. Adicionalmente, el contenido del plan podrá ser modificado de mutuo acuerdo durante la vigencia del Contrato, según las necesidades de la operación.

(...)

46. Planear e implementar el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos para el RSDJ en los términos establecidos en el Decreto 1713 de 2002

47. (...)

CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS. Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, el CONCESIONARIO deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas.

SOBRE LA OPERACIÓN DEL RSDJ:

1. Diseñar, adecuar, operar y mantener el RSDJ con una capacidad instalada operativa para recibir los residuos sólidos que lleguen, provenientes del Distrito Capital.

2. Recibir los residuos sólidos provenientes de terceros señalados a continuación en los plazo establecidos por la UAESP: a) los municipios o empresas que autorice la UAESP; b) los municipios o empresas que exijan las autoridades competentes; c) otros municipios cuando no exista justificación para imponer restricciones al acceso al RSDJ, de acuerdo con la normatividad vigente

3. Cumplir con el Reglamento Técnico para la administración, operación y mantenimiento del RSDJ contenido en el Apéndice 3.

4. Elaborar, dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la suscripción del Contrato de Concesión, un Reglamento Operativo del RSDJ, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 838 de 2005 y con el Reglamento Técnico del RSDJ, que para su aplicación deberá ser aprobado por la UAESP.

5. Tener disponible y operativa la maquinaria necesaria para operar el RSDJ, en el número y las condiciones que se señalan en la oferta, de manera permanente. Cambios en las características y/o cantidad de esta maquinaria podrán ser solicitados por el operador a la UAESP debidamente justificados. Esta maquinaria podrá ser adquirida, tomada en leasing o arrendada y en todo

caso se deberá garantizar el cumplimiento de los indicadores establecidos para este fin en el reglamento Técnico. La UAESP podrá ordenar el mantenimiento correctivo o reemplazo de la maquinaria o equipos que afecten la eficiencia de la operación del RSDJ.

6. Mantener en adecuado estado de operación la maquinaria y los equipos que le sean entregados por la UAESP, contenidos en el Apéndice 1, los que se entreguen como producto del plan de choque del STL y los que entregue el actual operador y que no hagan parte del Apéndice 1. Cuando de común acuerdo su deterioro no permita una operatividad eficiente, estos deberán ser regresados a la UAESP para ser dados de baja.

7(...)

8. Presentar para revisión y concepto de la UAESP, dentro de los primeros sesenta (60) días calendarios siguientes a la suscripción del acta de inicio del Contrato, el Plan de Mantenimiento de la maquinaria, los equipos y la infraestructura entregados por la UAESP y los provistos por el Concesionario para la operación del RSDJ. En el mes de enero de cada año de ejecución del contrato, el Concesionario presentará un reporte que dé cuenta del cumplimiento del Plan de Mantenimiento, soportes y su actualización.

9. Construir, reparar, asear y mantener en condiciones de operación permanentemente la carpeta asfáltica y la estructura de la vía principal y obras de arte existentes en el RSDJ, y las prolongaciones que se requieran durante el desarrollo del Contrato, de acuerdo con lo establecido en el Apéndice 3.

10. Efectuar la construcción y el mantenimiento de las vías y obras de arte internas y transitorias requeridas para la operación, y de las existentes, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento Técnico (AP 3).

11. Elaborar e implementar el diseño de la Señalización Vertical que debe ser instalada en las vías internas del RSDJ, el cual debe cumplir con lo establecido en el Capítulo 2, Señales Verticales, del "Manual de Señalización Vial – Dispositivos para la Regulación del Tránsito en Calles, Carreteras y Ciclorrutas de Colombia"

adoptado mediante Resolución 1050 del 5 de mayo de 2004 del Ministerio de Transporte. El plan de señalización del RSDJ debe ser revisado por la UAESP. Igualmente el plan de señalización del RSDJ tanto interna como externa debe ajustarse a lo establecido en el manual de imagen corporativa de la Alcaldía Mayor de Bogotá – UAESP y será revisado por la UAESP. Los diseños de señalización en todos sus componentes deben ser presentados para su aprobación por parte de la UAESP, dentro de los primeros treinta (30) días calendario contados a partir de la suscripción del acta de inicio del presente contrato e instalados dentro de los treinta (30) días siguientes a su aprobación.

12. Mantener, reparar y reponer las zonas revegetalizadas del RSDJ y la de todas las zonas en las que se han dispuesto, se disponen y se dispondrán residuos sólidos, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento Técnico del RSDJ (Apéndice 3). Cuando esta actividad corresponda a postclausura, aplicarán las previsiones contenidas en el numeral 11 de la Cláusula Segunda.

13. Realizar las actividades de poda y corte de césped de la totalidad de los predios que conforman el RSDJ, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento Técnico del RSDJ (Apéndice 3). Cuando esta actividad corresponda a postclausura, aplicarán las previsiones contenidas en el numeral 12 de la Cláusula Segunda.

14. Mantener el aseo en la totalidad del predio, en las instalaciones a su cargo y en aquellas no asignadas a otro concesionario.

15. Mantener en perfecto estado de funcionamiento y garantizar el cubrimiento de la red de alumbrado en las instalaciones, la vía principal, las vías y obras de arte requeridas para la operación del RSDJ y el frente de descargue.

16. Asumir bajo su propio costo el servicio de telecomunicaciones externo e interno del RSDJ en las instalaciones de portería, básculas y en el campamento del Concesionario.

17. Proveer los equipos de comunicaciones, y disponer equipos portátiles de comunicaciones para su personal técnico de supervisión y vigilancia y la UAESP, asumiendo los costos que de ello se derive.

18. (...)

20. *Presentar ante la UAESP dentro de los treinta (30) primeros días calendario a partir de la suscripción del acta de inicio del contrato, un documento en el que se especifique claramente la metodología empleada para el control de estabilidad geotécnica y seguimiento de la instrumentación del RSDJ.*

21. *En caso de ser necesario construir la acometida del agua potable para el servicio de acueducto del RSDJ y ejecutar las obras hidráulicas necesarias para abastecer todos los puntos de consumo en las instalaciones del campamento principal y las demás instalaciones incluyendo las baterías sanitarias requeridas para el personal que labora en el RSDJ, de acuerdo con lo establecido en el Apéndice 3.*

22. (...)

SOBRE LAS ZONAS CLAUSURADAS EN EL RSDJ

1. *En la Zona II Área 1: Realizar los trabajos requeridos para que la cobertura final existente evite el ingreso de aguas lluvias y realizar extracción forzada de lixiviados si el monitoreo geotécnico reporta un ascenso en las presiones internas de esta zona. Igualmente, cumplir con las obligaciones ambientales que se encuentren establecidas en los actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental, con el fin de que se puedan ejecutar los pasivos ambientales que lleguen a identificarse.*

2. *En la Zona II: Realizar los trabajos requeridos para que la cobertura final existente evite el ingreso de aguas lluvias y realizar extracción forzada de lixiviados si el monitoreo geotécnico reporta un ascenso en las presiones internas de esta zona. Igualmente, cumplir con las obligaciones ambientales que se encuentren establecidas en los actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental, con el fin de que se puedan ejecutar los pasivos ambientales que lleguen a identificarse.*

3. *En la Zona IV: Realizar los trabajos requeridos para que la cobertura final existente evite el ingreso de aguas lluvias y realizar extracción forzada de lixiviados si el monitoreo geotécnico*

reporta un ascenso en las presiones internas de esta zona. Igualmente, cumplir con las obligaciones ambientales que se encuentren establecidas en los actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental, con el fin de que se puedan ejecutar los pasivos ambientales que lleguen a identificarse.

4. En la Zona IV: Operar, mantener, reparar y garantizar el sistema de bombeo de lixiviados de esta zona. Igualmente, cumplir con las obligaciones ambientales que se encuentren establecidas en los actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental, con el fin de que se puedan ejecutar los pasivos ambientales que lleguen a identificarse.

5. En la Zona II Área 2: Realizar los trabajos requeridos para que la cobertura final existente evite el ingreso de aguas lluvias y realizar extracción forzada de lixiviados si el monitoreo geotécnico reporta un ascenso en las presiones internas de esta zona. Igualmente, cumplir con las obligaciones ambientales que se encuentren establecidas en los actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental, con el fin de que se puedan ejecutar los pasivos ambientales que lleguen a identificarse.

6. En la Zona II Área 3: Realizar los trabajos requeridos para que la cobertura final existente evite el ingreso de aguas lluvias y realizar extracción forzada de lixiviados si el monitoreo geotécnico reporta un ascenso en las presiones internas de esta zona. Igualmente, cumplir con las obligaciones ambientales que se encuentren establecidas en los actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental, con el fin de que se puedan ejecutar los pasivos ambientales que lleguen a identificarse.

7. Realizar de forma inmediata los correctivos necesarios sobre las zonas ya clausuradas en el RSDJ frente a cualquier evento contingente. Cuando esta actividad corresponda a postclausura, aplicarán las previsiones contenidas en el numeral 11 de la Cláusula Segunda.

8. Recibir las zonas en las cuales Biogás haya concluido su proyecto de extracción y continuar con el monitoreo de las variables geotécnicas para garantizar la estabilidad de todas las zonas del RSDJ a su cargo. Cuando esta actividad corresponda a postclausura, aplicarán las previsiones contenidas en el numeral

11 de la Cláusula Segunda.

9. El concesionario deberá realizar el mantenimiento de las conducciones de lixiviados en las zonas cerradas o en las cuales se terminó la operación. Cuando esta actividad corresponda a postclausura, aplicarán las previsiones contenidas en el numeral 11 de la Cláusula Segunda.

SOBRE LA ZONA VI DE EMERGENCIA DEL RSDJ

1. Realizar la adecuación necesaria de la Celda de Emergencia para la disposición de residuos sólidos y construir una celda adicional si es del caso., acorde con las características que determine la autoridad ambiental.

2. Realizar la operación técnica, administrativa y ambiental de la Zona VI, y darle mantenimiento.

3. Realizar la disposición de residuos en momentos críticos de operación.

4. Instalar, mantener los instrumentos geotécnicos y realizar el monitoreo correspondiente asociado a las variables de operación.

5. Realizar el cierre de esta zona una vez se haya agotado su capacidad de disposición final.

NOTA: Esta zona es para uso exclusivo cuando se presenten situaciones de emergencia en la operación de los frentes de trabajo.

SOBRE LA ZONA VIII

1. Revisar, acoger y dar cumplimiento a los Manuales de Operación de la Zona VIII y Terraza 8 Zona VII.

2. En caso de ser necesario, una vez alcanzada la cota de diseño en alguna de las áreas de la Zona VIII o la Terraza 8 o cualquiera de las áreas intervenidas por el concesionario, deberá iniciar en forma inmediata las labores de instalación de la capa de arcilla y la construcción de las medidas de control para los brotes de

lixiviados. Dichas labores deberá terminarlás en un plazo de Cuatro (4) meses. Transcurrido este periodo cuenta con sesenta (60) días calendario para la instalación de la capa de tierra negra y empedradización, y noventa (90) días calendario después deberá entregar la totalidad de las obras de manejo de agua lluvia y bermas de tránsito. Un año después de haber alcanzado la cota de diseño deberá construir las chimeneas perforadas a menos que el modelo de estabilidad, o las consideraciones de estabilidad del concesionario o según el concepto de UAESP requieran perforaciones previas que el concesionario estará en la obligación de realizar.

3. El concesionario presentará cronograma y planeación de clausura de la Zona VIII a la UAESP con treinta (30) días calendario de anterioridad a alcanzar la cota de diseño en cualquiera de sus áreas, respetando los tiempos establecidos en la obligación anterior. Cuando esta actividad corresponda a postclausura, aplicarán las previsiones contenidas en el numeral 11 de la Cláusula Segunda.

4. El Concesionario realizará todas las actividades asociadas a la etapa de post clausura de la Zona VIII durante el plazo de ejecución del contrato. Cuando esta actividad corresponda a postclausura, aplicarán las previsiones contenidas en el numeral 11 de la Cláusula Segunda.

EN LA ZONA DE OPTIMIZACIÓN FASES I Y II

1. Revisar y ajustar, dentro de los tres (3) primeros meses contados a partir de la firma del acta de iniciación del contrato, los diseños de estas zonas, para aprobación por parte de la UAESP, para proceder a su adecuada operación y mantenimiento. En caso de que se realicen ajustes a los diseños, el concesionario deberá solicitar la correspondiente autorización por parte de la autoridad ambiental.

2. Todos los documentos resultantes de la revisión y ajuste de los diseños, establecidos en el numeral anterior deben estar a disposición de la Interventoría y de la UAESP para su consulta y seguimiento.

3. Realizar todas las obras necesarias para garantizar la

estabilidad de la disposición futura de residuos dentro de la Zona de Optimización Fase I y II.

SOBRE LA EJECUCIÓN DE OBRAS

1. Diseñar, construir, operar y mantener en buen estado todas las obras necesarias para el cumplimiento del objeto, alcances y obligaciones que se derivan del contrato y de la propuesta de acuerdo a las normas técnicas que apliquen.

2. Diseñar y construir las obras necesarias para garantizar siempre un tiempo de operación de seis meses, las obras deben corresponder al Plan de Obras e Inversiones descrito en la oferta, para lo cual presentará el cronograma de actividades a la UAESP. Los diseños detallados de estas obras e inversiones serán revisados y conceptuados por la UAESP, antes del inicio de su ejecución.

3. Obtener de las autoridades competentes los permisos, aprobaciones, licencias y autorizaciones requeridas para la construcción de las obras.

SOBRE LOS LIXIVIADOS

1. Una vez se reciban las obras del Plan de Choque por parte del actual operador STL, en forma conjunta entre el nuevo operador y la UAESP, antes de 6 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, se determinarán las nuevas condiciones de operación. Igualmente, si de la determinación conjunta entre el nuevo operador y la UAESP se desprende que es necesaria nueva inversión para lograr cumplir los requerimientos normativos y de la Autoridad Ambiental, la UAESP cubrirá de sus recursos hasta CUATRO MIL CIENTO MILLONES DE PESOS MCTE (\$ 4.100.000.00).

Para esta evaluación el nuevo operador deberá presentaren los primeros tres meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, estudio que contenga su propuesta de Optimización de procesos operativos y ambientales para el adecuado manejo, tratamiento y control de la producción de lixiviados. Este análisis deberá partir tanto de datos empíricos y bibliográficos, como de la información generada en el RSDJ en los últimos años. Este estudio será la base para la determinación conjunta, y podrá ser ajustado y/o modificado hasta un común acuerdo entre las partes. Si el acuerdo no se logra en los seis meses el operador

deberá cumplir a partir de esa fecha con todas las obligaciones ambientales determinadas por la Autoridad Ambiental. En caso de llegar a un acuerdo, el cronograma que se determine fijará la fecha a partir de la cual se deberán cumplir los requerimientos ambientales por parte del Concesionario considerando lo que determine la autoridad ambiental.

2. Captar, transportar y tratar la totalidad de los lixiviados generados y almacenados en el RSDJ, así como de los condensados extraídos de la masa de residuos dentro del proceso de extracción y tratamiento del Biogás.

3. Reemplazar y/o reponer los tramos de conducción de lixiviados que estén operando en condiciones deficientes.

4. Realizar el mantenimiento (incluye remoción de lodos de fondo y reparación o reemplazo de geomembrana), preventivo y correctivo, de los pondajes existentes, con la siguiente periodicidad el Pondaje 7 y el Pondaje celda de lodos como mínimo 2 veces por año y los demás pondajes mínimo 1 vez por año. Sin embargo si se presenta en cualquier pondaje una reducción en la capacidad de almacenamiento superior al 50%, el Concesionario está obligado a realizar su mantenimiento de manera inmediata.

5. Realizar el tratamiento de los lixiviados generados en el RSDJ que se encuentran en las unidades de almacenamiento (la totalidad de los pondajes del RSDJ).

6. Presentar a la UAESP para su concepto, al cuarto (4º) mes de firmada el acta de inicio del contrato, un modelo predictivo de producción de lixiviados del RSDJ y realizar los ajustes que se le soliciten. El modelo y el informe, deberán actualizarse anualmente, incorporando los cambios y ajustes que presente el desarrollo operativo del RSDJ.

7. Elaborar y entregar a la UAESP, un año antes a la terminación del contrato, documento técnico sobre las adecuaciones al sistema de tratamiento de los lixiviados, necesarias para garantizar la suficiencia del tratamiento durante los siguientes cinco (5) años y en la etapa de clausura y postclausura y realizar los ajustes solicitados por la UAESP.

8. Asumir a partir de la entrega oficial del operador actual STL y hasta la terminación de la presente Concesión, la operación integral del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, la cual está compuesta por la planta de tratamiento de lixiviados, las estructuras de regulación y pretratamiento de lixiviados de la planta actual, las que se construyan y las redes de conducción desde las estructuras de almacenamiento a la planta de tratamiento, dando cumplimiento a las obligaciones ambientales y las demás que sean aplicables.

9. Realizar el vertimiento de los líquidos resultantes de tratar los lixiviados en el sitio que autorice la CAR, cumpliendo como mínimo las exigencias normativas del Decreto 1594 de 1984, y las de la Autoridad Ambiental - CAR, establecidas en la Resolución 3358 de 1990 y 166 de 2008 y aquellas normas que las complementen, modifiquen o sustituyan.

10. Realizar en un plazo máximo de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la suscripción del acta de entrega del STL (Sistema de Tratamiento de Lixiviados), el diseño de la línea de conducción de lixiviados tratados desde la planta existente hasta el río Tunjuelo, que es el cuerpo de agua receptor del vertimiento de las aguas resultantes del tratamiento de los lixiviados, y de su estructura hidráulica de entrega y tramitar la obtención de los permisos y autorizaciones respectivos ante la autoridad competente, previa revisión y observaciones por parte de la UAESP.

11. Construir, en un plazo máximo de noventa (90) días calendario contados a partir de la obtención de los permisos y autorizaciones respectivos de la autoridad competente, la estructura hidráulica y el sistema de conducción hasta el río Tunjuelo, de que trata la obligación anterior.

12. Realizar los análisis de laboratorio para garantizar la correcta operación de los sistemas de tratamiento, para estos análisis de autocontrol el concesionario puede operar el laboratorio del STL para evaluar las variables concernientes al tratamiento de lixiviados.

El laboratorio de referencia para la respectiva contramuestra será el que la UAESP elija de la lista de laboratorios debidamente

acreditados de conformidad con la NTC 17025 de 2006 expedida por el ICONTEC seleccionados por la UAESP; el costo de los muestreos y análisis de autocontrol y de evaluación corren por cuenta del concesionario, teniendo en cuenta que son verificaciones necesarias para establecer el cumplimiento de la normatividad de vertimientos. La UAESP podrá tomar hasta una contramuestra por semana para analizar todos los parámetros incluidos en la Resolución CAR 166 de 2008 o aquella que la complemente o sustituya y verificar los resultados obtenidos por el Concesionario. Igualmente los análisis fisicoquímicos y demás análisis serán realizados semanalmente.

El concesionario deberá presentar a la UAESP un análisis fisicoquímico semanal del efluente del tratamiento de lixiviados que comprenda la totalidad de los parámetros requeridos por la autoridad ambiental, en la Resolución 166 de 2008, o la que la modifique, adicione o sustituya. La UAESP se reserva el derecho a realizar muestreos extraordinarios.

13. Recoger, tratar y disponer, con todas las medidas de seguridad requeridas y dando cumplimiento a las normas aplicables, los lodos derivados del tratamiento de los lixiviados, y los demás residuos generados en la operación y el mantenimiento. Los lodos producto del tratamiento de los lixiviados deberán tener al momento de ser dispuestos, una humedad máxima del 67%. En el DR-10 se presenta el área, coordenadas y localización en planta del sitio destinado para la infraestructura a construir por parte del concesionario de disposición final de esos lodos.

14. Operar y mantener en el RSDJ, el sistema de disposición final de los lodos resultantes del tratamiento de lixiviados del RSDJ, incluyendo los almacenados en los pondajes. La infraestructura de disposición final deberá ser construida y operada por el Concesionario en los predios del RSDJ. El Concesionario no podrá argumentar la imposibilidad de cumplir parcial o totalmente el contrato en razón a no contar con área mayor a la establecida para este fin en el RSDJ.

15. Suministrar todos los insumos requeridos para el tratamiento de lixiviados.

16. Evaluar las alternativas para programar y realizar el tratamiento

en eventos no continuos de grandes volúmenes o caudales de lixiviados, de acuerdo con la capacidad de la tecnología instalada y de los volúmenes almacenados o de los excedentes de caudales generados, previa información a la UAESP.

17. Garantizar que el sistema integral de tratamiento de lixiviados no afectará el normal funcionamiento del relleno y no generará riesgos para la operación. De todas formas, si llega a presentarse una situación en el tratamiento de los lixiviados que afecte la operación del RSDJ, la seguridad sanitaria y ambiental o ponga en peligro la vida humana, el Concesionario deberá adelantar de manera inmediata las obras de mitigación, recuperación y reposición a que haya lugar.

18. Mantener la certificación metrológica y los controladores automatizados, indicadores y registradores de caudal, certificados metrológicamente sellados y conectados al sistema de monitoreo y control en línea, que se encuentran instalados en los siguientes puntos de la planta de tratamiento de los lixiviados:

¡ En la captación del afluente de los lixiviados en los puntos cero.

¡ A la entrada de la Planta de Tratamiento de Lixiviados.

¡ A la entrada del tratamiento primario.

¡ A la entrada del tratamiento secundario.

¡ A la entrada del tratamiento terciario.

¡ A la salida del efluente de la nueva planta de tratamiento, o salida del lixiviado tratado.

Los anteriores puntos podrán ser replanteados teniendo en cuenta las condiciones de optimización, con la aprobación de la UAESP.

En caso de que los tratamientos primario, secundario y/o terciario estén constituidos por varias unidades individuales, deberá implementarse el sistema de controladores de forma individual para cada uno de ellos a fin de poder realizar los balances de materia y energía respectivos, implementando elementos redundantes de monitoreo y control en el sistema.

Estos controladores deberán permitir la lectura en campo y en el Sistema de Monitoreo en línea, y garantizar que ni los controladores ni sus datos puedan ser alterados.

Adicionalmente, el sistema deberá permitir, como mínimo, la realización de los balances de materia y energía individuales por unidad de proceso y globales en todo momento. Para ello, el Concesionario deberá, entre otras actividades, (i) informar y capacitar a la UAESP y a la Interventoría sobre la plataforma del

Sistema, (ii) operar y ajustar el sistema bajo los procedimientos preestablecidos, acordados y autorizados con la UAESP , y (iii) tener los licenciamientos del software que se utilice.

19. Inhibir la generación de olores durante el proceso de tratamiento, en todos los componentes del sistema. Para la medición de los olores se implementarán tecnologías adecuadas a cargo del concesionario y aprobadas por la UAESP.

20. Realizar el control estricto de vectores en un radio de cien (100) metros alrededor de la Planta de Tratamiento y de los diferentes componentes del sistema externos a la Planta, tales como las unidades de almacenamiento (pondajes) de acuerdo con lo establecido en el plan de control vectorial integral.

21. Realizar la operación y mantenimiento de la infraestructura del sistema integral de tratamiento de lixiviados y presentar para aprobación de la UAESP un plan de mantenimiento de equipos, el cual debe mantenerse actualizado mínimo cada seis meses y que deberá ser entregado dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la suscripción del acta de entrega del Sistema de Tratamiento de Lixiviados.

22. Realizar, mantener y vigilar todas las obras principales y complementarias requeridas para la implementación, el funcionamiento y la correcta operación del sistema integral de tratamiento de lixiviados, incluyendo vías de acceso desde la vía principal del RSDJ y obras de arte, patio de maniobras, área de parqueo, área administrativa, área de operaciones y cerramientos.

23. Realizar a su costo, todas las obras complementarias que sean necesarias acometer para la correcta operación y mantenimiento del sistema integral de tratamiento de lixiviados.

24. Disponer de una oficina en las instalaciones de la planta de tratamiento de lixiviados para la ubicación de la UAESP, que deberá tener como mínimo capacidad para ubicar cinco (5) puestos de trabajo, con sus respectivos puntos de red interna e internet.

25. Elaborar y entregar a la UAESP, dentro de los sesenta (60) días

calendario siguientes al inicio de la operación, administración y mantenimiento del RSDJ, los manuales de operación, mantenimiento y contingencia que hagan parte del sistema de tratamiento de lixiviados del Relleno Sanitario Doña Juana, y dar cabal aplicación a los mismos.

EN MATERIA DE AUTORIZACIONES, LICENCIAS, PERMISOS Y OTROS ASPECTOS AMBIENTALES

1. Aceptar la cesión de la licencia ambiental del RSDJ, de las resoluciones 3358 de 1990 y 166 de 2008 y demás actos administrativos cuya titularidad es de la UAESP y/o del Distrito Capital y realizar los trámites ante las Autoridades Ambientales para obtener la licencia o sus modificaciones, los planes de manejo ambiental y permisos requeridos para la construcción y operación de las distintas etapas de la operación integral del RSDJ y de sus instalaciones, incluido el sistema integral de tratamiento de lixiviados. Con este fin, la UAESP redactará el documento de cesión y lo tramitará ante la autoridad ambiental; así mismo, aportará la información, estudios y documentos que se encuentren disponibles.

2. El concesionario debe entregar a la UAESP y a la CAR todos los estudios, diseños y toda la información necesaria, para adelantar los trámites que se requieran con el fin de obtener la modificación de la licencia ambiental, o una nueva si así lo exige la Autoridad Ambiental, para la operación de la fase II de la zona de Optimización del RSDJ y de las zonas que se considere necesarias para garantizar la prestación del servicio, así como también para continuar con la disposición final de los lodos derivados del sistema de tratamiento de lixiviados y de los residuos del tratamiento de los residuos hospitalarios atendidos dentro del servicio especial de aseo.

3. Pagar las tasas, multas o sanciones que la Autoridad Ambiental o cualquier otra autoridad administrativa o judicial le imponga al Concesionario o a la UAESP, por incumplimiento de las normas ambientales en la operación integral de RSDJ.

4. Obtener a su costa las licencias, autorizaciones y permisos, y las modificaciones, adiciones, complementaciones o sustituciones de éstos, que fueren necesarios para el cumplimiento de sus

labores, en concordancia con las normas pertinentes y lo señalado en el Plan de Ordenamiento Territorial -POT, para el desarrollo de las infraestructuras requeridas.

5. Controlar la generación de olores ofensivos y contaminantes no convencionales durante el proceso de disposición, que no podrán superar los niveles máximos establecidos en la Resolución 601 de 2006 del MAVDT, medidos a una distancia de 500 metros del perímetro del RSDJ. Las sustancias a las cuales se les realizará el monitoreo son las contempladas en el Artículo 5º, Tablas No. 2 y 3, de la Resolución 601 del 2006, o en la disposición que lo modifique, complemente o sustituya y aquellas que le indique la UAESP o la autoridad ambiental. De acuerdo con la Resolución 1208 de 2007, los métodos de análisis que se emplearán serán los definidos por el IDEAM en el Protocolo del Monitoreo y Seguimiento de Calidad del Aire. En caso de no haberse expedido dicho protocolo y de acuerdo con la disposición indicada, se emplearán los métodos que defina la autoridad ambiental para este fin. La frecuencia de muestreo estará condicionada por el comportamiento estacional bimodal que tiene el país y, por lo tanto, se realizarán muestreos cada tres (3) meses, levantando los respectivos mapas en planta con las isopletas respectivas, contemplando incrementos porcentuales de máximo el 20% del límite máximo permisible e incorporando en los análisis los factores climáticos incidentes (velocidad y dirección del viento, radiación solar, temperatura, altitud) y topográficos. Se utilizará el sistema polar de coordenadas de referencia. La toma de muestras para la determinación de los diferentes parámetros se hará sobre al menos 8 líneas distribuidas de forma regular (45º), con espaciamentos entre puntos colineales de máximo 500 metros y con al menos 10 puntos por línea. De acuerdo con los resultados estadísticos, se podrá priorizar en algunas direcciones, redistribuyendo nuevamente los puntos sobre las líneas definidas como prioritarias. Se consideran como prioritarias aquellas líneas que tienen incidencia en las zonas en las que existan asentamientos poblacionales. El punto de origen del sistema de coordenadas será el campamento del Operador y la Interventoría. La responsabilidad por la ejecución del plan de muestreo será del Concesionario del RSDJ y por la cadena de custodia de las muestras, la UAESP o quien esta designe. De conformidad con lo establecido en los Decretos 1600 de 1994 de MINAMBIENTE y 2570 de 2006 del MAVDT, la entidad, firma o

laboratorio que efectúe el análisis de las muestras deberá estar acreditada por el IDEAM y certificada por el ICONTEC en la norma NTC-ISO-IEC 17025.

6. Realizar un programa de monitoreo y cuantificación de vectores en el Relleno Sanitario Doña Juana y su área de influencia directa e indirecta. Dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la suscripción del acta de inicio del contrato, el concesionario deberá presentar los resultados del primer monitoreo y cuantificación para los vectores mosca, caninos y roedores, y dentro de los seis (6) meses siguientes a la suscripción del acta de inicio del contrato deberá presentar los resultados del primer monitoreo y cuantificación para el vector aves. El programa deberá contemplar monitoreo permanente y la cuantificación se deberá realizarse con una periodicidad mínima anual. Las condiciones mínimas para la realización de este programa serán entregadas por la UAESP, dentro de los quince (15) días siguientes a la suscripción del acta de inicio del contrato.

7. Simultáneo al proceso de monitoreo y cuantificación de los vectores moscas, roedores y caninos, en el RSDJ y su área de influencia indirecta, el Concesionario deberá diseñar el Plan de Control Integral Vectorial, para los vectores antes señalados. Este Plan se someterá a revisión previa por parte de la UAESP y a revisión y aprobación por parte de la autoridad sanitaria competente. Una vez aprobado el concesionario deberá iniciar su implementación. El contenido del Plan deberá atender lo señalado en el DR-20 "Protocolo de control vectorial integral del Relleno Sanitario Doña Juana y su área de influencia indirecta"

8. Simultáneo al proceso de monitoreo y cuantificación del vector aves, en el RSDJ y su área de influencia indirecta, el Concesionario deberá diseñar el Plan de Control Integral Vectorial, para éste. Este Plan se someterá a revisión previa por parte de la UAESP y a revisión y aprobación por parte de la autoridad sanitaria competente. Una vez aprobado demás vectores e iniciar su implementación. El contenido del Plan deberá atender lo señalado en el apéndice "Protocolo de control vectorial integral del Relleno Sanitario Doña Juana y su área de influencia indirecta"

9. Ejecutar las medidas señaladas, para el control vectorial en el RSDJ y en la zona de influencia directa o indirecta conforme a lo

establecido en el apéndice "Protocolo de control vectorial integral del Relleno Sanitario Doña Juana y su área de influencia indirecta", hasta tanto el Plan de Control Integral Vectorial, elaborado por el concesionario, sea aprobado por la Autoridad Sanitaria competente.

10. Evaluar, en relación con su obligación de manejo forestal en la ejecución del proyecto de optimización fase I, los individuos que por sus características deben ser trasladados. De igual forma, antes del proceso de tala y traslado, deberá realizar el conteo y traslado técnico de los nidos presentes en dichos árboles y obtener las autorizaciones y permisos de las autoridades competentes. Frente a este último punto, quince (15) días calendario antes de esta actividad.

11. Elaborar y presentar los diseños y construir las obras para el encausamiento de las aguas de escorrentía de la zona húmeda ubicada en área sur entre zona VII y zona VIII, según las orientaciones establecidas en los estudios ambientales efectuados para la zona de optimización fase I, garantizando la no contaminación de las mismas.

12. Realizar los diseños específicos para el manejo de los materiales producto de las excavaciones, según las orientaciones establecidas en los estudios ambientales efectuados para la zona de optimización fase I.

13. Realizar la restauración paisajística y repoblamiento vegetal de mínimo 10 Ha, repartidas en la zona de ronda de las quebradas y en áreas complementarias dentro o fuera del predio del RSDJ. Las áreas a seleccionar deberán cumplir con la función ecológica de la conexión o fortalecimiento del ecosistema. Las zonas específicas a intervenir y el plan de siembra y mantenimiento (mínimo por tres (3) años).

14. Garantizar que las áreas de la masa del relleno se encuentren cubiertas con cobertura definitiva o en su defecto con los materiales que respondan a las necesidades de impermeabilidad en el mantenimiento de las áreas temporalmente inactivas, salvo las de los frentes de descargue en una extensión no mayor de ocho mil 8.000 m². Las áreas que se requieran para diversas obras a desarrollar sobre los residuos, como: vías de acceso provisionales

y obras de arte, construcción de trincheras drenantes, bahía de descargue de lixiviados, realce de chimeneas y manejo y control de brotes de lixiviados en ningún momento podrán sobrepasar los cuatro mil 4.000 m².

Parágrafo: El concesionario podrá contar con un área descubierta en el frente de descargue hasta de diez mil 10.000 m² cuando las condiciones operativas lo requieran, descubierta y el periodo de tiempo para el cual se aprueba, que en ningún caso podrá exceder de treinta (30) días calendario.

15. Realizar un estudio dentro de los seis (6) primeros meses de operación del componente de Disposición Final contados a partir de la suscripción del acta de inicio del contrato, sobre la demanda real de áreas máximas descubiertas para la operación, y la minimización de los impactos ambientales generados por las mismas, incorporando un análisis de los materiales usados para la cobertura temporal y su implementación en el RSDJ como factor de control de los impactos ambientales. Dicho estudio deberá ser aprobado por la UAESP.

16. Para las zonas que requieran permanecer durante un periodo de tiempo superior a treinta (30) días calendario con cobertura temporal, el concesionario debe utilizar los materiales y métodos señalados en el reglamento técnico para coberturas temporales de largo plazo.

17. Cumplir plenamente durante todo el período de ejecución del Contrato y bajo su entera responsabilidad, los requerimientos de la Autoridad Ambiental competente. Para la ejecución del contrato el Concesionario deberá preparar y asumir todos los costos de los estudios y diseños solicitados por la autoridad ambiental. Los permisos de vertimientos u otros permisos o autorizaciones de carácter ambiental deben ser solicitados y obtenidos por el Concesionario. En este sentido, el Concesionario deberá considerar los tiempos y recursos necesarios para ello. (...). Como quiera que corresponde a la Autoridad Ambiental decidir si debe obtenerse una modificación de la Licencia Ambiental vigente o tramitarse una nueva Licencia Ambiental, el Concesionario deberá adelantar los trámites requeridos con la anticipación suficiente, para lo cual contará con la colaboración de la UAESP. Esta colaboración consiste en la entrega de la

información y documentación disponible en la UAESP, soporte de los trámites adelantados. En todo caso, EL CONCESIONARIO, deberá adelantar, bajo su propio riesgo y exclusiva responsabilidad, dentro del primer año de ejecución del presente contrato, contado a partir de la suscripción del acta de inicio, el trámite requerido ante la autoridad ambiental, para obtener el licenciamiento de aquellos terrenos del RSDJ que son de propiedad de la UAESP a la fecha de suscripción del contrato, y que no se encuentren autorizados para la disposición final. Este trámite corresponde a la ampliación o modificación de la Resolución CAR 2133 de 2000, la cual ha sido modificada, entre otros actos administrativos, mediante la Resolución CAR 2211 de 2008. En el evento en que la autoridad ambiental no le otorgue al CONCESIONARIO la licencia ambiental requerida para este propósito, el presente contrato de concesión finalizará de conformidad con su cláusula sexta, cuando se cope la capacidad de disposición de residuos sólidos legalmente licenciada, sin que se genere ningún tipo de derecho a reclamación o indemnización por parte del CONCESIONARIO, en razón a que este es un riesgo previsible, que le fue asignado en la audiencia de riesgos como consta en el acta respectiva".

1.3.1.4. En cuanto a la Distribución de los Riesgos Contractuales:

El **24 de marzo de 2010** la UAESP expidió la Adenda No. 2 al Pliego de Condiciones³⁸, mediante la cual sustituyó y ordenó publicar el Apéndice 10 “*para incorporar y explicar el alcance de los riesgos tipificados y estimados que fueron asignados en la Audiencia de Tipificación, Estimación y Asignación de Riesgos celebrada el 4 de marzo de 2010*”. Como anexo de dicha Adenda, se incluyó el Apéndice 12 “**MATRIZ DE IDENTIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS**”, mediante el cual se presentó “*la identificación y asignación de riesgos con base en los contenidos del proyecto de pliego de condiciones, de acuerdo con los artículos 4 de la ley 1150 de 2007 y 3 del*

³⁸ Prueba 1 Precontractual Licitación 001 de 2010 Documento 9 ADENDA-2LP001-2010.PDF Pruebas Contestación de la demanda.

Decreto 2474 de 2008"³⁹, en los siguientes términos:

"Riesgos de Construcción

Dentro de la estructura de la licitación, los riesgos de construcción han sido asignados al Concesionario, dado que es él quien, en su calidad de especialista, se encuentra en mejores condiciones de mitigar los riesgos asociados a la ejecución de las obras.

Elaboración de estudios y diseños definitivos: el contrato prevé que el Concesionario deberá revisar y ajustar los estudios entregados por la UAESP para la Fase I de la Zona de Optimización, e igualmente deberá efectuar los diseños para la Fase II de la misma Zona de Optimización, el (los) proyecto (s) de aprovechamiento que éste determine, las ampliaciones y optimizaciones de la planta de tratamiento de lixiviados y de las obras necesarias para la correcta operación del RSDJ en todas las actividades que allí se desarrollen.

Cantidades de obra: no existen unas cantidades de obra acordadas como necesarias para la ejecución del contrato. Ni los cálculos realizados por la UAESP, ni los realizados por el Concesionario podrán servir de base para determinar la existencia o no de unas mayores o menores cantidades de obra. El riesgo de las cantidades necesarias para ejecutar las obras está completamente a cargo del Concesionario.

Variación en los precios: el Concesionario asume el riesgo por variación en precios.

Cumplimiento del plazo para la construcción: este riesgo ha sido asignado al concesionario quien deberá entregar las obras terminadas dentro de los plazos establecidos en el contrato. De conformidad con el pliego de condiciones, el Concesionario debe entregar los respectivos cronogramas de obras que se ajusten en todo a los requerimientos y plazos establecidos para completar las obras necesarias para garantizar el correcto funcionamiento del RSDJ. En caso de que el plazo no sea

³⁹ Prueba 1 Precontractual Licitación 001 de 2010 Documento 16 ANEXOADENDA-2LP001-2010.PDF AnalisisRiesgos.PDF. Pruebas Contestación de la demanda.

cumplido, se considera como un incumplimiento y como tal, el Concesionario deberá asumir las consecuencias previstas en el contrato de concesión.

En el contrato se prevé que el Concesionario debe seleccionar una o varias alternativas de aprovechamiento de residuos. En cualquier caso, la totalidad de los costos asociados a la ejecución de una u otra alternativa estarán en cabeza del Concesionario.

Dado que el riesgo de construcción ha sido asignado al inversionista privado, y que no existe en cabeza del (sic) UAESP obligación contingente alguna por este concepto, se hace innecesaria la provisión de un Plan de Aportes por este concepto.

Riesgos de Operación

El Concesionario tiene autonomía administrativa, técnica operativa y financiera, para lo cual debe realizar la operación y mantenimiento integral del RSDJ, durante la totalidad del plazo de la concesión, bajo su propia cuenta y riesgo.

El riesgo de que los costos de operación y mantenimiento integral del RSDJ de la infraestructura y de las actividades concesionadas, sean inferiores o superiores a cualquier estimación que de ellos hubieren hecho la UAESP o el Concesionario, está asignado a éste último.

El contrato no prevé la entrega de aportes estatales asociados a la verificación de que la infraestructura concesionada cumple con el estado de condición previsto en el contrato, salvo lo previsto para la eventual inversión que se necesite en el Sistema de Tratamiento de Lixiviados, acotada hasta CUATRO MIL CIEN MILLONES DE PESOS MCTE (\$4.100.000.000). Valor que deberá provisionar la Unidad.

Los costos en que deba incurrir el Concesionario para garantizar que la infraestructura concesionada cumpla con dicho estado de condición son riesgo del Concesionario.

El concesionario que resulte adjudicatario del presente proceso de selección, asume el riesgo de que se cope la capacidad del área con licenciamiento ambiental del RSDJ y que no obtenga

bajo su propio riesgo y responsabilidad la modificación o ampliación de la Licencia Ambiental existente para los terrenos ya adquiridos por la UAESP y por lo tanto se disminuirá el plazo estimado de la Concesión.

Riesgos Comerciales, Financieros y de Mercado

El riesgo comercial del Proyecto está asociado al número de toneladas de residuos que ingresan al RSDJ, del cual dependen los ingresos por el desarrollo de las actividades de disposición final y tratamiento de los residuos, cuyo pago se realiza por tonelada ingresada con base en la metodología tarifaria establecida en las resoluciones 351 de 2005 y 482 de 2009, expedidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA-.

El número de toneladas de residuos que ingresan al RSDJ en cada período, son un riesgo a cargo del Concesionario.

El riesgo frente a la comercialización de los productos obtenidos por el desarrollo de la actividad de aprovechamiento y tratamiento de residuos, serán asumidos por el concesionario por cuanto este es quien debe seleccionar la (s) alternativa (s) para desarrollar estas actividades y realizar su respectiva valoración.

Los riesgos financieros del proyecto [el riesgo de consecución de financiación y el riesgo de las condiciones financieras (plazos y tasas)] ha sido asignado en su totalidad al Concesionario, teniendo en cuenta que es él quien conoce de manera más clara y directa las necesidades de caja del proyecto y de acuerdo con ellas establece los créditos que ha de contraer. Por lo tanto, las variaciones de las condiciones financieras del proyecto son asignadas de manera expresa al Concesionario y es él quien debe conseguir la financiación del proyecto.

Los ingresos del Concesionario, así como las tarifas están expresados en pesos colombianos. El concesionario debe asumir el riesgo de la variación de la tasa de cambio del peso colombiano frente a otras monedas, así como la variación de la Inflación.

El riesgo derivado de las deficiencias técnicas y/o tecnológicas en el sistema de pesaje que soporta la medición del número de

toneladas que ingresan al RSDJ y que soportan la facturación del concesionario, serán asumidos por éste, por cuanto hace parte de su autonomía técnica y operativa la selección del sistema de pesaje y su mantenimiento de acuerdo con los parámetros establecidos en el pliego de condiciones.

Riesgo Regulatorio

Este riesgo incluye las modificaciones de ley que puedan afectar la economía del proyecto. El más importante es el riesgo regulatorio, que, siguiendo la regla general de los riesgos regulatorios, es asumido dentro del proyecto por el Concesionario. Así mismo el Concesionario asume el riesgo tributario.

Riesgos Ambientales

De acuerdo con la legislación vigente, el desarrollo del contrato debe realizarse con base en el Plan de Manejo Ambiental del RSDJ y dando cumplimiento a la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución 2211 de 2008 y otras disposiciones vigentes, expedidas por las autoridades ambientales competentes, y aquellas que durante el desarrollo del contrato las adicionen, modifiquen o sustituyan.

El riesgo asociado con el cumplimiento de la licencia ambiental del RSDJ y del Plan de Manejo Ambiental estará a cargo del Concesionario, motivo por el cual éste no es un riesgo que requiera la adopción de un Plan de Aportes. En el caso en que el Concesionario deba obtener licencias o permisos ambientales para desarrollar la (s) actividad (es) de aprovechamiento y tratamiento, al igual que aquellas actividades conexas, los costos asociados a la obtención de las licencias o permisos ambientales y al cumplimiento de las obligaciones allí contempladas estarán a cargo del Concesionario, cualesquiera que ellos sean.

La Tabla 1 contiene un resumen de los riesgos previstos.

Tabla 1. Resumen de Riesgos Previsibles y asignación.

TIPO DE RIESGO	DESCRIPCIÓN	ASIGNACIÓN
Construcción	Mayores plazos y costos de	CONCESIONARIO

	diseño Mayor cantidad y costos de obra Incremento en el valor de los Materiales	
Operación	Insuficiencia en la capacidad operativa para la recepción y disposición de residuos	CONCESIONARIO
	Insuficiencia en la capacidad operativa para el tratamiento de lixiviados	CONCESIONARIO
	Mayores costos de operación y Mantenimiento	CONCESIONARIO
	Fallas en la coordinación operativa con otros contratistas del RSDJ	CONCESIONARIO
	Inadecuada Interacción con el Contratista de BIOGAS	CONCESIONARIO
	Incremento en el valor de los insumos, la maquinaria y el equipo	CONCESIONARIO
Comercial o de Mercado	Menor Ingreso Esperado	CONCESIONARIO
	Baja demanda para la venta del material producto de la actividad de aprovechamiento	CONCESIONARIO

	<i>Deficiencias técnicas y/o tecnológicas en el sistema de pesaje que soporta la facturación</i>	CONCESIONARIO
<i>Financiero</i>	<i>Variación del tipo de cambio</i>	CONCESIONARIO
	<i>Variación de la inflación</i>	CONCESIONARIO
	<i>Variación de tasas de interés</i>	CONCESIONARIO
	<i>Consecución de recursos financieros</i>	CONCESIONARIO
<i>Ambientales</i>	<i>Incumplimiento de las obligaciones del licenciamiento ambiental</i>	CONCESIONARIO
	<i>Modificaciones al licenciamiento ambiental</i>	CONCESIONARIO

Elaboró: Dirección de Estrategia

Estimación del Riesgo: Teniendo en cuenta la naturaleza del contrato de concesión, el 100% del daño o perjuicio que se llegará a ocasionar en los riesgos asignados al concesionario serán asumidos por este.

La entidad en cumplimiento del Decreto 423 de 2001 expedido por el Alcalde Distrital, la Resolución 175 de 2004 expedida por el Secretario de Hacienda Distrital y lo previsto en el artículo 4 de la ley 1150 de 2008 y lo dispuesto en el numeral 6 del Artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, y con base al desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal, ha identificado que los riesgos previsibles que puedan afectar la ejecución del contrato que llegará a adjudicarse para el cumplimiento del objeto de la presente licitación, a riesgos propios de la actividad empresarial, es decir aleas normales, inherentes a la ejecución del objeto contractual, que se imputan exclusivamente al contratista afectado, y no a la entidad.

No obstante se pueden presentar eventos contingentes derivados de daños ocasionados por terceros, desastres naturales, daño emergente causado por la ocurrencia de hechos de fuerza mayor o caso fortuito, entre otros, los cuales no pueden ser estimados ya que por su misma naturaleza tienen una condición de imprevisibles y no puede determinarse su probabilidad de ocurrencia y por tanto no pueden valorarse ni ser asignados de manera previa. Estos eventos son considerados fuerza mayor, solamente en caso de ausencia de participación del Concesionario en su ocurrencia.

Por las características descritas estos riesgos sólo podrán cuantificarse en el momento mismo en que se presente, dependiendo de la gravedad y extensión de los hechos de fuerza mayor o casos fortuitos.

Riesgo de Terminación Anticipada

El contrato prevé los eventos de terminación anticipada, i) por causas del contratista ii) por causas de la entidad estatal; iii) por fuerza mayor; o iv) por mutuo acuerdo de las partes.

Las causales de terminación anticipada estipuladas en el pliego de condiciones se pueden agrupar en dos: i) incumplimiento de las partes y ii) fuerza mayor que haga imposible la continuidad del objeto contratado. Siguiendo los lineamientos del Conpes 3107 de 2001, no resulta procedente que la entidad estatal adopte un Plan de Aportes al Fondo de Contingencias para su cubrimiento.

Finalmente en materia regulatoria pueden presentarse variaciones en la metodología tarifaria, para lo cual se acogerá por parte de la UAESP lo previsto en el artículo 10 del decreto 891 de 2002 Artículo que expresa: **"REGLAS QUE GARANTIZAN ESTABILIDAD REGULATORIA EN EL ELEMENTO TARIFARIO.** En los documentos que se elaboren para la contratación por parte de los municipios y distritos de la prestación de las actividades del servicio público de aseo, se deberá dejar expresa constancia de que serán aplicadas las normas legales, reglamentarias y regulatorias vigentes al momento de la celebración del contrato respectivo.

En materia tarifaria, los contratos que se celebren se sujetarán a las metodologías tarifarias y/o opciones tarifarias expedidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, vigentes al momento de su celebración”.” (Subrayado añadido).

Mediante oficio del **7 de mayo de 2010** la UAESP dio respuesta a una solicitud de información de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en relación con la Licitación Pública No. 001 de 2010. De este oficio se destacan los siguientes apartes:

“(...) la tarifa calculada para el componente de disposición final del servicio público de aseo se construyó teniendo en cuenta las disposiciones regulatorias contenidas en las Resoluciones CRA 351 de 2005 (...) y CRA 482 de 2009 (...), en tanto que la tarifa para el tratamiento de lixiviados es una tarifa de contrato, por fuera del marco de las resoluciones ya que la regulación vigente no reconoce un valor que cobra la ejecución de las actividades requeridas en la licencia ambiental (...) para tratar la cantidad y calidad de lixiviados que produce el Relleno (...). Esta tarifa se estructuró con fundamento en el parágrafo 1 del Artículo 87 de la Ley 142 de 1994, (...)” Y más adelante se lee: “(...) la normatividad vigente permite fijar una tarifa con arreglo a las disposiciones regulatorias (Resolución CRA 351 de 2005), la cual solamente reconoce el tema de recirculación de los lixiviados al interior del relleno sanitario y otra de contrato (Parágrafo 1 del Artículo 87 de la Ley 142 de 1994), que incorpora los tratamientos exigidos por la autoridad ambiental, que es un costo adicional al reconocido por la Resolución CRA 351 de 2005, (...)”⁴⁰

1.3.1.5. En cuanto a la Remuneración del Contratista

En cuanto a la forma de remuneración, los Estudios Previos reproducidos textualmente en el Pliego de Condiciones Definitivo y en el Contrato, señalan lo siguiente:

⁴⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 183 a 185 vuelto.

**“CLÁUSULA SÉPTIMA. - REMUNERACIÓN A FAVOR DEL
CONCESIONARIO Y DERECHOS A FAVOR DE LA UAESP:**

La remuneración al Concesionario se divide en dos componentes:

a) Remuneración por Disposición Final de los Residuos Sólidos en el RSDJ: La remuneración de esta actividad es igual al valor obtenido de multiplicar el CDT *remuneración* por el número de toneladas dispuestas durante el mes que se remunera. El CDT *remuneración* corresponde al definido en el numeral 1.2. DEFINICIONES Y SIGLAS de estos pliegos de condiciones. El CDT *remuneración* será actualizado conforme a lo dispuesto en la Resolución 351 de 2005.

En el cálculo del CDT *remuneración* está implícito un descuento automático que efectuará la UAESP del 6.38% para las actividades de Clausura y Postclausura. Los dineros provenientes de este descuento irán a una fiducia de Clausura y Post clausura, que será contratada para la UAESP y que se encargará de administrar los recursos únicamente para efecto de las actividades de Clausura y Postclausura. Cuando estas labores sean efectuadas en las zonas de disposición que deberá trabajar el nuevo operador o en las zonas ya cerradas, este podrá presentar las cuentas de cobro correspondientes. La ejecución de esas labores tendrá que ser autorizada por la UAESP y el pago de las mismas por parte de la fiducia estará atado a un aval específico para cada cuenta por parte de la UAESP. Los costos generados en la Clausura y Postclausura relacionados con el tratamiento de lixiviados y del manejo de biogás deben ser asumidos tanto por el operador seleccionado como resultado del presente proceso, como por el operador del Biogás y por tanto estos costos no podrán ser cargados ni a la UAESP ni a la fiducia referenciada. De todas formas es obligación del operador el responder por las acciones de Clausura y Postclausura en todo el RSDJ durante el periodo de ejecución del contrato.

b) Remuneración por el tratamiento de Lixiviados: La remuneración de esta actividad es igual al valor obtenido de multiplicar el costo unitario inicial máximo fijado por la UAESP, CLMAX , para la operación y el mantenimiento del tratamiento de los lixiviados en el RSDJ, en pesos por tonelada, y correspondiente a DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS MCT (\$2.794)

a pesos de Diciembre de 2009, por el número de toneladas dispuestas durante el mes que se remunera y por el porcentaje de descuento ofertado por el operador en su propuesta. Este valor se indexará mensualmente con el IPC reportado por el DANE.

Una vez se reciban las obras del Plan de Choque por parte del actual operador, en forma conjunta entre el nuevo operador y la UAESP, antes de 6 meses contados a partir del acta de inicio, se determinará si es necesaria una inversión adicional para lograr cumplir los requerimientos de la Corporación Ambiental. La UAESP cubrirá de sus recursos hasta CUATRO MIL CIENTO MILLONES DE PESOS (\$ 4.100.000.000)."

1.3.2 EN CUANTO A LA CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO

1.3.2.1. Como resultado del proceso licitatorio, el **24 de septiembre de 2010** se suscribió el Contrato de Concesión No. 344 de 2010 entre la UAESP y la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P. – CGR Doña Juana S.A. E.S.P.⁴¹

1.3.2.2. Mediante derecho de petición radicado el **20 de abril de 2012** el Concesionario solicitó a la UAESP que le entregara el Modelo Financiero con base en el cual abrió el proceso licitatorio para la adjudicación del Contrato⁴².

1.3.2.3. A través de comunicación del **9 de mayo de 2012**⁴³ la UAESP respondió a la solicitud del Concesionario, informándole que dicha solicitud es improcedente con base en lo previsto en el numeral 4 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, según el cual, *"En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su*

⁴¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 62 y ss.

⁴² Aportada con la demanda reformada. Atinentes a la Insuficiencia Tarifaria.

⁴³ Aportada con la demanda reformada. Atinentes a la Insuficiencia Tarifaria.

estructuración", disposición que quedó recogida en el numeral 3.4. del Pliego de Condiciones. Agregó la UAESP que en el momento de la Licitación se publicaron los documentos "*Cálculo del Costo de Disposición Final*", contenido en el DataRoom No. 26 del proceso licitatorio, y "*Formulación de prefactibilidad de esquemas de aprovechamiento en el relleno sanitario*", contenido en los anexos de los estudios previos, los cuales adjuntó a la comunicación.

1.3.2.4. Mediante comunicación del **31 de marzo de 2014** la UAESP manifestó al Concesionario que las Resoluciones CRA 664 y 643 de 2013 contienen una propuesta para discusión de la resolución sobre el régimen tarifario y por tanto se encuentra vigente la Resolución CRA 351 de 2005, advirtiéndolo en consecuencia que esa entidad "*(...) solo procederá a realizar ajustes tarifarios en caso de que la Comisión Reguladora de Agua Potable – CRA o la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios así lo indicaran y en el marco de lo establecido en el Contrato C344-10.*"⁴⁴

1.3.2.5 El **18 de junio de 2014** la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR – expidió la Resolución No. 1351 "*Por medio de la cual se modifica la licencia ambiental única otorgada para el proyecto "Relleno Sanitario Doña Juana" y se toman otras determinaciones.*"⁴⁵

1.3.2.6 Mediante Resolución No. 2320 del **14 de octubre de 2014** la CAR resolvió los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 1351 de 2014⁴⁶.

⁴⁴ Aportada con la contestación de la demanda.

⁴⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 20 y ss.

⁴⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 106 y ss.

1.3.2.7 El **9 de julio de 2015** la CRA expidió la **Resolución 720 de 2015**, *"Por la cual se establece el régimen de regulación tarifaria al que deben someterse las personas prestadoras del servicio público de aseo que atienden en municipios de más de 5.000 suscriptores en áreas urbanas, la metodología que deben utilizar para el cálculo de las tarifas del servicio público de aseo y se dictan otras disposiciones"*.

1.3.2.8 Con comunicación del **29 de febrero de 2016** el Concesionario solicitó a la UAESP que dentro de los temas que serán objeto de análisis, de cara a la eventual modificación del Contrato, sea incluido prioritariamente el desequilibrio de la ecuación contractual, pues los recursos percibidos por disposición final no son suficientes para ejecutar todas las actividades y obligaciones contractuales, pues la gran mayoría de ellas no fueron incluidas por el regulador en el modelo económico teórico. Adicionalmente, un número significativo de las obligaciones derivadas de la licencia ambiental, Resoluciones CAR 1351 de 2014 y CAR 2320 de 2014, tampoco están siendo remuneradas⁴⁷.

1.3.2.9 Mediante comunicación del **31 de mayo de 2016** el Concesionario consultó la opinión de la UAESP *"(...) en el sentido de si encuentra conveniente, a la luz de las obligaciones contractuales, que la estructura tarifaria que sirve de base para la remuneración del concesionario sea aquella contenida en la Resolución CRA 720 de 2015 y no la obrante en el contrato de concesión 344 de 2010 que deriva, en el componente de disposición final de residuos sólidos, de la previsión contenida en las Resoluciones CRA 351 de 2005 y 482 de 2009 y para el componente de tratamiento de lixiviados, de la tarifa contractual estructurada por la*

⁴⁷ Aportada con la demanda reformada.

UAESP."⁴⁸

1.3.2.10 Mediante comunicación del **16 de junio de 2016** el Concesionario presentó a la UAESP los costos asociados a las actividades de Disposición Final y Tratamiento de Lixiviados del Relleno Sanitario Doña Juana resultantes de la aplicación de las metodologías establecidas por la CRA en la Resolución 720 de 2015.

1.3.2.11 Con comunicación del **7 de julio de 2016**, el Concesionario manifestó a la UAESP, con ocasión de la entrada en vigencia de la Resolución CRA 720 de 2015, que *“Como parte del análisis de las implicaciones de la situación en comento, el concesionario y la UAESP se reunieron el 9 de junio de 2016 en la Subdirección de Asuntos Legales -SAL- de la UAESP y se llegó a la conclusión consensuada de que se debía aplicar la Resolución CRA 720 de 2015.”*

El Concesionario manifiesta que, no obstante lo anterior, continuó la revisión y análisis de los documentos relacionados con la aplicación de la nueva metodología tarifaria y encontró algunos elementos que pone en conocimiento de la UAESP. Así, luego de la reseña de la normatividad aplicable, el Concesionario señala que para éste *“(…) son claras dos situaciones: la primera, es que el Costo de Disposición Final (CDF) de residuos sólidos debe calcularse aplicando las previsiones contenidas en la resolución 720 de 2015, y la segunda es que el Costo de Tratamiento de Lixiviados (CTL) goza de la excepción contenida en el artículo 1 de la Resolución CRA 720 de 2015, razón por la cual se debe continuar aplicando el valor resultante de la tarifa contractual que estructuró la UAESP y que fue*

⁴⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 186.

incorporada en el pliego de condiciones y en los documentos que hacían parte integral de la Licitación Pública UAESP 001 de 2010, que dio origen al Contrato de Concesión 344 de 2010.” El Concesionario cita en esta comunicación documentos del proceso licitatorio para afirmar que la UAESP reconoce en ellos “(...) que la tarifa para tratamiento de los lixiviados es una tarifa de contrato (...).” Uno de estos documentos es el oficio del 7 de mayo de 2010 mediante el cual la UAESP dio respuesta a un requerimiento de información elevado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Visto lo anterior, el Concesionario solicitó a la UAESP un pronunciamiento de fondo, “(...) de manera que se proceda con la aplicación de la nueva tarifa de disposición final de residuos sólidos (CDF), y de esa forma, el concesionario aplique las obligaciones que le asisten en calidad de entidad tarifaria local.”⁴⁹

1.3.2.12 El 9 julio de 2016 el Interventor del Contrato emitió el siguiente concepto:

“La interventoría se permite emitir concepto en lo referente a la aplicación tarifarla de la metodología según resolución CRA 720 de 2015, para las tarifas de disposición final y la de tratamiento de lixiviados, partiendo de que las tarifas actuales son contractuales, por cuanto fueron estructuradas por UAESP en 2010, para el RSDJ.

Adicionalmente a lo anterior, se debe tener en cuenta que el Contrato de Concesión 344 de 2010, da cumplimiento al Decreto 891 de 2002, el cual establece estabilidad regulatoria materia tarifaria, por lo cual, cualquier modificación a la tarifa requiere acuerdo entre las partes.”⁵⁰.

⁴⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 180 a 182 vuelto.

⁵⁰ Aportada con exhibición de documentos del 18 de enero de 2022.

1.3.2.13 Mediante comunicación del **8 de septiembre de 2016** el Concesionario le manifiesta a la UAESP que la Resolución CRA 1351 de 2014 expedida por la CAR el 18 de junio de 2014, por medio de la cual se modificó la licencia ambiental del proyecto de obligatorio cumplimiento, contiene una ampliación de los monitoreos ambientales que deben realizarse en el marco de la Licencia Ambiental de la Fase II de la zona de optimización del RSDJ, que exceden el alcance de los monitoreos establecidos en la licencia inicial que fue entregada como parte de los documentos de la Licitación según la comparación que al efecto incluye; lo cual, según afirma, presenta un cambio significativo en los recursos económicos que debería destinar el Concesionario para dicha actividad. Se refiere también a que desde el año 2015 existen nuevas normas para el vertimiento de lixiviados tratados, adicionales a las contempladas a la celebración del Contrato, cuya aplicación generaría un desequilibrio en la ecuación económica del mismo, por lo cual solicitó una modificación de la tarifa contractual para incluir los costos derivados de los nuevos requerimientos; y que mientras se procedía con el ajuste integral de la tarifa, la UAESP asumiera el costo de los nuevos monitoreos e inversiones, o informara con cargo a cuál fuente de recursos, diferentes a los de la tarifa contractual, se harían los respectivos pagos.⁵¹

1.3.2.14 Con comunicación del **27 de septiembre de 2016** la UAESP informó al Consorcio *"(...) que para efectos de cálculo de los componentes correspondientes al Costo de Disposición Final y al Costo de Tratamiento de Lixiviados para efectos tarifarios se debe dar estricta aplicación a lo establecido por la Comisión de Regulación en la Resolución 720 de 2015 desde su entrada en vigencia, dada sus obligaciones que tiene CGR como*

⁵¹ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 175 a 179.

persona prestadora de acuerdo con la Ley 142 de 1993 y la normatividad relacionada sobre la materia, por lo tanto, se debe calcular el costo máximo o techo establecido por la metodología descrita en la norma mencionada para ambos componentes de costos para el cálculo de las tarifas finales por tipo de usuario y uso en Bogotá D.C."

Agrega la UAESP que "(...) a través de oficio CGR-DE-100-13, radicado UAESP 2016-601-014645-2 del 7 de julio de 2016, CGR informa que teniendo en cuenta la reunión del 9 de junio de 2016 realizada con la Subdirección de Asuntos Legales – SAL de la UAESP se llegó a la conclusión consensuada que se debía aplicar la Resolución CRA 720 de 2015, por tanto, esta Unidad ya realizó en su oportunidad pronunciamiento sobre el particular."⁵²

1.3.2.15 Mediante comunicación del **29 de septiembre de 2016** el Concesionario manifestó a la UAESP que "El cálculo de los componentes correspondientes al Costo de Disposición Final – CDF- y al Costo de Tratamiento de Lixiviados – CTL- debe hacerse con base en la aplicación estricta de la Resolución CRA 720 de 2015 **para efectos netamente tarifarios**", por lo que entendía que CGR como entidad tarifaria local debía aplicar la metodología mencionada para calcular los costos máximos de cada actividad y remitir esa información a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá para que los incorporara en el esquema tarifario del servicio público de aseo, sin embargo, afirma que *"es necesario que estos aspectos queden incorporados en el Contrato de Concesión 344 de 2010, y por tanto, es preciso que se indiquen los pasos a seguir para realizar la modificación contractual del caso"*.⁵³

⁵² Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 172 a 174.

⁵³ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 169 a 171 vuelto.

1.3.2.16 El **5 de diciembre de 2016** la UAESP dio respuesta a la comunicación del Concesionario del 29 de septiembre, en la cual le señaló: *"(...) me permito indicar que para el cálculo de los componentes correspondientes al Costo de Disposición Final -CDF- y al Costo de Tratamiento de Lixiviados -CTL- se debe dar estricta aplicación a lo establecido por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en la regulación vigente, correspondiente en la actualidad a la Resolución 720 de 2015 (...)"*. Añadió, respecto del costo de tratamiento de lixiviados, que el Concesionario debe adelantar los estudios necesarios para determinar si el CTL, calculado con la metodología regulatoria vigente (Resolución CRA 720 de 2015) es suficiente para atender las exigencias ambientales exigidas por las autoridades para determinar si es necesario *"un proceso de modificación de costos de referencia ante el regulador"*, para lo cual le prestaría todo el apoyo pertinente.

1.3.2.17 Con comunicación del **30 de enero de 2017** dirigida por el Consorcio a la Interventoría le manifestó que su posición era que la tarifa a cobrar a los usuarios del servicio debía ser la establecida por la Resolución CRA 720 de 2015 en disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados mientras que la remuneración por tratamiento de lixiviados a favor del Concesionario debía ser la contenida en el literal b) de la Cláusula Séptima del Contrato. Ante de la diferencia de criterios con la UAESP, el Concesionario solicitó a la Interventoría su pronunciamiento sobre la materia⁵⁴.

1.3.2.18 Mediante comunicación del **22 de febrero de 2017** el

⁵⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 166 y 166 vuelto.

Concesionario le manifestó a la UAESP que, teniendo en cuenta que la orden de ésta fue aplicar las previsiones de la Resolución 720 de 2015 en disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, el Concesionario realizó los cálculos pertinentes para el periodo de enero de 2017 arrojando que por tratamiento de lixiviados recibe un menor valor de \$370.118.602, *"(...) con lo que se rompe el principio de suficiencia financiera definido en la Ley 142 de 1994 para cada una de las actividades y con ello se genera un perjuicio económico (...)."*

Menciona el Concesionario, después de hacer referencia las normas legales y los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional respecto del criterio de la suficiencia financiera, que desde mayo de 2014 había presentado a la UAESP una solicitud de modificación de la tarifa contractual para el tratamiento de lixiviados por cuanto su estructuración no tuvo en cuenta todas las actividades contenidas en la licencia ambiental vigente al momento de celebrar el contrato de concesión 344 de 2010 , pero que la UAESP nunca se pronunció de sobre sobre esa solicitud y agrega que la situación actual se hace más gravosa con la aplicación de la Resolución CRA 720 de 2015.

El Concesionario presenta el cálculo de los valores descontados por concepto del 10% de descuento ofrecido en la Licitación, respecto del cual afirma que el mismo no está previsto en la regulación tarifaria (Resoluciones CRA 1351 de 2002 y 720 de 2014) ni en el ejercicio de estructuración de la tarifa contractual y pone de presente a la UAESP la necesidad de que *"(...) tome las decisiones necesarias para revertir la situación financiera deficitaria que se ha evidenciado, y de esa manera garantice que la tarifa imputable al tratamiento de los lixiviados efectivamente remunere no solo las*

*obligaciones contractuales, sino todas aquellas derivadas de la licencia ambiental (...)."*⁵⁵

1.3.2.19 Con comunicación del **22 de febrero de 2017**, el Concesionario remitió a la Interventoría copia de la comunicación anterior, poniendo de presente que dando aplicación a las órdenes de la UAESP la facturación de enero de 2017 se calculó siguiendo las previsiones de la Resolución CRA 720 de 2015, *"y se encontró que un menor valor facturado por concepto de tratamiento de lixiviados, que asciende a ... (370'118.602), con lo que se rompe el principio de suficiencia financiera definido en la Ley 142 de 1994 para cada una de las actividades, generando un perjuicio económico que el concesionario informó a la entidad contratante"*, por lo que solicitó a la Interventoría que *"(..)se sirva realizar su propio análisis de los hechos allí relacionados, los cuales afectan la normal ejecución del contrato de concesión 344 de 2010."*⁵⁶

1.3.2.20 Mediante comunicación del **6 de marzo de 2017** el Concesionario solicitó a la UAESP su pronunciamiento favorable en el sentido de que la tarifa que debe aplicarse al pago de la actividad de aprovechamiento es la prevista en el art. 17 de la Resolución CRA 351 de 2005 hasta diciembre de 2016 y el Costo de Disposición Final – CDF establecido en la Resolución 720 de 2015 a partir de enero de 2017, sin que se realice ningún tipo de descuento, pues se trata de una actividad diferente de la disposición final de residuos sólidos.⁵⁷

1.3.2.21 El **12 de mayo de 2017** CGR se refirió a su solicitud de mantener

⁵⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 158 a 165.

⁵⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 157 a 157 vuelto.

⁵⁷ Aportada con la demanda reformada.

la tarifa contractual de tratamiento de lixiviados hasta que se produzca la modificación de los costos de referencia por parte de la CRA, en la que le pone de presente que en el período de enero a marzo de 2017 “(...) el Concesionario facturó \$727'502.514 por concepto de tratamiento de lixiviados, y ha pagado a Codensa e Isagén la suma de \$1.013'076.720, lo que arroja un déficit de \$285'574.206”, por lo que le solicita disponer de algunos de los recursos del descuento del 10% y con ellos cubrir la diferencia entre la tarifa contractual y la resultante de la aplicación de la Resolución CRA 720 de 2015⁵⁸.

1.3.2.22 El **12 de mayo de 2017** la UAESP negó la solicitud del Concesionario de mantener la tarifa contractual para el tratamiento de lixiviados hasta que se lograra la modificación del costo de referencia por parte de la CRA, en razón de que, en criterio de la UAESP, “(...) sobre la aplicación de la regulación en materia de servicios públicos, en el Contrato es claro para las partes (sic) no cabe duda de que al tratarse de normas de orden público no le resulta oponible un acuerdo contractual” y que “su comunicación no tuvo en cuenta el hecho que (sic) en el Apéndice 10 del Pliego de condiciones, en cuanto a la tipificación, estimación y asignación del riesgo asociados a las modificaciones regulatorias se encuentra en cabeza del Concesionario”⁵⁹

1.3.2.23 Mediante comunicación radicada **el 4 de septiembre de 2017**⁶⁰ ante la CRA, el Concesionario solicitó la modificación del costo económico de referencia para los componentes de Disposición Final – CDF y Tratamiento de Lixiviados – CTL del Relleno bajo la causal de mutuo acuerdo, atendiendo

⁵⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 155.

⁵⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 156.

⁶⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 144 a 154.

el procedimiento previsto en la Resolución CRA 271 de 2003, "(...) a partir de la aplicación de los costos reales de prestación del servicio y las proyecciones de los costos a ejecutarse según las condiciones establecidas en el Estudio de Impacto Ambiental, la Licencia otorgada por Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR y la norma de vertimientos establecida por la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá D.C. – SDA (criterio de eficiencia económica), asociados a la tecnología existente y a incorporar en el Relleno (...), debido a que los costos relacionados con las actividades de disposición de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados en este relleno sanitario sobrepasan los máximos establecidos por la normatividad vigente, (...)."

Se menciona en la solicitud que: "La modificación solicitada cumple con el criterio de transparencia, ya que se remiten los soportes de los costos reales ejecutados por la prestación de los servicios de disposición final y tratamiento de lixiviados, los costos proyectados determinados con base en las exigencias del Estudio de Impacto Ambiental, la Licencia Ambiental y norma de vertimientos de la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá D.C., elaborando modelos de costos con todos los soportes relacionados de manera explícita en su interacción con las diferentes variables y hojas de cálculo, confirmando adicionalmente que en el proceso de la presente actuación se realizarán las divulgaciones e invitaciones que la Comisión considere pertinente y que exija la legislación existente."

Se menciona en la solicitud que: "Si bien el relleno presenta características del Método Rampa, también posee una de las características del Método de Área por cuanto se aprovecha la geomorfología del sector para ser adecuado y relleno, no obstante, la combinación de estas dos no se

encuentra en las definiciones descritas en el Título F.6.7.1 del Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico, por lo tanto, se concluye que la metodología de operación de este relleno es atípica, siendo diferente a la tecnología de referencia de un relleno de ladera tenido en cuenta por la CRA para la determinación del mecanismo de estimación del Costo de Disposición Final — CDF para las personas prestadoras de este componente a nivel nacional."

Agrega el Concesionario en la solicitud, que el Relleno cuenta con particularidades de inversiones y operación determinadas por dichos instrumentos ambientales (descritos en documento anexo): "(...) que difieren de los modelos establecidos por la CRA para la tecnología de referencia para el relleno sanitario tipo RSU 1 y el escenario 4 de tratamiento de lixiviados, y que deben ser reconocidos (...)."

1.3.2.24 Mediante oficio del **18 de septiembre de 2017** la CRA solicitó al Concesionario información complementaria para el trámite de modificación del costo económico de referencia⁶¹.

1.3.2.25 El **10 de noviembre de 2017** CGR dirigió una comunicación a la Interventoría, poniéndole de presente que en los últimos 6 meses, la tarifa de lixiviados no alcanzó siquiera para cubrir los costos de energía, generando una cobertura de sólo el 46,94% de los costos actuales de operación del STL, por lo cual solicita que *"teniendo en cuenta que la naturaleza de la actividad de tratamiento de lixiviados es diferente a la actividad de disposición final de residuos sólidos (...), se realice un análisis independiente para cada una de ellas, descartando de entrada aquella percepción*

⁶¹ Aportada con la reforma de la demanda.

imprecisa según la cual las actividades de tratamiento de lixiviados que no alcanzan a ser remuneradas con la tarifa actual, sean remuneradas con cargo a recursos provenientes de la tarifa de disposición final, la cual, como se ha demostrado, también es deficitaria frente a las obligaciones contenidas en el contrato de concesión 344 de 2010 y a licencia ambiental”⁶².

1.3.2.26 Mediante comunicación del **12 de diciembre de 2017** el Concesionario hizo a la UAESP un recuento de las circunstancias que dieron origen a la insuficiencia tarifaria tanto en relación con la disposición final de residuos sólidos como para el tratamiento de lixiviados. Relaciona el Concesionario las actividades que no están cubiertas con las tarifas actuales, las cuales, en consecuencia, “(...) estarán sujetas a cumplimiento, después de la obtención de la modificación tarifaria”. Por lo anterior, el Concesionario solicitó a la UAESP que realice un análisis independiente para cada una de las tarifas, esto es, disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, “(...) descartando de entrada aquella percepción imprecisa según la cual las actividades de tratamiento de lixiviados que no alcanzan a ser remuneradas con la tarifa actual, sean remuneradas con cargo a recursos provenientes de la tarifa de disposición final, la cual, como se ha demostrado, también es deficitaria (...)”. Agrega el Concesionario que en materia de indicadores de calidad se debería aplicar el art. 59 de la Resolución 729 de 2015 en lugar de los contenidos en la Resolución UAESP 724 de 2010, circunstancia que aliviaría la situación de flujo de caja mientras se realiza el incremento de la tarifa solicitado a la CRA. Finalmente, el Concesionario solicita que se suspenda el cálculo de los indicadores de hasta que la CRA apruebe el referido incremento de los costos económicos

⁶² Cuaderno de Pruebas 2. Folio 140 vuelto.

de referencia⁶³.

1.3.2.27 Con comunicación del **3 de enero de 2018** la Interventoría le expresa al Concesionario que éste se encuentra ejecutando un contrato regido por el Estatuto General de Contratación y bajo los lineamientos reguladores que emite el regulador CRA, donde el Concesionario actúa como entidad tarifaria local. Agregó la Interventoría que bajo dicho esquema el Concesionario radicó ante la CRA el 4 de septiembre de 2017 una solicitud de evaluación de cosos particulares para la actividad de tratamiento de lixiviados y será entonces la CRA como ente regulador quien determine si es procedente el cambio de las ecuaciones tarifarias y por consiguiente la tarifa final: *"(...) por lo que escapa a la competencia de la entidad contratante o Interventoría modificar o cambiar la estructura tarifaria."*⁶⁴

1.3.2.28 Mediante comunicación del **9 de febrero de 2018** la UAESP hace referencia a la comunicación del Concesionario del 12 de diciembre de 2017, con la cual, según afirma la Entidad, el Concesionario: *"manifestó haber informado a la UAESP del "desequilibrio económico" generado por la aplicación del nuevo marco tarifario, debido a que la ejecución de un número considerable de actividades contractuales y otras derivadas de la aplicación de la licencia ambiental, no se encuentran reconocidas por el nuevo marco tarifario, generando una insuficiencia financiera"*.

Al respecto, luego de exponer las tres maneras bajo las cuales los prestadores de servicios públicos pueden definir sus tarifas (libertad vigilada,

⁶³ Aportada con la demanda reformada.

⁶⁴ Aportada con la contestación de la demanda.

libertad regulada y régimen de libertad), y el concepto de la Superintendencia de Servicios Públicos en relación con las tarifas contractuales previstas en el párrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, según el cual -en criterio de esa Superintendencia- en los contratos a los que hace referencia la disposición mencionada el prestador del servicio es el contratante y no el contratista-, la UAESP manifiesta que: *"(...) no es dable concluir que en el caso que nos ocupa, estemos frente a una hipótesis de tarifa contractual, lo que implicaría la eventual procedencia de una hipótesis de desequilibrio económico del contrato; más aún cuando tal y como usted lo afirma, la supuesta situación de insuficiencia financiera, se ha generado como consecuencia de la aplicación del nuevo marco tarifario"*. En desarrollo de lo anterior, señala que de conformidad con el artículo 3 de la Resolución CRA 720, la metodología tarifaria adoptada es de precio techo, lo cual implica que los prestadores del servicio pueden cobrar hasta el límite del precio máximo y que el prestador puede solicitar la modificación de carácter particular de las fórmulas tarifarias y/o del costo económico de referencia -a lo cual ya acudió el Concesionario- de lo que concluye que es la CRA la *"(...) competente para pronunciarse sobre un posible o eventual cambio en los costos de la operación de las actividades complementarias de disposición final y autorizar los ajustes correspondientes."*⁶⁵.

1.3.2.29 El **26 de febrero de 2018** se llevó a cabo una audiencia pública ante la CRA dentro del trámite de la solicitud de modificación de los costos económicos de referencia para las actividades de disposición final y de tratamiento de lixiviados. Del acta de la audiencia se destacan los siguientes apartes:

⁶⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 136 a 138.

- Intervención del representante del Concesionario:

“Señala que la ejecución fue normal hasta el año 2013, a pesar que, las condiciones de la remuneración no fuera (sic) tan buena que permitiera garantizar de manera la suficiencia financiera, hasta dicho año la tarifa recibida pues permitía desarrollar las labores propias de la disposición y tratamiento de lixiviados y las propias del relleno”.

1.3.2.30 Mediante escrito del **24 de mayo de 2018** el Concesionario dio respuesta a la solicitud de información formulada por la CRA dentro del trámite administrativo de modificación de las tarifas. De esta comunicación se destacan los siguientes apartes:

“CGR Doña Juana S.A. E.S.P. considera que alguna de la información requerida en el auto no es pertinente, ni conducente y menos útil para adelantar y concluir satisfactoriamente la actuación administrativa, en tanto no adiciona valor y en el agregado, no se demuestra su utilidad frente al propósito de fondo y final de la solicitud, que no es otro que reconocer los costos reales afectos a la prestación de las actividades complementarias de disposición final y tratamiento de lixiviados que aplicará a futuro. Ello ocurre con la solicitud de los estados financieros de vigencias anteriores, pues los correspondientes a 2010, 2011, 2012 y 2013 reflejan condiciones de operación e inversión diferentes a las actuales, toda vez que las obligaciones de orden ambiental eran diferentes de las contenidas en la licencia ambiental vigente. Por esta razón CGR Doña Juana S.A. E.S.P. destaca el carácter dinámico de la licencia ambiental como documento guía de los procesos de expansión y operación de los rellenos sanitarios y la necesidad de que las actividades señaladas en ella sean adecuadamente remuneradas como se pretende se reconozca con la decisión de esta actuación administrativa.”⁶⁶

⁶⁶ Aportada con la Contestación a la Demanda Reformada, Carpeta 5. Actuación Administrativa CRA revisión de costos particulares, Subcarpeta Expediente CRA, Subcarpeta Pruebas, Subcarpeta Respuesta al Auto de Pruebas. Pág. 2 del documento.

El Concesionario presenta un “INSTRUCTIVO PARA CONSULTAR LOS SOPORTES DE LOS COSTOS DEL MODELO DE MODIFICACIÓN DEL COSTO DE DISPOSICIÓN FINAL PARA EL RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA — RSDJ”, en el cual se lee:

“La pestaña Simulación contiene la información histórica de los años 2015 y 2016. A partir de 2017 se realizó la proyección hasta 2040 para el Costo Medio de Inversión — CMI y Costo Medio de Operación — CMO y hasta el año 2055 para el caso del Costo Medio de Post Clausura, siguiendo el mismo horizonte de proyección utilizado en la Resolución CRA 720 de 2015.”⁶⁷

Más adelante, refiriéndose a la información histórica y proyectada de los costos contenidos en el modelo, agregó:

“Es preciso aclarar que toda la información solicitada en este numeral se encuentra en el documento titulado “Análisis del costo de disposición final del Relleno Sanitario Doña Juana de Bogotá D. C. - Informe Final” y en el archivo en Excel titulado “Modelo Modificación CDF — RSDJ.xls”, los cuales fueron radicados en la CRA el 4 de septiembre de 2017. Por esta razón, en las tablas siguientes, se relaciona cada exigencia de la licencia ambiental con cada uno de los componentes de costos de la Resolución CRA 720 de 2015 y la explicación de cada uno de ellos y sus particularidades obra en cada uno de los numerales del documento mencionado.

Dichos archivos contienen la información histórica de los años 2015 y 2016. A partir de 2017 se realizó la proyección hasta 2040 para el Costo Medio de Inversión — CMI y Costo Medio de Operación — CMO y hasta el año 2055 para el caso del Costo Medio de Post Clausura, siguiendo el mismo horizonte de proyección utilizado en la Resolución CRA 720 de 2015.

⁶⁷ Aportada con la Contestación a la Demanda Reformada, Carpeta 5. Actuación Administrativa CRA revisión de costos particulares, Subcarpeta Expediente CRA, Subcarpeta Pruebas, Subcarpeta Respuesta al Auto de Pruebas. Pág. 8 del documento.

De acuerdo con lo anterior, por eficiencia en la presentación de la información y teniendo en cuenta que la licencia ambiental actual fue el resultado de una modificación realizada en 2014 por la autoridad ambiental de aquel entonces, esto es la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca —CAR-, el contenido de los dos cuadros se presenta en uno solo, pues la nueva estructura de costos que es objeto de la presente actuación administrativa se deriva de la modificación de 2014.

CGR Doña Juana S.A. E.S.P. considera que presentar información referida al año 2010 no se relaciona con el objeto de esta actuación, toda vez que las obligaciones que debía ejecutar el concesionario en los años comprendidos entre 2010 y 2014 respondían a otras condiciones operacionales y a una reglamentación ambiental diferente. En cualquier caso, los valores resultantes de la nueva fórmula que apruebe el regulador serán aplicados hacia futuro, no con carácter retroactivo.”⁶⁸

En respuesta a la solicitud de los costos reales en los que incurrió el Ccesionario a precios corrientes para los años 2010 a 2017 y, “para los años 2018 a 2022 emplear costos proyectados que reflejen la misma tendencia de los costos históricos, debidamente soportados, que permitan corroborar la eficiencia de la decisión”, el Concesionario contestó:

“CGR Doña Juana S.A. E.S.P. percibe un yerro en el razonamiento del regulador: se solicita un ejercicio de proyección incorporando los costos proyectados a partir de 2018 y se les imprime un carácter especial: que "reflejen la misma tendencia de los costos históricos".

Es preciso señalar que los nuevos costos que calculó CGR Doña Juana S.A. E.S.P. en desarrollo de la actuación particular no pueden seguir la tendencia histórica

⁶⁸ Aportada con la Contestación a la Demanda Reformada, Carpeta 5. Actuación Administrativa CRA revisión de costos particulares, Subcarpeta Expediente CRA, Subcarpeta Pruebas, Subcarpeta Respuesta al Auto de Pruebas. Pág. 13 del documento.

actual, pues de lo que se trata a partir del pronunciamiento del regulador, es reconocer el valor de todas aquellas actividades contenidas en la licencia ambiental que no se han ejecutado porque los costos actuales se diseñaron con base en supuestos y escenarios ambientales que no captan la realidad del relleno sanitario Doña Juana.”⁶⁹

“Realizadas las precisiones anteriores, se construyó el flujo de caja para el período 2011 — 2022, considerando siguientes supuestos:

- Se utilizó información histórica para las vigencias 2011 a 2017.*
- Los ingresos del período comprendido entre 2011 y diciembre de 2016 se calcularon aplicando las previsiones de la Resolución CRA 351 de 2005.*
- Los ingresos de 2017 a 2022 se calcularon aplicando las previsiones de la Resolución CRA 720 de 2015.*
- Los ingresos fueron calculados como la multiplicación de las toneladas dispuestas por los costos después de aplicar los descuentos imputables a la licitación (10%) y a las provisiones contables señaladas en la regulación.”⁷⁰*

1.3.1.6. El **19 de julio de 2018** se expidió la **Resolución CRA 843 de 2018** *“Por la cual se resuelve la solicitud de modificación del costo económico de referencia para los componentes de Disposición Final – CDF y de Tratamiento de Lixiviados – CTL, presentada por Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P.”⁷¹*

De dicha resolución, el Tribunal resalta los siguientes apartes:

Del capítulo **“3.1.3. ANÁLISIS DE LA CAUSAL INVOCADA POR EL SOLICITANTE Y DE LA INFORMACIÓN APORTADA”**:

“Que (...), en la presente actuación administrativa CGR DOÑA JUANA soportó su solicitud en la existencia de las siguientes particularidades: i) el diseño del relleno sanitario; ii) la mayor

⁶⁹ Aportada con la Contestación a la Demanda Reformada, Carpeta 5. Actuación Administrativa CRA revisión de costos particulares, Subcarpeta Expediente CRA, Subcarpeta Pruebas, Subcarpeta Respuesta al Auto de Pruebas. Pág. 82 del documento.

⁷⁰ Aportada con la Contestación a la Demanda Reformada, Carpeta 5. Actuación Administrativa CRA revisión de costos particulares, Subcarpeta Expediente CRA, Subcarpeta Pruebas, Subcarpeta Respuesta al Auto de Pruebas. Pág. 83 del documento.

⁷¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 359 y ss.

escala de operación; y iii) las exigencias derivadas de las licencias ambientales y de la normatividad ambiental; circunstancias que, en el marco de la línea argumentativa de la solicitante, de no ser reconocidas podrían afectar la suficiencia financiera de la empresa, para garantizar la recuperación de los costos y gastos propios de operación del relleno sanitario.

Que para que le fueran reconocidas dichas particularidades y establecidos unos costos económicos de referencia diferentes a los del régimen tarifario vigente, allegó un modelo construido con base en la misma metodología de la Resolución CRA 720 de 2015 (soportado con cotizaciones, facturas, análisis de precios unitarios, estimaciones de cantidades de obra, planos, diseños, etc.), cambiando uno de los parámetros definidos para la curva de costos de disposición final — CDF, en el que incorpora la mayor escala de operación del relleno sanitario de Doña Juana, determinando un nuevo punto de análisis en la curva de costos eficientes;

Que, el Relleno Sanitario Doña Juana tiene particularidades que no permiten compararlo con los rellenos sanitarios tenidos en consideración para elaborar el modelo de ingeniería que soporta la Resolución CRA 720 de 2015, tales como:

- i) Su tiempo de construcción, pues se trata de un relleno sanitario que opera desde el año 1988 y ha sido desarrollado en diferentes fases o etapas que conllevan a una serie de pasivos ambientales.*
- ii) Las toneladas de residuos que recibe diariamente, pues mientras el RSU1 recibe 1.280 toneladas diarias, Doña Juana recibe más de 6.000 toneladas día;*
- iii) El método constructivo combina tipo rampa y área, lo que en conjunto, conduce a una operación atípica del mismo y, por tanto, todos los costos difieren en relación con los establecidos, de manera general, por el regulador en el modelo que soporta la función de costos máximos para la actividad de disposición final, determinada en el artículo 28 de la Resolución CRA 720 de 2015;*
- iv) Los costos de diseño, construcción, operación, monitoreo y seguimiento que en razón de las circunstancias descritas en los anteriores numerales son significativamente superiores a*

los contemplados en el marco tarifario del servicio público de aseo.

- v) Los costos asociados al Plan de Manejo Ambiental definido por la Corporación Autónoma Regional en el licenciamiento ambiental, los cuales son muy superiores a los contenidos en los modelos de costos de la CRA.
- vi) (...)
- vii) (...)"

Del capítulo "4. CONCLUSIONES":

"4.1 Solicitud de Modificación del Costo de Disposición Final (CDF)

Que una vez realizado el análisis de la información del costo de Disposición Final —CDF— que reposa en el expediente de la solicitud de modificación de costos del Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P., se demostró que en el Relleno Sanitario Doña Juana existen particularidades, en relación con: i) Diseño del relleno sanitario: método constructivo y período del proyecto, ii) Mayor escala de operación y iii) Exigencias derivadas de la Licencia Ambiental; las cuales requieren de un costo mayor al reconocido por el modelo eficiente definido por la Resolución CRA 720 de 2015.

- i) Diseño del relleno sanitario: la solicitante argumenta que, por un lado, i) el relleno sanitario corresponde al tipo rampa y área que, en conjunto, conducen a una operación atípica del relleno y por tanto todos los costos difieren con relación a los establecidos de manera general; y, por otro lado, ii) plantea un horizonte de tiempo del proyecto mayor al definido en el modelo que soporta la función de costos máximos para la actividad de disposición final, establecida en el artículo 28 de la Resolución CRA 720 de 2015.

Que respecto del método constructivo, esta Comisión encontró elementos probatorios que permitan generar una excepción a la tecnología de referencia empleada en la curva de costos precios techo definida por el artículo 28 de la Resolución CRA 720 de 2015, pues se trata de un relleno que combina los métodos de Rampa y Área, sumado al hecho que las obras de construcción se llevarán a cabo

sobre residuos dispuestos en proyectos anteriores.

Que en relación con el horizonte del proyecto, el Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P., estructura su solicitud de modificación del Costo de Disposición Final — CDF en un período de operación de 25 años (2015 a 2040), y uno de posclausura de 15 años (2041 a 2055). Explica que los 25 años de operación están compuestos por 7,6 años asociados a la Fase II de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 3 de la Resolución 1351 del 18 de junio de 2004, más 17,3 años por la Fase III.

Que así mismo, indica que la Fase II inició en el mes de mayo de 2015 y terminaría en el primer trimestre de 2022, mientras que la Fase III se extendería hasta el último trimestre de 2040, fase que a la fecha de decisión de la presente actuación administrativa no cuenta con licencia ambiental. Adicionalmente, la solicitante plantea que la etapa de posclausura del proyecto considera quince (15) años a partir del 2041 hasta el año 2055, de acuerdo con lo establecido en la Ficha No. 2.9 del Plan de Manejo Ambiental.

Que en ese sentido, tanto el diseño del relleno sanitario como el horizonte del proyecto constituyen una particularidad a reconocer.

- ii) Mayor Escala de operación del Relleno: esta Comisión de Regulación encontró elementos probatorios que permitan determinar que el Relleno Sanitario Doña Juana — RSDJ maneja un número mayor de residuos sólidos al día, respecto de la escala considerada en la regulación general y, en tal virtud, el argumento expuesto por la solicitante se reconocerá como particularidad.
- iii) Mayores Exigencias Ambientales: esta Comisión de Regulación encontró elementos probatorios que permiten determinar que al Relleno Sanitario Doña Juana — RSDJ, le han sido impuestas exigencias ambientales que superan ampliamente los requerimientos de esta naturaleza que fueron considerados en la regulación general y, en tal virtud, el argumento expuesto por la solicitante se reconocerá

como particularidad."

1.3.2.31 Mediante comunicación del **28 de julio de 2018** la UEASP le manifestó a la CRA su aceptación expresa y total acuerdo frente a la Resolución CRA 843 de 2018⁷².

1.3.2.32 Mediante comunicación del **9 de agosto de 2018** la UAESP manifestó al Concesionario que *"Como es de público conocimiento, la Comisión de Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), autorizó el incremento tarifario para la disposición de Residuos sólidos domiciliarios del Relleno Sanitario Doña Juana, a fin de reconocer los costos reales de la operación del relleno sanitario."* Por lo anterior, solicitó al Concesionario los planes de inversión que ha estructurado para el mejoramiento de la actividad de disposición final.⁷³ .

1.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN CUANTO A LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA REMUNERACIÓN Y EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO RESPECTO DE LAS ACTIVIDADES DE DISPOSICIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS

1.4.1 DESDE EL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO Y HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA RESOLUCIÓN 720 DE 2015

1.4.1.1. Pretensiones Declarativas Quinta y sus Subsidiarias, Primera Séptima, Octava y su Subsidiaria, Vigésima Primera y Vigésima Segunda de la Demanda Reformada.

1.4.1.1.1. En Cuanto a la Pretensión Principal Quinta

El Demandante persigue, con la pretensión Quinta de la Demanda Reformada, que se declare que *"la UAESP incumplió la ley y el Contrato de*

⁷² Aportada con la contestación a la demanda reformada.

⁷³ Aportada con la contestación de la demanda.

Concesión 344 de 2010 al establecer para las actividades de disposición de residuos sólidos una tarifa que resultó no ser suficiente"

El primer problema jurídico que se plantea al Tribunal consiste en determinar la naturaleza de la remuneración pactada en favor del Concesionario en la cláusula Séptima del Contrato, como contraprestación por las actividades de disposición de residuos sólidos en favor del Concesionario, a fin de adoptar la decisión que corresponda en relación con la pretensión Quinta Principal de la Demanda Reformada.

1.4.1.1.1.1. La naturaleza de la remuneración en favor del Contratista bajo el Contrato de Concesión 344 de 2010

A este efecto, el Tribunal encuentra que el Contrato de Concesión fue celebrado entre las Partes al amparo del parágrafo del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, según el cual *"Cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley. (...)".*

De conformidad con la disposición legal transcrita, si *"la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos"*, quiere decir, contrario sensu, que también puede ser que la tarifa no sea un elemento que se incluya como base para el otorgamiento del contrato de

concesión, y en consecuencia, es este evento el que autoriza y regula la denominada tarifa contractual, por oposición a la tarifa regulatoria.

Al respecto, coinciden los peritajes en materia regulatoria aportados por las partes.

Así, el perito Julio César Aguilera manifiesta en su dictamen:

“Para la ciudad de Bogotá, las actividades de Disposición Final y Tratamiento de Lixiviados se rigen por el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 a través del Contrato C344 de 2010 suscrito entre la UAESP y CGR”⁷⁴.

En el mismo sentido se manifestó el ingeniero Alejandro Gualy, quien suscribe el dictamen de Aquaseo:

“1. ¿La remuneración para la actividad de disposición de residuos sólidos y el tratamiento de lixiviados tiene un origen, concepción, estructuración, modelación y aplicación contractual para el Contrato de Concesión 344 de 2010?

Si, ambas remuneraciones tienen un origen contractual.

El hecho de que la UAESP para la remuneración de la actividad de disposición de residuos sólidos haya utilizado como referente los costos y valores de la Resolución 351 de 2005 no desvirtúa su origen, concepción, estructuración y aplicación contractual toda vez que dicha forma de

⁷⁴ Dictamen de contradicción regulatorio, Pág. 10.

remuneración fue determinada por la entidad contratante desde la Licitación Pública No. 001 de 2010 y CGR SA ESP no es un prestador autónomo e independiente.”⁷⁵.

En el interrogatorio que se le formuló en el proceso el Ingeniero Gualy señaló lo siguiente:

“DR. DE BRIGARD: [00:09:13] (...) en relación con la pregunta 1.1 usted habla de que, de acuerdo con el mencionado párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142, se puede acudir a la celebración de contratos mediante invitación pública para empresas que hagan financiación, operación, mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios, domiciliarios de lo que trata esta ley, en estos casos, la tarifa puede ser uno de los elementos de este contrato, ¿el contrato de concesión 344 de 2010 pertenece a esta categoría del párrafo 1 del artículo 87 (SIC)?

SR. GUALY: [00:10:02] Sí, señor, en totalidad”.

Ahora bien, el Contrato establece la remuneración de CGR por las actividades de disposición de residuos sólidos, así:

**“CLÁUSULA SÉPTIMA.- REMUNERACIÓN A FAVOR DEL
CONCESIONARIO Y DERECHOS A FAVOR DE LA UAESP:**

La remuneración al Concesionario se divide en dos componentes:
a) Remuneración por Disposición Final de los Residuos Sólidos en el RSDJ: La remuneración de esta actividad es igual al valor obtenido de multiplicar el CDT remuneración por el número de toneladas dispuestas durante el mes que se remunera. El CDT remuneración corresponde al definido en el numeral 1.2. DEFINICIONES

⁷⁵ Página 36 del dictamen regulatorio de CGR Doña Juana aportado el 24 de enero de 2022.

Y SIGLAS de estos pliegos de condiciones. El CDT remuneración será actualizado conforme a lo dispuesto en la Resolución 351 de 2005".

En el Pliego Definitivo se establecieron las siguientes definiciones:

"CDTj" "Es el costo máximo o techo por tonelada dispuesta, el cual se calculará para este proceso en particular, aplicando formulas contenidas en la Tabla 3 para diferentes combinaciones de parámetros aportados. Precios de junio de 2004", de la Resolución 482 de 2009 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA-".

"CDTremuneración": Es el costo a reconocer al operador seleccionado como su remuneración por tonelada dispuesta. Este valor será también parte integral del cálculo del Costo de Tratamiento y disposición Final CDTp que determinará la tarifa a aplicar a los usuarios del servicio público de aseo en el Distrito Capital de Bogotá.

El CDTremuneración corresponde al valor resultante de realizar un descuento del 6.38% al valor del CDTj previamente descontado por el porcentaje fijo de descuento ofertado por el proponente en su propuesta económica".

Lo anterior por cuanto de conformidad con las reglas de la Licitación el proponente debía ofertar un descuento sobre el valor del CDTj, siendo este el factor de competencia más significativo en la Licitación, el cual fue determinado por CGR en su Propuesta Económica en un diez por ciento (10%)⁷⁶.

En el anterior orden de ideas, en el Contrato se pactó que la remuneración del Concesionario (CDTremuneración), consistiría en el costo máximo por tonelada calculado por la UAESP para este proceso en particular (CDTj), menos el descuento ofertado por el Concesionario, que fue del 10% sobre el CDTj; lo que lleva al Tribunal a la conclusión de que esta remuneración es de estirpe eminentemente contractual, como quiera que consiste en una

⁷⁶ Pruebas aportadas con la contestación de la demanda, 1. Directorio Licitación 001 de 2010 y...344 de 2010. Precontractual. Documento 18.

fórmula dispuesta por la entidad que es la resultante de aplicar el descuento ofertado por el concesionario sobre la tarifa techo (costo máximo por tonelada dispuesta) calculada por la UAESP para este proceso. La “tarifa regulatoria”, por otra parte, es el valor máximo que se le puede cobrar a los usuarios o suscriptores del servicio público por la prestación del mismo (o aún por su sola disponibilidad).

Lo anterior tiene una gran relevancia de cara a desatar los problemas jurídicos que plantea la Demanda Reformada, así como las excepciones formuladas contra ella en su Contestación, como quiera que existe una controversia entre las partes alrededor de si la remuneración pactada en la cláusula Séptima del Contrato es una tarifa contractual, como lo sostiene el Demandante, y por lo tanto su análisis jurídico ha de realizarse a la luz de las normas que gobiernan los contratos, y en este caso los estatales de concesión⁷⁷; o si por el contrario, se trata de una tarifa regulatoria, como afirma la Demandada, en cuyo caso sería sujeta al régimen tarifario regulatorio de orden público definido por la CRA,

La posición de la UAESP al respecto ha sido planteada en varias ocasiones, tanto durante la ejecución del Contrato como en los escritos presentados a lo largo de este proceso arbitral, pero se resume con claridad en su comunicación del 9 de febrero de 2016, reseñada atrás, en la que sustenta su posición en el concepto 172 de 2016 de la Superintendencia de Servicios Públicos, en el cual dicha Superintendencia afirma (según se transcribe en la comunicación), que los contratos a los cuales se aplica el parágrafo 1° del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, son aquellos que se celebran para que las empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios, de lo que concluye, sin mayor explicación, que “El objeto del contrato a ser objeto de la tarifa contractual es la financiación, operación y mantenimiento del servicio, de lo cual se colige que el contratante es necesariamente, el actual prestador. No se transfiere la prestación del servicio ni la calidad de prestador del contratante” (subrayado añadido); por lo cual

⁷⁷ Ley 142 de 1994, Artículo 31, Parágrafo: “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”.

afirma la UAESP que "(...) no es dable concluir que en el caso que nos ocupa, estemos frente a una hipótesis de tarifa contractual, lo que implicaría la eventual procedencia de una hipótesis de desequilibrio económico del contrato; más aún cuando tal y como usted lo afirma, la supuesta situación de insuficiencia financiera, se ha generado como consecuencia de la aplicación del nuevo marco tarifario"⁷⁸.

Para el Tribunal, sin embargo, esta posición no es de recibo, en el entendido de que el concepto de la Superintendencia no es vinculante, como quiera que concurren poderosas razones jurisprudenciales y doctrinales para acoger la posición de CGR en cuanto a la naturaleza de la tarifa contractual en la remuneración pactada en el Contrato.

En particular, el Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos⁷⁹:

"Todo lo anterior permite inferir que cuando el parágrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 se refiere a ciertos contratos que se celebren con "empresas privadas" para que estas "hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley", no podría estar aludiendo a nada distinto que a la prestación misma de tales servicios, en cuanto las actividades señaladas genéricamente en dicha norma -financiación, operación y mantenimiento- engloban todas las acciones, tareas y gestiones que las empresas de servicios públicos domiciliarios deben ejecutar para ofrecer y prestar tales servicios, o, al menos, la mayor parte y las más importantes de aquellas".

"Todo lo anterior permite a la Sala concluir que la interpretación más razonable y armónica que puede hacerse del parágrafo primero del artículo 87 de la Ley 142, en este punto, es que dicha

⁷⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 136 a 138.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de octubre de 2016. Radicación 11001-03-06-000-2016-00002-00(2279) C. P. Álvaro Namén Vargas.

norma faculta efectivamente a las partes en los contratos a los cuales se refiere, para pactar las fórmulas tarifarias y las respectivas tarifas, separándose de las fórmulas establecidas con carácter general por la respectiva comisión de regulación, siempre que se cumplan los requisitos que la misma disposición consagra en forma explícita y las demás condiciones implícitas que se mencionarán más adelante”.

De hecho, en este Concepto aparece la siguiente referencia, que evidenciaría un cambio de opinión de la Superintendencia de Servicios Públicos:

“Así lo han entendido también la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA). En efecto, la Superintendencia manifestó lo siguiente, en concepto reciente emitido por su Oficina Asesora Jurídica y dirigido al Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo:

“No obstante lo anterior, el parágrafo del artículo 87, además de haber introducido la posibilidad de un contrato de operación, financiación y administración del servicio, parece también haber establecido por vía de ley un régimen tarifario de libertad de fijación de tarifas por parte del contratista hacia su contratante prestador del servicio, cuando ellas devienen de dicho contrato, al que se llega por invitación pública en la cual la tarifa es un criterio para la adjudicación del mismo.

Dicha conclusión se confirma al verificar que la segunda premisa del parágrafo 1º del artículo 87 ubica precisamente las tarifas allí adoptadas en un régimen especial, que excluye de forma expresa la aplicación del artículo 88 de la Ley 142 de 1994”.”

Así también es el entendimiento de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, según lo ha expresado, entre otras, en el siguiente Concepto 55231 de 2016:

“Respecto de los contratos en los cuales pueden pactarse tarifas

contractuales, es pertinente señalar que estas pueden formar parte de cualquier negocio jurídico que cumpla con las condiciones previstas en el parágrafo 1o del artículo 87 de la Ley 142 de 1994. Tales contratos se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993, sus normas modificatorias y sus decretos reglamentarios. En este caso es clara la excepción a los principios mencionados, pues la normatividad aplicable al contrato será la del derecho público, y por otra parte, la empresa prestará el servicio y cobrará la tarifa con fundamento en el contrato celebrado. (...) No obstante, el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, al establecer los criterios que orientan el régimen tarifario, dispuso en su parágrafo que en el caso en el cual se suscriban contratos mediante invitación pública para la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos, la tarifa como base para su otorgamiento, pero en todo caso las fórmulas tarifas deberán responder a los criterios de la Ley de servicios públicos, así: (...)."

Así las cosas, el Tribunal concluye que el Contrato fue celebrado al amparo del parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, y consecuentemente, que la remuneración pactada en la Clausula Séptima es una tarifa contractual, regida por lo tanto por las normas que gobiernan los contratos en cuanto a su nacimiento, interpretación, modificación y extinción.

Todo el anterior recuento lleva al Tribunal a confirmar que, dado que las pretensiones de la Demanda Reformada relacionadas con la suficiencia de la remuneración pactada en el Contrato han de analizarse a la luz de las disposiciones legales que regulan los contratos de concesión y de las estipulaciones pactadas en el Contrato de Concesión 344 de 2010; no se debate en este proceso la regulación tarifaria del régimen de servicios públicos definida por la CRA, que incluye el régimen tarifario (libertad, libertad regulada o libertad regulada), las fórmulas tarifarias para la

determinación de las tarifas que han de pagar los usuarios y como resultado de las anteriores, las tarifas propiamente dichas, esto es el costo máximo o tarifa techo que se puede cobrar al usuario o suscriptor, sin que ello quiera decir, por supuesto, que la regulación tarifaria no tenga relación con la remuneración contractual en aspectos tales como la observancia de los criterios tarifarios o la limitación de tarifas a los techos de costos definidos en la regulación.

Es ello lo que permitió al Tribunal aprehender el conocimiento de la Demanda Reformada y lo faculta para adoptar las decisiones que correspondan en relación con las pretensiones a las que se viene haciendo referencia, pues al hacerlo no estará interfiriendo, modificando o afectando de manera alguna el régimen tarifario regulatorio, como se decidió en la providencia en virtud de la cual el Tribunal se declaró competente.

1.4.1.1.1.2. La ecuación económica del Contrato de Concesión 344 de 2010

El “equilibrio financiero” del contrato ha sido definido como *“la relación de equivalencia de las prestaciones que surge al momento de su celebración, en virtud de la cual se ven como simétricas y consonantes las obligaciones asumidas por cada una de las partes frente a las de la otra”*⁸⁰, e implica que *“el valor económico convenido como retribución o remuneración a la ejecución perfecta de sus obligaciones (prestación del servicio o suministro de bienes etc.) debe ser correspondiente, por equivalente, al que recibirá como contraprestación a su ejecución del objeto del contrato; si no es así*

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 12 de octubre de 2017. C. P.: Danilo Rojas Betancourth. Rad. 25000-23-26-000-2000-00079-02(37322).

surge, en principio, su derecho de solicitar la restitución de tal equilibrio, siempre y cuando tal ruptura no obedezca a situaciones que le sean imputables".

Para determinar esta equivalencia debe acudir al “valor intrínseco de la remuneración pactada”⁸¹, cuya conservación, o mejor, su rompimiento, da lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Esta figura se basa en el principio de la conmutatividad del contrato estatal, respecto de la cual la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

“3.1. La conmutatividad del contrato estatal y principio de la autonomía de la voluntad.

En la teoría del negocio jurídico y, específicamente, en relación con los contratos de tracto sucesivo o ejecución periódica, siempre ha existido una tensión permanente en la aplicación del principio pacta sunt servanda (C.C., arts. 1618 y 1624) y el postulado del rebus sic stantibus; el primero, clara expresión de un modelo liberal en el que las partes libremente se vinculan obligan a una serie de prestaciones que deben ser cumplidas en los precisos términos estipulados en la convención, mientras que el segundo, obedece a una visión social y, principalmente, solidaria del contrato, en donde la ejecución de las obligaciones atiende a las diversas circunstancias que pueden llegar a modificar las condiciones iniciales del acuerdo de voluntades.

En consecuencia, la tensión que se aprecia en el trasfondo de la problemática reside en los principios de conmutatividad y la autonomía de la voluntad en el contrato estatal. Lo anterior, como quiera que ambos postulados, con puntuales matices, tienen aplicación en la contratación pública, razón por la que es necesario adelantar una precisa articulación e interpretación de los mismos, en aras de la satisfacción del interés público.

⁸¹ Artículo 5º de la Ley 80 de 1993

Dentro de este panorama se inserta la condición conmutativa del contrato estatal, según la cual, en los términos del artículo 1498 del Código Civil “el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...” En consecuencia, lo que delimita la citada naturaleza del negocio jurídico estatal está referido a la equivalencia de la prestación y contraprestación, sin llegar al extremo de pretender una exactitud matemática.

Por lo tanto, la conmutatividad supone simetría en las prestaciones que integran las obligaciones recíprocas que se desprenden para las partes, sin que esa circunstancia suponga en todos los casos asegurar la utilidad al contratista; en otros términos, es posible que en un contrato conmutativo al margen de la satisfacción de los intereses inherentes al acuerdo, se presenten pérdidas económicas para cualquiera de las partes puesto que esa posibilidad es inherente a cualquier negocio jurídico.

Ahora bien, según la doctrina autorizada se está frente a un contrato conmutativo cuando se reúnen tres requisitos: i) que sea oneroso o útil para todos los contratantes; ii) que no sea aleatorio, es decir, que esa ganancia o beneficio pueda ser apreciada desde el momento mismo de la suscripción del contrato, y iii) que este último produzca prestaciones **que se miren o aprecien** como equivalentes entre sí, esto es, que determinen un cierto equilibrio en la economía del acuerdo.

Acerca de la conmutabilidad del contrato estatal, como elemento de la naturaleza del mismo, la doctrina con especial sindéresis ha precisado:

“Pertenece hoy a la naturaleza de los contratos administrativos su carácter conmutativo. El alea no existe ya en ellos. Su ámbito ha quedado reducido a un campo tan limitado que no cuenta y permite el rechazo de la teoría del contrato a “riesgo y ventura”.

Por lo pronto, en la concesión de servicios públicos, la intervención de la administración pública en las tarifas impide al concesionario la obtención de beneficios aleatorios extraordinarios. Las tarifas se fijan conforme a un estándar de “justas y razonables” atendiendo a los dos factores en juego: el usuario y el concesionario. Y cuando

aun así, la aparición de factores imposibles de prever en el momento de celebración del contrato, hacen excesivamente onerosa la obligación del último, la teoría de la imprevisión interviene para restablecer el equilibrio.

Lo mismo ocurre con el contrato de obra pública, el de concesión de obra pública y el de suministro. Los mayores costos producidos por el alza desmedida de los materiales y de la mano de obra, ya no es causal de quebranto; son factores que se reconocen al contratista en un reajuste de precios que permite antes que nada y sobre todas las cosas, la ejecución de la obra o la provisión convenida. La administración pública no saca provecho de esos factores, no expolia a su colaborador voluntario, ocasionado o de todos los días. El Estado no persigue propósitos de lucro; su fin es otro: dar cumplida satisfacción a las necesidades públicas colectivas.

Es lo que consagran en nuestro derecho las normas que acogen, entre nosotros, la teoría de la imprevisión".

Como se aprecia, el paradigma del contrato estatal difiere, en este aspecto sustancialmente del de naturaleza privada, toda vez que en este último las partes buscan la satisfacción de intereses personales y, siempre que se respeten los postulados de orden público y de la buena fe, es posible que alguno de los contratantes llegue a soportar una pérdida económica significativa derivada de mismo negocio, razón por la que no devenga aplicable la teoría del restablecimiento económico del contrato. Contrario sensu, al mediar el interés general en el contrato estatal, la administración pública no persigue un objetivo particular o individual sino el cumplimiento de los propósitos públicos; en esa medida, la finalidad consiste en la ejecución de la obra o la prestación del servicio en un escenario de eficiencia". (...)

Ahora bien, la conmutatividad del contrato estatal, se insiste, no quiere significar exactitud matemática de prestaciones o que se tenga que garantizar al contratista la utilidad esperada en todos los eventos. En consecuencia, es posible que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y del principio de conmutatividad una de las partes soporte una pérdida económica puesto que es propio de todo contrato —inclusive los

estatales— un alea normal que debe ser asumido por la parte que lo soporta. No obstante, cuando el alea se torna anormal e inesperado para los sujetos contratantes, es necesario restablecer el equilibrio económico so pena de que se afecte gravemente la ejecución del contrato y, consecuentemente, el interés público ínsito a este tipo de convenciones o acuerdos de voluntades, o acuerdos de voluntades”⁸². (Resaltado y subrayado añadido).

Así las cosas, es al momento de la celebración del contrato cuando se establece la ecuación económica o equilibrio financiero del mismo, por cuanto es en ese momento, cuando el proponente favorecido con la adjudicación se obliga al cumplimiento de las obligaciones y a la asunción de los riesgos contenidos en el Pliego de Condiciones, a cambio de la remuneración planteada en su propuesta (si, como en este caso es el proponente el que debe determinar la remuneración que persigue, con base en las reglas impuestas por la entidad contratante).

Ahora bien, en tratándose de la contratación estatal, especialmente cuando está precedida de una licitación pública, ha de presumirse que el proponente que aspira a ser contratista del Estado para la prestación de bienes o servicios es un profesional experto en la materia del contrato que pretende celebrar y no un profano legítimamente ignorante de las vicisitudes y riesgos que éste conlleva. En efecto, es el proponente quien debe conocer o informarse sobre los costos y gastos en que habrá de incurrir para satisfacer las prestaciones que del contrato se derivarán a su cargo, así como la magnitud de los riesgos que asumirá, obviamente partiendo de la premisa de que ha sido adecuada, suficiente y verazmente informado sobre el alcance de dichas obligaciones y los riesgos que atañen al negocio, así como de las condiciones en que ha de ejecutar unas y asumir los otros,

⁸² Consejo De Estado Sección Tercera. Sentencia 17663 de febrero 7 de 2011, C. P. Enrique Gil Botero

complementado con su propio deber de debida diligencia de llevar a cabo las averiguaciones que estén razonablemente a su alcance en la etapa precontractual y los cálculos necesarios para preparar una oferta responsable.

Lo anterior supone, por vía de principio, que es el proponente y posterior contratista quien determina que, en sus personales condiciones (experiencia, capacidad económica, técnica financiera, entre otras), la ecuación financiera que plantea el contrato es equilibrada y le permite satisfacer sus intereses económicos en términos de cubrimiento de costos y obtención de la utilidad razonable.

Esta consideración resulta aún más relevante cuando se trata de un contrato de concesión, el cual por definición, es el contrato estatal que tiene por objeto *“otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”*⁸³ (Subrayado añadido).

⁸³ Ley 80 de 1993, artículo 32.

Esta condición “*por cuenta y riesgo del concesionario*” lleva de suyo, en casos como el presente en el cual el contratista se obliga y asume los riesgos en la forma en que se dejó dicho, con la expectativa de obtener la utilidad a la que aspira al cabo del término de ejecución del contrato; que quien esté interesado en su adjudicación debe proceder de manera particularmente diligente a elaborar lo que se conoce como el “modelo económico” del negocio, previo análisis de la información recibida y de la que razonablemente deba recabar, de los estudios de costos, de la consecución o aseguramiento de los recursos necesarios de capital y crédito, entre otras actividades, que le permitan calcular con el grado de confiabilidad que considere suficiente los egresos, los ingresos, el flujo de caja y los demás elementos necesarios para tomar una decisión informada y en cuanto a la oferta que va a presentar, o aún, en el sentido de abstenerse de participar en la licitación.

Ello explica, por ejemplo, que en este tipo de contratos -de concesión- la entidad contratante no haya de entregar a los interesados en la licitación el modelo financiero utilizado para la estructuración del negocio propuesto⁸⁴. Tampoco el proponente y posterior contratista tiene que revelar a aquella el propio modelo económico que elaboró para participar en la licitación, entre otras cosas, porque dicho modelo hace parte de su *know how*, es un

⁸⁴ Decreto 2474 de 2008, artículo 3°. “Estudios y documentos previos. En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.

Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos:

(...)

4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.” (Subrayado añadido).

secreto industrial sometido a reserva. Por ello, el Tribunal no se detendrá en el debate planteado por ambas partes en el presente proceso en cuanto a la entrega del modelo económico de cada una a la otra.

En el caso presente, quedó probado en la sección 4.1 de este capítulo que en los Documentos de la Licitación N° 001 de 2010 la UAESP dejó expresados, de manera por demás minuciosa, el alcance del contrato (4.1.1); el catálogo de obligaciones que de él surgiría a cargo del Concesionario (4.21.2); la distribución de los riesgos previsibles que podrían concretarse durante su ejecución (4.1.3); el esquema de la remuneración que recibiría como contraprestación el Contratista por las actividades de disposición de residuos sólidos (4.1.4), así como la información de que disponía y que consideró relevante para que los interesados prepararan sus ofertas.

Así, teniendo estos elementos de juicio (por supuesto, todo ello sujeto a la completitud y veracidad de la información suministrada y dentro del alcance de la que el proponente interesado estaba razonablemente en condiciones de procurarse), ha de tenerse que la ecuación financiera del Contrato resultante de la propuesta económica del proponente a la postre adjudicatario, también bajo las consideraciones expresadas, cumplió con el principio de la conmutatividad o equilibrio económico del contrato, puesto que el proponente luego Contratista, en su condición de experto en la materia y mediando la diligencia que tal condición le demanda, consideró, al igual que lo hizo la entidad al preparar el Pliego, que las prestaciones y cargas de una y otra parte resultaban aproximadamente equivalentes.

Esta afirmación se encuentra soportada en el expediente con el testimonio

rendido por la doctora Alcira Tapia⁸⁵, quien señaló, al ser interrogada sobre que el efecto del número de toneladas contempladas en el modelo tarifario regulatorio (1.280 por día) frente a las que efectivamente se estaban disponiendo (entre 6.000 y 6.300, dice) que:

“(...) en su momento se hizo el ejercicio y con las actividades que la UAESP decía que tenía que hacer la remuneración era suficiente”; siempre que el RSDJ hubiera sido entregado “como una tacita de plata, con la planta bien hecha, con las inversiones costeadas”, “es decir, que la operación de Doña Juana puede costar X, sí, porque de pronto la unidad iba a hacer todas las inversiones, pero lo que entiendo es que se encontraron muchísimas cosas que no estuvieron evidenciadas en el proceso contractual, lo digo desde el conocimiento posterior porque no participé en el principio”⁸⁶.

En síntesis, para la testigo, si el RSDJ se hubiera entregado en las condiciones descritas en la Licitación, la remuneración habría sido suficiente, pero el problema radicó en que no fue entregado en tales condiciones, asunto del que se ocupará el Tribunal más adelante, pero que le permite afirmar esta conclusión sobre la conmutatividad o equilibrio financiero del Contrato sobre la base de las condiciones previstas en la Licitación.

En el anterior orden de ideas, la pretensión Quinta principal, tendiente a que se declare que la UAESP incumplió sus obligaciones “al establecer para las actividades de disposición de residuos sólidos una tarifa que resultó no ser suficiente”, no está llamada a prosperar.

1.4.1.1.2. En cuanto a las Pretensiones Primera y Segunda

⁸⁵ Asesora de CGR en el 2014 para una reclamación a la UAESP; desde abril del 2016 directora ejecutiva (gerente general de la concesión) hasta septiembre del 2018 y de septiembre del 2018 a la fecha asesora de CGR, de la dirección ejecutiva.

⁸⁶ Testimonio Alcira Tapia [04:44:26].

Subsidiarias de la Principal Quinta

El Demandante solicita, en las pretensiones subsidiarias enunciadas, que se declare que *"la UAESP estableció obligaciones y actividades en relación con la actividad de disposición de residuos sólidos del Relleno Sanitario Doña Juana que demandaban costos, gastos e inversiones que no se encontraban remunerados dentro de las tarifas del Contrato de Concesión"* y que no permitían remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria, vulnerando lo previsto en la ley y el Contrato (primera Subsidiaria de la Quinta pretensión), o en su defecto que *"CGR incurrió en costos, gastos e inversiones no cubiertos por la tarifa correspondiente a las actividades de disposición de residuos sólidos fijada por la UAESP, la cual tampoco permitía remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria"* (Segunda Subsidiaria).

El problema jurídico que habrá de resolver el Tribunal consiste en establecer si la UAESP impuso obligaciones a cargo de CGR en relación con las actividades de disposición de residuos sólidos que no fueran remuneradas a través de la contraprestación pactada; o si el Contratista se vio obligado a incurrir en costos, gastos e inversiones no remuneradas por la tarifa contractual para la ejecución de las prestaciones que a su cargo se derivan del Contrato.

A este respecto, el Tribunal encuentra que, como ya se expresó, en los Documentos de Licitación y en el Contrato se determinan de manera precisa el alcance del Contrato; las prestaciones que del mismo surgen a cargo de CGR, incluyendo aquellas que ha de ejecutar por cuenta propia y algunas que podría tener que llevar a cabo, por cuenta de la UAESP, como

es el caso de los pasivos ambientales existentes al momento de la celebración del Contrato⁸⁷ y de las obligaciones de clausura y post-clausura correspondientes a las zonas ya cerradas⁸⁸; y los riesgos que éste ha de asumir.

Sobre el particular, en el párrafo tercero de la Cláusula Octava del Contrato se estipuló que: *"El CONCESIONARIO, deberá asumir por su cuenta y riesgo todos los costos y gastos asociados al objeto del contrato, así como su estimación o proyección, de acuerdo con la distribución de responsabilidades y riesgos prevista en el presente contrato, sin que ninguno de sus supuestos, sirvan de referencia alguna para determinar el valor real de esos costos y gastos, ni para determinar o restablecer un eventual desequilibrio económico del Contrato"*.

Sin que sea éste el lugar para ocuparse de lo relativo al eventual desequilibrio económico sobreviniente del Contrato, al cual el Tribunal hará referencia en otro capítulo, lo cierto es que con estos antecedentes queda claro que la remuneración pactada en la cláusula Séptima constituía la contraprestación íntegra en favor del Concesionario por la ejecución de todas las actividades de disposición de residuos a su cargo, así como por la

⁸⁷ "Observación No. 117.

2. Quien asumirá los costos de las obras y demás intervenciones que se requieran para el manejo del RSDJ como consecuencia del mal manejo de la disposición final de los residuos sólidos en el RSDJ?

Respuesta: Las obras e intervenciones que eventualmente hubiese dejado de realizar el Operador y que hubiesen estado bajo su responsabilidad, no corren a cargo del nuevo Operador. Las realizará éste con cargo a recursos de la UAESP y ésta a su vez los reclamará o repetirá contra el antiguo Operador, si es el caso."

(...)

"Observación No. 118.

(iv) Quien asumirá los costos de las obras y demás intervenciones que se requieran para el manejo del RSDJ como consecuencia del mal manejo de la disposición final de los residuos sólidos en el RSDJ?

Respuesta: Se reitera que no corren a cargo del nuevo Operador, las obras e intervenciones que eventualmente hubiese dejado de realizar el Operador precedente y que hubiesen estado bajo su responsabilidad. El nuevo Operador las realizará con cargo a recursos de la UAESP y ésta a su vez los reclamará o repetirá contra el antiguo Operador, si es el caso."

⁸⁸ Contrato, cláusula Séptima literal a).

asunción de los riesgos inherentes a dichas actividades asignados a CGR.

Corolario de lo anterior es que, si como lo afirma CGR, la UAESP hubiera establecido obligaciones y actividades en relación con la actividad de disposición de residuos sólidos del Relleno Sanitario Doña Juana que demandaban costos, gastos e inversiones que no se encontraban remunerados dentro de las tarifas contractuales del Contrato de Concesión; o si el Concesionario hubiera incurrido en costos, gastos e inversiones no cubiertos por la tarifa contractual correspondiente a las actividades de disposición de residuos sólidos fijada por la UAESP, sería de cargo de CGR acreditar, de conformidad con las reglas del *onus probandi*, cuáles obligaciones le impuso la UAESP o en qué costos y gastos debió incurrir y que no estaban incluidos en la remuneración, identificando y cuantificando precisa y cabalmente cuáles fueron esas obligaciones establecidas por la UAESP y cuales los costos gastos e inversiones por los cuales reclama.

Es de resaltar, a este respecto, que en los hechos de la demanda no se avizora ninguno que haga referencia específica a las supuestas obligaciones o a los costos, gastos e inversiones cubiertos por la remuneración contractual, ni tampoco en las pretensiones se precisa cuáles serían unas u otros, con lo cual resulta particularmente difícil para el Tribunal concretar el alcance de la pretensión.

En relación con la alegación de que la UAESP estableció o impuso a cargo de CGR la ejecución de obligaciones o actividades que no se encontraban remuneradas bajo el Contrato, el Tribunal considera oportuno puntualizar que la única referencia puntual a este tipo de obligaciones o actividades se encuentra en el alegato de conclusión del Demandante (Sección 4.1.6.2.4.

Estabilización del talud poste 53 a 59), en el cual afirma que:

“(…) sin estar contractualmente a su cargo, producto del imaginario del laudo arbitral del 2018, y sin por supuesto estar incluidas dentro de la remuneración fijada por la UAESP para la actividad de disposición final de residuos sólidos, CGR Doña Juana terminó estando a cargo de las obras de estabilización del talud entre postes 53 y 59” y que “No obstante lo anterior, en la demanda de reconvención de la UAESP, uno de los “incumplimientos” que pretende endilgarle a CGR Doña Juana se funda en que supuestamente el Concesionario no ha estabilizado el talud entre postes 53 y 59”⁸⁹.

A este respecto, sin embargo, tampoco se encuentra referencia alguna en los hechos de la demanda.

Por el contrario, la UAESP si hace referencia expresa en los hechos de la Demandada de Reconvención Reformada, a las actividades de estabilización del talud entre los postes 53 y 59, y deriva de ellos las pretensiones Vigésima Séptima, la subsidiaria de ésta y la Vigésima Octava, así como en sus alegatos de conclusión⁹⁰.

Por lo demás, en la demanda que dio lugar al Laudo de 2018, CGR formuló la siguiente pretensión:

“3.1.16. Se declare que las obras necesarias para la estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal, son a cargo de la UAESP por obedecer a circunstancias conocidas por esa entidad con anterioridad a la celebración del contrato de concesión 344 de 2010, y desconocidas por parte de CGR”

⁸⁹ Páginas 272 y 273.

⁹⁰ Capítulo X, Págs. 232 y ss.

Por su parte, la UAESP en su demanda de reconvención incoó, en la décima cuarta pretensión, lo siguiente:

"Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. - ESP está obligada a realizar las obras de estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal, asumiendo los costos derivados de dichas obras con cargo a su remuneración"

Dichas pretensiones fueron resueltas por el anterior tribunal, en el Laudo de 2018, en el siguiente sentido:

En la parte motiva, señaló:

"Teniendo en cuenta lo anterior, procederá el Tribunal a desestimar la pretensión 3.1.16. de la demanda principal, como quedará consignado en la parte resolutive del laudo".

Con base en lo anterior, en la parte resolutive dispuso:

*"QUINTO.- Por los motivos expuestos en la providencia, negar las demás pretensiones contenidas en la demanda principal propuesta por el Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. ESP."
(...)*

"VIGÉSIMO SEGUNDO.- Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. - ESP está obligada a realizar las obras de estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal, asumiendo los costos derivados de dichas obras con cargo a su remuneración, con lo cual, prospera la pretensión décima cuarta de la demanda de reconvención reformada.

VIGÉSIMO TERCERO.- Condenar a la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP a realizar las obras de estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal, asumiendo los costos derivados de dichas obras con cargo a su remuneración, para lo cual

deberá presentar una propuesta técnica de las obras a realizar garantizando la menor afectación en la operación del Relleno Sanitario Doña Juana en el mes siguiente a la ejecutoria del Laudo Arbitral, el cual deberá ser aprobado por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS. El cronograma establecido para las mencionadas actividades no podrá ser superior a doce (12) meses contados desde la respectiva aprobación. Con esta decisión, prospera la pretensión trigésima cuarta de la demanda de reconvención reformada"

Así las cosas, frente a las alegaciones del Demandante en relación con la estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal, el Tribunal habrá de estarse a los efectos de la cosa juzgada en virtud del Laudo de 2018.

En síntesis, el Tribunal no encuentra en el plenario prueba alguna que determine que existieron obligaciones impuestas por la UEASP al Contratista, distintas de las pactadas en el Contrato, o en qué costos o gastos hubo de incurrir este, que no estuvieran remunerados al amparo de la cláusula Séptima del mismo, por lo cual las pretensiones primera y segunda Subsidiarias de la principal Quinta tampoco están llamadas a prosperar.

Finalmente, cabe anticipar que lo expuesto en este apartado no significa que CGR no hubiera tenido que incurrir para la ejecución de sus obligaciones en relación con la disposición de residuos sólidos, en costos, gastos e inversiones que no le hayan sido remuneradas por la UAESP, como podría ser el caso de los relacionados con la entrega de la maquinaria, la reparación del Pondaje 2, el tratamiento de residuos mixtos, que son objeto de otras pretensiones de la demanda a las cuales se referirá el Tribunal en los apartes correspondientes, pero en estos casos no se trata de obligaciones impuestas por la UAESP o costos incurridos por CGR no incluidos

dentro de la remuneración, sino de eventuales eventos de incumplimiento contractual.

1.4.1.1.3. En cuanto a la Pretensión Primera Principal de la Demanda Reformada

Mediante la pretensión Primera, el Demandante busca que se declare que: *“la tarifa del Contrato de Concesión 344 de 2010, para el componente de disposición de residuos sólidos, que hacía parte de la remuneración de CGR, que rigió desde el 16 de diciembre de 2010 hasta la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 del 2015, resultó no ser suficiente para permitir la recuperación de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana, atender las obligaciones ambientales y remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria”*.

El problema jurídico que plantea las pretensiones *sub examine* consiste en determinar si la remuneración pactada en la cláusula Séptima del Contrato como contraprestación por las actividades de disposición de residuos sólidos, en el período corrido entre el 16 de diciembre de 2010 y la fecha de entrada en vigor de la Resolución CRA 721 de 2015, resultó insuficiente para cubrir los costos, gastos e inversiones, y la utilidad para los accionistas de CGR (independientemente del análisis de si ello hubiera ocurrido por un incumplimiento contractual de la UAESP, lo cual será objeto del análisis de la pretensión Octava de la Demanda Reformada).

Para abordar este asunto, el Tribunal se remite a lo ya expuesto en relación

con la naturaleza de la remuneración pactada, vale decir, a la condición de remuneración o tarifa contractual que tiene la cláusula Séptima del Contrato, así como a los efectos de dicha caracterización en cuanto a la conmutatividad de las prestaciones de las partes, que lleva al Tribunal a concluir, de entrada, que no es posible acceder a la pretensión Primera de la Demanda Reformada, en la medida en que, como ya quedó establecido, la referida remuneración a cargo de la UAESP ha de tenerse como equivalente, en términos económicos, al valor de las prestaciones a cargo de CGR.

Se advierte sobre este particular, además, que como lo tiene bien establecido la jurisprudencia administrativa, la conmutatividad del contrato estatal de concesión no conlleva una garantía de ganancia para el concesionario, pues bien puede ocurrir que a la postre éste deba asumir pérdidas por la ejecución del contrato⁹¹, que serán por su cuenta y riesgo si ellas se derivan de causas que le son imputables, como podría ser su impericia en la ejecución de las prestaciones (costos ineficientes), los errores que en que incurra en la interpretación o procura de la información o en el cálculo de los costos y gastos inherentes a la ejecución o los riesgos que acepta asumir, o la falta de diligencia en su elaboración, o sus propios incumplimientos contractuales, entre otras vicisitudes que son de su entera responsabilidad.

Dicho esto, sin embargo, el Tribunal se ocupará de analizar las probanzas en relación con la suficiencia de la remuneración pactada, advirtiendo y

⁹¹ Consejo de Estado, Sentencia citada: "En consecuencia, es posible que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y del principio de conmutatividad una de las partes soporte una pérdida económica puesto que es propio de todo contrato —inclusive los estatales— un alea normal que debe ser asumido por la parte que lo soporta".

reiterando, de entrada, que dicha cuestión no comporta ninguna evaluación sobre la suficiencia tarifaria a la que se refiere el artículo 87.4 de la Ley 142 de 1994, materia a la cual no se referirá este Tribunal ni es de su competencia, por tratarse de asuntos regulatorios reservados para la autoridad regulatoria (CRA); sino que se limitará a la determinación objetiva de si la contraprestación pactada en el Contrato fue o no suficiente, en términos objetivos de costos eficientes, para remunerar adecuadamente a CGR en el período transcurrido entre el inicio de la ejecución del Contrato hasta la entrada en vigor de la Resolución CRA 720 de 2015.

Para este propósito, el Tribunal debe establecer si en el Contrato de Concesión resultó ser efectivamente conmutativo o sinalagmático -con el alcance ya expuesto-, o si por el contrario, en términos objetivos y sin anticipar por el momento si se presentó o no algún incumplimiento por parte de la UAESP o de CGR al momento de la celebración del Contrato que afectara tal conmutatividad, hasta llevar a que la ecuación contractual fuera, *ab initio*, materialmente desequilibrada en desmedro de los intereses del Contratista.

Lo anterior supone, en primer lugar, establecer la comparación entre el valor correspondiente a la remuneración por las actividades de disposición de residuos sólidos entre los años 2010 y 2015 (prestación a cargo de la UAESP), establecido en los términos de la fórmula de remuneración pactada en la cláusula Séptima del Contrato, esto es, el costo máximo por tonelada calculado por la UAESP para este relleno en particular (CDTj), menos el descuento ofertado por el Concesionario, que fue del 10% sobre el CDTj; y en segundo lugar, determinar el valor que objetivamente correspondería a las prestaciones contractuales asumidas por CGR sobre la base de los

costos, gastos e inversiones en que habría de incurrir un operador eficiente en un escenario de libre competencia.

A partir de lo anterior, si es que es posible acreditar uno y otro extremo, procedería hacer un parangón entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes, para verificar si del mismo resulta una desproporción desmesurada, que exceda del riesgo inherente a cualquier contrato de concesión habida cuenta de las obligaciones y riesgos previsibles que asume el contratista por su propia cuenta.

En cuanto a lo primero, no reviste particular dificultad para establecer cuál fue la remuneración pactada en favor de CGR de conformidad con la cláusula Séptima del Contrato; de hecho, los peritos a cargo del dictamen económico aportado por el Demandante calculan el valor de los ingresos realmente percibidos por CGR Doña Juana, -en el período objeto de estudio-, actualizados con el Índice de Precios al Consumidor correspondiente para expresarlos en pesos constantes de la fecha de entrega del dictamen, así⁹²:

Disposición final

Ingresos reales

2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
10,525,880,518	43,288,941,397	52,221,897,264	41,131,774,914	40,621,894,904	35,254,479,420	34,900,960,026

Para determinar el segundo elemento de comparación, se requiere, como quedó expresado, establecer el valor que objetivamente correspondería a las prestaciones contractuales asumidas por CGR, sobre la base de los

⁹² Dictamen Técnico Convocante, Pág. 31.

costos en que incurriría un operador eficiente en un escenario de libre competencia.

Este tema se encuentra en el dictamen pericial económico aportado por el Demandante, elaborado por EConcept, el cual, en este punto, fue desarrollado de la siguiente manera:

Los peritos, calculan lo que denominan “Valores por tonelada que ofrecen suficiencia financiera” para el periodo comprendido entre el inicio de la concesión y octubre de 2018 para la actividad de disposición de residuos sólidos, utilizando la siguiente metodología⁹³:

“B. Valores por tonelada que ofrecen suficiencia financiera para el periodo comprendido entre el inicio de la concesión y octubre de 2018

Valor por tonelada que ofrece la suficiencia financiera para las actividades de disposición final:

Con el fin de determinar el valor por tonelada de disposición final que garantice la recuperación de los costos, gastos y financiación de capital del trabajo propios de la operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento de CGR Doña Juana, y que permite remunerar el patrimonio de los accionistas, tal como lo establece la Ley 142 de 1994, se utilizó la misma metodología de costos y tarifas establecida por la CRA en el documento de trabajo de fecha diciembre de 2005, “METODOLOGÍA DE COSTOS Y TARIFAS PARA EL SERVICIO PUBLICO DE ASEO” (ver Anexo A). Esta metodología se aplica para el periodo comprendido entre el año 2010 (inicio de la Concesión) y octubre del año 2018, ya que a partir de noviembre de 2018 empezó a regir la Resolución 843 de 2018 de la CRA, particular para CGR Doña Juana.

Los principales aspectos de esta metodología establecida por la

⁹³ Dictamen Técnico Convocante, Introducción, Pág. 3.

CRA para disposición final se resumen a continuación:

a) Costos de inversión y operación: de acuerdo con lo establecido en el numeral 4.7 de la "METODOLOGÍA DE COSTOS Y TARIFAS PARA EL SERVICIO PUBLICO DE ASEO" de diciembre de 2005, "la metodología general de evaluación de los costos es la de calcular el costo medio por tonelada, como el valor presente neto de las inversiones y gastos durante la vida útil y el tiempo de post-cierre de cada tipo de relleno sanitario, dividido por el valor presente neto de las toneladas dispuestas durante la vida útil del relleno." Tal como se describe en dicho documento, se construye un flujo de caja teniendo en cuenta la totalidad de las actividades, se trae a valor presente, y se divide por el valor presente de las toneladas dispuestas durante la vida útil en el relleno sanitario.

b) Costo de post-clausura: adicionalmente, se tuvieron en cuenta las provisiones para las actividades de cierre, clausura y post-clausura establecidas en el numeral 4.7.5 de la "METODOLOGÍA DE COSTOS Y TARIFAS PARA EL SERVICIO PUBLICO DE ASEO" de diciembre de 2005. De acuerdo con este documento, el costo de disposición final "contempla el requerimiento que tiene la persona prestadora del servicio de disposición final de constituir y mantener una provisión, que garantice la disponibilidad permanente de las sumas acumuladas durante el periodo de operación del relleno sanitario, para garantizar el adecuado desarrollo de las actividades de cierre clausura y post-clausura".

A continuación, los peritos calculan cada uno de los componentes de la metodología tarifaria mencionada, año por año entre 2010 y 2018, a partir de los datos observados de mantenimiento, inversión y operación, y esperados por CGR Doña Juana para las actividades de cierre, clausura y post-clausura, tomados de la información contable que aparece en el documento "*Principales Aspectos Contables de la Ejecución del Contrato 344 de 2010*", elaborado por Contar Auditores, que se incorpora como Anexo B del dictamen, y con base en esos resultados, calculan el costo anual promedio del "*Valor por tonelada que genera suficiencia financiera*" -se reitera, para todo el período 2010 a 2018-, expresado en pesos

constantes a la fecha de entrega del dictamen (enero de 2022), resultado de la sumatoria de los rubros de inversión, operación, post-clausura y gastos administrativos, así⁹⁴:

Valor por tonelada que genera suficiencia financiera (pesos constantes de fecha dictamen)

Inversión	6,958.70
Operación	11,693.12
Clausura y post-clausura	6,057
Total	24,709.29
Gastos administrativos	3,437.06
Total incluyendo gastos admin.	28,146.36

Luego los peritos toman el promedio de los años 2010 a 2018 del “Valor por tonelada que genera suficiencia financiera” y lo convierten a un valor por tonelada de conformidad con las toneladas facturadas por cada año, entre 2010 y 2016, a pesos constantes a la fecha del dictamen, lo cual arroja los siguientes resultados⁹⁵:

Ingresos por disposición final, con el valor por tonelada que remunera adecuadamente inversiones, costos y gastos del concesionario (\$ constantes fecha dictamen)

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	TOTAL
Toneladas dispuestas	525,762	2,277,143	2,244,863	2,289,815	2,265,751	2,096,797	2,077,061	13,777,192
Valor por tonelada	28,146	28,146	28,146	28,146	28,146	28,146	28,146	28,146
Valor por tonelada x toneladas	14,798,279,263	64,093,284,171	63,184,726,560	64,449,939,874	63,772,622,309	59,017,205,143	58,461,694,028	387,777,751,348

⁹⁴ Dictamen Técnico Convocante, Pág. 12.

⁹⁵ Dictamen Técnico Convocante, Pág. 50.

Finalmente, para estimar el valor de la supuesta insuficiencia tarifaria por concepto de la disposición de residuos sólidos, los peritos toman el valor de las toneladas realmente dispuestas multiplicado por el valor promedio anual promedio del “Valor por tonelada que genera suficiencia financiera” de los años 2010 a 2018 y lo comparan con los ingresos reales percibidos por el Concesionario por tal concepto, año por año, y así estiman la diferencia entre el valor que según calculan ofrece suficiencia financiera, con el valor realmente percibido por el Concesionario, y de allí concluyen que el déficit financiero de la remuneración pactada es el siguiente⁹⁶:

Ingresos por disposición final: diferencia entre suficiencia financiera e ingresos percibidos (\$ constantes fecha dictamen)

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	TOTAL
Ingresos con suficiencia financiera	14,798,279,263	64,093,284,171	63,184,726,560	64,449,939,874	63,772,622,309	59,017,205,143	58,461,694,028	387,777,751,348
Ingresos reales	10,525,880,518	43,288,941,397	52,221,897,264	41,131,774,914	40,621,894,904	35,254,479,420	34,900,960,026	257,945,828,444
Diferencia	4,272,398,745	20,804,342,773	10,962,829,296	23,318,164,960	23,150,727,404	23,762,725,723	23,560,734,002	129,831,922,904

Al respecto, el Tribunal encuentra que el trabajo pericial, independientemente de su corrección técnico - matemática, no ofrece elementos de juicio suficientes para constituirse en medio de prueba de una hipotética insuficiencia de la tarifa contractual, por las siguientes razones:

- a) En primer término, como ya se señaló, no se ocupó de determinar cuáles fueron las prestaciones a cargo del Contratista, en el período corrido entre 2010 y 2016, ni mucho menos, cuál era el valor de mercado, para

⁹⁶ Dictamen Técnico Convocante, Pág. 31.

un operador eficiente, de los costos, gastos e inversiones necesarios para su ejecución. Así lo manifestaron los peritos en la audiencia cuando se les preguntó si habían tenido en cuenta, como insumos para la experticia, *“tanto lo estipulado en el contrato como la propuesta que formuló el contratista y sobre cuya base se realizó la adjudicación”*, a lo cual respondieron que *“(…) lo que tuvimos en cuenta es lo estipulado contractualmente para la remuneración para los residuos sólidos era la tarifa establecida en la Resolución 351 (…) y verificamos que, en efecto, esa tarifa contractual fue la que se reconoció. No revisamos la manera o la metodología en la que el concesionario presentó su oferta económica eso no lo conocemos ya”*⁹⁷.

- b)** En segundo lugar, los peritos para estimar que los costos, gastos e inversiones realmente desembolsados por CGR en el período 2010 a 2016 corresponden a los de un prestador eficiente en un ambiente de competencia, partieron del análisis y conclusiones contenidos en la Resolución CRA 843 de 2018, que sirvieron de base para la modificación del Costo Económico de Referencia para el Componente de Disposición Final establecido en la Resolución CRA 720 de 2015, y concluyeron que dichos costos económicos de referencia son igualmente aplicables al período en mención. Al respecto, está probado que los costos acreditados por el Concesionario para las actividades de disposición final aceptados por la CRA en la Resolución CRA 843 de 2018 fueron elaborados con base en la información de costos, gastos e inversiones reales del Concesionario de los años 2015 y 2016, los cuales fueron proyectados a futuro para efectos de determinar tales costos de referencia. Así quedó probado en el proceso con la comunicación

⁹⁷ Interrogatorio EConcept [01:57:00].

mediante la cual CGR dio respuesta a las solicitudes de información que le formuló la CRA dentro del proceso de revisión del costo de referencia, en la que el Concesionario manifestó lo siguiente:

“El Concesionario presenta un “INSTRUCTIVO PARA CONSULTAR LOS SOPORTES DE LOS COSTOS DEL MODELO DE MODIFICACIÓN DEL COSTO DE DISPOSICIÓN FINAL PARA EL RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA — RSDJ”, en el cual se lee:

“La pestaña Simulación contiene la información histórica de los años 2015 y 2016. A partir de 2017 se realizó la proyección hasta 2040 para el Costo Medio de Inversión — CMI y Costo Medio de Operación — CM0 y hasta el año 2055 para el caso del Costo Medio de Post Clausura, siguiendo el mismo horizonte de proyección utilizado en la Resolución CRA 720 de 2015.”⁹⁸

- c) Está también probado que las condiciones imperantes en la ejecución del Contrato hasta el año 2015, difieren sustancialmente de las que prevalecieron entre los años 2016 a 2018, en particular, para lo que aquí interesa, por cuanto una parte significativa de los mayores costos de referencia reconocidos en la Resolución CRA 843 de 2018 estriba en la modificación de los requisitos ambientales que tuvo lugar en el año 2015, como consecuencia, entre otras, de la entrada en vigor de la Resolución CAR 1351 de 2014⁹⁹, como lo manifiesta CGR a la CRA en la comunicación citada en el párrafo anterior, cuanto señala: *“De acuerdo con lo anterior, por eficiencia en la presentación de la información y teniendo en cuenta que la licencia ambiental actual fue el resultado de*

⁹⁸ Aportada con la Contestación a la Demanda Reformada, Carpeta 5. Actuación Administrativa CRA revisión de costos particulares, Subcarpeta Expediente CRA, Subcarpeta Pruebas, Subcarpeta Respuesta al Auto de Pruebas. Pág. 13 del documento.

⁹⁹ Así lo manifiesta CGR a la CRA en la comunicación citada en el párrafo anterior, cuanto señala: *“De acuerdo con lo anterior, por eficiencia en la presentación de la información y teniendo en cuenta que la licencia ambiental actual fue el resultado de una modificación realizada en 2014 por la autoridad ambiental de aquel entonces, esto es la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca —CAR—, el contenido de los dos cuadros se presenta en uno solo, pues la nueva estructura de costos que es objeto de la presente actuación administrativa se deriva de la modificación de 2014”.*

una modificación realizada en 2014 por la autoridad ambiental de aquel entonces, esto es la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca —CAR-, el contenido de los dos cuadros se presenta en uno solo, pues la nueva estructura de costos que es objeto de la presente actuación administrativa se deriva de la modificación de 2014".

Lo anterior determina, necesariamente, que el valor intrínseco de las prestaciones debidas por el Concesionario en este primer período, y de contera, los costos, gastos e inversiones asociados a su cumplimiento, hubieron de ser sustancialmente diferentes y menores a los que tuvo que asumir a partir de la exigibilidad de los nuevos requerimiento ambientales, circunstancia que no solamente es reconocida, sino además expresamente alegada por CGR con el propósito de obtener el resarcimiento de esos mayores costos ambientales, asunto al que el Tribunal se referirá más adelante. Al respecto, los peritos que elaboraron el dictamen de EConcept no logran convencer al Tribunal de que es posible tomar como referencia la tarifa suficiente del período 2010 a 2018, sin tener en cuenta que los costos, gastos e inversiones que demandaba la cabal ejecución del contrato entre los años 2010 y 2016 tendrían que ser inferiores a los que requirieron las circunstancias sobrevinientes y en particular a los nuevos requerimientos ambientales surgidos en virtud de la Resolución CAR 1351 de 2014¹⁰⁰.

Por lo anterior, el Tribunal encuentra que no se probó que la remuneración pactada en el Contrato como contraprestación por las actividades de disposición de residuos sólidos, entre la fecha de su celebración y hasta la entrada en vigor de la Resolución CRA 720 de 2015, fuera insuficiente para

¹⁰⁰ Declaración del perito EConcept [01:36:19]

cubrir los costos, gastos, inversiones y remuneración de los accionistas de CGR en el período mencionado, por lo cual habrá de desestimar la pretensión Primera principal de la Demanda Reformada.

1.4.1.1.4. En Cuanto a la Pretensión Séptima Principal de la Demanda Reformada

Mediante esta pretensión de la Demanda Reformada el Demandante procura que se declare que *“entre los riesgos asignados y/o asumidos por CGR no se encontraba uno según el cual, a cargo suyo estarían los efectos adversos de que la remuneración ofrecida por la UAESP resultaría no ser suficiente para sufragar la totalidad de costos y gastos y las inversiones del Contrato 344 de 2010 y la remuneración de los accionistas de la sociedad concesionaria”*.

Al respecto, el Tribunal observa, en primer lugar, que la formulación de la pretensión busca que se declare que el resultado económico del Contrato (que la remuneración pactada resulte insuficiente para sufragar costos, gastos, inversiones y utilidad), constituye un “riesgo” que no fue asignado al Contratista. Esta sola razón sería suficiente para desechar la pretensión, pues como ya ha quedado establecido, el principio de la conmutatividad del contrato estatal no puede comportar de manera alguna una garantía de un resultado económicamente favorable para el contratista, de manera que esta es una contingencia que, por definición, ha de ser asumida por cualquier contratista, sin que sea necesario que se le asigne expresamente.

Lo anterior por cuanto, como también ya se esbozó, el eventual resultado económico adverso para el contratista en la ejecución de un contrato

depende de muchos factores o causas, que pueden consistir, sin pretender enumerarlos taxativamente, en el incumplimiento de una de las partes de sus obligaciones contractuales, concomitante o posterior a la celebración del Contrato, o en el advenimiento de circunstancias sobrevinientes, extraordinarias o imprevisibles que escapen del control de una o de ambas partes, eventos éstos que no tienen relación directa con la asignación del riesgo de ganancia o pérdida considerado en abstracto.

Pero además, contrario a lo que afirma el Demandante, los riesgos asociados a los costos y gastos que demandara la ejecución del Contrato, así como de la cuantía de las inversiones que deberían realizarse para tal efecto, circunscritos al alcance del objeto contractual y a la ejecución de las obligaciones que del Contrato se derivarían a cargo del contratista, si le fueron asignados a CGR y asumidos por éste al presentar su oferta en la Licitación, como quedó consignado en el Apéndice 12 “MATRIZ DE IDENTIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS” del Pliego de Condiciones.

En dicho documento quedaron asignados al Contratista los riesgos de construcción (inversiones); de operación (costos y gastos) así como los costos financieros del proyecto, en los siguientes términos:

“Riesgos de Construcción

Dentro de la estructura de la licitación, los riesgos de construcción han sido asignados al Concesionario, dado que es él quien, en su calidad de especialista, se encuentra en mejores condiciones de mitigar los riesgos asociados a la ejecución de las obras.

Elaboración de estudios y diseños definitivos: el contrato prevé que el Concesionario deberá revisar y ajustar los estudios entregados por la UAESP para la Fase 1 de la Zona de

Optimización, e igualmente deberá efectuar los diseños para la Fase II de la misma Zona de Optimización, el (los) proyecto (s) de aprovechamiento que éste determine, las ampliaciones y optimizaciones de la planta de tratamiento de lixiviados y de las obras necesarias para la correcta operación del RSDJ en todas las actividades que allí se desarrollen.

Cantidades de obra: no existen unas cantidades de obra acordadas como necesarias para la ejecución del contrato. Ni los cálculos realizados por la UAESP, ni los realizados por el Concesionario podrán servir de base para determinar la existencia o no de unas mayores o menores cantidades de obra. El riesgo de las cantidades necesarias para ejecutar las obras está completamente a cargo del Concesionario.

Variación en los precios: el Concesionario asume el riesgo por variación en precios.

(...)

Riesgos de Operación

El Concesionario tiene autonomía administrativa, técnica operativa y financiera, para lo cual debe realizar la operación y mantenimiento integral del RSDJ, durante la totalidad del plazo de la concesión, bajo su propia cuenta y riesgo.

El riesgo de que los costos de operación y mantenimiento integral del RSDJ de la infraestructura y de las actividades concesionadas, sean inferiores o superiores a cualquier estimación que de ellos hubieren hecho la UAESP o el Concesionario, está asignado a éste último.

(...)

Riesgos Comerciales, Financieros y de Mercado

(...)

Los riesgos financieros del proyecto [el riesgo de consecución de financiación y el riesgo de las condiciones financieras (plazos y tasas)] ha sido asignado en su totalidad al Concesionario,

teniendo en cuenta que es él quien conoce de manera más clara y directa las necesidades de caja del proyecto y de acuerdo con ellas establece los créditos que ha de contraer. Por lo tanto, las variaciones de las condiciones financieras del proyecto son asignadas de manera expresa al Concesionario y es él quien debe conseguir la financiación del proyecto".

La aceptación de los riesgos así distribuidos por parte de CGR quedó consignada en el numeral 3 de la cláusula Tercera del Contrato, en la cual se estipuló la siguiente obligación a cargo del Concesionario:

"3. Realizar todas las actividades que sean necesarias para cumplir adecuadamente con el objeto y las obligaciones del presente Contrato y con la propuesta presentada. El Contrato se ejecutará por cuenta y riesgo del Concesionario y, en consecuencia, la UAESP no asumirá responsabilidades distintas de las que se derivan de la dirección, supervisión y control, y ordenación de pagos por el servicio prestado por el Concesionario, en los términos definidos en este Contrato. El Concesionario asumirá los riesgos asignados conforme a la matriz de distribución de riesgos que hace parte integral del presente Contrato. Dentro de los valores pactados, están comprendidos todos los costos y gastos que sean necesarios para la correcta ejecución del objeto del Contrato, incluido lo relativo a costos de infraestructura y todos los demás insumos y recursos requeridos, impuestos, retenciones por impuestos, (exceptuado el IVA), tasas, contribuciones, administración, imprevistos, variaciones macroeconómicas asociadas a la extensión del plazo del Contrato y utilidades-

(...)

Teniendo en cuenta la estimación y asignación de riesgos de este Contrato y la inclusión de los mismos en el valor, el Concesionario expresamente reconoce que no serán procedentes reajustes, compensaciones, indemnizaciones, ni reclamos por las causas anteriores, o debidos a esos factores, o a cualquier otra u otras causas o factores que se produzcan durante el desarrollo de este Contrato. Por lo anterior, el Concesionario reconoce que ha contemplado dentro del valor pactado los impuestos y las retenciones de impuestos aplicables y vigentes actualmente.

Es entendido que el Concesionario, al formular la Oferta que se le acepta y que da lugar a este Contrato, tuvo en consideración todos los aspectos relacionados con las condiciones del lugar, medios, equipos, instalaciones y todos aquellos que son propios en la clase de Servicio que se obliga a ejecutar mediante este Contrato.

(...)”. (Subrayado añadido).

Por lo anterior, el Tribunal declarará impróspera la pretensión Séptima de la Demanda reformada.

1.4.1.1.5. En Cuanto a la Pretensión Octava Principal de la Demanda Reformada

Esta pretensión tiene por objeto que se declare que la UAESP: “*incumplió la ley y el contrato al no observar ni atender en debida forma sus deberes de planeación (L. 80 de 1993 art. 25, numeral 12), transparencia e información (L. 80 de 1993 art. 24, numeral 5, literales d y e), estimación de los riesgos (L. 1150 de 2007 art. 4) vigilancia y control (L. 80 de 1993 art. 5, numerales 1 y 3), revisión (L. 80 de 1993 art. 4, numerales 8 y 9; art. 5, numeral 3; art. 27 y art. 28), buena fe y colaboración (C.P. art. 83; C.C. 1603), y suficiencia tarifaria (L. 142 de 1994 art. 87) respecto del Contrato de Concesión*”.

A efectos de acometer el análisis que corresponde al Tribunal, conviene tener presente cada una de las disposiciones legales cuyo incumplimiento le imputa el Demandante a la Demandada respecto del Contrato, a fin de dilucidar el problema jurídico que la pretensión de CGR plantea, vale decir, si tales disposiciones legales fueron o no incumplidas por la UAESP:

1.4.1.1.5.1. *Deber de Planeación (L. 80 de 1993 art. 25, numeral 12) y Deberes de Buena Fe y Colaboración (C.P. art. 83; C.C. 1603)*

“ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones”¹⁰¹.

Constitución Política, Artículo 83: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Código Civil, Artículo 1603. “EJECUCIÓN DE BUENA FE. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

El Tribunal abocará el estudio de estas dos imputaciones al tiempo, habida cuenta de su conexidad material y de la forma cómo han sido presentadas por el Demandante en sus alegatos, en la medida en que recaba que el deber de buena fe, en sus facetas pre contractual y contractual¹⁰², es aplicable a la contratación estatal, comporta dentro de su alcance el deber de informar y constituye, finalmente, un desarrollo del principio de planeación, según lo ha entendido la jurisprudencia contencioso administrativa.

¹⁰¹ En su versión vigente al momento de la celebración del Contrato, artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁰² Artículos 83 C.P., 1603 C.C. y 871 C. Co.

Sobre el deber de planeación, el Demandante en su alegato hace referencia a las disposiciones legales y a los aportes jurisprudenciales y doctrinarios que configuran la obligación de la entidad de realizar los estudios previos necesarios para determinar la viabilidad del proyecto y a la incorporación del Pliego de Condiciones como parte integrante del contrato; para concluir que: *“Si durante la ejecución del contrato, se presentan situaciones que demuestran que las bases del negocio, impuestas desde el mismo pliego, no son reales, tienen falencias, equivocaciones y por esa vía genera afectación para el contratista y dificultades en la ejecución, configura un evento típico de responsabilidad contractual debido, se enfatiza, a que las reglas del pliego con la celebración del contrato se contractualizan por lo que si la causa de la vicisitud es un incumpliendo de los deberes y responsabilidad en la planeación del contrato, lo que hay claramente es un incumplimiento prestacional que da lugar, en los términos del ya referido artículo 50 de la Ley 80 de 1993, en unión del derecho común, a una completa e integral indemnización de perjuicios”*¹⁰³.

Sobre esta base, el Demandante alega que: *“En el contrato que ocupa ahora la atención de este Tribunal, se ha demostrado que: (i) La entidad erró en la fase de planeación al determinar la remuneración del futuro concesionario con crasos yerros producto de no considerar las características propias y peculiares del relleno; al consignar obligaciones que se suponía estarían adecuadamente remuneradas y que pregonó con saciedad durante el tiempo de preparación de ofertas, por lo que los interesados confiando en sus contundentes afirmaciones se decidieron a participar; (iii) engañó a los oferentes y hoy contratista con datos insuficientes, mentirosos y errados, lo que compromete seriamente su*

¹⁰³ Alegato CGR T. II, Págs. 203 a 209.

responsabilidad, por demás agrandada si se considera que no permitió conocer el modelo financiero y otorgó un plazo de solo 42 días para preparar y presentar la oferta, durante el cual resultaba imposible detectar las falencias y equivocaciones que durante la ejecución afloraron y causaron un enorme y cuantioso déficit y perjuicios que la entidad está en el deber de responder".

Al referirse a la alegada falta al deber de buena fe, el Demandante se remite a la imputación consistente en que la UAESP no llevó a cabo estudios y análisis completos y adecuados para determinar la remuneración que recibiría el futuro Concesionario del RSDJ. Al respecto, el Tribunal estima conveniente traer a colación lo dispuesto en el Decreto 2474 de 2008, vigente para la época de la Licitación, que establecía lo siguiente en relación con los estudios previos necesarios para satisfacer el deber de planeación:

"Artículo 3°. Estudios y documentos previos. En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.

Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos:

- 1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.*
- 2. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.*
- 3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de*

selección.

4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.

5. La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto.

6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.

7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.

(...)" (Subrayado añadido).

Ya el Tribunal se ocupó de describir la información contenida en el Pliego de Condiciones y sus anexos en relación con el objeto del contrato y las especificaciones del mismo, con las variables tenidas en cuenta para determinar la fórmula para determinar la remuneración del Contratista. Respecto de la estimaciones de los costos asociados al contrato propuesto, también se señaló que ello le corresponde al proponente, por tratarse de un contrato de concesión, y que ello explica por qué, en este caso, la entidad no publica ni revela el modelo financiero utilizado en su estructuración, de manera que, desde el punto de vista formal, los estudios y documentos previos puestos a disposición de los interesados en la Licitación por la UAESP, en lo que corresponde a las actividades de disposición de residuos sólidos,

cumplen formal y materialmente con los requisitos que le eran exigibles.

Por esta razón, el Tribunal no comparte ni encuentra probada la afirmación del demandante en cuanto a que la UAESP no cumplió con el deber de planeación porque *“no llevó a cabo estudios y análisis completos y adecuados para determinar la remuneración que recibiría el futuro concesionario”*, entre otras porque lo que hizo la entidad fue proponer una fórmula tarifaria con un precio techo, sobre la cual el proponente, en ejercicio de su libertad y bajo su responsabilidad en su condición de experto, debía ofertar un descuento de entre el 0 y el 10%; ni tampoco considera que *“engañó a los oferentes y hoy contratista con datos insuficientes, mentirosos y errados, lo que compromete seriamente su responsabilidad”*.

Tampoco encuentra de recibo el Tribunal el argumento que trae a colación el Demandante en el sentido de que la UAESP ocultó y se negó deliberadamente a entregar el modelo financiero sobre el cual estructuró la fórmula tarifaria con base en la cual se determinaría la remuneración del contratista¹⁰⁴, como quiera que es la ley misma la que dispone que la entidad contratante no ha de revelar su modelo económico puesto que los cálculos de costos, gastos e inversiones son de la entera responsabilidad del proponente y a la postre contratista, como quedó expuesto, si bien sobre la base de la completitud y corrección de la información suministrada en la Licitación, y de la que pueda y deba procurarse el proponente en virtud del mismo deber de planeación, así como del postulado de la buena fe en las etapas precontractual y contractual, que como lo tiene definido de tiempo atrás el Consejo de Estado, le competen de igual manera al proponente Contratista.

¹⁰⁴ Alegato CGR Pág. 211.

A este respecto, el Tribunal considera pertinente referirse a las normas de hermenéutica contractual, y en particular a la integración del negocio jurídico, que consiste en incorporar al Contrato la regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes, sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, a fin de determinar las obligaciones de las partes en relación con el deber de información.

Es así como, para dilucidar los derechos y obligaciones que radican en cada una de las partes en relación con los estudios e información precontractuales, es necesario acudir al principio de la buena fe objetiva, que al decir del Consejo de Estado:

*"[...] impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia"*¹⁰⁵.

Del principio de la buena fe objetiva en su función integradora de los negocios jurídicos, se deriva principalmente, en relación con el asunto que ocupa a este Tribunal, el deber secundario de conducta de información a cargo de las partes, el cual se encuentra además consagrado a nivel legal

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de enero 27 de 2016, Rad.: 250002326000201201106 01 (46843). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

en los artículos 1.603 del Código Civil¹⁰⁶ y 871 del Código de Comercio¹⁰⁷ y, específicamente en la fase precontractual, en el artículo 863 del estatuto mercantil¹⁰⁸, precepto este último que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado. Se añade que esta buena fe ha de entenderse en *sentido objetivo*, es decir, que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato por parte del contratante y no en su creencia subjetiva de estar obrando conforme a derecho¹⁰⁹.

El deber de información en materia contractual consiste en enterar a la parte receptora sobre los hechos relevantes en relación con el objeto del contrato de los que tenga o deba tener conocimiento la parte reveladora, tiene como propósito hacer posible para la primera adoptar informadamente la decisión de contratar en las condiciones que permitan satisfacer sus intereses (por supuesto, con la debida observancia de los de su contraparte), y encuentra su fundamento, en primer término, en el deber de cooperación o de solidaridad contractual (también derivado de la buena fe objetiva) en virtud del cual cada contratante debe tener en cuenta y respetar el legítimo interés de su cocontratante, máxime cuando se trata de la contratación estatal cuya finalidad es la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos por lo que su observancia, más que proteger el interés de cada contratante

¹⁰⁶ "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

¹⁰⁷ "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."

¹⁰⁸ "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen."

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 1998-00324 de noviembre 19 de 2012, Rad.: 25000-23-26-000-1998-00324-01 (22.043)

individualmente considerado, protege el interés de la colectividad; y en segundo término, en la protección de la confianza legítima de quien recibe la información¹¹⁰.

Para la doctrina, el deber de información se fundamenta también en la necesidad de equilibrar la desigualdad de conocimientos entre ambas partes, que genera la obligación a la parte enterada de informar sobre todas aquellas circunstancias que rodean al negocio y que la otra parte tiene interés en conocer, pero que ignora legítimamente; y de robustecer el consentimiento del contratante, para permitirle comprender el contenido de los derechos y obligaciones que por tal virtud se adquieren y valorar los riesgos que comporta el contrato¹¹¹.

En cuanto a la calidad de la información, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la misma debe ser veraz, es decir, que corresponda con la realidad; auténtica, en el sentido de que ha de coincidir con la fuente de la que se ha tomado; y completa, en cuanto debe comprender todos los datos inherentes al asunto informado.

Sin embargo, el deber de información no tiene una extensión ilimitada, como quiera que el acreedor de la información tiene, a su vez, la carga de la autorresponsabilidad negocial que le impone la obligación de desarrollar una conducta activa y diligente, en especial en la etapa precontractual, en el sentido de informarse a fin de conocer suficientemente sus derechos y sus obligaciones, así como las cosas sobre las que estos recaen, de lo que se sigue que el deudor de la información no debe informar todo aquello que

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ Chinchilla Imbett, C.A. 2011. El deber de información contractual y sus límites. Revista de Derecho Privado. 21 (dic. 2011), 327–350.

la otra parte ha podido saber por sí misma con la diligencia que le es exigible, en especial cuando se trata de la contratación estatal, por cuanto en este caso ha de presumirse que el proponente que aspira a ser contratista colaborador del Estado para la prestación de bienes o servicios es un profesional experto en la materia del contrato que pretende celebrar y no un profano legítimamente ignorante de las vicisitudes y riesgos que éste conlleva.

Al este respecto, la doctrina sostiene que las cualidades de los sujetos contratantes son determinantes para establecer el alcance del deber de información, como quiera que uno de los deberes emanados de la buena fe es *"la propia diligencia de quien requiere la información, la prohibición del abuso del derecho a solicitar información, el derecho de reserva y el respeto por los intereses de la contraparte"*, en los siguientes términos:

"A. Diligencia de las partes en el cumplimiento del deber de autoinformación:

La buena fe requiere un comportamiento libre de toda actitud incorrecta, por ello un comportamiento negligente no podría jamás estar acorde con la corrección exigida por la buena fe, en cuanto es incompatible con el espíritu de honestidad, lealtad y respeto por el interés ajeno que le son propios. Se exige un comportamiento cuyo patrón directriz es la diligencia como requisito adicional que deriva de la buena fe.

En efecto, el criterio de diligencia que caracteriza el principio general de la buena fe, limita la extensión de los deberes correlativos que se encuentran a cargo de la contraparte, dentro de ellos el deber de información. La diligencia exigida al acreedor de la información implica el deber de tomar iniciativas oportunas dirigidas a conseguir la información necesaria y determinante que le permita cumplir con dos cometidos, por una parte, el interno, el cual permite fortalecer el propio consentimiento para determinar

la conveniencia de celebrar el contrato y ejecutarlo conforme a los cánones de la buena fe. Y por la otra, el externo, que exige comunicar a la contraparte de manera clara, precisa y veraz la información que consiguió, de forma que permita la ilustración y orientación de ambos contratantes en la formación, celebración y ejecución de los contratos, y por supuesto preservar el interés que les asisten.

Así pues, la diligencia, en su cometido interno, es el instrumento de control que limita el deber de informar que le asiste al deudor en relación con el contenido de la información que este debe suministrar al acreedor, por cuanto le exige a este último tomar la iniciativa de informarse. De ahí que el acreedor de la información no deberá adoptar un comportamiento pasivo y, por el contrario, deberá buscar diligentemente la información que de acuerdo con su posición deba conocer, en aras de una adecuada colaboración en el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la relación negocial.

En este orden de ideas, la diligencia como límite al deber de información nos permite afirmar que sólo es factible edificar un incumplimiento del deber de informar sobre la base de que el acreedor de la información se encontraba en una posición de ignorancia excusable y legítima, al propio tiempo que el deudor tenía el deber de informarlo debido a su situación. Por esta razón, una genérica afirmación de ignorancia por parte del acreedor resultará insuficiente para imputar el incumplimiento del deber. De ahí que sea necesario determinar si quien dice no haber sido informado se encontraba obligado a informarse y no lo hizo. [...].

La exigencia de diligencia como límite al deber de información debe conmensurarse a las cualidades del sujeto al que se dirige tal diligencia, el cual se analizará en el caso en concreto. [...]. La diligencia que emplee el sujeto informado, según el caso en concreto, permite que “el sujeto informante extienda su información en el grado preciso para que esta merezca el calificativo de correcta y su contraparte obtenga con ella un adecuado conocimiento”¹¹².

¹¹² Chinchilla Imbett, C.A. 2011. Op. Cit.

En el caso presente, en lo que atañe a las actividades de disposición de residuos sólidos, el Demandante le imputa a la UAESP los siguientes yerros respecto de la información suministrada en la Licitación:

“(...) en la actividad de disposición final de residuos sólidos no contempló en forma adecuada la totalidad de costos, gastos e inversiones de un relleno como el RSDJ:

- a. No tuvieron en cuenta el tamaño real del RSDJ.*
- b. No tuvieron en cuenta que el método constructivo del RSDJ exige mayores costos.*
- c. No contemplaron la totalidad de actividades y equipos requeridos para operar el RSDJ.*
- d. No tuvieron en consideración la capacidad residual del RSDJ al momento de la entrega al nuevo operador”.*

Con miras a demostrar los pretendidos yerros -omisiones-, el Demandante transcribe las particularidades identificadas por CGR y aceptadas por la CRA, respecto de los costos económicos de referencia contemplados en la Resolución CRA 720 de 2015 que permitieron, a partir de la solicitud presentada por el primero en 2017, acceder a la solicitud de modificación del Costo Económico de Referencia para el Componente de Disposición Final — CDF mediante la Resolución CRA 831 de 2018¹¹³.

Vistas las anteriores argumentaciones alrededor de la información suministrada y las consideraciones sobre el particular, el Tribunal encuentra que para la prosperidad de la pretensión que se analiza le correspondía al Demandante acreditar, en primer lugar, que la información que tuvo a disposición resultó ser incompleta o errada; en segundo término, que satisfizo sus obligaciones de autoinformación, en los términos expresados, y por último, que a pesar de ello no habría sido posible, razonablemente, haber

¹¹³ Alegatos CGR Pág. 213.

reparado en las falencias que dicha información contenía, a más, por supuesto, de acreditar los efectos adversos que en la práctica hubo de experimentar por tales circunstancias.

En relación con la primera imputación (que la UAESP no contempló en forma adecuada la totalidad de costos, gastos e inversiones en la actividad de disposición final de residuos sólidos por cuanto no tuvo en cuenta el tamaño real del RSDJ), quedó probado que en la Licitación la entidad sí informó sobre el volumen real de los residuos sólidos que ingresaban al RSDJ y que el Concesionario los tuvo en cuenta al formular su oferta. Lo que ocurre es que la cantidad de residuos sólidos contemplada en la fórmula regulatoria para establecer los costos de referencia para determinar el precio techo en los rellenos de mayor magnitud es de 1.280 toneladas día, al paso que el volumen real de los que ingresaban al RSDJ era del orden de 6.000 toneladas por día; lo que llevaría a la necesidad de analizar si esta diferencia incidiría o no en la suficiencia de la reclamación, asunto éste que competía al proponente, quien como experto en la materia podía y debía determinar este aspecto para poder presentar una oferta correctamente estructurada.

En cuanto a la alegación de que los estudios de la UAESP no contemplaron la totalidad de actividades y equipos requeridos para operar el RSDJ, el Tribunal encuentra, conforme a lo ya expresado, que la determinación de las actividades y equipos necesarios para satisfacer el objeto contractual de acuerdo con las obligaciones que del Contrato se derivan a cargo del Concesionario es una labor que le competía al proponente, quien en su condición de experto es quien mejor puede estimar lo que necesitará para dar cumplimiento al futuro Contrato; es decir, la valoración de los costos, gastos e inversiones a cargo del Concesionario es el resultado de sus propios

análisis y cálculos y no de los que haya hecho la entidad.

Respecto del tema de la menor capacidad residual del RSDJ¹¹⁴, el asunto radica en que a la fecha en la cual inició la operación del RSDJ por parte de CGR (16 de diciembre de 2010), no se encontraban terminadas las obras necesarias para entregar la capacidad de disposición de residuos de 6 meses, correspondientes a las Terrazas 1 y 2 de la Zona de Optimización, cuya ejecución se encontraba a cargo del anterior operador del relleno (Aguas de Bogotá E.S.P.) y que deberían haber sido entregadas el 12 de octubre de 2010. Como consecuencia de ello, CGR debió asumir su terminación, lo cual quedó probado en el presente proceso. Lo anterior conllevó un incumplimiento por parte de la UAESP, que en efecto se había comprometido, de conformidad con el Pliego de Condiciones, a entregar dichas obras terminadas al nuevo operador.

Sin embargo, también quedó acreditado en el expediente que las consecuencias económicas adversas que para el Concesionario se derivaron de dicho incumplimiento fueron solucionadas de común acuerdo entre las partes, mediante la suscripción de la Adición N° 2 al Contrato de Concesión del 15 de julio de 2011¹¹⁵, en virtud de la cual convinieron en adicionar el valor del Contrato en la suma de \$4.378'571.949 para remunerar la terminación de las obras y en un plazo de 6 meses para la ejecución de las mismas. De esta forma, es claro que el incumplimiento de la UAESP fue oportuna, adecuada e íntegramente resarcido, de manera que no es posible derivar de estas circunstancias un incumplimiento del deber de planeación, en su desarrollo del postulado de la buena fe, pues por el

¹¹⁴ Este tema es tratado por el Demandante en el capítulo 3.2 de su alegato T 2 Págs. 140 y siguientes.

¹¹⁵ Documentos aportados con la Contestación de la Demanda 2. Contractual 344 de 2010, 9. ADICIÓN No. 2

contrario se advierte de los hechos probados, que en este caso la UAESP dio cabal cumplimiento a lo establecido en los artículos 4, numerales 8 y 9; 5, numerales 1 y 3, 27 y 28 de la Ley 80 de 1983, que precisamente prescriben cuál ha de ser la conducta de las partes cuando se presenten contingencias como la advertida en este apartado.

En cuanto a la imputación respecto de que la UAESP no tuvo en cuenta que el método constructivo del RSDJ por cuanto en el RSDJ se combinan los métodos de rampa y área, y que los costos difieren de los establecidos de manera general en la regulación, el Tribunal no encuentra la prueba que acredita que la diferencia en el método constructivo no pudiera ser advertida por los proponentes (más bien se inclina a considerar que, si ello se deriva de la composición geomorfológica del terreno, un observador avezado y conocedor habría podido advertir tal circunstancia durante la licitación); ni tampoco de los precisos efectos que dicha circunstancia pudo haber generado, ni de los perjuicios económicos que de ella se hubieran derivado para CGR.

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil, *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo”*, norma ésta que está en concordancia con el artículo 167 del Código General del Proceso, de manera que para el éxito de las pretensiones que se analiza, el Demandante tenía la carga de probar que atendió las obligaciones de auto información que a su cargo se derivan del principio de la buena fe precontractual.

Sin embargo, no se aportó al presente proceso prueba alguna de las gestiones, investigaciones, análisis o comprobaciones o estudios técnicos y

de costos que el Demandante hubiera llevado a cabo durante la fase de licitación para satisfacer dichos deberes. De hecho, los peritos técnicos y financieros no se ocupan de este asunto en sus dictámenes, ni se aportaron al plenario documentos que acrediten dichas actividades precontractuales, lo cual de contera impide al Tribunal establecer si los yerros que CGR le imputa a la UAESP hubieran o no sido advertibles mediante la debida diligencia del proponente adjudicatario de la Licitación.

Por las anteriores razones, el Tribunal no accederá a las pretensiones de que se declare que la UAESP incumplió, en relación con las actividades de disposición de residuos sólidos, sus deberes de planeación o de buena fe.

1.4.1.1.5.2. *Deber de Transparencia e Información (L. 80 de 1993 art. 24, numeral 5, literales d y e)*

“ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

*5o. En los pliegos de condiciones:
(...)*

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

(...)

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.

Para sustentar esta pretensión, el Demandante alude en su alegato de

conclusión¹¹⁶ a la disposición legal transcrita, a la que agrega que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, la información publicada por las entidades públicas en el pliego de condiciones debe ser veraz, responsable, ecuánime, suficiente y oportuna; y que junto a ellos se deben publicar los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración.

Señala la demandante que la UAESP en el pliego de condiciones indujo a error a los proponentes e incluyó exigencias de imposible cumplimiento. En relación con las actividades de disposición de residuos sólidos, el Tribunal intuye, pues no se precisa en el alegato nada al respecto, que ello ocurrió por cuanto la Entidad afirmó que entregaría el RSDJ y sus equipos y maquinaria en ciertas condiciones, pero que durante la ejecución contractual el estado del RSDJ y de sus equipos y maquinaria se encontró en unas circunstancias diferentes a las anunciadas.

Al respecto, el Demandante no se refiere a cuáles fueron esas diferencias, pero podría el Tribunal entender, en cuanto a lo primero (estado del RSDJ) que se trata de las condiciones a las que se hizo alusión en el anterior apartado (el volumen de los residuos sólidos que ingresaban al relleno; el método constructivo; las actividades y equipos requeridos para operarlo y la capacidad residual), en cuyo caso se estará a lo allí resuelto.

En lo tocante a los equipos y maquinaria, supone el Tribunal que la imputación se identifica con la contenida en las pretensiones Trigésima Sexta a Trigésima Novena, de las cuales se ocupará en el apartado correspondiente de este Laudo.

¹¹⁶ Alegato CGR. Págs. 281 a 285.

Por lo anterior, esta pretensión no está llamada a prosperar.

1.4.1.1.5.3. Deber de Estimación de los Riesgos (L. 1150 de 2007 art. 4)

“ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.

Esta pretensión no tiene ningún desarrollo en los alegatos de conclusión de CGR; sin embargo, ya el Tribunal ha analizado lo relativo al régimen contractual de distribución de riesgos y encontró que la UAESP, en el Pliego de Condiciones y sus apéndices, identificó y cuantificó los riesgos contractuales, y realizó la audiencia de distribución de riesgos, con base en la cual los asignó definitivamente, sin que el Tribunal encuentre probado ningún incumplimiento a este respecto.

Por ello, esta pretensión no prosperará.

1.4.1.1.5.4. Deberes de Vigilancia y Control (L. 80 de 1993 art. 5, Numerales 1 y 3), y el Deber de Revisión (L. 80 de 1993 art. 4, Numerales 8 y 9; art. 5, Numeral 3; art. 27 y art. 28)

“ARTÍCULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES

ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

(...)

8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse."

"ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley¹¹⁷, los contratistas:

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la

¹¹⁷ "ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones."

ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

(...)

3o. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren.

Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste".

"ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate".

"ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos".

El Demandante desarrolla estas causales de supuesto incumplimiento de la

UAESP en sus alegatos de conclusión¹¹⁸, a efectos de lo cual señala que la entidad celebró el contrato 130E de 2011 con la UT INTER DJ para que ésta realizara la interventoría del Contrato de Concesión, incluyendo dentro de las labores a su cargo la interventoría (supervisión) en materia financiera.

Al respecto, alega que la mencionada UT no cumplió sus obligaciones contractuales en cuanto a la supervisión financiera del Contrato y que tal incumplimiento del interventor le es atribuible a la entidad. Dicho incumplimiento consistió, al decir del Demandante, en que a pesar de que la Interventoría era consciente de que la remuneración de CGR era insuficiente y de que CGR presentó varias peticiones sobre la insuficiencia financiera y el déficit que acumulaba el contratista, no adoptó las medidas pertinentes para solucionar dicha insuficiencia.

Como corolario de lo anterior, afirma que *“la UAESP incumplió sus deberes de vigilancia y supervisión del Contrato. En su calidad de entidad contratante no solo debía asegurar que la remuneración de CGR Doña Juana fuera suficiente para el desarrollo de la totalidad de las actividades al interior del RSDJ, sino que si esta resultaba ser insuficiente debía adoptar e implementar medidas compensatorias y resarcitorias, asimismo, debía realizar una supervisión y control al Contrato 344 de 2010 con el propósito de vigilar que la remuneración fuera suficiente a lo largo del contrato 344 de 2010, para mantener las condiciones financieras prometidas -esto es que la remuneración sea suficiente, evitar que sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de CGR Doña Juana, corregir los desajustes presentados en la remuneración, adoptar los mecanismos y procedimientos para solucionar la insuficiencia en la*

¹¹⁸ Alegatos CGR, T. 2 Vigilancia y control Págs. 248 a 276 y Revisión, Págs. 276 a 281.

remuneración, evitar que se rompa el equilibrio del contrato y tomar las medidas pertinentes para evitar que ello suceda. Sin embargo, la UAESP no lo hizo, pese que a lo largo de la operación el Concesionario le advirtió la insuficiencia de la remuneración, que la Interventoría igualmente lo hizo, y que contaba con los mecanismos para corregir la situación (aportes bajo condición, establecer una remuneración suficiente, indemnizar daños y restablecer el equilibrio económico del contrato)”¹¹⁹.

En relación con la imputación de incumplimiento del deber de revisión, el Demandante se vale de las normas transcritas para concluir, *mutatis mutandis*, con los mismos reproches a la UAESP en lo que toca con los asuntos que se analizan en este capítulo, es decir, con las actividades de disposición de residuos sólidos entre el inicio del Contrato de Concesión y el advenimiento de nuevos requerimientos ambientales y en materia de vertimientos y la entrada en vigor de la Resolución CRA 720 de 2015 -se reitera que de estas circunstancias sobreviniente el Tribunal se ocupará en el siguiente apartado de este capítulo-, al señalar que “i) CGR Doña Juana le puso de presente desde el inicio de la ejecución del Contrato 344 del 2010 que la remuneración no era suficiente para cubrir los costos, gastos e inversiones reales del RSDJ. Ante esa situación, la UAESP debía adoptar todas las medidas necesarias para ajustar la remuneración del contrato y de esa manera mantenerle al Concesionario las condiciones económicas, técnicas y financieras propuestas en la Licitación 001 de 2010, esto es, que la remuneración fuera suficiente para la ejecución de las actividades y obras necesarias en el RSDJ”.

Como se señaló, el Demandante se refiere en el capítulo 4.2.1 de sus

¹¹⁹ Alegato CGR. Pág. 275.

alegatos al conocimiento que, según afirma, tenía la UAESP sobre la insuficiencia tarifaria y sobre las notificaciones que al respecto le hicieron el contratista y la interventoría. A tal efecto, trae a colación en primer lugar los testimonios de los testigos Alcira Tapias, Carlos Rangel y Ian Carlos Ortiz, sin embargo, el Tribunal solamente encuentra en tales testimonios declaraciones vagas, imprecisas e indeterminadas que no le permiten arribar a conclusiones ciertas sobre el particular.

Acto seguido, el Demandante hace un recuento de las comunicaciones cruzadas con la Contratante en relación con la alegada insuficiencia tarifaria, a las cuales hará referencia el Tribunal para determinar si existió dicho conocimiento por parte de la UAESP y de qué manera le fue notificado por CGR, sobre las actividades de disposición de residuos sólidos y dentro del período bajo análisis:

1. Las comunicaciones del 22 de diciembre de 2010 (CGR-0118-10); 5 de enero de 2011 (CGR-001-11); 12 de enero de 2011 (CGR-003 de 2011), CGR se refiere a las actividades de tratamiento de lixiviados, y en particular, a las obras del Plan de Choque y de optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados.
2. El 31 de enero de 2011 mediante la comunicación CGR-024 de 2011 el concesionario señaló en cuanto a la actividad de disposición de residuos sólidos que la UAESP no había entregado una capacidad remanente de 6 meses y por eso presentó a la entidad las actividades que se requerían ejecutar: A este tema ya hizo referencia el Tribunal, y concluyó que al asunto resultó zanjado de común acuerdo y de manera definitiva entre las partes, de manera que no afectó la suficiencia de la remuneración

de CGR.

3. El 16 de febrero de 2011 mediante comunicación CGR-DJ-146-11, CGR Doña Juana informó a la UAESP que la remuneración de disposición final de residuos sólidos fijada por esa entidad no incluía la operación de la zona de emergencia de Biosólidos, y *“otras actividades que, si bien son propias del manejo del Relleno sanitario y/o del objeto contractual, no se incluyen en el marco tarifario: Lo anterior, siguiendo los lineamientos ambientales establecidos en la licencia ambiental del relleno. Igualmente, no se incluye las especificaciones operativas dadas mediante la Resolución 724 del 11 de Octubre de 2010”*: Esta comunicación, si bien parece referirse a una reclamación por actividades no incluidas en la remuneración contractual, merece las siguientes consideraciones: (i) no existe en la demanda un solo hecho que se refiera a la operación de la zona de biosólidos, por lo que el Tribunal está imposibilitado para determinar si eventualmente pudo haber una violación de los deberes de supervisión o revisión contractual al respecto, (ii) en el mismo sentido, se desconoce a qué se refiere con *“otras actividades que, si bien son propias del manejo del Relleno sanitario y/o del objeto contractual, no se incluyen en el marco tarifario”*, pues se omite su identificación; y (iii) respecto del cumplimiento de las especificaciones técnicas de la Resolución 724 de 2010, que fue el acto administrativo en virtud del cual la UAESP modificó el Reglamento Técnico del RSDJ, el tema fue objeto de análisis en el Laudo de 2018, en el cual se definió, con efectos de cosa juzgada respecto de los temas que son objeto de este arbitramento, que las obligaciones derivadas de la mencionada Resolución sí hacían parte del objeto del Contrato de Concesión, en virtud de lo pactado en la cláusula Quinta del mismo,

como consecuencia de lo cual en la parte resolutive del Laudo de 2018 se rechazaron las pretensiones 3.1.11. y 3.1.12 de la demanda principal. Así las cosas, estos asuntos no tienen la virtualidad de generar una eventual transgresión de los deberes de supervisión y revisión contractual a cargo de la UAESP.

4. Comunicación del 14 de marzo de 2011 (CGR-072-11): se refiere a actividades de tratamiento de lixiviados.
5. Comunicación del 23 de marzo de 2011 (CGR-074-11): CGR Doña Juana envió una relación de los pasivos encontrados y obras pendientes por realizar en el RSDJ solicitando a la UAESP su pago; sin embargo, respecto del contenido de esta comunicación CGR advierte que “[L]a mayoría de estos pendientes fueron reconocidos por la UAESP en la comunicación 2011EE-5641 de 2011 a su cargo”, de manera que tampoco podrían constituirse en un incumplimiento del deber de supervisión o revisión, pues sus efectos fueron asumidos por la UAESP de conformidad con lo establecido en las disposiciones legales que se enuncian al principio de este apartado.
6. Comunicación del 25 de mayo de 2011 (CGR-099-11): CGR Doña Juana solicitó el pago de unos pasivos ambientales dejados por los operadores anteriores del RSDJ. Sin embargo, el Tribunal no encuentra, pues el Demandante no lo especifica, a qué pasivos contractuales se refiere, ni mucho menos las consecuencias económicas que de ellos se derivaron, lo que le impide establecer si a este respecto se dio un incumplimiento del deber de supervisión o revisión contractual.

7. Comunicación del 13 de junio de 2011 (CGR-DJ-687-11): se refiere a la capacidad remanente de la zona de disposición final de residuos sólidos inferior a 6 meses, tema que ya fue abordado y que fue solucionado de común acuerdo entre las partes.
8. Comunicación del 1 de septiembre de 2011 (CGR-159-11), acta del 27 de diciembre de 2011, comunicación del 31 de agosto de 2011 (CGR-158-11), comunicación del 16 de abril de 2012 (CGR-052-12): se refieren todas a actividades de tratamiento de lixiviados, al plan de choque y a la optimización de la PTL.
9. Comunicaciones del 30 de agosto de 2012 (CGR-DJ-799-12) y 9 de noviembre de 2012 (CGR-DJ 1026-12): CGR solicitó el pago de pasivos ambientales en la vía principal y advirtió que la ejecución de estas obras a cargo del concesionario sin que la UAESP reintegrara los recursos como había prometido había generado un desequilibrio económico del contrato: Sobre este particular, el Tribunal encuentra que en el Laudo de 2018, que como se ha señalado tiene mérito de cosa juzgada respecto de las materias que allí se resolvieron y que son objeto de debate en este arbitramento, aquel tribunal analizó y decidió las pretensiones 3.1.11. y 3.1.12. de la demanda de CGR, mediante las cuales pedía que se declarara que al momento de iniciar el contrato la vía principal al RSDJ no cumplía con la normatividad técnica, y que no existía a la celebración del contrato obligación legal o contractual alguna que implicara el cumplimiento de las normatividad que fuera proferida por el Instituto Nacional de Vías INVIAS, como quiera que dicha obligación surgió con posterioridad, por medio de la Resolución de la UAESP No. 724 de octubre de 2010, contentiva en el Reglamento Técnico del RSJD (3.1.11);

consecuencialmente, pidió que se declarara que los costos en que sea necesario incurrir a efectos de que la vía principal y su mantenimiento cumplan con la normatividad del INVIAS, deben ser asumidos por la UAESP, entre ellos, los soportados por CGR en la reconstrucción de algunos tramos de la vía principal (pretensión 3.1.12). Pues bien, estas pretensiones fueron negadas, y por el contrario, el tribunal decidió, en el Laudo de 2018, acoger las pretensiones decima primera y trigésima primera de la demanda de reconvención formulada por la UAESP, y en tal virtud declaró *“que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. - ESP incumplió parcialmente en el tiempo actual de ejecución del Contrato 344 de 2010, la obligación pactada en su Cláusula 3 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana, sobre la construcción, reparación, mantenimiento y aseo de la capa asfáltica, incluyendo las obras de arte laterales (bajo las normas técnicas viales vigentes al momento de contratar, del INVIAS y demás autoridades competentes y sus posteriores modificaciones), de la vía principal del Relleno Sanitario Doña Juana, que va desde la puerta de acceso hasta la zona VIII de disposición según la Resolución UAESP No. 724 de octubre de 2010, contentiva del nuevo Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana)¹²⁰, y “Condenar a la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP a realizar la construcción, reparación, mantenimiento y aseo de la capa asfáltica, incluyendo las obras de arte laterales (bajo las normas técnicas viales vigentes al momento de contratar, del INVIAS y demás autoridades competentes y sus posteriores modificaciones), de la vía principal del relleno RSDJ, que va desde la puerta de acceso hasta la zona VIII de disposición según la Resolución UAESP No. 724 de octubre de 2010, contentiva del nuevo Reglamento Técnico del RSDJ), lo anterior desde la*

¹²⁰ Numeral Décima (sic) sexto de la parte resolutive del Laudo de 2018.

ejecutoria del Laudo Arbitral"¹²¹. Por lo anterior, este evento no puede ser configurativo de una transgresión de los deberes de supervisión o de revisión a cargo de la UAESP.

10. "PROPUESTA TÉCNICA PARA SOLICITUD DEL PERMISO DE VERTIMIENTOS DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS EN EL RSDJ" del año 2013, comunicación del 13 de marzo de 2013 (CGR-DJ-259 2013), estudio presentado a la UAESP el 27 de mayo de 2014 (CGR-113-14), comunicación del 9 de julio de 2014 (CGR-135-14), comunicación del 12 de septiembre de 2014 (CGR-198-14), comunicación del 12 de septiembre de 2014 (CGR-DJ-196-14), comunicación del 1 de octubre de 2014 (CGR-209-14), comunicación del 26 de noviembre de 2014 (CGR-260-14), comunicación del 21 de enero de 2015 (CGR-DJ-068-15), comunicación del 25 de febrero de 2015 (CGR-39-15): se refieren todas a actividades de tratamiento de lixiviados, al plan de choque y a la optimización de la PTL.

Visto lo anterior, el Tribunal no encuentra probado que la UAESP hubiere faltado a sus deberes de supervisión contractual o de revisión de la ecuación económica del Contrato en lo que tiene que ver con las actividades de disposición de residuos sólidos y dentro del período transcurrido entre el inicio del Contrato y la época en la cual entraron en vigor la Resoluciones de la CAR que modificaron los requerimientos ambientales exigibles en el RSDJ y la Resolución CRA 720 de 2015, en la medida en que no se comprobó que hubieren mediado incumplimientos de la UAESP ni que hubieren ocurrido circunstancias sobrevinientes a la celebración del Contrato que no hubieren sido atendidas adecuada y

¹²¹ Numeral Décimo Séptimo de la parte resolutive del Laudo de 2018.

oportunamente por la Entidad y que alteraran el equilibrio económico financiero del Contrato; por lo cual las pretensiones a las que se refiere este apartado no están llamada a prosperar.

1.4.1.1.5.5. *Deberes de Suficiencia Tarifaria (L. 142 de 1994 art. 87)*

“ARTÍCULO 87. CRITERIOS PARA DEFINIR EL RÉGIMEN TARIFARIO. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

(...)

87.4. Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios”.

El Demandante pretende¹²² que se declare que la UAESP incumplió la ley y el contrato al no observar ni atender en debida forma sus deberes para garantizar la suficiencia tarifaria (L. 142 de 1994 art. 87) respecto del Contrato de Concesión No. 344 de 2010.

Al respecto, el Tribunal tiene por establecido que el principio de suficiencia tarifaria hace parte del régimen tarifario regulatorio, y en tal sentido el cumplimiento del referido principio es asunto que atañe exclusivamente al regulador, en este caso, a la CRA.

¹²² Pretensión Octava de la Demanda Reformada.

En tal sentido, la pretensión tal como está postulada está llamada al fracaso, como quiera que no sería posible exigir a la entidad contratante el cumplimiento de un principio que es aplicable al regulador, a lo cual se añade, a riesgo de ser reiterativo, **que tal análisis no es objeto de este proceso, ni podría serlo pues excedería de la competencia de este Tribunal.**

Sin embargo, en el alegato de conclusión¹²³ el Demandante argumenta que, en virtud de que el parágrafo del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 consagra la posibilidad de la remuneración contractual en los contratos que tiene por objeto la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios, siempre que se cumplan los criterios del mismo artículo 87, y de que dicha norma en su numeral 87.4 establece el principio de la suficiencia tarifaria, es deber de las entidades contratantes mantener el equilibrio económico financiero del contrato, incluyendo la posibilidad para el contratista de obtener una utilidad.

Señala, además, que *“la UAESP comprometió su responsabilidad cuando en el proceso de licitación aseguró en diversas formas y de forma reiterada que la remuneración sería suficiente para garantizar la recuperación de los costos y gastos de la operación, permitir remunerar el patrimonio de los accionistas y debe permitir utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios”*; que *“durante la ejecución del Contrato 344 de 2010 exigió realizar muchas actividades sin que estuvieran contempladas en su remuneración o estuvieran solo de forma parcial, por lo que esta resultó ser completamente insuficiente para cubrir todos los costos, gastos, inversiones”*; y que *“indujo a error a los proponentes e incumplió el contrato 344 de 2010, transgredió sus*

¹²³ Alegatos CGR, T. 2. Págs. 217 y siguientes.

obligaciones durante la etapa previa y de planeación, vulneró el principio de confianza legítima y desconoció sus propios actos, cuando tales afirmaciones resultaron no ser ciertas y no haber tomado medidas correctivas y compensatorias"; aduciendo además que la UAESP no debió haber utilizado como referente para la remuneración de las actividades de disposición de residuos sólidos la Resolución CRA 351 de 2005, pues ésta no era acorde con el costo y magnitud de las actividades exigidas en el Contrato, o debió haber complementado la remuneración resultante a fin de que la remuneración contractual respetara el principio de suficiencia financiera.

Respecto de la afirmación del Demandante en el sentido de que durante la etapa precontractual, la UAESP aseguró y garantizó que con base en sus estudios que la remuneración sería suficiente para cubrir todos los costos, gastos e inversiones y remunerar el patrimonio de los inversionistas; y en particular, que *"La UAESP dio absoluta certeza sobre la suficiencia de la remuneración"*¹²⁴, el Tribunal encuentra que CGR tiene estas manifestaciones de la UAESP como una suerte de garantía *ab initio* de utilidad del contrato, con independencia de las circunstancias que pudieran darse en la etapa precontractual y hasta el momento de su celebración, que podrían conducir a que la remuneración pactada resultara insuficiente sin que ello comprometa la responsabilidad de la entidad contratante.

Para el Tribunal, las aseveraciones que hizo la UAESP en la fase precontractual en relación con la suficiencia de la remuneración consisten, todas ellas, en manifestar que, de conformidad con los estudios previos

¹²⁴ Alegatos CGR, T. 1 Págs. 110 y siguientes.

realizados por la entidad, la remuneración resultante de la oferta del contratista adjudicatario debería ser suficiente, obviamente bajo el entendido del alcance del objeto del Contrato y de las obligaciones que de éste se derivan a cargo del Contratista, y asumiendo, desde luego, tanto la completitud y veracidad de la información puesta a disposición de los proponentes, como la habilidad de éstos para recabar la información adicional que consideraran necesaria y para realizar sus propios análisis técnicos, económicos, regulatorios y demás, para adoptar una decisión informada en cuanto a la conveniencia de su participación o no en el proceso licitatorio y en cuanto al descuento ofrecido sobre el precio techo (CDTj) en relación con la actividades de disposición de residuos sólidos.

Por lo demás, en relación con los asuntos que trae a colación el Demandante en la pretensión que se analiza, el Tribunal ya estableció, como se determina en capítulo anterior del Laudo, **(i)** que no se probó que la remuneración pactada en el Contrato como contraprestación por las actividades de disposición de residuos sólidos, entre la fecha de su celebración y hasta la entrada en vigor de la Resolución CRA 720 de 2015, fuera insuficiente para cubrir los costos, gastos, inversiones y remuneración de los accionistas de CGR en el período mencionado, por lo cual habrá de desestimar la pretensión Primera principal de la Demanda Reformada; **(ii)** que no encuentra en el plenario prueba alguna que determine que existieron obligaciones impuestas por la UEASP al Contratista, distintas de las pactadas en el Contrato, o en qué costos o gastos hubo de incurrir este, que no estuvieran remunerados al amparo de la cláusula Séptima del mismo, por lo cual las pretensiones primera y segunda Subsidiarias de la principal Quinta, tampoco están llamadas a prosperar; y **(iii)** que la UAESP no incumplió sus obligaciones *“al establecer para las actividades de disposición de residuos*

sólidos una tarifa que resultó no ser suficiente", por lo que la pretensión Quinta principal no está llamada a prosperar.

1.4.1.2. En Cuanto a la Pretensión SUBSIDIARIA de la Octava Principal de la Demanda Reformada:

"SUBSIDIARIA DE LA OCTAVA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP, en su condición de Contratante, incumplió obligaciones derivadas del Contrato de Concesión No. 344 de 2010, celebrado entre dicha Unidad y EL CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., en relación con las estipulaciones que tienen que ver con "Supervisar la ejecución del contrato" contenida en el numeral cuatro de la Cláusula Cuarta referente a las obligaciones que le asisten a la entidad contratante UAESP; así como con la obligación referida a "La UAESP verificará el cabal desarrollo del presente contrato directamente o por conducto de terceros contratados para el efecto" contenida en la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Concesión 344 de 2010, pues de haberlo hecho, habría identificado las carencias y dificultades financieras que componían la remuneración a que tenía derecho el concesionario, establecida a partir de una estructura de costos que no remuneraban adecuadamente la ejecución de las obligaciones derivadas de la licencia ambiental expedida por la autoridad ambiental (Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR), ni la escala de operación de relleno sanitario Doña Juana".

Esta pretensión, respecto a las estipulaciones contractuales que se dicen incumplidas, es idéntica en cuanto a su objeto a la pretensión Octava principal de la Demanda Reformada, con relación al pretendido incumplimiento por parte de la UAESP de la ley y el contrato al no observar ni atender en debida forma sus deberes de vigilancia y control y de revisión, como quiera que las obligaciones contractuales pactadas en las cláusulas

Cuarta, numeral 4 (supervisar la ejecución del Contrato) y Décima Cuarta (verificar el desarrollo del Contrato) son en esencia una reproducción contractual de los referidos deberes legales y el tratamiento y argumentación que formula el Demandante es materialmente el mismo, por lo cual el Tribunal, respecto de esta pretensión, se estará a las consideraciones expuestas en relación con la anterior, y en consecuencia, habrá de declararla impróspera, al igual que aquella.

1.4.1.3. En Cuanto a las Pretensiones Vigésima Primera y Vigésima Segunda de la Demanda Reformada

Mediante estas pretensiones el Demandante solicita que se declare que ocurrieron actos de autoridad y de terceros y circunstancias extraordinarias e imprevisibles, ajenos CGR, que ocasionaron o profundizaron el desequilibrio económico y financiero del Contrato, y que los incumplimientos de la UAESP, aunados a las circunstancias ya mencionadas, produjeron la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato y ocasionaron daños y perjuicios a CGR, que éste constitucional y legalmente no tiene el deber de soportar.

Al efecto, en el capítulo VIII de su alegato de conclusión¹²⁵ se remite a las mismas normas a las que acudió para sustentar su alegato respecto de los deberes de CGR en cuanto al control, supervisión y revisión del Contrato, que no son otras que las que regulan, en la Ley 80 de 1993 el fenómeno del restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal.

Acto seguido, en el numeral 8.1 plantea las mismas argumentaciones de

¹²⁵ Alegato CGR. T. 3. Págs. 3 a 7.

que se valió en materia de los deberes de la entidad estatal, en donde reitera la supuesta certeza que la UAESP dio a los proponentes acerca de la suficiencia de la remuneración contractual; y luego, en el numeral 8.2, hace un recuento de las imputaciones de incumplimiento que CGR le hace a la UAESP, así:

- La UAESP no entregó el RSDJ con una capacidad remanente de 6 meses para realizar disposición final de residuos sólidos.
- La licencia ambiental tramitada por la UAESP y Proactiva tenía un error, el cual disminuyó en casi un año la vida útil del RSDJ.
- La UAESP no entregó a CGR Doña Juana los recursos necesarios para ejecutar las obras de clausura y postclausura de las zonas operadas por operadores anteriores.
- La UAESP no entregó la Celda VI con las condiciones requeridas para realizar disposición final de residuos sólidos.
- La maquinaria a la que se había obligado en el Apéndice 1 de los pliegos de condiciones de la Licitación, no fue entregada ni en estado operativo ni en su totalidad.
- La UAESP no reconoció a CGR Doña Juana los costos en los que incurrió el Concesionario al ejecutar las obras de mantenimiento y adecuación del Pondaje II-2 que constituían pasivos ambientales.
- La Planta de Tratamiento de Lixiviados no se entregó con una capacidad de tratamiento de 21.5 litros por segundo.
- La remuneración fijada por la UAESP para la actividad de tratamiento de lixiviados se estructuró con base en una capacidad de tratamiento de la PTL de 21,5 litros por segundo, condición que no se cumplió.
- El Plan de Choque no se encontraba finalizado.
- Los volúmenes a tratar de lixiviados fueron mayores que los anunciados

en la licitación en razón de la aparición del bypass que la UAESP no había revelado a los proponentes.

- Los pondajes del RSDJ fueron entregados llenos de lixiviados y sin mantenimiento.
- La UAESP no realizó la ampliación del Pondaje VII, la cual era una obligación que aceptó que estaba a su cargo.
- La vía principal del RSDJ se entregó sin cumplir con la normatividad Invías y CGR Doña Juana tuvo que reconstruir la misma.
- La UAESP no entregó, como se había comprometido, los recursos de los pasivos ambientales y actividades no ejecutadas, descontados a los anteriores operadores y concesionarios.

A este respecto, el Tribunal pone de presente que, como se ha analizado ya, de los presuntos incumplimientos que le atribuye CGR a la UAESP algunos ya fueron analizados, en cuanto solamente fueron esgrimidos por el Demandante como fundamento de sus pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato¹²⁶.

En cuanto a los demás asuntos a los que se refieren las imputaciones del Demandante, en la medida en que son objeto de otras pretensiones de la Demanda Reformada, o de las de la Demanda de Reconvención Reformada, que tienen por objeto que se declaren incumplimientos en relación con cada uno de esos asuntos y que en consecuencia se ordenen las indemnizaciones de perjuicios correspondientes, o aún se declare la nulidad de ciertas cláusulas contractuales, el Tribunal se referirá a ellos cuando se ocupe del análisis de esas otras pretensiones, pues, como se advierte, la consecuencia que con ellas se busca no es estrictamente, el

¹²⁶ Es el caso de la capacidad remanente del RSDJ, y de las obras de la vía principal.

restablecimiento del equilibrio económico -entendido como la compensación por los efectos adversos de circunstancias extraordinarias, imprevisibles y sobrevinientes a la celebración del contrato-, sino la indemnización de perjuicios o la declaratoria de nulidad.

Finalmente, en el capítulo 8.3 de sus alegatos, CGR se refiere a hechos ajenos a las partes que habrían desequilibrado económicamente el Contrato, dentro de los cuales, en lo que hace a las actividades de disposición de residuos sólidos, solamente menciona la expedición de la Resolución CAR 1351 de 2014, modificatoria de la licencia ambiental, que según su dicho generó un aumento de costos considerable para CGR, el cual, según aduce, este no está en obligación de soportar.

Las consecuencias de esta modificación, sin embargo, se comenzaron a generar a partir del momento en que se comenzó a aplicar la Resolución CAR 1351 de 2014¹²⁷, por lo cual el Tribunal se ocupará de este tema en el siguiente capítulo de este Laudo.

En todo caso, en lo que respecta a los fundamentos del alegado rompimiento del equilibrio económico del contrato en el período corrido entre la fecha del inicio de la ejecución del Contrato y la fecha de entrada en vigor de la Resolución CRA 720 de 2015, el Tribunal advierte que todos estos asuntos ya fueron analizados en apartados anteriores, en los cuales se estableció lo siguiente:

*"5.1.1. En cuanto a la pretensión principal Quinta
(...)*

5.1.1.2. La ecuación económica del Contrato de Concesión 344

¹²⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 106 y ss.

de 2010"

"Así, teniendo estos elementos de juicio (por supuesto, todo ello sujeto a la completitud y veracidad de la información suministrada y dentro del alcance de la que el proponente interesado estaba razonablemente en condiciones de procurarse), ha de tenerse que la ecuación financiera del Contrato resultante de la propuesta económica del proponente a la postre adjudicatario, también bajo las consideraciones expresadas, cumplió con el principio de la conmutatividad o equilibrio económico, puesto que éste, en su condición de experto en la materia y mediando la diligencia que tal condición le demanda, consideró, al igual que lo hizo la entidad al preparar el Pliego, que las prestaciones y cargas de una y otra parte resultaban aproximadamente equivalentes".

"5.1.2. En cuanto a las pretensiones primera y segunda subsidiarias de la principal Quinta:"

"En síntesis, el Tribunal no encuentra en el plenario prueba alguna que determine que existieron obligaciones impuestas por la UEASP a la entidad al Contratista, distintas de las pactadas en el Contrato, o en qué costos o gastos hubo de incurrir este, que no estuvieran remunerados al amparo de la cláusula Séptima del mismo, por lo cual las pretensiones primera y segunda Subsidiarias de la principal Quinta tampoco están llamadas a prosperar".

"5.1.3. En cuanto a la pretensión Primera principal de la Demanda Reformada:"

"Por lo anterior, el Tribunal encuentra que no se probó que la remuneración pactada en el Contrato como contraprestación por las actividades de disposición de residuos sólidos, entre la fecha de su celebración y hasta la entrada en vigor de la Resolución CRA 720 de 2015, fuera insuficiente para cubrir los costos, gastos, inversiones y remuneración de los accionistas de CGR en el período mencionado, por lo cual habrá de desestimar la pretensión Primera principal de la Demanda Reformada".

"5.1.5.5. Deberes de vigilancia y control (L. 80 de 1993 art. 5, numerales 1 y 3)

5.1.5.6. Deberes de revisión (L. 80 de 1993 art. 4, numerales 8 y 9;

art. 5, num. 3; art. 27 y art. 28)"

"Visto lo anterior, no se encuentra probado que la UAESP hubiere faltado a sus deberes de supervisión contractual o de revisión de la ecuación económica del Contrato en lo que tiene que ver con las actividades de disposición de residuos sólidos y dentro del período transcurrido entre el inicio del Contrato y la época en la cual entraron en vigor la Resoluciones de la CAR que modificaron los requerimientos ambientales exigibles en el RSDJ y la Resolución CRA 720 de 2015, en la medida en que no se comprobó que hubieren mediado incumplimientos de la UAESP ni que hubieren ocurrido circunstancias sobrevinientes a la celebración del Contrato que no hubieren sido atendidas adecuada y oportunamente por la Entidad y que alteraran el equilibrio económico financiero del Contrato; por lo cual las pretensiones a las que se refiere este apartado no están llamadas a prosperar".

Habida cuenta de lo expuesto, el Tribunal encuentra que no se probó la ocurrencia de actos de autoridad y de terceros y circunstancias extraordinarias e imprevisibles, que ocasionaran el desequilibrio económico y financiero del Contrato, ni tampoco de incumplimientos imputables a la UAESP, que tuvieran como consecuencia la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato, por lo que las pretensiones Vigésima Primera y Vigésima Segunda de la Demanda Reformada no están llamadas a prosperar.

1.4.1. PRETENSIONES DE CONDENA NOVENA, DÉCIMA Y SUS SUBSIDIARIAS, DUODÉCIMA Y SU SUBSIDIARIA, VIGÉSIMA TERCERA, VIGÉSIMA CUARTA Y SU SUBSIDIARIA, CONSECUENCIALES DE LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS ENUNCIADAS EN LOS APARTADOS ANTERIORES

El Demandante pretende en virtud de la pretensión Novena de la Demanda Reformada, que como consecuencia de las declaraciones

correspondientes a las pretensiones declarativas Primera, Quinta, Primera y Segunda Subsidiarias de la Quinta, Séptima, Octava y Subsidiaria de la Octava, se condene a la UAESP a pagar a CGR, a título de indemnización y compensación, para el periodo 2010 – diciembre 2016, la suma que resulte de aplicar a las cantidades facturadas mensualmente durante ese periodo, la diferencia entre las tarifas por disposición de residuos sólidos que se aplicaron y las tarifas que resultan de aplicar la metodología contenida en la Resolución 351 de 2005 de la CRA a los costos, gastos e inversiones reales del Relleno Sanitario Doña Juana, o subsidiariamente, a título de indemnización, compensación o reembolso, la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados, por concepto de daño emergente y/o lucro cesante, en la cuantía que resulte demostrada en el proceso.

En virtud de la Pretensión Duodécima y su Subsidiaria, busca además que cada condena sea actualizada con aplicación de la tasa correspondiente al WACC¹²⁸ de la regulación de la CRA, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso, o que sea actualizada con aplicación del IPC.

Mediante las pretensiones Vigésima Tercera y Vigésima Segunda y su Subsidiaria, pide el Demandante que, como consecuencia de las declaratorias que se hagan respecto de las pretensiones Vigésima Primera y Vigésima Segunda, se condene a la UAESP a pagar a CGR, a título de indemnización, compensación o reembolso, la totalidad de las sumas que compensen y reparen de manera integral los daños y perjuicios ocasionados y restablezcan el equilibrio económico del contrato; y que además, las sumas de la condena se actualicen con aplicación de la tasa

¹²⁸ **WACC** (Weighted Average Cost of Capital)

correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, o subsidiariamente, con el IPC.

Sin embargo, como consecuencia de la improcedencia de las pretensiones declarativas en las que se basan las pretensiones de condena, éstas últimas también habrán de ser negadas.

1.4.2. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO FORMULADAS POR LA DEMANDADA EN CUANTO A LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA REMUNERACIÓN Y EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO RESPECTO DE LAS ACTIVIDADES DE DISPOSICIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS DESDE EL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO Y HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA RESOLUCIÓN 720 DE 2015

La primera excepción planteada por la Demandada en la Contestación de la Demanda Reformada, se transcribe a continuación:

“1. Primera excepción: La absoluta falta de competencia del Tribunal para pronunciarse frente a supuestos que originan la insuficiencia tarifaria y sus consecuencias:

Síntesis conclusiva: El honorable tribunal no es competente para pronunciarse sobre los supuestos asociados a la insuficiencia tarifaria al ser un asunto de conocimiento exclusivo del regulador del servicio público de aseo. Conforme a ello, el asunto del marco tarifario y su definición son aspectos que no son de libre disposición de las partes, corresponden a decisiones que implican el orden público y por tanto inderogables por el acuerdo contractual, por tanto tampoco por una decisión arbitral”.

Esta excepción, por las consideraciones que al respecto quedaron

expuestas en el presente capítulo del Laudo, se declarará impróspera; la razón para esta declaratoria se resume, como quedó dicho en apartes anteriores, en que este proceso no tiene por objeto, ni se debate aspecto alguno relacionado con el ejercicio de las funciones regulatorias de la CRA.

En cuanto a las demás excepciones planteadas por la Demandada, habida cuenta de que la negativa de las pretensiones frente a las cuales se oponen obedecerá a la carencia de fundamento fáctico o jurídico, y no a la comprobación de hechos que impiden la protección jurídica del demandante o que conlleven la extinción de las consecuencias jurídicas de la pretensión, que configuran las verdaderas excepciones de mérito¹²⁹, el Tribunal no habrá de pronunciarse sobre ellas.

1.5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN CUANTO A LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA INSUFICIENCIA DE LA REMUNERACIÓN Y CON EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO RESPECTO DE LAS ACTIVIDADES DE DISPOSICIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS, DESDE EL MOMENTO DE LA MODIFICACIÓN TARIFARIA CON BASE EN LOS COSTOS DE REFERENCIA DE LA RESOLUCIÓN CRA 720 DEL 2015 HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA RESOLUCIÓN CRA 843 DE 2018

Mediante la pretensión Tercera de la Demanda Reformada el Demandante solicita que se declare que la tarifa del Contrato para el componente de disposición de residuos sólidos, que rigió desde la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 y hasta la implementación de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 843 del 2018, resultó no ser suficiente para

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia, Casación Civil. Sentencia del 30 de enero de 1992.

permitir al Contratista la recuperación de los costos y gastos y remunerar a los accionistas; y con la Quinta busca que se declare que, al establecer esta tarifa insuficiente, la UAESP incumplió la ley y el Contrato.

Como Primera Subsidiaria de la pretensión Quinta pide que se declare que la UAESP estableció obligaciones y actividades de operación, mantenimiento, mejoramiento, reposición, expansión y construcción de los activos de disposición de residuos sólidos del Relleno Sanitario Doña Juana que demandaban costos, gastos e inversiones que no se encontraban remunerados dentro de las respectivas tarifas del Contrato de Concesión, y con la Segunda Subsidiaria, que se declare que CGR incurrió en costos, gastos e inversiones no cubiertos por la tarifa correspondiente a las actividades de disposición de residuos sólidos fijada por la UAESP, en ambos casos, haciendo que la remuneración deviniera insuficiente para cubrir sus costos, gastos, inversiones y utilidad.

En la pretensión Octava el Demandante pide, en lo que al período contractual al que se refiere este capítulo concierne, que se declare que la UAESP incumplió la ley y el contrato al no observar ni atender en debida forma sus deberes de vigilancia y control, revisión, y buena fe y colaboración; y en su Subsidiaria, que la UAESP, en su condición de Contratante, incumplió obligaciones derivadas del Contrato, en relación con las estipulaciones que tienen que ver con *“Supervisar la ejecución del contrato”* contenida en el numeral cuatro de la Cláusula Cuarta; así como con la obligación referida a *“La UAESP verificará el cabal desarrollo del presente contrato directamente o por conducto de terceros contratados para el efecto”* contenida en la Cláusula Décima, pues de haberlo hecho, habría identificado las carencias y dificultades financieras que componían

la remuneración, establecida a partir de una estructura de costos que no remuneraban adecuadamente la ejecución de las obligaciones derivadas de la licencia ambiental expedida por la autoridad ambiental (CAR), ni la escala de operación de relleno sanitario Doña Juana.

Por su parte, mediante la pretensión Vigésima Primera, solicita que se declare que actos y hechos de autoridades y de terceros y circunstancias y situaciones extraordinarias e imprevisibles, ajenos a CGR, afectaron adversamente la situación del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 ocasionando su desequilibrio económico y financiero y mediante la Vigésima Segunda, que los incumplimientos de la UAESP y los actos y hechos de las autoridades y de terceros, así como las circunstancias y situaciones extraordinarias e imprevisibles, ajenos todos a CGR, produjeron la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato y ocasionaron daños y perjuicios a CGR que constitucional y legalmente no tiene el deber de soportar.

Al respecto, como se dejó registrado, mediante la comunicación CGR-DJ-254-16 de 29 de febrero de 2016, esto es, ya estando vigentes las Resoluciones CAR 1351 de 2015 2320 de 2014 (relativas a los nuevos requerimientos ambientales) y la Resolución CRA 720 de 2015 (mediante la cual se modificó el régimen de regulación tarifaria del servicio de aseo, entre otras cosas en cuanto a la fórmula para la determinación del costo máximo por la actividad de disposición final de residuos), CGR solicitó a UAESP la modificación del Contrato en el sentido de reconocer el desequilibrio de la ecuación contractual ocasionado por la tarifa con la que se remunera la disposición final de residuos sólidos, aduciendo al efecto, en esencia, que:

(i) *“los recursos percibidos por concepto de remuneración del componente*

de disposición final no son suficientes para ejecutar todas las actividades y obligaciones contractuales, pues la gran mayoría de ellas no fueron incluidas por el regulador en el modelo teórico que fundamentó la tipificación de rellenos sanitarios (RSU 1, RSU 2, RSU 3) contenida en las Resoluciones CRA 351 de 2005 y CRA 482 de 2009, las cuales sirvieron de base a la UAESP para establecer la remuneración de CGR Doña Juana S.A. E.S.P.”; y (ii) “que un número significativo de las obligaciones derivadas de la aplicación de la licencia ambiental del relleno sanitario Doña Juana, contenidas en las Resoluciones CAR 1351 del 18 de junio de 2014 y CAR 2320 del 14 de octubre de 2014, tampoco son remuneradas por el CDT calculado por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA”

Así las cosas, vistos los análisis y conclusiones del capítulo anterior de este Laudo, a los cuales se remitirá el Tribunal en lo pertinente, el problema jurídico que se plantea consiste en determinar, en primer lugar, si en este segundo período, entre la fecha de entrada en vigor de la Resolución CRA 720 de 2015 y la de la Resolución CRA 832 de 2018, la UAESP incurrió en incumplimiento contractual, o acaecieron circunstancias extraordinarias e imprevisibles que tuvieran como consecuencia que la remuneración contractual para las actividades de disposición de residuos deviniera objetivamente insuficiente al tenor de las disposiciones legales y contractuales, y si, como consecuencia de ello, CGR tiene derecho a la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento de la UAESP, o al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, por el acaecimiento de circunstancias sobrevinientes e imprevisibles ajenas a la responsabilidad de CGR.

En el alegato de conclusión, CGR menciona los hitos¹³⁰ que, según su dicho, generaron la insuficiencia en la remuneración del Concesionario respecto de las actividades de disposición de residuos, a los cuales pasa a referirse el Tribunal en dos apartados, como quiera que la conclusión que deriva de cada grupo difiere sustancialmente, así:

1.5.1. EVENTOS QUE, SEGÚN LA CONVOCANTE, GENERARON LA INSUFICIENCIA SOBREVINIENTE EN LA REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO RESPECTO DE LAS ACTIVIDADES DE DISPOSICIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS

1.5.1.1. Primer Grupo

1.5.1.1.1. Particularidades del Relleno Sanitario Doña Juana¹³¹

Sobre este particular, CGR se remite al argumento, ya estudiado en el capítulo anterior, según el cual las particularidades del RSDJ identificadas en la Resolución CRA 843 de 2018, en particular en cuanto a la diferencia en el número de toneladas de residuos entregados al RSDJ (más de 6.000 por día) respecto del contemplado en el modelo RSU1 (1.280 diarias); así como el método constructivo (tipo rampa y área, versus sólo rampa) que dieron lugar a la modificación de los costos de referencia de la tarifa de disposición de residuos de la Resolución CRA 720 de 2015; resultan aplicables no solamente frente a esta, sino también frente a la Resolución CRA 1351 de 2005, con base en la cual se determinaron los costos de referencia para determinar la remuneración del Contrato, de lo que concluye que “El hecho de que no

¹³⁰ Alegatos CGR. T. 1. Pág. 333.

¹³¹ Alegato CGR. T. 1 Pág. 334. Num. 4.1.6.2.1.

haya tenido en cuenta estas características a la hora de fijar la remuneración demuestra que la UAESP actuó con grave negligencia durante la Licitación 001 de 2010".

Estos aspectos ya fueron objeto de análisis y decisión en el capítulo anterior de este Laudo, en el sentido de que no se demostró que las particularidades indicadas generaran un incumplimiento contractual por parte de la UAESP ni causa imputable a dicha entidad, o derivada de hechos sobrevinientes extraordinarios e imprevistos, para restablecer el equilibrio económico financiero del Contrato, de manera que a ello se estará el Tribunal.

1.5.1.1.2. Zonas y Equipos del RSDJ Entregados en un Estado Distinto al Anunciado en la Licitación 001 de 2010

1.5.1.1.2.1. *Capacidad Remanente*¹³²

En este apartado reitera el Demandante que la UAESP no entregó a CGR el RSDJ con una capacidad de disposición final de residuos equivalente a seis (6) meses, y que con ello *"afectó la remuneración fijada debido a que el Concesionario tuvo que incurrir en altos costos al verse obligado a realizar diseños y operar en una zona de contingencia, los cuales no se encontraban incluidos dentro de la remuneración calculada por la UAESP, ni por supuesto pudieron ser previstos por CGR Doña Juana"*.

No obstante lo anterior es cierto, como también ya fue definido en el capítulo anterior de este Laudo, quedó acreditado en el expediente que las consecuencias económicas adversas que para el Concesionario se

¹³² Ídem, Pág. 342. Num. 4.1.6.2.2.1.

derivaron de dicho incumplimiento fueron solucionadas de común acuerdo entre las partes, mediante la suscripción de la Adición N° 2 al Contrato de Concesión del 15 de julio de 2011, en virtud de la cual convinieron en adicionar el valor del Contrato en la suma de \$4.378'571.949 para remunerar la terminación de las obras y en un plazo de 6 meses para la ejecución de las mismas. De esta forma, es claro que el incumplimiento de la UAESP fue oportuna, adecuada e íntegramente resarcido, de manera que no es posible derivar de estas circunstancias un incumplimiento – **distinto del que ya fue resarcido**- ni un desequilibrio económico, pues la UAESP dio cabal cumplimiento a lo establecido en los artículos 4, numerales 8 y 9; 5, numerales 1 y 3, 27 y 28 de la Ley 80 de 1983, que precisamente prescriben cuál ha de ser la conducta de las partes cuando se presenten contingencias como la advertida en este apartado.

1.5.1.1.2.2. *Maquinaria*¹³³

CGR alega que al iniciar el Contrato, la UAESP incumplió con su obligación y no entregó a CGR Doña Juana la totalidad de las máquinas que había mencionado dentro del Apéndice 1 del Pliego de Condiciones y que ello fue un agravante de la insuficiencia de la remuneración debido a que el Concesionario debió incurrir en costos que no estaban cubiertos por su remuneración y que no estaban previstos, ya que tuvo que alquilar y comprar la maquinaria que no entregó la UAESP y que la operación, mantenimiento y reparación de las vetustas máquinas entregadas por la entidad implicaban costos muy altos que no habían sido previstos durante la Licitación 001 de 2010 y, por ende, no contemplados dentro de la remuneración del concesionario.

¹³³ Alegato CGR. T 1 Pág. 346. Num. 4.1.6.2.2.1.

Sobre el particular el Tribunal debe resaltar que los mismos hechos que plantea en Demandante en este apartado, constituyen el fundamento de las pretensiones Trigésima Sexta a Trigésima Novena Subsidiaria de la Demanda Reformada, las cuales tienen por objeto que se declare el incumplimiento de la UAESP por este aspecto puntual, y que se le condene a entregar a CGR la maquinaria supuestamente faltante o subsidiariamente a pagarle los perjuicios derivados del incumplimiento.

Así las cosas, el Tribunal no se ocupará de este asunto en esta aparte de esta materia, dada la generalidad y abstracción con las que se plantea -como uno de los hitos de la alegada insuficiencia de la remuneración por las actividades de disposición de residuos sólidos-; sino que lo hará más adelante, cuando se ocupe de las pretensiones ya mencionadas, ellas si con carácter particular y concreto respecto de los hechos que se presentan y de las consecuencias que de los mismos pretende derivar el Demandante.

1.5.1.1.2.3. Cierres, Clausura y Postclausura¹³⁴

En este aparte el Demandante alega que la UAESP se comprometió durante la Licitación 001 de 2010 a que, una vez iniciado el Contrato, le indicaría al concesionario los procedimientos para acceder a los recursos para ejecutar la clausura y postclausura de las zonas operadas por Concesionarios anteriores, y que, pese a ello, a lo largo de la ejecución del Contrato ha incumplido la obligación de entregar los recursos de las obras de clausura y postclausura de las zonas operadas por operadores anteriores. Con base en ello, afirma que *“este incumplimiento de la UAESP también agravó la*

¹³⁴ Alegato CGR. T 1 Pág. 351. Num. 4.1.6.2.2.3.

insuficiencia de la remuneración que pagaba la entidad a CGR Doña Juana, debido a que el Concesionario se vio obligado a ejecutar todas las obras de clausura y postclausura en zonas que operaron contratistas anteriores, sin que la remuneración fijada por la UAESP cubriera estas actividades".

A este respecto, el Tribunal determina que, independientemente de que los hechos aducidos por el Demandante resulten ciertos y probados, las consecuencias de su acaecimiento no constituyen de manera alguna un factor de insuficiencia de la remuneración de CGR, pues por su naturaleza, una cosa es la contraprestación que recibe una de las partes por la ejecución de las prestaciones a su cargo, y otra diferente es la indemnización a la que pudiere tener derecho como consecuencia de un incumplimiento de su cocontratante, pues la primera tiene su causa, precisamente, en el cumplimiento del contrato, y la segunda, opuestamente, en su incumplimiento.

1.5.1.1.2.4. Equivocación con la Licencia Ambiental¹³⁵

Sobre este asunto el Demandante plantea que la licencia ambiental del año 2008, tramitada por la UAESP y el concesionario Proactiva, contenía un error de coordenadas, lo cual afectó a CGR dado que, según afirma, dicho error ocasionó que tuviera que tramitar la modificación a la licencia ambiental antes de lo previsto y que tuviera que acudir a utilizar zonas de contingencia, lo cual acarrea costos mucho mayores que operar en zonas normales de operación.

¹³⁵ Alegato CGR. T 1 Pág. 354. Num. 4.1.6.2.2.4.

Al respecto, el Tribunal encuentra lo siguiente:

En primer término, el Demandante no probó la existencia de perjuicios económicos derivados del error en la licencia ambiental de 2008, ni mucho menos su cuantía, lo que supondría rechazar cualquier pretensión económica como consecuencia de los hechos alegados; aun asumiendo que el error que se debate no fue ni pudo haber sido conocido por el proponente en la fase de licitación al revisar la licencia ambiental que ciertamente tuvo a su disposición.

En segundo lugar, el demandante califica estos hechos como constitutivos de un incumplimiento de la UAESP, y como tal, la consecuencia es el derecho al resarcimiento de los perjuicios que éste genera, luego no se trata de un tema de insuficiencia de la remuneración, que es lo que al Tribunal interesa en este punto.

1.5.1.1.2.5. Pasivos Ambientales de Anteriores Operadores¹³⁶

CGR arguye que la UAESP aseguró a los proponentes durante la Licitación 001 de 2010 que esta entidad asumiría los costos de las obras que habían ejecutado parcialmente o no habían realizado operadores anteriores y se haría cargo de los pasivos ambientales. Sin embargo, la UAESP no se hizo cargo de los pasivos ambientales y no entregó los recursos de las obras no ejecutadas por anteriores operadores, pese a habérselos cobrado a los anteriores contratistas y que todos estos incumplimientos implicaron un agravamiento de la insuficiencia de la remuneración fijada por la UAESP.

¹³⁶ Alegato CGR. T. 1. Pág. 358. Num. 4.1.6.2.2.5.

Los pasivos ambientales que menciona son el relacionado con el Pondaje II-2, que según CGR se encontraba en un mal estado, por lo que se hacían necesarias obras de mantenimiento y adecuación; el de los pondajes del RSDJ, que según afirma fueron entregados a CGR llenos de lixiviados y sin haberle realizado mantenimientos; y el de las actividades pendientes referentes al mantenimiento y la adecuación de la vía principal del RSDJ que dejó Aguas de Bogotá.

Sobre el primer reproche (Pondaje-II-2), los hechos que aquí plantea el Demandante son los mismos que constituyen el fundamento de las pretensiones Trigésima Tercera a Trigésima Quinta Subsidiara de la Demanda Reformada, las cuales tienen por objeto que se declare el incumplimiento de la UAESP por este aspecto puntual, y que se le condene a pagar a CGR los perjuicios correspondientes. Así las cosas, al igual que ocurre con el tema de la maquinaria, el Tribunal se ocupará de este asunto más adelante, cuando se ocupe de las pretensiones mencionadas, ellas si con carácter particular y concreto respecto de los hechos que se presentan y de las consecuencias que de los mismos pretende derivar el Demandante.

En cuanto al tercer reproche (mantenimiento de la vía principal), también está dicho, en el Laudo de 2018 se determinó, con efectos de cosa juzgada a los cuales se estará este Tribunal, que las actividades de construcción y mantenimiento de la vía principal hacen parte del objeto contractual y son a cargo de CGR, por lo que estos hechos no tienen la vocación de ser causantes de la insuficiencia de la remuneración de éste.

En cualquier caso, las imputaciones que formula CGR en este aspecto, de resultar procedentes, constituirían incumplimientos contractuales de la

UAESP y darían lugar, como ya se ha dicho, a la indemnización correspondiente, sin que pueda atribuírseles ser causa de la insuficiencia de la remuneración.

1.5.1.1.2.6. *Estabilización del talud poste 53 a 59*¹³⁷

CGR afirma que *“sin estar contractualmente a su cargo, producto del imaginario del laudo arbitral del 2018, y sin por supuesto estar incluidas dentro de la remuneración fijada por la UAESP para la actividad de disposición final de residuos sólidos, CGR Doña Juana terminó estando a cargo de las obras de estabilización del talud entre postes 53 y 59”*.

Al respecto, nuevamente se impone para el Tribunal el respeto de los efectos de cosa juzgada del Laudo de 2018, que en su parte resolutive acogió las pretensiones de la UAESP al resolver:

“VIGÉSIMO SEGUNDO.- Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. - ESP está obligada a realizar las obras de estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal, asumiendo los costos derivados de dichas obras con cargo a su remuneración, con lo cual, prospera la pretensión décima cuarta de la demanda de reconvención reformada.”

Por lo anterior, independientemente de cualquier otra consideración, esta actividad no puede constituir, de manera alguna, causa de una supuesta insuficiencia de la remuneración de CGR.

En conclusión, ningunos de los “hitos” o causales invocadas por el Demandante en este grupo tuvieron la virtualidad de generar un

¹³⁷ Alegato CGR, T. 1. Pág. 372. Num. 4.1.6.2.4.

desequilibrio económico financiero del Contrato.

1.5.1.2. Segundo Grupo

1.5.1.2.1. Licencia ambiental 1351 de 2014 y sus nuevas exigencias y actividades¹³⁸

Respecto de la modificación de la licencia ambiental, afirma CGR que: *“la situación financiera se agravó con la expedición de la Resolución 1351 de 2014 (modificación de la licencia ambiental) pues conllevó nuevas actividades no incluidas dentro de la remuneración contractual de la actividad de disposición final de residuos sólidos, ante lo cual la UAESP permaneció impasible”*, lo cual produjo la agudización de la crisis financiera del Concesionario causada por la insuficiencia de la remuneración que percibía desde el inicio mismo del Contrato.

En relación con este asunto, el Tribunal expone las siguientes consideraciones:

Se encuentra probado que el 18 de junio de 2014 la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR – expidió la Resolución No. 1351 *“Por medio de la cual se modifica la licencia ambiental única otorgada para el proyecto “Relleno Sanitario Doña Juana” y se toman otras determinaciones.”*¹³⁹ y el 14 de octubre de 2014 emitió la Resolución No. 2320 mediante la cual resolvió los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 1351 de 2014¹⁴⁰.

¹³⁸ Alegato CGR, T. 1. Pág. 363. Num. 4.1.6.2.3.

¹³⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 20 y ss.

¹⁴⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 106 y ss.

En cuanto a la afirmación de que la Resolución CAR 1351 de 2014 determinó a cargo de CGR nuevos requerimiento ambientales, la UAESP acepta que ello fue así¹⁴¹; sin bien señala que la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental que se remitió ante la CAR y que sustenta la modificación a la Licencia Ambiental, la cual incorpora la infraestructura a desarrollar y las medidas de manejo ambiental a ejecutar dentro del Proyecto, fueron definidas por el CGR¹⁴²; que se trata de medidas adoptadas por las autoridades ambientales todas previsibles; y que el riesgo se encuentra asignado en cabeza del concesionario¹⁴³.

Respecto de los costos asociados a los requerimientos ambientales de la Resolución 1351 de 2014, los peritos que elaboraron el dictamen económico aportado por el Demandante respondieron a la pregunta que se formuló al respecto así:

“I.1.1.2 Sírvase indicar si la resolución CAR 1351 de 2014 introdujo obligaciones ambientales adicionales a las que existían para CGR Doña Juana con anterioridad a su expedición. En caso afirmativo, tenga a bien precisar el tipo de obligaciones y si los gastos y los costos que aparejaban las mismas se encontraban cubiertos por la remuneración existente.

Respuesta

De acuerdo con el documento “OBLIGACIONES TÉCNICAS Y PLAN DE MANEJO AMBIENTAL (PMA) – LICENCIA AMBIENTAL RESOLUCIÓN CAR 1351 DE 2014 OPTIMIZACIÓN FASE II” que se adjunta en el Anexo R de este dictamen, se introdujeron las siguientes obligaciones ambientales, aunque estas no se encuentran discriminadas entre las actividades de disposición

¹⁴¹ Ver hecho N° 4.4 de la Demanda Reformada y su Contestación por parte de la UAESP.

¹⁴² Ver Contestación al hecho 4.3 de la Demanda Reformada.

¹⁴³ Ver Contestación al hecho 3.25 de la Demanda Reformada.

final y tratamiento de lixiviados: "Dentro de la investigación se realizó un consolidado de todas las obligaciones técnicas estipuladas en la resolución 1351 de 2014, donde se encuentran alrededor de 84 actividades a realizar por parte del concesionario para la ejecución de preliminares, adecuación, operación, cierre, clausura y posclausura. La fuente de información corresponde al Capítulo 13 del EIA aprobado por medio de la resolución 1351 y 2302 de 2014."

Las obligaciones ambientales de la resolución CAR 1352 de 2014, de acuerdo con el documento que se adjunta en el Anexo R de este dictamen, son las siguientes:

- a) Obligaciones técnicas:*
 - a. Preliminares*
 - b. Adecuación*
 - c. Operación*
 - d. Clausura y post clausura*

Las obligaciones técnicas estipuladas en la Resolución 1351 de 2014 se cuantificaron en un costo total de \$153,428'303,336 (ciento cincuenta y tres mil cuatrocientos veintiocho millones trescientos tres mil trescientos treinta y seis pesos colombianos), en pesos de 2014, para el periodo comprendido entre 2014 y 2024.

- b) Plan de manejo ambiental:*
 - a. Uso y aprovechamiento de los recursos naturales*
 - b. Actividades tecnológicas*
 - c. Plan de acción social*

Los costos asociados al plan de manejo ambiental se cuantificaron en la suma de \$38,975'231,665 (treinta y ocho mil novecientos setenta y cinco millones doscientos treinta y un mil seiscientos sesenta y cinco pesos colombianos), en pesos de 2014, para el periodo comprendido entre 2014 y 2022".

Sin embargo, esta respuesta de los peritos para el Tribunal presenta varias condiciones que impiden tenerla como prueba para resolver este asunto; que son las siguientes:

En primer lugar, advierten que no les fue posible discriminar, dentro de los

costos asociados a los requerimientos de la Resolución CAR 1351 de 2014, cuáles de ellos corresponden a la actividad de disposición de recursos y cuáles a la de tratamiento de lixiviados; en segundo término, tampoco es claro si el trabajo que realizaron, que consistió en cuantificar el costo de los requerimientos ambientales de la Resolución, tuvo en cuenta las obligaciones que en materia ambiental recaían en cabeza del Concesionario con anterioridad, cuyo costo habría de ser restado del cálculo para determinar el valor de los requerimientos nuevos; en tercer lugar, los costos que calculan se refieren a un período de 8 años (2014 a 2022), lo que no se acompasa con el hecho de que al entrar en vigor la Resolución CRA 831 de 2018 estos costos quedaron incorporados en la remuneración del Concesionario, y por último, el documento de que se valen para presentar estos costos, contenido en un archivo Word como Anexo R, no especifica su autoría ni son claras las fuentes utilizadas para su preparación, su pertinencia y fiabilidad.

En todo caso, el Tribunal encuentra las actividades y requerimientos establecidos en la modificación de la licencia ambiental en virtud de la Resolución CAR 1351 de 2014 sí son diferentes y adicionales a los vigentes al inicio de la concesión, y por lo tanto, es forzoso concluir que su atención demandó de mayores recursos por parte de CGR.

Ahora bien, respecto de las manifestaciones de la defensa de la UAESP, el Tribunal señala lo siguiente:

Es cierto que, de conformidad con el Contrato, la gestión de la modificación de la licencia ambiental le correspondía realizarla a CGR, a su costa (así haya ocurrido que, por la circunstancia de que la licencia anterior no le

hubiera sido cedida a éste por la UAESP y debiera ésta última suscribirla), y también puede serlo que haya sido CGR quien elaboró el Estudio de Impacto Ambiental. La modificación de la licencia ambiental no solamente estaba prevista en el Contrato como una posibilidad, sino que su trámite constituía una obligación del Concesionario, con miras a lograr el licenciamiento de los terrenos de la UAESP que para entonces no habían sido autorizado, lo cual conllevaba la posibilidad de extender el plazo del Contrato.

Así, lo establece la cláusula Segunda – Obligaciones Generales del Concesionario, en el numeral 6:

“6. Adelantar, bajo su propio riesgo y exclusiva responsabilidad, dentro del primer año de ejecución del presente contrato, contado a partir de la suscripción del acta de inicio, el trámite requerido ante la autoridad ambiental, para obtener el licenciamiento de aquellos terrenos del RSDJ que son de propiedad de la UAESP a la fecha de suscripción del contrato, y que no se encuentren autorizados para la disposición final. Este trámite corresponde a la ampliación o modificación de la Resolución CAR 2133 de 2000, la cual ha sido modificada, entre otros actos administrativos, mediante la Resolución CAR 2211 de 2008. (...)”.

Vale reseñar que en la MATRIZ DE IDENTIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO se estableció lo siguiente:

“Riesgos Ambientales

De acuerdo con la legislación vigente, el desarrollo del contrato debe realizarse con base en el Plan de Manejo Ambiental del RSDJ y dando cumplimiento a la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución 2211 de 2008 y otras disposiciones vigentes, expedidas por las autoridades ambientales competentes, y aquellas que durante el desarrollo del contrato las

adicionen, modifiquen o sustituyan.

El riesgo asociado con el cumplimiento de la licencia ambiental del RSDJ y del Plan de Manejo Ambiental estará a cargo del Concesionario, motivo por el cual éste no es un riesgo que requiera la adopción de un Plan de Aportes. En el caso en que el Concesionario deba obtener licencias o permisos ambientales para desarrollar la (s) actividad (es) de aprovechamiento y tratamiento, al igual que aquellas actividades conexas, los costos asociados a la obtención de las licencias o permisos ambientales y al cumplimiento de las obligaciones allí contempladas estarán a cargo del Concesionario, cualesquiera que ellos sean".
(Subrayado añadido).

Esta última asignación de riesgo, sin embargo, no puede entenderse con el alcance de que los costos asociados a los nuevos requerimientos ambientales incorporados en la modificación de la licencia ambiental, que tuvo por objeto ampliar el área licenciada a otros terrenos de propiedad de la UAESP, hayan de ser asumidos por el Concesionario, independientemente de su naturaleza o cuantía.

No puede ser esa la interpretación, por cuanto en este caso no se trató de un permiso o licencia "para desarrollar la actividad de aprovechamiento y tratamiento", pues su objeto no fue la obtención de una autorización para desarrollar cierta actividad, sino de la modificación de una licencia ambiental ya existente para incorporar una mayor área.

Por lo demás, esta interpretación conllevaría a que el Pliego de Condiciones exigía al Concesionario asumir obligaciones de alcance ilimitado, lo cual contravendría artículo el 24, numeral 5 de la Ley 80 de 1993, que prescribe que en el Pliego de Condiciones "e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada (...)", y como consecuencia

determinaría la ineficacia de esta estipulación del Pliego; de manera que el Tribunal, acudiendo a la norma hermenéutica de la interpretación lógica del contrato¹⁴⁴, se decantará por la siguiente interpretación.

El riesgo previsible de conformidad con la cláusula transcrita era el de que se requería tramitar la modificación de la licencia ambiental para procurar la ampliación del área licenciada del RSDJ, y de este riesgo, la consecuencia económica que asumió el Concesionario fue la de sufragar los costos de dicha gestión. Por el contrario, el riesgo de que de dicha modificación resultaran nuevos requerimientos ambientales, generadores de mayores costos a cargo del Concesionario, cuya magnitud era del todo imprevisible al momento de la celebración del Contrato, no fue asumido por el Concesionario, sino que le corresponde a la UAESP como propietario del RSDJ.

La anterior interpretación resulta armónica con la regulación legal sobre la distribución de riesgos, y en particular, con lo establecido en el artículo Cuarto de la Ley 1150 de 2007:

“ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.”.

Por su parte, el Decreto 2474 de 2008, reglamentario de la Ley y vigente para la fecha de la celebración del Contrato¹⁴⁵, establecía:

¹⁴⁴ Código Civil, artículo 1620.

¹⁴⁵ El Decreto 2474 de 2008 fue derogado en virtud del artículo 9.2 del Decreto 734 de 2012.

“Artículo 88. Determinación de los riesgos previsibles. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales.”

Así las cosas, el acaecimiento de tal circunstancia sobreviniente a la celebración del Contrato (la expedición de la Resolución CAR 1351 de 2014), de la cual surgieron nuevos requerimientos ambientales, generadores de mayores costos a cargo del Concesionario, del todo imprevisibles para el Concesionario en ese momento, generó un desequilibrio de la ecuación económica financiera del Contrato en perjuicio del Concesionario.

Por lo anterior, con el advenimiento de esta circunstancia, devinieron exigibles o actualmente aplicables las normas establecidas en la Ley 80 de 1993 que regulan la figura del restablecimiento del equilibrio contractual, y en particular, el deber de la UAESP consagrado en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993:

“ARTÍCULO 4. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior¹⁴⁶, las entidades estatales:

(...)

8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los

¹⁴⁶ “ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”. (Subrayado añadido).

mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios”

En desarrollo de lo anterior, el artículo 27 del mismo estatuto dispone:

“ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

Está probado, por lo demás, que durante la ejecución del Contrato CGR invocó al amparo de estas normas y solicitó a la UAESP que se implementaran las medidas necesarias para restablecer el equilibrio económico del Contrato en relación con la remuneración de las actividades de disposición de residuos sólidos, en particular, obra en el expediente una comunicación dirigida por CGR a la UAESP el 29 de febrero de 2016, que da cuenta de unas conversaciones habidas entre las partes a comienzos del año 2016, que propendían por buscar un acuerdo entre ellas sobre la controversia que al respecto existía entre ellas, en la cual se lee¹⁴⁷:

¹⁴⁷ Documento “CGR-DJ-254-16 - UAESP - 2016601004933-2 - Alcance comunic. CGR-11-16 de Febrero de 2016” anexo con demanda reformada.

“Dando alcance a la comunicación del asunto, me permito solicitar que dentro de los temas que serán objeto de análisis, de cara a la eventual modificación del contrato de concesión No. 344 de 2010, sea incluido de manera prioritaria el desequilibrio de la ecuación contractual ocasionado por la tarifa con la que se remunera la disposición final de residuos sólidos, en concordancia con el contenido del literal “a) Remuneración por disposición final de los residuos sólidos en el RSDJ” de la “Cláusula Séptima – Remuneración a favor del concesionario y derechos a favor de la UAESP” del precitado contrato.

El análisis preliminar realizado por el concesionario sobre la tarifa, ha permitido establecer que los recursos percibidos por concepto de remuneración del componente de disposición final no son suficientes para ejecutar todas las actividades y obligaciones contractuales, pues la gran mayoría de ellas no fueron incluidas por el regulador en el modelo teórico que fundamentó la tipificación de rellenos sanitarios (RSU 1, RSU 2, RSU 3) contenida en las Resoluciones CRA 351 de 2005 y CRA 482 de 2009, las cuales sirvieron de base a la UAESP para establecer la remuneración de CGR Doña Juana S.A. E.S.P.

También es preciso señalar que un número significativo de las obligaciones derivadas de la aplicación de la licencia ambiental del relleno sanitario Doña Juana, contenidas en las Resoluciones CAR 1351 del 18 de junio de 2014 y CAR 2320 del 14 de octubre de 2014, tampoco son remuneradas por el CDT calculado por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA, de manera que el alcance del modelo teórico estructurado por el regulador es limitado e insuficiente para garantizar la debida operación, administración y mantenimiento de un relleno sanitario de las dimensiones y escala de Doña Juana. (...)” (Subrayado añadido).

No obstante, tal petición nunca llegó a feliz término, como consecuencia de la posición adoptada por la UAESP, por las razones que sobre el particular se dejaron anotadas en párrafos anteriores, por las cuales se negó a debatir con el Concesionario con miras a buscar un acuerdo que subsanar el

desequilibrio económico mencionado.

Por lo anterior, el Tribunal encuentra que la UAESP incumplió con sus deberes relacionados con el mantenimiento del equilibrio económico y su restablecimiento como consecuencia de circunstancias sobrevinientes e imprevisibles, no imputables a CGR, que hicieron más gravosa la ejecución del Contrato.

1.5.1.2.2. Aplicación de los costos económicos de referencia de la resolución CRA 720 de 2015¹⁴⁸

En lo que toca con la aplicación de los costos económicos de referencia de la Resolución 720 de 2015 para determinar la remuneración del Concesionario para las actividades de disposición de residuos sólidos, CGR manifiesta que el día 5 de diciembre de 2016 la UAESP ordenó dar aplicación a la Resolución CRA 720 de 2015 para el cálculo de la remuneración de CGR, como en efecto ocurrió a partir del mes de enero de 2016.

Afirma CGR que, si bien la remuneración así calculada tuvo un leve incremento, dicha remuneración no fue suficiente para atender los costos, gastos e inversiones requeridos en el RSDJ y para remunerar al accionista por esta actividad, y que la prueba de esto es que la Resolución CRA 843 del 2018 determinó que existían particularidades en el RSDJ asociadas con la actividad de disposición final de residuos sólidos, las cuales no se encontraban cubiertas por la Resolución CRA 720 de 2015.

En relación con este asunto, el Tribunal expone las siguientes

¹⁴⁸ Alegato CGR, T. 1. Pág. 376. Num. 4.1.6.2.5.

consideraciones:

El 9 de julio de 2015 la CRA expidió la Resolución 720 de 2015, *“Por la cual se establece el régimen de regulación tarifaria al que deben someterse las personas prestadoras del servicio público de aseo que atienden en municipios de más de 5.000 suscriptores en áreas urbanas, la metodología que deben utilizar para el cálculo de las tarifas del servicio público de aseo y se dictan otras disposiciones”*.

En razón de la expedición de esta Resolución, las partes sostuvieron un nutrido intercambio de comunicaciones, a fin de determinar si los costos de referencia del nuevo régimen regulatorio deberían ser aplicados a la remuneración pactada en el Contrato y de ser así, la forma de implementar esta modificación¹⁴⁹.

Al respecto, la UAESP sostuvo que, por tratarse de una regulación de orden público, su aplicación al Contrato era automática y de obligatorio cumplimiento sin que se requiriera de ningún acto contractual (modificación, adición u otro) para su implementación; al paso que para CGR, sin bien admitía que la regulación es de orden público y debería ser incorporada al Contrato, para ello se requería de una modificación contractual, posición que en su momento fue también la del Interventor del Contrato, quien el 9 julio de 2016 emitió el siguiente concepto:

“La interventoría se permite emitir concepto en lo referente a la aplicación tarifaria de la metodología según resolución CRA 720 de 2015, para las tarifas de disposición final y la de tratamiento de lixiviados, partiendo de que las tarifas actuales son contractuales,

¹⁴⁹ Ver numerales 4.2.7 a 4.2.22 del presente Capítulo del Laudo.

por cuanto fueron estructuradas por UAESP en 2010, para el RSDJ.

Adicionalmente a lo anterior, se debe tener en cuenta que el Contrato de Concesión 344 de 2010, da cumplimiento al Decreto 891 de 2002, el cual establece estabilidad regulatoria materia tarifaria, por lo cual, cualquier modificación a la tarifa requiere acuerdo entre las partes.”¹⁵⁰.

Finalmente, la UAESP dispuso la aplicación de los costos de referencia contemplados en la Resolución CRA 720 de 2015 a la fórmula de remuneración del Contrato en lo correspondiente a las tarifas contractuales para la disposición de residuos sólidos y de tratamiento de lixiviados, sin que mediara un acuerdo escrito entre las partes que incorporara la disposición de dicha resolución a la cláusula Séptima.

Si bien la Demandante alega que ello si ocurrió, y que se verificó mediante el Aclaratorio N° 1 al Contrato¹⁵¹, suscrito el 14 de julio de 2017 (tiempo después de que se comenzara a aplicar la Resolución CRA 720 de 2015 al Contrato, lo cual ocurrió a partir de enero de 2017), al revisar dicho documento el Tribunal encuentra que mediante el mismo solamente se acordaron aclaraciones y se pactaron estipulaciones relativas a las actividades de cierre, postcierre y clausura del Contrato, y no a su régimen de remuneración.

Es así como la aplicación de los costos económicos de referencia contemplados en la Resolución CRA 720 de 2015 al esquema de remuneración del Contrato resultó ser una imposición unilateral de la UAESP, pues no medió acuerdo al respecto con CGR, a pesar de que, como quedó establecido, la remuneración que se pactó en la cláusula Séptima del

¹⁵⁰ Aportada con exhibición de documentos del 18 de enero de 2022.

¹⁵¹ Aportado por la Demandada con la Contestación de la Demanda, documentos contractuales.

Contrato es una tarifa contractual.

Por lo tanto y en virtud de lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil, la remuneración contractual solamente podría ser modificada mediante un acuerdo entre las partes, de manera que si al haber sido impuesta unilateralmente por la UAESP, hecho no imputable al Contratista, y por lo tanto constitutivo de incumplimiento contractual por parte de ésta, se derivó un desequilibrio de la ecuación económica financiera del Contrato, el mismo debe ser compensado por la UAESP.

1.5.1.3. La Insuficiencia de la Remuneración Contractual por las Actividades de Disposición de Residuos Sólidos en el Período 2016 a 2018

Ya quedó establecido en apartes anteriores de este Laudo que, en el período corrido desde el inicio de la ejecución del Contrato y hasta la entrada en vigor de las Resoluciones CAR 1351 de 2014 y CRA 720 de 2015, no quedaron probados incumplimientos de la UAESP ni hechos imprevistos o extraordinarios que rompieran el equilibrio económico del Contrato. De esta manera, corresponde al Tribunal determinar si el advenimiento de la resolución ambiental de la CAR constituyó un hecho imprevisible cuyas consecuencias no deben ser asumidas por CGR; y si la aplicación al Contrato de los costos de referencia de la resolución regulatoria de la CRA a la tarifa contractual constituyó un incumplimiento del Contrato por parte de la UAESP.

En particular, en lo que tiene que ver con la remuneración correspondiente a la disposición de residuos sólidos en el primer período mencionado, la

decisión del Tribunal en el sentido de no encontrar probados los perjuicios o el desequilibrio económico contractual se fundamentó, esencialmente, en que el mecanismo de que se valió para ello el Demandante no resultó convincente para el Tribunal, en particular por el hecho de que los peritos pretendían probar la insuficiencia financiera de la tarifa tomando como referencia los costos, gastos e inversiones reales del Contratista correspondientes al promedio de todo el período 2010 a 2018, sin reparar en que en el primer período (2010 a 2016) dichas erogaciones hubieron de ser inferiores a las del segundo (2017 y 2018), por cuanto para entonces existían menos obligaciones a cargo del Contratista, en particular con los requerimientos ambientales, lo que le resta validez al promedio de todo el período utilizado.

Así las cosas, en lo que toca con el segundo período analizado, en particular desde que se comenzaron a aplicar los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 a la remuneración del Contratista, el dictamen pericial cobra valor como quiera que, como ya se precisó atrás, el ejercicio pericial para establecer la insuficiencia financiera de la tarifa contractual para la actividad de disposición de residuos sólidos en este segundo período (enero de 2017 a octubre de 2018), consiste en calcular, en primer término, cuál hubiera sido la tarifa que cubriría los costos, gastos inversiones y utilidad de CGR (la “tarifa suficiente”, como la denomina EConcept), con base en los costos, gastos e inversiones a cargo del Concesionario de conformidad con el Contrato y avalados como eficientes por la CRA; en un segundo paso, determinar cuál hubiera sido el ingreso del Concesionario multiplicando el número de toneladas efectivamente facturadas por el valor de la tarifa suficiente; y luego, comparar este resultado con los ingresos realmente percibidos por éste durante el mismo período y por el mismo

concepto, para encontrar la diferencia, que sería el déficit en la remuneración.

1.5.1.3.1. La Determinación de la “Tarifa Suficiente”

A este respecto, el dictamen pericial económico aportado por el Demandante, rendido por EConcept, establece lo siguiente¹⁵²:

“B. Valores por tonelada que ofrecen suficiencia financiera para el periodo comprendido entre el inicio de la concesión y octubre de 2018

Valor por tonelada que ofrece la suficiencia financiera para las actividades de disposición final

*Con el fin de determinar el valor por tonelada de disposición final que garantice la recuperación de los costos, gastos y financiación de capital del trabajo propios de la operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento de CGR Doña Juana, y que permite remunerar el patrimonio de los accionistas, tal como lo establece la Ley 142 de 1994, se utilizó la misma metodología de costos y tarifas establecida por la CRA en el documento de trabajo de fecha diciembre de 2005, “METODOLOGÍA DE COSTOS Y TARIFAS PARA EL SERVICIO PUBLICO DE ASEO”¹ (ver Anexo A). Esta metodología se aplica para el periodo comprendido entre el año 2010 (inicio de la Concesión) y octubre del año 2018, ya que a partir de noviembre de 2018 empezó a regir la Resolución 843 de 2018 de la CRA, particular para CGR Doña Juana.
(...)*

¹ Cabe anotar que la Resolución 720 de 2015 recoge el enfoque utilizado en la Resolución 351 de 2005. En efecto, en la página 92 del “MARCO REGULATORIO DEL SERVICIO PUBLICO DE ASEO” (ver Anexo A), publicado por la CRA en julio de 2015, dice que “El costo de disposición final se estima a partir del modelo de ingeniería desarrollado por la CRA como soporte a la metodología

¹⁵² Dictamen EConcept. Págs. 3 a 12 de la numeración interna.

tarifaria establecida en la Resolución 351 de 2005"."

En cuanto a este aspecto, así como la metodología de tomar el promedio de los costos, gastos e inversiones del período completo de 2010 a 2018 fue la causa por la cual el Tribunal no tuvo el dictamen como prueba suficiente de este cálculo en lo que corresponde al período de 2010 a 2016, por cuanto consideró que la tarifa suficiente para este período hubo de ser menor que la correspondiente al período 2017 al 2018, en lo que respecta a este último período y por las mismas razones, ha de concluirse, *a fortiori*, que la tarifa suficiente para éste período habría de ser mayor al promedio calculado. No obstante, no habiendo prueba alguna que evidencie esa mayor cuantía, el Tribunal ha de tener como válida esta "tarifa suficiente" probada para el segundo período, es decir, la suma de \$28.146,36 por tonelada, a pesos de la fecha de entrega del dictamen pericial, cabe señalarlo, es inferior a la tarifa techo establecida por la Resolución 843 de 2015, como lo evidencia el trabajo pericial¹⁵³.

Ha de tenerse en cuenta, además, que en este caso si es admisible la consideración que hacen los peritos para razonar que los costos gastos e inversiones tenidos en cuenta para determinar la tarifa suficiente, que se reitera, son los que realmente erogó CGR, son costos eficientes, pues la consideración de que se valen para ello es que estos costos fueron reconocidos como tales -eficientes- en la Resolución CRA 843 de 2018, y ya está dicho que, para este efecto, la CRA tuvo en consideración los costos, gastos e inversiones acreditados por CGR para los años 2015 y 2016, los cuales fueron proyectados a partir del año 2017, para determinar los costos de referencia para la actividad de disposición de residuos sólidos en el

¹⁵³ Dictamen EConcept. Pág. 12 de la numeración interna.

RSDJ¹⁵⁴.

A partir de esta premisa, los peritos calculan, con base en los costos reales de CGR tomados de la verificación contable de Contar Auditores que hace parte de su dictamen, el costo de inversión, el costo de operación y el costo de post-clausura, así como el factor de gastos administrativos establecido en la Resolución CRA 720 de 2015, y con base en estos cálculos, determinan el valor por tonelada que genera suficiencia financiera, así:

“Valor por tonelada que genera suficiencia financiera (pesos constantes de fecha dictamen)”

<i>Inversión</i>	<i>6,958.70</i>
<i>Operación</i>	<i>11,693.12</i>
<i>Clausura y post-clausura</i>	<i>6,057</i>
<i>Total</i>	<i>24,709.29</i>
<i>Gastos administrativos</i>	<i>3,437.06</i>
<i>Total incluyendo gastos admin.</i>	<i>28,146.36</i>

Fuente: Tablas anteriores y cálculos propios en archivo “insuficiencia del valor por tonelada y reclamaciones adicionales.xlsx”, pestaña “TABLAS DICTAMEN”, celda A81”

Sobre este punto, el dictamen pericial de contradicción aportado por la Demandada, elaborado por la Firma Ernst & Young (“EY”), se refiere al trabajo pericial de EConcept en los siguientes términos¹⁵⁵:

¹⁵⁴ Así, por ejemplo, en comunicación del 24 de mayo de 2018, CGR atendió a la solicitud de información de la CRA, así: “El Concesionario presenta un “INSTRUCTIVO PARA CONSULTAR LOS SOPORTES DE LOS COSTOS DEL MODELO DE MODIFICACIÓN DEL COSTO DE DISPOSICIÓN FINAL PARA EL RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA — RSDJ”, en el cual se lee:

“La pestaña Simulación contiene la información histórica de los años 2015 y 2016. A partir de 2017 se realizó la proyección hasta 2040 para el Costo Medio de Inversión — CMI y Costo Medio de Operación — CM0 y hasta el año 2055 para el caso del Costo Medio de Post Clausura, siguiendo el mismo horizonte de proyección utilizado en la Resolución CRA 720 de 2015.” (Aportada con la Contestación a la Demanda Reformada, Carpeta 5. Actuación Administrativa CRA revisión de costos particulares, Subcarpeta Expediente CRA, Subcarpeta Pruebas, Subcarpeta Respuesta al Auto de Pruebas. (Pág. 13 del documento)

¹⁵⁵ Dictamen financiero de Contradicción EY. Págs. 53 y siguientes.

En cuanto a la fórmula para determinar los costos de inversión de la tarifa suficiente, el dictamen de contradicción critica, en primer lugar, que la verificación contable histórica de Contar Auditores no contiene los registros contables, facturas, soportes de pago o contratos, lo que *"hace difícil poder concluir sobre este importe reflejado en los activos fijos"*. No obstante, para el Tribunal el hecho de que al dictamen no se hayan adjuntado cada uno de los registros, facturas, soportes, comprobantes y contratos que evidencian cada una de las inversiones, no quiere decir que la contabilidad de CGR no refleje adecuadamente esos elementos, o que la misma no se haya llevado adecuadamente, o en fin, que no se haya tomado de manera fidedigna para la elaboración del informe de Contar Auditores, para todo lo cual se requeriría de la prueba de los hechos en que se sustentarían tales defectos, prueba que no obra en el proceso y que le correspondería aportar a la UAESP, aunque ello fuera "difícil" como lo afirma el perito EY.

En cuanto al cálculo de los costos de operación, reitera los mismos argumentos que frente al valor de las inversiones, por lo que el Tribunal se remite a lo ya expuesto al respecto.

Respecto de los costos de clausura y post-clausura, el perito EY señala que, en la medida en que la Resoluciones CRA 351 de 2002 y 720 de 2015 incorporaban dichos costos¹⁵⁶, y que en el entender del perito, la Resolución 831 de 2018 dijo que entre los años 2010 y 2018 la remuneración fue adecuada, no cabría calcular tampoco estos costos para definir la tarifa suficiente para el período 2016 a 2018. Sin embargo, tal manifestación no pasa de ser una opinión de EY, por lo demás desacertada, que no conduce

¹⁵⁶ Se advierte que el perito EY hace estas manifestaciones en relación con el período 2010 a 2016, pero al referirse al período 2016 a 2018 las reitera y se remite a los mismos argumentos.

a ninguna probanza.

Afirma también el perito EY que no está de acuerdo con la fórmula de cálculo utilizada por EConcept para establecer estos costos, en el período 2016 a 2018, por cuanto consideran los costos de clausura y post-clausura utilizados para la Resolución 843 de 2018 y no los inicialmente considerados en el año 2010, y porque desconoce el modelo financiero que hizo CGR para participar en la licitación. Por lo anterior, el perito hace una comparación entre el CPC (costos clausura y post-clausura) utilizados por EConcept y el CPC de la modelación financiera que soportaba la licitación, para concluir que dicha comparación arroja unas diferencias importantes. Sin embargo, el Tribunal no ve la pertinencia de tal comparación, ni puede, con base en ella restarle mérito al dictamen económico de EConcept, cuyos fundamentos y explicaciones por el contrario si resultan claros y suficientes para el Tribunal

Finalmente, el perito de contradicción señala que la nueva tarifa de la Resolución 843 de 2018, incorpora la tarifa de CPC, por lo que, en su entender, dada la “no retroactividad” de la mencionada Resolución, dicho concepto sí estaría cubierto. Este argumento, sin embargo, no es de recibo, como quiera que el hecho de que la Resolución CRA 843 de 2018 tuviera solamente efectos hacia el futuro y no retroactivos, es lo que hace que una insuficiencia previa de la tarifa no quede remunerada con la aplicación de esta nueva regulación.

Por lo anterior, el Tribunal no encuentra en el dictamen de contradicción económico aportado por la Demandada razones suficientes para restarle validez a las conclusiones que sobre este punto arroja el dictamen

económico de EConcept.

1.5.1.3.2. Determinación de la Suficiencia de la Remuneración para la
Actividad de Disposición de Residuos Sólidos en el Período 2017
a 2018

Para sustentar su alegación en cuanto a la insuficiencia de la remuneración en este período, el Demandante aportó el dictamen financiero rendido por EConcept, el cual establece lo siguiente¹⁵⁷:

“1.1.2.6 Sírvase calcular cuánto hubiera sido la remuneración del concesionario de acuerdo con las cantidades facturadas cada año para la actividad de disposición final de residuos sólidos durante el periodo comprendido entre enero de 2017 y hasta octubre de 2018, aplicando a la metodología contenida en la Resolución 720 de 2015 de la CRA, los costos, gastos e inversiones reales del CGR Doña Juana.

Respuesta

En el siguiente cuadro se estima cuál hubiera sido la remuneración del concesionario de acuerdo con las toneladas realmente dispuestas en el relleno sanitario Doña Juana, contenidas en las certificaciones de pesaje que nos suministró el relleno las cuales fueron emitidas por la interventoría UT Inter DJ, y aplicando el valor por tonelada que reconoce los costos, gastos e inversiones reales de CGR Doña Juana para el periodo comprendido entre enero de 2017 y octubre de 2018.

El total de ingresos, con el valor por tonelada que genera suficiencia financiera, se muestra en la siguiente tabla.

Ingresos por disposición final, con el valor por tonelada que remunera adecuadamente inversiones, costos y gastos del

¹⁵⁷ Dictamen EConcept. Págs. 40 y 41 de la numeración interna.

concesionario (\$ constantes fecha dictamen)

	2017	2018 (oct)	TOTAL
Toneladas dispuestas	2,041,031	1,892,877	3,933,908
Valor por tonelada	28,146	28,146	28,146
Valor por tonelada x toneladas	57,447,591,524	53,277,591,210	110,725,182,734

Fuente: Resolución 720 de 2015 y cálculos propios en archivo "insuficiencia del valor por tonelada y reclamaciones adicionales.xlsx", pestaña "TABLAS DICTAMEN", celda A259

Es importante anotar que los montos que se muestran en la tabla anterior se encuentran expresados en pesos constantes de la fecha de entrega del dictamen, a diferencia del cálculo de la insuficiencia financiera desarrollado en el capítulo "Antecedentes" de la Introducción de este documento, en donde los ingresos teóricos que debió haber recibido la Concesión se ajustaron utilizando el WACC regulatorio".

"1.1.2.7 Sírvase calcular, para cada año, la diferencia entre los valores de su respuesta anterior y los valores facturados por el concesionario para la actividad de disposición final de residuos sólidos en el periodo comprendido entre enero de 2017 y hasta octubre de 2018.

Respuesta

El siguiente cuadro muestra la diferencia entre los ingresos realmente percibidos por CGR Doña Juana y los ingresos estimados en la respuesta inmediatamente anterior, en donde se habría dado la suficiencia financiera³:

Ingresos por disposición final: diferencia entre suficiencia financiera e ingresos percibidos (\$ constantes fecha dictamen)

	2017	2018 (oct)	TOTAL
Ingresos con suficiencia	57,447,591,524	53,277,591,210	110,725,182,734

Financiera			
Ingresos reales	45,709,558,489	45,662,744,689	91,372,303,179
Diferencia	11,738,033,034	7,614,846,521	19,352,879,555

Fuente: Resolución 720 de 2015 y cálculos propios en archivo "insuficiencia del valor por tonelada y reclamaciones adicionales.xlsx", pestaña "TABLAS DICTAMEN", celda A266

Es importante anotar que los montos que se muestran en la tabla anterior se encuentran expresados en pesos constantes de la fecha de entrega del dictamen, a diferencia del cálculo de la insuficiencia financiera desarrollado en el capítulo "Antecedentes" de la Introducción de este documento, en donde los ingresos que debió haber recibido la Concesión se ajustaron utilizando el WACC regulatorio".

En cuanto a este apartado del dictamen económico aportado por el Demandante, el perito económico de contradicción señala lo siguiente en su dictamen:

EY critica el hecho de que EConcept haya actualizado los ingresos que generan suficiencia financiera con el WACC establecido en la regulación, al paso que los ingresos reales del Concesionario los actualiza únicamente con el IPC tomado el costo de inversiones a precios corrientes del 2010 al 2018, luego los haya calculado a precios constantes de la fecha del informe, y finalmente lo hubiera actualizado el WACC del 13,88%. Así mismo, controvierte las fórmulas de cálculo utilizadas por EConcept, por cuanto según expone, el WACC es la tasa interna de rentabilidad (TIR del proyecto, estimada por la CRA, siendo así que la TIR del proyecto de CGR es muy diferente.

Sin embargo, el Tribunal no habrá de referirse a esta cuestión, como quiera

que en este Laudo no tendrá en cuenta el WACC para la actualización de ninguna suma, como se verá más adelante.

De otra parte, el perito EY hace una serie de comentarios en relación con el déficit financiero¹⁵⁸, que en esencia se contraen a decir que, en la medida en que el Concesionario no haya arrojado pérdidas (no genera ingresos suficientes para hacer frente a sus pagos), asunto que no tiene que ver con la insuficiencia financiera de la tarifa que reclama el Demandante, que no se refiere al estado de pérdidas y utilidades de CGR, sino a la remuneración que efectivamente percibió frente a la que ha debido percibir por la ejecución de las actividades contractuales.

Por lo anterior, el Tribunal no encuentra en el dictamen de contradicción aportado por la Demandada elementos de juicio suficientes que le resten validez a las conclusiones del dictamen financiero aportado por el Demandante.

1.5.1.4. Pronunciamiento sobre las Excepciones Formuladas por la Demandada en Relación con las Pretensiones del Capítulo 5.2

En lo que toca a estas pretensiones, la Convocada propuso las siguientes excepciones:

“2. Segunda excepción. La controversia de los costos reclamados corresponden a un supuesto de insuficiencia tarifaria”.

El sustento de esta excepción se contrae, en síntesis, a afirmar que la tarifa

¹⁵⁸ Dictamen EY. Capítulo 8.2. Págs. 61 y siguientes de la numeración interna

del Contrato es regulatoria y no contractual, por lo que a la UAESP no le son imputables las modificaciones de la regulación tarifaria de la CRA, pues no es la Contratante la que fija las tarifas, de suerte tal que el remedio de que disponía el Concesionario era la solicitud de modificación de los costos de referencia ante esa entidad, por lo que, en criterio de la UAESP, no proceden en esta caso reclamaciones por desequilibrio económico del Contrato.

A este respecto, y por las razones expuestas a lo largo de este apartado en el sentido de que la remuneración del Contrato constituye una tarifa contractual y no regulatoria, así como sobre la procedencia de la reclamación por el rompimiento del equilibrio económico del mismo, el Tribunal declarará no probada esta excepción.

“3. Tercera excepción: Nadie puede alegar su propia negligencia a su favor. Nadie puede ir en contra de sus propios actos. No es imputable a la UAESP la insuficiencia de la tarifa que presuntamente sufrió el contratista “.

Señala la Demandada que el concesionario en documentos oficiales a las autoridades competentes jamás reportó insuficiencia tarifaria alguna y que ante el regulador sostuvo que para los primeros años de ejecución no tuvo problemas de suficiencia, sino que sería con la entrada en vigencia de la Resolución CRA 720 de 2015 donde se presentaría la situación.

Esta excepción tampoco está llamada a prosperar por cuanto la procedencia de estas pretensiones no depende de reportes que debiera hacer el concesionario ante el regulador. Además, porque los pedimentos de la demanda, en este apartado, encuentran su causa y son posteriores a la expedición de la Resolución CA 720 de 2015 y no se probó negligencia de

CGR a este respecto.

“4. Cuarta excepción: Improcedencia de la declaratoria de responsabilidad contractual: Inexistencia de daño resarcible”.

Alega la Demandada que no existe un daño resarcible, pues las decisiones adoptadas por el regulador son cargas públicas que debe soportar el prestador del servicio y que en el marco del contrato de concesión correspondía a la remuneración del contratista y que, por esta razón, la Ley concedió la figura de la revisión de costos económicos de referencia como una manera de aliviar los defectos provocados por la regulación general, en casos específicos. Agrega que, el daño contractual con base en la insuficiencia tarifaria “implica la absoluta obsolescencia de la responsabilidad contractual para resolver el caso que se pone en conocimiento de los honorables árbitros”.

Esta excepción es una variante, sobre los mismos argumentos, de las pasadas dos, de manera que se declarará igualmente no probada.

“5. Quinta excepción: Improcedencia de la declaratoria de responsabilidad contractual: Inexistencia de relación causal”.

“8. Octava excepción: La UAESP cumplió con sus obligaciones de supervisión”

Al respecto afirma la Demandante que la reclamación de CGR Doña Juana parte de la base de la revisión realizada por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en la Resolución CRA 843 de 2018 y la diferencia de lo recibido como remuneración antes de la expedición de la misma, de lo que deriva que el no haber realizado la UAESP la supervisión

del contrato, trajo como consecuencia el no haber advertir la situación financiera de CGR. A partir de esta base, señala que no le era posible a la UAESP conocer la situación financiera del Concesionario, pues éste no le reveló los costos reales, y porque era CGR el único legitimado para pedir la revisión de los costos económicos de referencia ante el ente regulatorio (CRA), siendo de su órbita el riesgo regulatorio.

Además, afirma que la UAESP obró en las labores de supervisión del contrato dentro de los parámetros estipulados en el mismo.

Dado que todos estos aspectos ya fueron objeto de análisis del Tribunal, que más allá de no encontrarlos probados, definió que los hechos acreditados demuestran lo contrario a lo que afirma la Demandante, estas excepciones no están llamada a prosperar.

"6. Sexta excepción: Conducta exclusiva del contratista en la producción del daño reclamado"

Se basa esta excepción en que, según la Demandante, quién debió evitar las presuntas pérdidas reclamadas era el concesionario en su calidad de prestador del servicio, por cuanto en tal calidad conocía las obligaciones que ello genera, incluyendo el cumplimiento de las leyes y regulación que para el caso de las actividades del servicio público domiciliario es el servicio de aseo.

Estos asuntos ya fueron también resueltos por el Tribunal, en particular en cuanto a la distribución de los riesgos contractuales y el acaecimiento de circunstancias sobrevinientes no imputables al Concesionario que generaron una alteración imprevisible de los costos necesarios para

satisfacer sus obligaciones contractuales, por lo que esta excepción tampoco puede prosperar.

"7. Séptima excepción: CGR DOÑA JUANA nunca reveló a la UAESP sus modelos de costos alegando la confidencialidad de los mismos"

Esta excepción se basa en que CGR, según afirma la Demandada, no reveló sus modelos de costos y que el contratista no realizó las inversiones a las se comprometió en el contrato.

Sobre este reproche, el Tribunal no encuentra relación de causalidad entre la negativa de CGR a entregar a la UAESP su modelo económico y la procedencia de las pretensiones, pero, principalmente, que el argumento se podría plantear en los siguientes términos: ¿si CGR hubiera entregado su modelo económico de costos a la UAESP, esta última habría accedido a revisarlos y a adoptar en consecuencia las medidas necesarias para subsanar el desequilibrio económico del Contrato? La respuesta a este interrogante es negativa, por cuanto las razones que esgrimió la UAESP para no efectuar siquiera tal revisión fueron muy distintas, pues en síntesis consistieron en que este era un riesgo que correspondía asumir al Concesionario, y que, tratándose de una tarifa regulatoria (que ya se estableció que no lo era) el remedio para un eventual déficit de la misma era únicamente acudir al regulador para que la CRA modificara los costos de referencia.

Así, esta excepción se declarará no probada.

"9. Novena excepción. El Tribunal no es competente para definir

un costo eficiente hipotético para los años anteriores a la expedición de la Resolución CRA 843 de 2018"

Esta excepción consiste en que, según la Demandada, se está pidiendo al Tribunal *"simular una tarifa para el servicio público de aseo en sus componentes de disposición final y de tratamiento de lixiviados"* lo cual desborda su competencia al exigir que *"para las partes, se precise un función de los principios que gobiernan las normas imperativas del servicio público, se defina una composición de suficiencia frente a los costos de operación y de inversiones del relleno sanitario"*, haciendo las veces de regulador.

Dado que, como se ha afirmado tantas veces y aquí se reitera, en el presente proceso el Tribunal no se ocupa de establecer ninguna tarifa regulatoria, ni tendría por qué hacerlo, pues ello, efectivamente, corresponde privativamente al regulador. Cosa distinta es que el objeto de las pretensiones que se analizan consiste, entre otras cosas, en definir si la tarifa contractual -que se reitera, no es regulatoria- devino insuficiente para cubrir los costos, gastos, inversiones y la utilidad del Concesionario, a efectos de lo cual el Tribunal se estuvo a lo probado en el proceso, de conformidad con las reglas contractuales y las normas de la sana crítica.

Por lo tanto, esta excepción se declarará no probada.

"10. Décima excepción: La no imputabilidad de la UAESP"

La Demandada expresa que el incumplimiento de la obligación de la UAESP radica en que no se habría garantizado la suficiencia tarifaria, por no haber adoptado un marco tarifario suficiente como para cubrir los costos reales de

la prestación del servicio en todos sus componentes, pues no es la UAESP la autoridad regulatoria para definir las tarifas.

El argumento, sin embargo, parte de una premisa que no es correcta; el incumplimiento que se le imputa a esa entidad no consiste en no haber adoptado un marco tarifario determinado, sino en no haber atendido sus obligaciones en cuanto a la revisión de la ecuación económica de Contrato y, de contera, no haber adoptado las medidas pertinentes para compensar al Concesionario el desequilibrio que ocurrió por causas no imputables a éste, por lo que la excepción no está llamada a prosperar.

“11. Décima primera excepción: Deslealtad y comportamiento contrario a la buena fe por parte de CGR Doña Juana”

A este respecto el Tribunal encuentra que la prueba de la deslealtad y de los comportamientos contrarios a la buena fe le corresponde aportarla a quien alega tales reproches, lo cual no se acreditó en el presente proceso. Más aún, el argumento de que formular una demanda con unas pretensiones dinerarias que, en su criterio, son exorbitantes no constituye un acto de deslealtad contractual o falta de buena fe contractual.

“12. Décimo segunda excepción: Los riesgos asignados y su gestión - la improcedencia de las reclamaciones económicas por desequilibrio del contrato y responsabilidad de la UAESP”

“21. Vigésima primera excepción: La naturaleza de la concesión y los riesgos explícitos e implícitos hace improcedente la reclamación de CGR Doña Juana – la improcedencia de reclamación económica según el mismo concesionario”

“22. Vigésima segunda excepción: Los riesgos fueron asumidos por el concesionario”

Habida cuenta de que estas tres excepciones coinciden en sus fundamentos, se atenderán conjuntamente.

Al respecto, el tema de la asignación y distribución de los riesgos contractuales ya fue definido por el Tribunal, que encontró que no le correspondía a CGR asumir los riesgos que se concretaron y que generaron las declaraciones y condenas que se plasman en el apartado anterior, por lo cual declarará que estas excepciones no fueron probadas.

"13. Décimo tercera excepción: La improcedencia de la reclamación económica de CGR Doña Juana – El deber estudiar, preparar y presentar su propuesta"

Afirma la Demandada que CGR incumplió su deber de planeación en la preparación y presentación de la oferta económica.

Sobre el particular, el fundamento de esta excepción podría haber sido de recibo en cuanto a las pretensiones relacionadas con la insuficiencia de la tarifa contractual en el primer período de ejecución del Contrato, hasta la entrada en vigor de las Resoluciones CAR 1351 de 2014 y CRA 720 de 2015, pues como se observa en las consideraciones del Tribunal en relación con este aspecto, y en las conclusiones que derivó del mismo, el Concesionario pudo haber incurrido en incuria al no haber cumplido con su deber de planeación, más exactamente en su faceta de auto información, en la fase precontractual y en la preparación y presentación de la oferta económica, y ello le hace responsable de su propia conducta. Cabe recordar que el Tribunal ya señaló que no se pronunciaría sobre esta excepción, en lo que ha dicho primer período se refiere, por las razones expuestas en su momento.

Sin embargo, lo que se debate en este capítulo no es si el CGR observó o no tales deberes en la fase precontractual, sino si mediaron circunstancias sobrevinientes no imputables al Concesionario o incumplimientos por parte de la UAESP que generaron perjuicios que aquel no está en la obligación de soportar, tales como los derivados del rompimiento del equilibrio contractual.

Así, con el alcance que aquí se indica, esta excepción no está llamada a prosperar.

“14. Décima cuarta excepción: Improcedencia de alteración del equilibrio económico por ser contrario al principio de buena fe”

Aduce la Demandante que entre las partes se han celebrado 8 adiciones, modificaciones, prórrogas y aclaraciones al contrato y en ninguna de ellas existe mención alguna a una alteración al equilibrio económico del contrato, por lo que, en términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, *cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual*”.

Al respecto, el Tribunal no entiende la jurisprudencia citada con el sentido absoluto que pretende atribuirle la Demandada (si hubo lugar a cualquier suspensión, adición, prórroga, contrato adicional u otrosí y no se reclamó el desequilibrio económico, opera una suerte de preclusión o pérdida de oportunidad para reclamar), por el contrario, la posición del Consejo de Estado, que sobre el particular ha variado desde que se expidió la sentencia citada por la Demandante, se refiere a que, cuando se hayan celebrado actos modificatorios del contrato que tengan relación con la reclamación

que ulteriormente reclama el contratista por vía judicial, puede ocurrir que la conducta de la parte que en el decurso contractual omitió reclamar se torne en prueba de un desistimiento de la reclamación judicial posterior, pero cuando, como en el presente caso, se hayan celebrado dicho tipo de actos (modificaciones, aclaraciones, adiciones, prórrogas o suspensiones) por motivos que no guardan ninguna relación con los que dan lugar a la reclamación del restablecimiento del equilibrio económico, no cabe entender que dichos actos constituyen una renuncia o comportan una caducidad de la acción judicial.

Sobre el particular se ha pronunciado la justicia arbitral en los siguientes términos¹⁵⁹:

“La jurisprudencia contencioso administrativa ha venido sosteniendo que, debido a que las etapas del contrato estatal son preclusivas, “las partes disponen de ciertas oportunidades para negociar y pactar las condiciones del contrato, así como para proponer y acordar sus modificaciones, con base en la información disponible al tiempo en que estas se suscriben y en sus propios cálculos, las cuales, una vez formalizadas, agotan la posibilidad en lo que se refiere a buscar nuevos reconocimientos sobre las mismas condiciones que se conocieron, o debieron conocerse, a la celebración del contrato o de su respectiva modificación”¹⁶⁰.

La anterior conclusión obedece a que el contratista debe “cumplir con el requisito de oportunidad, es decir debe presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades respectivas por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes, dentro de las oportunidades que en el ejercicio de la actividad contractual ha tenido para reestablecer el equilibrio económico que se ha visto roto, esto es, al momento

¹⁵⁹ Laudo arbitral de Consorcio AIA-CONCAY v IDU del 28 de agosto de 2020.

¹⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, sentencia del 6 de febrero de 2020, CP Marta Nubia Velásquez Rico.

de suscribir acuerdos como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.”¹⁶¹; por cuanto la suscripción de dichos actos “son etapas preclusivas en las cuales si las partes no formulan salvedad, reclamación u objeción alguna, en virtud del principio de buena fe se presume que el equilibrio económico del contrato se ha restablecido”¹⁶². Por ello, “si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”¹⁶³.

A este respecto el Tribunal encuentra que la posición del Consejo de Estado, sin más condiciones, supondría otorgar al silencio de una de las partes la virtualidad de modificar el término de caducidad que, por virtud de la ley, extingue la acción judicial de reclamación contractual -que como se sabe es una disposición de orden público y en consecuencia inmodificable por los particulares-; o extinguir el derecho objeto de la eventual reclamación, para lo cual se requeriría de una manifestación de voluntad inequívoca en tal sentido. Sin embargo, al analizarlo en el contexto de las manifestaciones del Consejo de Estado, es posible entender que el efecto extintivo del derecho a la reclamación, o al objeto de la reclamación, según quiera verse, puede ser el resultado de la vulneración por parte del contratista del principio de la buena fe objetiva y en particular de la doctrina de los actos propios, cuya infracción tendrá como consecuencia la inadmisibilidad o improcedencia de toda actuación posterior que resulte contradictoria con la conducta vinculante, de manera que si la actuación contradictoria tiene lugar en un proceso, como pretensión de una de las partes, el órgano jurisdiccional competente deberá rechazar tal petición.

(...)

A partir de las anteriores consideraciones, el Tribunal extracta las

¹⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, sentencia del 9 de abril de 2015, CP Jaime Orlando Santofimio.

¹⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, sentencia de mayo 28 de 2015, CP Jaime Orlando Santofimio.

¹⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, sentencia de enero 27 de 2016, CP Jaime Orlando Santofimio.

siguientes conclusiones:

- *Es válida la renuncia del contratista a reclamar por los perjuicios que se generen como consecuencia de las suspensiones, prórrogas o modificaciones que se pacten durante la ejecución del contrato estatal (obviamente en la medida en que el acto jurídico reúna los requisitos generales para su validez).*
- *Igualmente, habrá renuncia a reclamaciones ulteriores cuando mediante acto jurídico se otorgue un finiquito o paz y salvo final del negocio jurídico sin incluir ninguna salvedad respecto de las cuentas que lo conforman, como es el caso del acto de liquidación bilateral del contrato estatal, pero ello no obedece a que el silencio de uno de los contratantes se pueda interpretar como tal renuncia, ni que esta conducta, per se, conlleve una violación del principio de la buena fe; en realidad, lo que en ese caso ocurre es que las partes, de manera libre, espontánea y voluntaria, plasman un acuerdo de voluntades en virtud del cual hacen un corte de cuentas final y determinan, de común acuerdo, el balance de sus relaciones obligacionales y económicas en relación con el contrato ejecutado, lo que lleva de suyo que un intento posterior por controvertir dicho acuerdo, mediante una reclamación respecto de las cuentas que fueron objeto de la liquidación, constituiría una violación del principio de la buena fe objetiva, y en particular al principio del venire contra factum proprium non valet, como lo ha establecido la jurisprudencia en los siguientes términos¹⁶⁴*

“La liquidación del contrato, como de tiempo atrás lo tiene establecido la jurisprudencia, es un corte de cuentas que se efectúa una vez culmina el contrato por cualquier causa — vencimiento del plazo, ejecución del objeto contractual, terminación unilateral, declaratoria de caducidad, etc.—, en el que, en definitiva, se establece quién le debe a quién y cuánto, para permitir de este modo que la relación negocial quede totalmente extinguida y que las partes se puedan declarar a paz y salvo.

(...) Por lo tanto, como lo dispone la ley, es en ese estadio de la relación contractual que les corresponde hacer las reclamaciones mutuas y buscar los acuerdos necesarios para solventar las

¹⁶⁴ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 2006-01723 de marzo 29 de 2017, CP: Danilo Rojas Betancourth.

diferencias que les permita declararse a paz y salvo, puesto que mediante la liquidación, se extingue de manera definitiva el vínculo negocial existente entre contratante y contratista.

(...)

25. La liquidación del contrato de común acuerdo, como su nombre lo indica, es un acto jurídico bilateral, que involucra la manifestación de voluntad libre y consciente de cada una de las partes contratantes, quienes al suscribir la respectiva acta están consintiendo sobre su contenido y aceptando la veracidad y exactitud del mismo. En consecuencia, esa manifestación de voluntad las obliga y se impone su respeto en futuras actuaciones, en las cuales no se puede desconocer la palabra dada, por cuanto no es lícito a las partes venir contra sus propios actos —venire contra factum proprium non valet—, principio que se sustenta en la buena fe que debe presidir las relaciones negociales, y específicamente en los contratos de la administración, a la luz de lo dispuesto por el artículo 83 de la Constitución Política, los artículos 23 y 28 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1603 del Código Civil colombiano.”¹⁶⁵.

- Por el contrario, no constituye una presunción de renuncia a reclamaciones ulteriores en razón de las causas que dan lugar a las suspensiones, prórrogas o modificaciones, el hecho de que el contratista no formule, en el acto modificadorio, una solicitud, reclamación o salvedad fundada en la alteración del equilibrio económico causado por el mismo, a menos de que, dadas las circunstancias del caso concreto, sea dable afirmar que el silencio del contratista en tal sentido comporta una violación del principio de la buena fe objetiva”.

En este sentido, no existe razón alguna para suponer que el hecho de que CGR no haya reclamado el desequilibrio económico contractual en los

¹⁶⁵ En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2013-00105 de marzo 23 de 2017, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico:

“En reiteradas providencias emanadas de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha considerado que en aquellos casos en los cuales el contrato se liquida por mutuo acuerdo entre las partes, el documento en que se plasma dicho acto contiene un consenso acerca de los datos y valores allí establecidos y podrá ser controvertido posteriormente: i) en los aspectos que hayan sido materia de salvedad expresa o ii) en aquellas partidas en relación con las cuales pueda probarse un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo).

El contenido del acta de liquidación bilateral del contrato reviste obligatoriedad para las partes y no puede ser desestimado en los estrados judiciales, toda vez que con ella se desarrolla la obligación legal de establecer el finiquito de la cuenta contractual, de conformidad con el contenido del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el cual se impone como regla general en los contratos de tracto sucesivo cuando se rigen por el referido estatuto”.

diversos actos a los que se ha hecho referencia, constituye una manifestación de voluntad -ni siquiera tácita- de renuncia a tal reclamación, cuando por el contrario, como quedó probado, durante esta época de ejecución del Contrato requirió frecuente y reiteradamente a la UAESP para que atendiera su reclamación.

Por lo demás, como se anticipó, el Tribunal encuentra que la posición del Consejo de Estado expresada por el Demandante se ha modificado, o al menos experimentado ciertas modulaciones, como se evidencia en el siguiente pronunciamiento¹⁶⁶:

“13.5.1.- De un lado, para que el acuerdo sobre la renuncia de derechos tenga validez, este debe provenir de la manifestación expresa de las partes. Presumirlo implicaría desconocer el principio de la autonomía de la voluntad, del cual se deduce que las partes solo se obligan a aquello que quieren y que manifiestan expresamente.

13.5.2.- De otro lado, implicaría dar al silencio del contratista un efecto que la ley no contempla y que el juez no puede presumir. No es razonable presumir que el contratista renuncia a reclamar los posibles perjuicios, cuando suscribe la suspensión de un contrato y no realiza ninguna manifestación al respecto.

Los artículos 2469 y 2375 del Código Civil no permiten considerar como transacción un acuerdo en el que una de las partes renuncie a un derecho futuro que <<no se disputa>> o que <<no existe>>. Bajo la misma lógica, tampoco puede presumirse la existencia de renunciar al reclamo de perjuicios cuando el contratista no la ha expresado al suscribir la suspensión del contrato.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha aceptado esta tesis y ha señalado que el silencio del contratista frente a los reclamos de posibles perjuicios en el acta de suspensión no implica una

¹⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de mayo de 2020, Rad. 42962 C. P. Martín Bermúdez Muñoz

renuncia a su derecho a reclamar.

"La Sala ha precisado que "no haberse previsto en el acta de suspensión lo atinente a las consecuencias económicas de la misma o a la falta de salvedades previas por el contratista, no significa que haya renunciado a formular reclamaciones y más si aquélla tuvo origen en circunstancias que no le son imputables a él"

En el presente caso, tratándose de contratos adicionales que se hicieron necesarios para prorrogar el plazo del contrato para la ejecución de obras no previstas y debido a la dificultad en la consecución de materiales que no fueron imputables al contratista, el principio anterior también tiene aplicación y no impedía la reclamación del contratista en relación con los sobrecostos derivados de esa mayor permanencia en la obra".

13.5.3- Un acuerdo en el que se sujete la suscripción de la modificación del contrato a la renuncia de derechos del contratista violaría el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual las autoridades no pueden condicionar la <<adición o modificación de contratos (...) a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste>>.

En conclusión, si la renuncia de derechos está prohibida legalmente, el juez no puede presumir su pacto y hacerle producir efectos, como lo pretende el IDU.

13.5.4.- Ahora bien, la situación planteada anteriormente difiere de los casos en que el silencio se equipara a una manifestación tácita de la voluntad de las partes, y por lo tanto, las obliga. En efecto, el silencio puede llegar a ser vinculante en aplicación del principio de buena fe, en aquellos casos en que el comportamiento ordinario o habitual de uno de los contratantes puede generar en el otro la expectativa de que continuará comportándose de la misma manera en un futuro. El carácter vinculante de este tipo de silencio tiene como finalidad proteger a la otra parte contratante de cambios inesperados en la relación contractual, lo cual evidenciaría mala fe (...)

13.5.5.- Sin embargo, el caso analizado en esta sentencia no se

adecúa a aquellos en los que el silencio se equipara a un consentimiento tácito. Así, el hecho de que el contratista se haya abstenido de anticipar reclamaciones por los perjuicios ocasionados por razón de la suspensión del contrato no implica una renuncia a sus derechos. De un lado, la ley no otorgó dicha consecuencia jurídica a la referida situación. De otro lado, el silencio del contratista en la firma del acta de suspensión no es una actividad habitual que genere en la entidad la expectativa de la renuncia del derecho, es decir, no es una manifestación del principio de buena fe contractual".

Por lo anterior, el Tribunal declarará no probada esta excepción.

"15. Décima quinta excepción: los hechos asociados a la expedición de actos por parte de autoridades ambientales y regulatorias no son constitutivas del hecho del príncipe ni de imprevisión"

La Demandante alega, basado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual el hecho del príncipe se concreta en la ruptura del equilibrio económico del contrato *"por la expedición, imprevista y posterior a su celebración, de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante (leyes, decretos, etc.), que de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista (alea administrativa)"*, que en el presente caso no tuvo lugar ningún acto expedido por la UAESP que dé lugar a la reclamación del contratista, lo cual es cierto.

Añade que tampoco se dieron los presupuestos de la teoría de la imprevisión -se entiende, como causa para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato-, por cuanto conforme a los riesgos asignados, se excluye de cualquier imprevisión las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas.

Dado que el Tribunal ya definió lo correspondiente a la asignación de riesgos del Contrato, y encontró que, contrario a lo que afirma la Demandante, CGR no asumió las consecuencias económicas de los actos de autoridades que generaran mayores costos para la ejecución del contrato, por ser estas un riesgo imprevisible, esta excepción tampoco resulta probada.

“40. Cuadragésima excepción: No puede el convocante actualizar sus reclamaciones bajo el WAAC definido por el regulador”

Aduce la Demandada que el regulador al definir el WACC, lo hace sobre la base de inversiones prospectivas y no como una fórmula de indexación. Agrega que dicha fórmula no se encuentra prevista en el contrato ni en la ley como factor de actualización. Por las razones liberatorias de la UAESP que se encuentren probadas en el trámite dejo servida esta excepción.

A este respecto, el Tribunal no accederá a las pretensiones que tenían por objeto actualizar las condenas con el WACC, por razones similares a las que aquí expone la Demandada, de manera que esa excepción está llamada a prosperar y se declarará probada.

“37. Trigésima séptima excepción: Buena fe”

La Demandada arguye que la UAESP ha obrado de buena fe a lo largo de la ejecución contractual y por lo tanto debe exonerarse de las pretensiones declarativas de responsabilidad y sus consecuencias económicas.

Al Tribunal le resulta extraña esta excepción, como quiera que el hecho de

que uno de los contratantes haya observado un comportamiento contractual ajustado a la buena fe -cosa que no se está juzgando en este asunto-, no implica de manera alguna que no pueda ser declarado responsable y condenado consecuentemente, como quiera que, se reitera, la responsabilidad patrimonial puede surgir, por ejemplo, del incumplimiento del contrato por una parte -que puede no haber ocurrido por su actuar contrario a la buena fe- o de la teoría de la imprevisión, que tampoco pone en tela de juicio ni tiene como requisito de procedencia la ausencia de buena fe del contratante.

Por ello esta excepción no está llamada a prosperar.

1.5.2. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL EN CUANTO A LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA INSUFICIENCIA DE LA REMUNERACIÓN Y CON EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO RESPECTO DE LAS ACTIVIDADES DE DISPOSICIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS, DESDE EL MOMENTO DE LA MODIFICACIÓN TARIFARIA CON BASE EN LOS COSTOS DE REFERENCIA DE LA RESOLUCIÓN CRA 720 DEL 2015 HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA RESOLUCIÓN CRA 843 DE 2018

1.5.2.1. En cuanto a las Pretensiones Declarativas Tercera, Quinta, Octava, Vigésima Primera y Vigésima Segunda de la Demanda reformada:

Quedó probado en el presente proceso, y así lo declarará el Tribunal, que los nuevos requerimientos ambientales que se vio obligado a satisfacer CGR como consecuencia de la entrada en vigor de la Resolución CAR 1351 de 2014, le generaron un incremento de costos que no se vio reflejado en la

remuneración contractual que percibió, generando de contera un desequilibrio en la ecuación económico financiera del Contrato.

También se encontró que dicha circunstancia sobreviniente, y en particular los efectos económicos desfavorables que representó para el Concesionario, fue advertida oportuna y reiteradamente a la UAESP, sin que esta se ocupara de subsanar el desequilibrio económico contractual, amparada en razones que no justifican su conducta.

Así mismo, el Tribunal encontró que la remuneración pactada en el Contrato constituye una tarifa contractual, que por lo tanto requiere para su modificación del acuerdo entre las partes, pero que sin embargo fue aplicada a la fórmula de cálculo de la remuneración pactada, por disposición unilateral de la UAESP.

Por último, el Tribunal encontró suficiente prueba para determinar la magnitud del desequilibrio de la ecuación económica financiera del Contrato, el cual se encuentra representado en la diferencia que se demostró entre la tarifa suficiente basada en costos eficientes del Contratista y la remuneración efectivamente percibida por éste.

Cabe aclarar a este respecto, que el cálculo realizado por el perito EConcept, que elaboró el dictamen económico aportado por el Demandante, el cual el Tribunal acogerá, resarce, hasta donde quedó probado, el desequilibrio contractual proveniente de los nuevos requerimientos ambientales establecidos por la Resolución CAR 1351 de 2014 y de la aplicación de los costos de referencia de la resolución CRA 720 de 2015, hasta la entrada en vigor de la Resolución CRA 831 de 2018, pues

a partir de entonces el Concesionario comenzó a percibir una tarifa contractual suficiente.

Habida cuenta de lo expuesto, el Tribunal declarará, en lo que respecta al período contractual al que se refiere este capítulo, que la tarifa del Contrato para el componente de disposición de residuos sólidos, que rigió desde la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 y hasta la implementación de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 843 del 2018, resultó no ser suficiente para permitir al Contratista la recuperación de los costos y gastos y remunerar a los accionistas; y que, al establecer esta tarifa insuficiente, la UAESP incumplió la ley y el Contrato, y por lo tanto declarará la prosperidad de las pretensiones Tercera y Quinta de la Demanda Reformada; por lo cual no habrá lugar a pronunciamiento sobre las pretensiones Subsidiarias de ésta última.

Declarará también, en lo que respecta al período contractual al que se refiere este capítulo, que la UAESP incumplió la ley y el contrato al no observar ni atender en debida forma sus deberes de vigilancia y control y revisión, y en consecuencia declarará próspera la pretensión Octava de la Demanda Reformada, por lo que no habrá lugar a pronunciamiento sobre su Subsidiaria.

En el mismo sentido, declarará que actos y hechos de autoridades y de terceros y circunstancias y situaciones extraordinarias e imprevisibles, ajenos a CGR, así como los incumplimientos de la UAESP afectaron adversamente la situación del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 ocasionando su desequilibrio económico y financiero causando daños y perjuicios a CGR

que constitucional y legalmente no tiene el deber de soportar, y en consecuencia declarará la prosperidad de las pretensiones Vigésima Primera y Vigésima Segunda de la Demanda Reformada.

1.5.2.2. Pretensiones de Condena Novena, Décima y sus Subsidiarias, Duodécima y su Subsidiaria, Vigésima Tercera, Vigésima Cuarta y su Subsidiaria, Consecuenciales de las Pretensiones Declarativas Tratadas en el Apartado Anterior.

Como consecuencia de las declaraciones anteriores, el Tribunal acogerá la pretensión Décima de condena, lo que le exime de pronunciarse sobre su Subsidiaria y la pretensión Vigésima Tercera de la Demanda Reformada, por lo que condenará a la UAESP a pagar a CGR el valor de los perjuicios acreditados en este proceso por concepto del desequilibrio económico del Contrato generado por el acaecimiento de las circunstancias imprevistas sobrevinientes en este período.

En cuanto a los nuevos requerimientos ambientales y a la aplicación de los costos de referencia de la Resolución 720 de 2015 a la fórmula de remuneración contractual, y por el incumplimiento de la UAESP de atender y remediar dicho desequilibrio, el cual asciende a la suma de \$19.352'879.555, a pesos constantes de la fecha de presentación del dictamen, por lo cual deberá ser actualizada a la fecha del Laudo, de la siguiente manera:

Valor actualizado = IPC Final / IPC inicial * Valor a actualizar

IPC Final: 131,77 ¹⁶⁷

IPC Inicial: 111,41 ¹⁶⁸

Valor a actualizar: \$19.352'879.555

Valor actualizado = $131,77 / 111,41 * \$19.352'879.555$

Valor actualizado = \$ 22.889.587.460

En lo que respecta a la actualización de las cuantías de la insuficiencia financiera o desequilibrio económico del período al que se refiere este capítulo, el Tribunal no acogerá las pretensiones que buscan que sean incrementadas con la tasa WACC (Weighted Average Cost of Capital o costo medio ponderado de capital) ya que es solamente el estimado de lo que debería ser el retorno de la inversión de un concesionario, establecido por el regulador, y no una garantía de utilidad futura del negocio, ni mucho menos un factor de ajuste ni una medida de cálculo del lucro cesante generado por un incumplimiento o por el desequilibrio financiero del contrato.

Sin embargo, el Tribunal si accederá a las condenas procedentes en función del valor probado del perjuicio o desmedro económico, así como a su actualización de conformidad con el IPC, a fin de mantener el poder adquisitivo de esos recursos. Por lo anterior, rechazará las pretensiones Duodécima y Vigésima Cuarta de condena, pero acogerá sus Subsidiarias, en la forma señalada en el párrafo anterior.

¹⁶⁷ IPC correspondiente a diciembre de 2021 toda vez que para la fecha de elaboración de la experticia ese era el último disponible.

¹⁶⁸ IPC correspondiente a marzo de 2023.

2. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA EN RELACIÓN CON LA INSUFICIENCIA TARIFARIA PARA LAS ACTIVIDADES DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS; EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO EN RELACIÓN CON LAS ACTIVIDADES DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS; Y EL RIESGO DE OPTIMIZACIÓN DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS

Como quiera que estos tres grupos de pretensiones presentan una estrecha relación fáctica y jurídica, en la medida en que se fundamentan en los mismos hechos y son sustentadas jurídicamente por el Demandante en iguales o similares figuras jurídicas, el Tribunal se ocupará de su análisis conjunto en el presente capítulo, como en efecto procede a continuación.

2.1. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA:

2.1.1. EN RELACIÓN CON LA ALEGADA INSUFICIENCIA TARIFARIA DE LA REMUNERACIÓN POR LAS ACTIVIDADES DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS, LA PARTE CONVOCANTE SOLICITA EN LA DEMANDA REFORMADA LO SIGUIENTE

“SEGUNDA PRETENSIÓN.- *Que se declare que la tarifa del Contrato de Concesión 344 de 2010, para el componente de tratamiento de lixiviados, que hacía parte de la remuneración de la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., que rigió desde el 16 de diciembre de 2010 y hasta el momento que se introdujo la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 del 2015, resultó no ser suficiente para permitir la recuperación de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana, atender las obligaciones ambientales y remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria.*

CUARTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la tarifa del Contrato de Concesión 344 de 2010, para el componente de tratamiento de lixiviados, que hacía parte de la remuneración de la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., que rigió desde la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 y hasta la implementación de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 843 del 2018, resultó no ser suficiente para permitir al Contratista la recuperación de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana, atender las obligaciones ambientales y remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria.

SEXTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP incumplió la ley y el Contrato de Concesión 344 de 2010 al establecer para las actividades de tratamiento lixiviados una tarifa que resultó no ser suficiente para permitir al Contratista la recuperación en forma completa de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana, atender las obligaciones ambientales y remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP estableció obligaciones y actividades de operación, mantenimiento, mejoramiento, reposición, expansión, y construcción de los activos de tratamiento lixiviados del Relleno Sanitario Doña Juana que demandaban costos, gastos e inversiones que no se encontraban remunerados dentro de las respectivas tarifas del Contrato de Concesión 344 de 2010 las cuales tampoco permitían remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria, vulnerando lo previsto en la ley y el Contrato.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. incurrió en costos, gastos e inversiones no cubiertos por la tarifa correspondiente a las actividades de tratamiento de lixiviados fijada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP, la cual tampoco permitía remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad

concesionaria.

OCTAVA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP incumplió la ley y el contrato al no observar ni atender en debida forma sus deberes de planeación (L. 80 de 1993 art. 25, numeral 12), transparencia e información (L. 80 de 1993 art. 24, numeral 5, literales d y e), estimación de los riesgos (L. 1150 de 2007 art. 4) vigilancia y control (L. 80 de 1993 art. 5, numerales 1 y 3), revisión (L. 80 de 1993 art. 4, numerales 8 y 9; art. 5, numeral 3; art. 27 y art. 28), buena fe y colaboración (C.P. art. 83; C.C. 1603), y suficiencia tarifaria (L. 142 de 1994 art. 87) respecto del Contrato de Concesión No. 344 de 2010.

SUBSIDIARIA DE LA OCTAVA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP, en su condición de Contratante, incumplió obligaciones derivadas del Contrato de Concesión No. 344 de 2010, celebrado entre dicha Unidad y EL CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., en relación con las estipulaciones que tienen que ver con "Supervisar la ejecución del contrato" contenida en el numeral cuatro de la Cláusula Cuarta referente a las obligaciones que le asisten a la entidad contratante UAESP; así como con la obligación referida a "La UAESP verificará el cabal desarrollo del presente contrato directamente o por conducto de terceros contratados para el efecto" contenida en la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Concesión 344 de 2010, pues de haberlo hecho, habría identificado las carencias y dificultades financieras que componían la remuneración a que tenía derecho el concesionario, establecida a partir de una estructura de costos que no remuneraban adecuadamente la ejecución de las obligaciones derivadas de la licencia ambiental expedida por la autoridad ambiental (Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR), ni la escala de operación de relleno sanitario Doña Juana.

UNDÉCIMA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., a título de indemnización y compensación, para el período 2010 – octubre 2018, la suma que resulte de aplicar a las cantidades facturadas mensualmente durante ese período, la diferencia entre las tarifas para

tratamiento de lixiviados que se aplicaron y las tarifas que resultan de aplicar la metodología contenida en la Resolución 720 de 2015 de la CRA a los costos, gastos e inversiones reales del Relleno Sanitario Doña Juana.

SUBSIDIARIA DE LA NOVENA PRETENSIÓN, DE LA DÉCIMA PRETENSIÓN Y DE LA UNDÉCIMA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., a título de indemnización, compensación o reembolso, la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados, por concepto de daño emergente y/o lucro cesante, en la cuantía que resulte demostrada en el proceso.

DUODÉCIMA PRETENSIÓN.- Que a cada suma que resulte de conformidad con las pretensiones novena, décima y undécima, o su subsidiaria, sea actualizada con aplicación de la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN DUODÉCIMA.- Que cada suma que resulte de conformidad con las pretensiones novena, décima y undécima, o sus subsidiarias, sea actualizada con aplicación del IPC, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso."

2.1.2. EN RELACIÓN CON EL ALEGADO DESEQUILIBRIO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA FINANCIERA DEL CONTRATO, POR CONCEPTO DE LAS ACTIVIDADES DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS, LA PARTE CONVOCANTE SOLICITA EN LA DEMANDA REFORMADA LO SIGUIENTE

"VIGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN.- Que se declare que actos y hechos de autoridades y de terceros y circunstancias y situaciones extraordinarias e imprevisibles, ajenos todos a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., afectaron adversamente la situación del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 ocasionando y/o profundizando su desequilibrio económico y financiero.

VIGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN.- Que se declare que los incumplimientos de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP y los actos y hechos de las autoridades y de terceros, así como las circunstancias y situaciones extraordinarias e imprevisibles, ajenos todos a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., probados en el proceso, produjeron la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 y ocasionaron daños y perjuicios a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. que constitucional y legalmente no tiene el deber de soportar.

VIGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de las declaraciones que efectúen en la pretensión anterior se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar al Concesionario CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., a título de indemnización, compensación o reembolso, la totalidad de las sumas que compensen y reparen de manera integral los daños y perjuicios ocasionados y restablezcan el equilibrio económico del contrato, en la cuantía que resulte demostrada en el proceso.

VIGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar las sumas resultantes de la pretensión vigésima tercera actualizadas con aplicación de la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, desde el momento de su causación, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar las sumas resultantes de la pretensión vigésima tercera actualizadas con el IPC, desde el momento de su causación, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso."

2.1.3. EN RELACIÓN CON EL RIESGO DE OPTIMIZACIÓN DE LA PLANTA DE
TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS, LA PARTE CONVOCANTE SOLICITA EN
LA DEMANDA REFORMADA LO SIGUIENTE

“VIGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP violó la ley al no estimar adecuadamente el valor del riesgo de optimización de la planta de tratamiento de lixiviados, tal como se aprecia en la Cláusula Segunda, numerales 7, 8 y 9, la Cláusula Tercera, Sobre los Lixiviados, numeral 1. y la Cláusula Séptima, literal b) del Contrato 344 de 2010.

VIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se anule la Cláusula Segunda, numerales 7, 8 y 9 y la Cláusula Tercera, Sobre los Lixiviados, numeral 1. del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 y consecuentemente se exonere a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. de las obligaciones allí contenidas atinentes a la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados por ser un riesgo respecto del cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP no cumplió lo preceptuado por la ley para ser asignado en debida forma.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se inaplique la Cláusula Segunda, numerales 7, 8 y 9 y la Cláusula Tercera, Sobre los Lixiviados, numeral 1. del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 y consecuentemente se exonere a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. de las obligaciones allí contenidas atinentes a la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados por ser un riesgo respecto del cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP no cumplió lo preceptuado por la ley para ser asignado en debida forma.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se exonere al CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la

Cláusula Segunda, numerales 7, 8 y 9 y la Cláusula Tercera, Sobre los Lixiviados, numeral 1. del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 atinentes a la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados por ser un riesgo respecto del cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP no cumplió lo preceptuado por la ley para ser asignado en debida forma."

2.2. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

Los hechos planteados por el Demandante en la Demanda Reformada, y los contenidos en su Contestación y en las excepciones que con ella formula la Demandada, permiten delinear las posiciones de las partes en relación con las pretensiones objeto de estudio en este aparte de la siguiente manera:

La Convocante refiere en los hechos de la demanda que la UAESP ordenó la apertura y publicación del pliego de condiciones de la Licitación Pública 001 de 2010 mediante la Resolución 103 del 1 de marzo de 2010; con miras a seleccionar el concesionario encargado de la administración, operación y mantenimiento integral del RSDJ y que el proceso licitatorio tuvo una duración total de 42 días hábiles, contados entre el momento de la apertura y el cierre de la misma, que fue el 30 de abril de 2010, fecha en la cual los interesados debían presentar su propuesta. La Convocada coincide con lo anterior al admitir como ciertos los hechos 1.1 al 1.3.

La Convocante afirma que la forma de remuneración del concesionario prevista en el literal "b) Remuneración por el tratamiento de Lixiviados" de la Cláusula Séptima de la minuta de Contrato de Concesión incluida en el Pliego de Condiciones, fue establecida por la UAESP mediante una tarifa de

contrato, estructurada ad hoc en virtud de lo previsto en el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, toda vez que la Resolución CRA 351 de 2005 no contenía ninguna previsión sobre la manera en que se debía remunerar aquella actividad más allá de la mención de un proceso de recirculación insuficiente para el caso concreto, como lo consignó en el documento de Solicitud de proceso contractual y estudios previos, en los siguientes términos:

"2. TARIFA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS.

La tarifa de lixiviados que se utilizó en el proceso de estructuración financiera se estructuró como una tarifa de operación y mantenimiento para el tratamiento de los lixiviados, considerando una capacidad de tratamiento de la planta de 21,5 LPS. Las variables tenidas en cuenta para su elaboración fueron:

- Nómina de administración de la planta.*
- Nómina de operación de la planta.*
- Nómina de mantenimiento de la planta.*
- Nómina del laboratorio de la planta.*
- Operación y mantenimiento de equipos para disposición de lodos (alquiler).*
- Operación y mantenimiento de equipos complementarios PTAR (compra).*
- Energía.*
- Productos químicos.*
- Reserva mensual de mantenimiento de equipos.*
- Reserva mensual de recuperación de equipos.*
- Reserva mensual de mantenimiento de infraestructura y OC.*
- Otros costos indirectos.*

Los cálculos se efectuaron con base en valores obtenidos a partir de los informes mensuales de la interventoría, ya que la regulación vigente en material de lixiviados (Resolución CRA 151 de 2001) solamente reconoce la recirculación de los lixiviados al interior de los rellenos sanitarios".

La Convocada acepta como parcialmente cierto lo anterior, pero precisa

que "... que el concepto de tarifa implica el pago de la misma directamente por el usuario, por lo tanto la UAESP no definió tarifa sino una remuneración contractual y por su parte el contratista CGR la consideró equivalente a la prestación debida y por ello presentó propuesta y suscribió el contrato estatal" y respecto del componente de Tratamiento de Lixiviados señala que, si bien se definió una remuneración por la operación y el mantenimiento del sistema, esta no es una tarifa contractual de las que trata el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

Añade que como consecuencia del derrumbe acaecido en 1997, fue necesario implementar un sistema de tratamiento de lixiviados, para lo cual se celebró el contrato de Concesión 4035 de 1999 con STL S.A. E.S.P., durante el periodo comprendido entre los años 1999 y 2010, cuyo objeto fue el diseño, construcción y operación de la Planta de Tratamiento de Lixiviados ("PTL"); y que al momento de adelantar la Licitación 001 de 2010, la mencionada planta no cumplía con los parámetros ambientales, asunto que fue puesto en conocimiento de todos los proponentes; y que la "puesta a punto" de la PTL sería conocida como la obligación de optimización del sistema de tratamiento de lixiviados.

Aduce la Convocada que la remuneración pactada en el Contrato no constituye una "tarifa contractual" en los términos del Parágrafo 1º del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, como quiera que:

- (i) Que para la implementación de una tarifa contractual debe contarse con la autorización del regulador, en este caso la CRA;
- (ii) Que la tarifa contractual no puede ser superior a la dispuesta en la regulación general por la actividad, por lo que la remuneración contractual

de lixiviados, que va más allá de la recirculación de los lixiviados y es mayor a la tarifa dispuesta en la regulación, no es una tarifa y menos contractual.

(iii) Que las tarifas contractuales gozan de estabilidad regulatoria bajo el régimen tarifario vigente al momento de la celebración del contrato, pero que en este caso la entrada en vigor de la Resolución CRA 720 de 2015 y de la Resolución CRA 843 de 2018 modificaron el marco tarifario vigente al momento de la celebración de contrato, por lo que descarta una tarifa contractual.

(iv) Que el Parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 establece que la forma de contratación se circunscribe exclusivamente a las denominadas invitaciones públicas y excluye los contratos celebrados bajo los procesos de contratación definidos en el estatuto de contratación estatal; y

(v) Que en el Otrosí No. 2 del 20 de abril de 2018, CGR Doña Juana y la UAESP consignaron en las consideraciones lo siguiente: *“En ese sentido, en lo que al Contrato de Concesión 344 de 2010 se refiere, las partes al momento de su suscripción no hicieron uso de la denominada figura “tarifa contractual” a la que hace referencia el parágrafo primero del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 ...”* y señalaron que *“En consecuencia, en el contrato de concesión 344 de 2010, no se dan por verificados las condiciones exigidas por la Ley 142 de 1994 para la existencia de una tarifa contractual...”*

Sobre este particular el Tribunal ha de poner de presente la conclusión a la que ya arribó en el capítulo anterior del presente Laudo (en relación con la insuficiencia tarifaria para el caso de las actividades de disposición de residuos sólidos, pero que aplica igualmente para el tratamiento de lixiviados), en el sentido de que, contrario a lo que sostiene la Convocada, la remuneración pactada en el Contrato para la actividad de tratamiento de lixiviados (al igual que la correspondiente a las disposición de residuos

sólidos), si es una tarifa contractual de conformidad con el Parágrafo 1° del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, por las razones expuestas en dicho aparte.

Se agrega al respecto, que las transcripciones que trae la Convocada del Otrosí N° 2 al Contrato no son, como ella lo expone, consideraciones de las partes, sino manifestaciones unilaterales de la UAESP contenidas en el memorando con radicado 201800024343 del 19 de abril de 2018. Por lo demás, dicho Otrosí tuvo por objeto modificar el destino de los recursos correspondientes al descuento del 10% sobre el precio techo establecido en el Contrato, en el sentido de establecer que el mismo sería calculado en adelante como *“un menor costo de referencia para cada uno de estos componentes” (CDF y CTL) “a ser incorporado en la estructura tarifaria de los usuarios del servicio público de aseo del Distrito Capital”*.

Refiere la Convocante (en el apartado A. de los hechos “Atinentes a la Insuficiencia Tarifaria”, capítulo “1. Antecedentes: Etapa Precontractual – Incumplimiento del principio de planeación y otros por parte de la UAESP”), que el 30 de septiembre de 2009 la UAESP presentó ante la CAR el denominado “Plan de Choque” al Sistema de Tratamiento de Lixiviados del Relleno Sanitario Doña Juana, con el propósito de estructurar medidas contingentes para la operación del sistema, y que éste fue viabilizado por la autoridad ambiental mediante el Informe Técnico No. 1423 de 25 de octubre de 2009, definiendo una serie de obras y acciones necesarias para atender los requerimientos de la PTL. Afirma al respecto que la UAESP no efectuó ningún análisis ni tuvo en cuenta el “Plan de Choque” con anterioridad al inicio de la Licitación Pública y, *“tampoco, las actividades y obras que debían adelantarse en el marco del mismo, razón por la cual, los costos y gastos necesarios para dar cumplimiento a este plan no fueron*

considerados ni tenidos en cuenta en la estructuración del esquema de remuneración mediante la tarifa de contrato para el tratamiento de lixiviados fijada por la UAESP.” (H 1.11 y 1.12)

La Convocante agrega que para la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados, se dispuso la suma de \$4.100 millones como valor máximo de los aportes que realizaría la UAESP, pero sin realizar la cuantificación del costo total que tendría la optimización, señalando solamente que al Concesionario le correspondía asumir la diferencia entre el aporte de la UAESP y el costo real total, por lo que en la Licitación Pública no se estimó el valor del riesgo que asignó al Concesionario, que según las valoraciones efectuadas posteriormente excede en mucho del valor del aporte. El monto valorado para la optimización de la PTL asciende a 50 mil millones de pesos, de manera que el riesgo asignado al Concesionario, sin haber sido cuantificado, superaría el alea normal, “(...) *tal como se puede verificar en el “Apéndice 10. Análisis de Riesgos” del pliego de condiciones (...).*” (H. 1.13 y 1.14)

La Convocada manifiesta en relación con el Plan de Choque y la optimización de la PTL, que entre los años 2009 a 2010 entre la UAESP y el entonces operador STL se implementó el plan de choque con redimensionamiento para ampliación de caudal (aumento de capacidad hidráulica) de la PTL hasta 21,5 l/s “según el acta de operación provisional del contrato No 4035 de 1999 firmada entre el Concesionario HVM y la UAESP en el año 2002 (para el cumplimiento del 80% de parámetros de la norma vigente 3057 de 1990)”, plan que estaba compuesto por cinco fases, y que como resultado de dicho plan, fueron entregados a la UAESP las implementaciones de las fases anotadas quedando pendiente la

estabilización de los SBR (sistemas de biorreactores), como se puede apreciar de la revisión del cumplimiento por parte de la Corporación Autónoma Regional contenido en el Informe Técnico 1423 del 25 de octubre de 2010.

La Convocada precisa que, “[S]obre el anterior cronograma, la CAR precisó el avance del mismo así: (...) "De acuerdo con la visita técnica realizada y el cronograma allegado, las actividades 1, 2, 3 y 4 ya fueron ejecutadas, la actividad 5 se está llevando a cabo y la actividad 6 faltaría ejecutarse, por lo tanto, el tiempo restante para cumplir con lo propuesto es de 1 año contado a partir del mes de marzo de 2010 hasta el mes de febrero de 2011”.

Agrega que la Licitación 001 de 2010 se adelantó con conocimiento del estado del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, pues en la información disponible para los interesados, en el Apéndice 1 del Proyecto de Pliegos, se relacionó el listado de equipos y el estado de los mismos, y que lo relativo a dicha información; los riesgos asignados al contratista; y el aporte de la UAESP para la optimización del sistema de tratamiento de lixiviados, fue resuelto en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018, por lo que para esa parte es Incontrovertible que debió CGR haber optimizado el sistema de tratamiento de lixiviados con cargo a su remuneración.

Respecto de los análisis que según la Convocante efectuó la UAESP para la estructuración de la remuneración sin tener en cuenta el Plan de Choque, manifiesta la Convocada que la obligación de optimización del concesionario comportaba haber evaluado el estado del sistema de tratamiento de lixiviados y establecido el monto de las inversiones para la optimización, y que en caso de que se requiera una inversión superior a los

\$4.100'000.000 que aportaría la UAESP, le correspondía al concesionario asumirla a su cuenta y riesgo; añadiendo que, en su condición de experto, era el concesionario quien podría adoptar la mejor alternativa y conocer los costos para acometer dicha actividad. Agrega que, conocida la inversión necesaria para la optimización necesaria, CRG habría podido solicitar la revisión de costos económicos ante el regulador, cosa que no hizo sino hasta siete años después y agrega que, "[C]onforme lo pactaron las partes y lo declaró el tribunal arbitral precedente, las inversiones adicionales estarían a cargo del concesionario".

La Convocada refiere que el numeral 17 del documento "SOLICITUD DE PROCESO CONTRACTUAL Y ESTUDIOS PREVIOS – LICITACIÓN PÚBLICA Y SELECCIÓN ABREVIADA - MSO-GC-00-FM-01-Versión 04-17/11/2009, señala lo siguiente: "17. La UAESP dispuso en 2009 de un Plan de Choque como medida contingente de mitigación y prevención para la temporada invernal del segundo periodo del año 2009 orientada a evitar que los lixiviados generados sobrepasen la capacidad de almacenamiento existente. Como solución a esta situación el actual operador ejecutó la ampliación de la capacidad hidráulica del sistema de tratamiento de lixiviados del Relleno Sanitario Doña Juana a 21,5 lps para así tratar la totalidad de los lixiviados que se generen en el RSDJ, y recuperar la capacidad de almacenamiento"; y afirma que en la etapa precontractual, toda la información generada en el RSDJ y en particular para el tratamiento de lixiviados, estuvo completa y disponible para el análisis de los proponentes; que el riesgo se estimó y se cuantificó en debida forma; y que "(...) sería el mismo convocante quien manifestaría que las inversiones para el año 2011 ascendían a la suma de \$11.909.727.765."

La Convocada expresa, a modo de aclaración, que *"el sistema de tratamiento de lixiviados no cumplía con el 100% de la remoción de cargas contaminantes exigidas parámetros ambientales de la Resolución CAR 166 de 2008 al momento de la Licitación 001 de 2010"* y que *"(..) la razón fundamental de la existencia de la obligación de optimizar, era precisamente la necesidad de llevar a cabo todas las actividades asociadas a la implementación de nuevos equipos y tecnologías orientadas a garantizar el cumplimiento de la normatividad de vertimientos aplicable"*.

Agrega que, para ello, el Contrato dispuso que, dentro de los tres meses siguientes al Acta de Inicio, el Concesionario remitiría una propuesta de optimización, la cual se evaluaría conjuntamente para determinar si eran necesarias inversiones adicionales para tal efecto, y que de ser así dichas inversiones serían compartidas entre las partes, *"(..) en tanto la UAESP aporta \$4.100 millones y el exceso de esta suma le corresponde asumirlo CGR Doña Juana"*; y añade que la matriz de riesgos contenida en la Adenda No. 2 al proceso licitatorio, respecto de lo relacionado con la Planta de Tratamiento de Lixiviados, *"(..) establece que iba a ser compartido por la UAESP hasta el monto de 4.100 millones de pesos"*; al paso que menciona que la Convocante realizó una ingeniería conceptual, y que es sobre la misma que estima una inversión de 50 mil millones para la actual optimización del STL, de lo que concluye que *"es el mismo convocante quien confirma las previsiones de la Matriz de Riesgos del contrato"*.

Agrega la Convocada que *"Una vez definidas las inversiones, pudo CGR Doña Juana promover la respectiva revisión de costos económicos de referencia para desplazar el costo a través de la tarifa pagada por los usuarios. Por lo tanto el prestador del servicio tiene a su cargo cuantificar el*

valor de las inversiones y solicitar la modificación de costos de referencia ante el regulador. Como en efecto sucedió solo que 7 años después”.

Relata la Convocante que el 24 de septiembre de 2010 se suscribió el Contrato, en el cual se replicaron las estipulaciones del Pliego relacionadas con la remuneración del Concesionario; y que el 16 de diciembre del mismo año se suscribió el Acta de Inicio. Añade que “La concesión se inició con base en las condiciones previstas en el Contrato de Concesión No. 344 de 2010 y sus anexos, principalmente, la Licencia Ambiental, esto es, la Resolución 2211 de 2008 expedida por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR, Cundinamarca, el Estudio de Impacto Ambiental – EIA, sus ajustes y complementos y la Resolución UAESP 724 de 2010 (Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana)” (H. 1.15 a 1.20) , todo lo cual es aceptado como cierto por la Convocada.

En relación con las actividades de Tratamiento de Lixiviados, la Convocante refiere que el 27 de diciembre de 2011, la UAESP y el Concesionario suscribieron un acta en la que dejaron las siguientes constancias que dan cuenta del déficit del Sistema de Tratamiento de Lixiviados del Relleno Sanitario Doña Juana y de la necesidad de su optimización, condiciones que no fueron contempladas en la etapa de planeación del proyecto ni consideradas al definir el esquema tarifario de la concesión:

“Que las partes han definido que las necesidades de tratamiento del STL para tratar la totalidad de los lixiviados producidos por el relleno sanitario y dar cumplimiento a la norma vigente, es de 24.000 Kg/D DBO5 y un caudal de 23.2 L/s.

Que la capacidad de remoción actual del sistema de tratamiento de lixiviados es de

13.000 Kg/Día de DBO5, para un caudal de 14.3 L/s de lixiviados

crudos para las concentraciones medias medidas.

Por solicitud de la Dirección Operativa de la Unidad, la Interventoría UT INTER DJ, de acuerdo a la documentación disponible y especialmente a la información proporcionada por CGR, en su estudio de mejoramiento del sistema de tratamiento de lixiviados, donde se establece la capacidad a la fecha del STL, elaboró un informe técnico de capacidad del sistema de tratamiento de Lixiviado PTL y SBR, del 13 de diciembre de 2011, avalado por la Unidad, en el cual se concluye que actualmente presenta un déficit en su capacidad de remoción.

En consecuencia las partes aceptan que la capacidad actual del STL no permite tratar el 100% del lixiviado generado, con el cumplimiento del 100% de los parámetros establecidos de la norma vigente".

Agrega que en junio 11 de 2016, las partes habían consignado en otra Acta una serie de aspectos y elementos que no fueron entregados o que, si lo fueron, no se encontraban en estado funcional u operativo, y los dejaron reseñados como pendientes por parte de la UAESP, indicándose que los mismos afectaban de forma generalizada la operación y funcionalidad de los diversos componentes del relleno sanitario Doña Juana.

Manifiesta entonces la Convocante que la remuneración presentaba deficiencias que constituyen un desconocimiento del principio de la suficiencia financiera (H 3.4 a 3.9); pues según afirma (i) ésta solo remuneraba la ejecución de actividades de mantenimiento y operación, mediante la definición de trece (13) variables, las cuales no consultaron los objetivos de calidad fijados al proceso de tratamiento de lixiviados derivados de la decisión de la autoridad ambiental ni tuvieron en cuenta las obras y actividades derivadas de la ejecución del Plan de Choque promovido por la UAESP; (ii) en la remuneración no se incluyó el valor de las inversiones necesarias; (iii) el volumen de lixiviados resultó ser mayor al advertido en los documentos de licitación; (iv) no existía un permiso de

vertimientos que debió tramitar la UAESP como titular para entonces de la licencia ambiental.

Contesta la Convocada frente a las manifestaciones en relación con las deficiencias en la fórmula contractual de la remuneración del tratamiento de lixiviados por no tener en cuenta el Plan de Choque y su consecuente insuficiencia financiera, que los reparos formulados son absolutamente tarifarios, del resorte de la CRA; que en el numeral 1.7 del pliego, la UAESP informó que los costos ambientales, sociales y técnicos, siendo de exclusiva responsabilidad del concesionario, no podrán ser invocados como factores de supuestos desequilibrios contractuales; que a los interesados se les informó de las condiciones técnicas, operativas, normativas y tarifarias relacionadas con el contrato de Concesión a celebrar en los pliegos de la licitación del proceso 001 de 2010; y que la remuneración percibida por CGR se realiza por las actividades de disposición final y tratamiento de lixiviados de los residuos sólidos urbanos, los cuales están bajo el esquema de aseo de la ciudad.

En cuanto al Acta suscrita por las partes el 27 de diciembre de 2011, manifiesta la Convocada que la UAESP había adelantado y financiado 5 de las 6 etapas del Plan de Cumplimiento para el permiso de vertimiento del RSDJ, y había indicado a los proponentes que el sistema de tratamiento de lixiviados no cumplía con el 100% de la remoción de cargas contaminantes exigidas para los parámetros ambientales de la Resolución CAR 166 de 2008 al momento de la Licitación 001 de 2010, reiterando que la razón fundamental de la existencia de la obligación de optimizar a cargo del Concesionario era precisamente la necesidad de llevar a cabo todas las actividades asociadas a la implementación de nuevos equipos y

tecnologías orientadas a garantizar el cumplimiento de la normatividad de vertimientos aplicable y que para ello le fueron entregados \$4.100'000.000; obligación que no fue cumplida por CGR, por lo cual -afirma- fue condenado por el incumplimiento del Contrato en el Laudo de 2018 (R al H 3.7).

Insiste en que el remedio frente a la insuficiencia tarifaria es el procedimiento dispuesto en la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 2 de la Resolución CRA 271 de 2003 y no la revisión de que trata el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, así como en que, según afirma, este asunto está superado como consecuencia de los efectos de cosa juzgada del Laudo de 2018.

La Convocante sostiene que debió ejecutar el Contrato bajo las condiciones dispuestas en la licencia ambiental original, otorgada mediante la Resolución CAR No. 2133 de 2000, modificada por la Resolución CAR 2211 de 2008, sin poder solicitar su modificación o ampliación, pues la titular de la misma continuó siendo la UAESP hasta mucho tiempo después, lo cual llevó a que el Concesionario tuviera que implementar medidas para cumplir con las condiciones previstas en la licencia ambiental en cuanto al tratamiento y manejo de los lixiviados, lo cual exigió un esfuerzo aún mayor en materia de inversiones, comoquiera que la tarifa contractual fijada por la UAESP no incorporó ningún rubro relacionado con la ejecución de un plan de obras e inversiones que garantizara la puesta a punto del Sistema de Conducción y Tratamiento de Lixiviados (H 3.18 y 3.19)

Relata la Convocante que, luego de diseñar un modelo financiero para para justificar el incremento de la tarifa contractual de lixiviados utilizando

los lineamientos del modelo financiero de la Licitación que dio origen al Contrato, el 27 de mayo de 2014, “(...) luego del proceso de estructuración del modelo financiero por parte del Concesionario y ante la insostenible situación generada por la indebida estructuración del esquema tarifario, CGR DOÑA JUANA radicó formalmente ante la UAESP la solicitud de modificación de la tarifa del tratamiento de lixiviados (...)” (H 3.20 a 3.22)

Al respecto, la Convocada manifiesta que la licencia ambiental vigente y sus resoluciones fueron conocidas por CGR para preparar su propuesta y que si como experto en Rellenos Sanitarios consideraba que el cumplimiento de las obligaciones de la licencia generaban un riesgo económico, debió referir sus inquietudes dentro del proceso de preguntas y respuestas o abstenerse de participar en la licitación y que como operador del RSDJ, tenía la facultad de realizar los trámites de las modificaciones a que hubiera lugar, enviando la documentación por intermedio de la UAESP, por ser en ese momento titular de la licencia, gestión que el Concesionario no hizo; y añade que era “de su entera diligencia” el haber promovido la revisión de costos de la tarifa, mediante una actuación particular de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 5.2.1.1. de la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 2 de la Resolución CRA 271 de 2003, lo cual hizo pero 7 años después de haber ejecutado el contrato y prestar el servicio público de aseo en el Relleno Sanitario Doña Juana. También señala que CGR no entregó la información de soporte de la solicitud de modificación de la tarifa de lixiviados con la cual procedería a evaluar la propuesta.

La Convocante manifiesta que el 18 de junio de 2014, la CAR expidió la Resolución No. 1351 de 2014, “Por medio de la cual se modifica la licencia ambiental única otorgada para el proyecto “Relleno sanitario Doña Juana”

y se toman otras determinaciones""", lo cual significó un empeoramiento de las condiciones financieras de la concesión, derivado de la imposición de una serie de nuevas actividades y obligaciones adicionales (no reconocidas en la tarifa de tratamiento de lixiviados), haciéndose aún más gravosa la ejecución del contrato para el Concesionario. Esta situación determinó y significó para el Concesionario, entre otras cosas, la ampliación de los programas de monitoreo ambiental y los contramuestreos, construcción de obras civiles e infraestructura en el marco de la licencia de la Fase II de la zona de optimización del Relleno Sanitario Doña Juana, excediéndose, a fortiori, el esquema teórico que en su momento se tuvo en cuenta por parte de la UAESP al fijar las condiciones financieras y tarifarias de la concesión.". Añade que la modificación de la Licencia Ambiental fue impulsada por la UAESP y la interventoría UT Inter DJ, prevalida de que era la titular de la licencia, e incluyó la ejecución de nuevas acciones u obligaciones de orden ambiental, técnico y operativo a cargo de CGR -las cuales relaciona-, sin medirse ni considerarse su costo ni el impacto económico que las mismas producirían en desmedro de las deterioradas finanzas del Concesionario (H 3.24, 3.25 y 4.1 a 4.5)

La Convocada responde estos hechos aduciendo que la expedición de la Resolución CRA 1351 de 2014 es un riesgo que se encuentra asignado en cabeza del Concesionario, que era previsible y que la responsabilidad de tramitar un ajuste en la tarifa estaría en cabeza de CGR como prestador del servicio; que el estudio de impacto ambiental que sustentó la modificación de la Licencia Ambiental fue definido por el propio concesionario y que las actividades a desarrollar corresponden a las especificaciones del Contrato y las propuestas por el mismo Concesionario en su estudio de impacto ambiental (salvo el caso de Red de pozos de monitoreo de aguas sub-

superficiales y desarenadores)

y se trata de las actividades definidas en el contrato de concesión 344 de 2010 sin que pueda afirmarse que se trata de exigencias extraordinarias o imprevistas.

Manifiesta la Convocante que el 17 de marzo de 2015, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible expidió la Resolución No. 0631, *“Por la cual se establecen los parámetros y los valores límites máximos permisibles en los vertimientos puntuales a cuerpos de aguas superficiales y a los sistemas de alcantarillado público y se dictan otras disposiciones” (...)* imponiendo *“(…) nuevas obligaciones en materia de vertimientos que eran de obligatorio cumplimiento para el Concesionario, actividades adicionales que, naturalmente, no estaban contempladas en el ya menguado esquema tarifario de la concesión”* y que mediante la Resolución No. 827 de 2015 la CAR impuso *“(…) una serie de cargas adicionales en lo que respecta a la calidad de las aguas vertidas al Río Tunjuelo, significando ello un mayor esfuerzo financiero para el Concesionario”*; pese a lo cual, las tarifas permanecieron sin modificación por cuanto la UAESP rechazó la solicitud de modificación de las mismas, propiciándose con dicho comportamiento incumplidor del Contrato y de la Ley un ahondamiento del desequilibrio económico de la relación contractual (H 4.6 a 4.8).

Frente a lo anterior la Convocada aduce que CGR no cumplió con sus obligaciones de optimización de la PTL, que no reveló sus costos reales de operación, y que al cambio de parámetros por parte de las autoridades ambientales le precede una etapa de socialización a los interesados para conocer el alcance de las medidas las cuales son previsibles y constituyen riesgos asignados al Contratista.

Expone la Convocante que el 9 de julio de 2015 la CRA expidió la Resolución CRA 720 de 2015, que contenía un nuevo marco regulatorio en materia tarifaria de carácter general aplicable a cada una de las actividades del servicio público de aseo en Colombia, en virtud de la cual la tarifa de lixiviados “*pasó de \$3.271,43 por tonelada a la exigua suma de \$1.350,61 por tonelada. Lo anterior agravó al extremo la situación del concesionario, al punto de afectar su existencia financiera*”, por lo cual CGR solicitó a la UAESP en múltiples ocasiones que definiera si la aludida resolución resultaba aplicable y, de ser así, cuál sería el proceder. Añade que la UAESP dio la instrucción de aplicar la Resolución CRA 720 de 2015 en un todo, sin precaver o adoptar medida alguna de mitigación ante la reducción drástica de los ingresos percibidos por el componente del tratamiento de los lixiviados en detrimento del Concesionario y que desde el 1° de enero de 2017 “*CGR DOÑA JUANA se vio compelido a aplicar las nuevas tarifas de disposición final y de tratamiento de lixiviados, en virtud de lo indicado por la UAESP.*” (H 5.1 a 5.8)

La Convocada manifiesta al respecto que la única autoridad en Colombia para definir un marco tarifario es la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, mediante actos de regulación como instrumentos de intervención de orden público, dispuestos en el artículo 3 de la Ley 142 de 1994; que la UAESP debía dar aplicación al marco tarifario vigente por ser un imperativo de orden público para la remuneración del servicio público de aseo en este componente, de manera que no podía la entidad a su disposición considerar o no las fórmulas de cálculo establecidas en las Resoluciones CRA 351 de 2005 y CRA 482 de 2009 y que le manifestó a CGR que si advertía alguna situación que afectara su suficiencia

financiera, esta debía ser resuelta ante el regulador mediante una actuación particular.

Añade la Convocada que el Contrato debe someterse a la regulación que se expida en materia tarifaria sin que pueda alegarse estabilidad en el marco de la remuneración pactada inicialmente y que *"Tal entendimiento se plasmó, entre otras, en el Aclaratorio No. 1 del 14 de junio de 2017 al Contrato 344 de 2010, en el que con claridad meridiana las partes precisaron la incorporación de la regulación vigente al contrato, esto es, la Resolución 720 de 2015. Nótese que no es una modificación, sino un entendimiento común de las partes sobre la naturaleza de las disposiciones contractuales y la regulación expedida por la autoridad competente"*. Sobre este particular, el Tribunal advierte desde ya que el supuesto entendimiento común de las partes no fue tal, pues el aparte transcrito, nuevamente, corresponde a una manifestación unilateral de la UAESP contenida en el Oficio radicado N° 2017000027083 del 9 de junio de 2017.

A este respecto, el Tribunal se remite igualmente al capítulo anterior de este Laudo en el cual se concluye que, siendo la remuneración pactada en la cláusula Séptima del Contrato para la actividad de tratamiento de lixiviados (al igual que lo es para la disposición de residuos sólidos) una tarifa contractual, las eventuales modificaciones regulatorias de los costos económicos de referencia por parte de la CRA no son automáticamente aplicables a este Contrato, sino que para ello se requería de una modificación contractual que no ocurrió en cuanto a los efectos de la Resolución CRA 720 de 2015, como quedó expuesto atrás.

La Convocante refiere que a finales del 2016, con el beneplácito de la

nueva Administración, empezó a trabajar en la estructuración de una solicitud de modificación de los costos económicos de referencia de disposición final y de tratamiento de lixiviados; trámite que comenzó en mayo de 2017 con la presentación formal de los resultados de la solicitud, la Secretaría Distrital de Hábitat y la Alcaldía Mayor de Bogotá, quienes el 31 de agosto de 2017 determinaron que, en efecto, era viable, pertinente y necesario que CGR radicara la solicitud de modificación del Costo de Disposición Final y del Costo de Tratamiento de Lixiviados para el caso del RSDJ como una actuación particular bajo la causal de “mutuo acuerdo” ante la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, como en efecto lo hizo CGR el 4 de septiembre de 2017, proceso que acompañó y avaló la UAESP (H 6.1 a 6.7).

La Convocada señala al respecto que la UAESP no fue parte y no coadyuvó en el proceso, ni tuvo conocimiento de los documentos preparados y presentados al regulador; y que no autorizó ni determinó la presentación de la solicitud, pues todo eso lo debía y lo podía hacer CGR sin su concurso.

Señala la Convocante que la solicitud fue resuelta por la CRA el 19 de julio de 2018, mediante Resolución CRA 843 de 2018, incrementando los costos de referencia a reconocer al concesionario por concepto de Disposición Final y Tratamiento de Lixiviados, por cuanto encontró probado que al Relleno Sanitario Doña Juana -y al concesionario- le habían sido impuestas exigencias ambientales que superan ampliamente los requerimientos de esta naturaleza, calificando esta irresistible y especial circunstancia como “particularidad”; y en cuanto al costo de Tratamiento de Lixiviados, que la CRA encontró probada una serie de particularidades referidas (i) al horizonte del proyecto -20 años de operación + 15 posclausura-, (ii) a la

mayor escala del caudal de lixiviados tratados al río Tunjuelo y (iii) a los mayores requerimientos ambientales, los cuales *“deben ser reconocidos en tanto y en cuanto que esta Comisión de Regulación encontró elementos probatorios que permiten determinar que al Relleno Sanitario Doña Juana - RSDJ, le han sido impuestas exigencias que superan ampliamente los requerimientos de esta naturaleza que fueron considerados en la regulación general”*. (H 6.12); lo cual es aceptado como cierto por la Convocada.

2.3. CUESTIONES JURÍDICAS POR RESOLVER

2.3.1. EN CUANTO A LA INSUFICIENCIA TARIFARIA

Los problemas jurídicos que se plantean demandan del Tribunal dilucidar la naturaleza jurídica de la remuneración pactada en el Contrato; la determinación sobre si dicha remuneración, en lo que corresponde a las actividades de tratamiento de lixiviados entre la fecha de inicio del Contrato y la de entrada en vigor de la Resolución CRA 843 DE 2018 fue objetivamente insuficiente; si así fuera, cuáles fueron las causas de dicha insuficiencia y a cuál de las partes le son imputables, teniendo en cuenta el alcance del objeto del Contrato, las obligaciones que del mismo se derivan y la distribución de riesgos pactada, así como la legalidad de esta distribución; y por último, cuáles serían las consecuencias de dichas circunstancias.

2.3.2. EN CUANTO AL DESEQUILIBRIO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO

A este respecto, las cuestiones jurídicas a resolver consisten en determinar si ocurrieron hechos extraordinarios, imprevistos que alteraran la ecuación

económica del Contrato en cuanto a las actividades de tratamiento de lixiviados, o si la UAESP incurrió en incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales de supervisión y revisión del Contrato sobre el mismo objeto y con el mismo efecto; y de ser el caso, cuáles serían las consecuencias de dichas circunstancias.

2.3.3. EN CUANTO A LA ESTIMACIÓN DEL RIESGO DE OPTIMIZACIÓN DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS

Las cuestiones jurídicas que habrá de dilucidar el Tribunal a este respecto consisten en establecer si la UAESP no estimó adecuadamente el valor del riesgo de optimización de la planta de tratamiento de lixiviados, tal como se aprecia en la Cláusula Segunda, numerales 7, 8 y 9, la Cláusula Tercera, sobre los Lixiviados, numeral 1. y la Cláusula Séptima, literal b) del Contrato 344 de 2010 y si, de no haberlo hecho, violó la ley, y si como consecuencia de ellos procede al anulación de las mencionadas cláusulas¹⁶⁹, o si las mismas devienen inaplicables¹⁷⁰, o si ha de exonerarse a CGR de dichas obligaciones¹⁷¹, que el Tribunal interpreta como su inexigibilidad.

2.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Habida cuenta de que mediante el grupo de pretensiones relacionadas con la optimización de la PTL el Demandante busca que se declare la nulidad de algunas de las cláusulas del Contrato, su inaplicabilidad o la exoneración de las mismas, el Tribunal estima pertinente comenzar con el análisis y conclusiones al respecto, antes de emprender el estudio de los otros dos

¹⁶⁹ Pretensión Vigésima Sexta de la Demanda reformada.

¹⁷⁰ Pretensión Primera Subsidiaria de la Vigésima Sexta.

¹⁷¹ Pretensión Segunda Subsidiaria de la Vigésima Sexta.

grupos de pretensiones en relación con el tratamiento de lixiviados (insuficiencia tarifaria y restablecimiento del equilibrio económico contractual).

2.4.1. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL RELACIONADAS CON LA OPTIMIZACIÓN DE LA PTL; PRETENSIONES VIGÉSIMA QUINTA Y VIGÉSIMA SEXTA CON SUS SUBSIDIARIAS

2.4.1.1. La Información de la Licitación Pública No. 001 de 2010 en Relación con la Optimización de la PTL:

Los documentos de la licitación y el Contrato contenían la siguiente información:

2.4.1.1.1. El documento **“SOLICITUD DE PROCESO CONTRACTUAL Y ESTUDIOS PREVIOS”** emitido por la UAESP daba cuenta, en el numeral 1. **“Justificación”**, en relación con la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados, de la existencia del contrato C-4035 de 1999 celebrado entre la UAESP y STL S.A. E.S.P., el cual tenía por objeto el tratamiento de los lixiviados generados por la descomposición de los residuos del RSDJ, y vencía el 23 de abril de 2010.

Respecto del capítulo del **“OBJETO”** del Contrato de Concesión, el documento contemplaba, dentro de las obligaciones generales a cargo del contratista en relación con los lixiviados, (2) la realización de los diseños para la operación integral del RSDJ en cada uno de sus componentes; (6) el manejo de los lixiviados para asegurar una adecuada operación y

estabilidad del RSDJ, incluyendo la operación y mantenimiento de la totalidad del sistema de conducción, almacenamiento, tratamiento y vertimiento de lixiviados del RSDJ, garantizando el cumplimiento de la calidad del afluente definida en la Resolución CAR 166 de 2008, componente que debía contemplar todas las variables operativas que se deriven del tratamiento de lixiviados (gestión, deshidratación y disposición final de los lodos; y (14) la administración, diseño, construcción y puesta en marcha, la operación y el mantenimiento de los lixiviados generados en el terreno, dando cumplimiento a los parámetros de seguridad industrial, salud e higiene ocupacional, las normas sanitarias y ambientales y la reglamentación técnica y la regulación definidos en las normas vigentes, advirtiéndose, al efecto, que “El sistema integral de tratamiento de lixiviados generados en el RSDJ, éste deberá tener una capacidad mínima de tratamiento de 21,5 lps”. (Subrayado añadido).

En cuanto al análisis técnico y económico del valor del Contrato, se plasmaron en el numeral 1. las **“Variables consideradas y su monto para calcular el presupuesto de la respectiva contratación”**. La estructuración financiera fue adelantada por la firma CEFINCO S.A. y la tarifa de lixiviados fue suministrada por la interventoría HNV-CONCOL en el **“Informe de Modelación Financiera para la operación integral del Relleno Sanitario Doña Juana Versión 7 años – 2173-00-IN-RP-062”** del 9 de julio de 2009, la cual utilizó las siguientes variables “para estructurar la tarifa de operación y mantenimiento para el tratamiento de lixiviados, considerando una capacidad de 21,5 LPS” (Subrayado y resaltado añadidos):

- Nómina de administración de la planta
- Nómina de operación de la planta

- Nómina de mantenimiento de la planta
- Nómina del laboratorio de la planta
- Operación y mantenimiento de equipos para disposición de lodos (alquiler)
- Operación y mantenimiento de equipos complementarios (compra)
- Energía
- Productos químicos
- Reserva mensual de mantenimiento de equipos
- Reserva mensual de recuperación de equipos
- Reserva mensual de mantenimiento de infraestructura y OC
- Otros costos directos

La misma solicitud de proceso contractual y estudios previos, precisa que la remuneración del tratamiento de lixiviados se pagaría al contratista con recursos provenientes de las tarifas que se manejan a través de la bolsa general de esquema del servicio público domiciliario de aseo, con cargo al centro de costos "Disposición final, tratamiento y aprovechamiento", de conformidad con la Resolución UAESP 113 de 2003, o la que la modifique, adicione o sustituya.

En cuanto a la forma de remuneración del Contrato, el documento preveía lo siguiente respecto de los lixiviados y en particular en cuanto a la Optimización de la Planta:

"b) Remuneración por el tratamiento de lixiviados: La remuneración de esta actividad es igual al valor obtenido de multiplicar el costo unitario inicial máximo fijado por la UAESP, CL_{MAX} , para la operación y mantenimiento de los lixiviados en el RSDJ, en pesos tonelada, y correspondiente a (...) (\$2.794) a pesos de Diciembre de 2009, por el número de toneladas dispuestas

durante el mes que se remunera y por el porcentaje de descuento ofertado por el operador en la propuesta. Este valor se indexará mensualmente con el IPC reportado por el DANE.

Una vez se reciban las obras del Plan de Choque por parte del actual operador, en forma conjunta con el nuevo operador y la UAESP, antes de seis (6) meses se definirá si es necesaria una inversión adicional para lograr cumplir los requerimientos de la Corporación Ambiental, **la UAESP cubrirá de sus recursos hasta CUATRO MIL CIENTO MILLONES DE PESOS (\$4.100.000.000), porque de acuerdo al “Informe de Modelación Financiera para la operación integral del Relleno Sanitario Doña Juana Versión 7 años – 2173-00-IN-RP-062”, elaborado por la interventoría HMV-CONCOL, se estableció que esta es la inversión requerida para ejecutar las obras y actividades complementarias para el sistema de tratamiento. Si la inversión es superior, esta deberá ser asumida por el operador**”. (subrayado y resaltado añadidos).

- 2.4.1.1.2. Por su parte, en la **MATRIZ DE IDENTIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS** de la Solicitud de Proceso Contractual y Estudios Previos, se señaló que “[D]entro de la estructura de la licitación, los riesgos de construcción han sido asignados al Concesionario, dado que él es quien, en su calidad de especialista, se encuentra en mejores condiciones de mitigar los riesgos asociados a la ejecución de las obras”, y se precisa que “el contrato prevé que el Concesionario deberá (...) efectuar los diseños para (...) las ampliaciones y optimizaciones de la planta de lixiviados (...)”.

En el capítulo de Obligaciones Especiales del Contratista relativos a la operación del RSDJ, y en particular sobre los lixiviados, el documento dispone lo siguiente:

“1. Una vez se reciban las obras del Plan de Choque por parte del actual operador STL, en forma conjunta entre el nuevo

operador y la UAESP, antes de 6 meses se determinarán las nuevas condiciones de operación. Igualmente, si de la determinación conjunta entre el nuevo operador y la UAESP se desprende que es necesaria nueva inversión para lograr cumplir los requerimientos normativos y de la Autoridad Ambiental, la UAESP cubrirá con sus recursos hasta CUATRO MIL CIENTO MILLONES DE PESOS MCTE (\$4.100.000.000). Para esta evaluación el nuevo operador deberá presentar en los primeros tres meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, estudio que contenga su propuesta de Optimización de procesos operativos y ambientales para el adecuado manejo, tratamiento y control de la producción de lixiviados. Este análisis deberá partir tanto de datos empíricos como de la información generada en el RSDJ en los últimos años. Este estudio será la base para la determinación conjunta, y podrá ser ajustado y/o modificado hasta un común acuerdo entre las partes. Si el acuerdo no se logra en los seis meses el operador deberá cumplir a partir de esa fecha con todas las obligaciones ambientales determinadas por la Autoridad Ambiental.

(...)

8. Asumir a partir de la entrega oficial del operador actual del STL y hasta la terminación de la presente Concesión, la operación integral del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, la cual está compuesta por la planta de tratamiento de lixiviados, las estructuras de regulación y pretratamiento de la planta actual, las que se construyan y las redes de conducción desde las estructuras de almacenamiento a la planta de tratamiento, dando cumplimiento a las obligaciones ambientales y las demás que le sean aplicables".

2.4.1.1.3. En el **PLIEGO DE CONDICIONES** de la Licitación, se estableció en el capítulo "1.7 CONDICIONES ESPECÍFICAS DE LA CONCESIÓN", lo siguiente:

"1.7.1 Riesgos y contingencias El Concesionario deberá ejecutar el objeto del Contrato de Concesión por su cuenta y riesgo, y asumir los gastos por todo concepto, incluyendo estudios, diseños, garantías, impuestos, trámites, licencias, cumplimiento de la licencia ambiental y el PMA, seguros, multas y todos los demás gastos necesarios para la plena ejecución de las obligaciones que

se derivan del objeto. Igualmente la inversión y financiación de las obligaciones que se derivan de la propuesta a la presente licitación serán por cuenta exclusiva del Concesionario, en los términos señalados en la forma de pago. Los riesgos financieros, comerciales, cambiarios, operativos, de construcción, ambientales, económicos, regulatorios, climatológicos, normativos y técnicos de las obligaciones a su cargo, que se derivan del objeto del contrato son de responsabilidad del Concesionario adjudicatario de esta licitación pública, salvo aquellos que sean expresamente asumidos por la Entidad, de acuerdo con el análisis y distribución que se realizará de conformidad con el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008. En consecuencia, las inversiones que realice el Concesionario para el cumplimiento del contrato, incluyendo entre otras actividades, los trámites nacionales e internacionales de carácter ambiental y financiero, la construcción de la infraestructura, la operación, los gastos de importación, costos tributarios, y los costos ambientales, sociales y técnicos, son de responsabilidad exclusiva del Concesionario y por tanto no podrán ser invocados como factores de supuestos desequilibrios contractuales ante la UAESP. (...)

1.7.2 Distribución del riesgo. En virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, que establece la inclusión de la estimación, tipificación y distribución de los riesgos previsibles involucrados en el presente proceso de selección, se incluye en los presentes Pliegos de Condiciones en el Apéndice 10 (AP-10), la asignación y distribución de los riesgos inherentes al proyecto".

En el Apéndice mencionado, denominado "Análisis de Riesgos", la UAESP calificó los factores de riesgo, (factores precursores de eventos y causantes de cambios en la ecuación económica y la estructura de costos que debe considerar el futuro contratista), en relación con la Planta de Lixiviados, bajo la siguiente categoría que a juicio del Tribunal es la que resulta relevante para este análisis:

ÁREA DE RIESGO:
INVERSIONES
PLANTA LIXIVIADOS

"9. Vicios: cambios en los costos, inversiones y gastos derivados de

vicio propio, características y propiedades físicas o químicas de materiales o productos, condiciones de suelos, medio ambiente, vicios ocultos o redhibitorios".

Probabilidad:	Probable (entre 1/3 y 1/2)
Consecuencias \$:	Menor (entre \$30 y \$189,3 millones de pesos)
Asignación:	Compartido Hasta \$4.100 Contratante
Riesgo:	Medio

Este factor contempla el riesgo derivado de cambios en los costos, inversiones y gastos a cargo de las partes como consecuencia de vicios ocultos o redhibitorios¹⁷², definidos por el Código Civil respecto del contrato de compraventa como aquellos defectos ocultos de la cosa (en este caso, la Planta de Tratamiento de Lixiviados -PTL- que se entregaría al Concesionario en virtud del Contrato), que reúnan las condiciones previstas en la ley¹⁷³, que adaptadas a la Planta de Lixiviados consisten en lo siguiente:

1. Haber existido al tiempo de la entrega al Concesionario de la Planta de Lixiviados.
2. Ser tales que la Planta no sirviera para su uso en los términos previstos en el Contrato o sólo sirviera de manera imperfecta, hasta el punto de que de haberlos conocido, el oferente no hubiera contratado o lo hubiera hecho en condiciones más favorables para él.
3. No haber sido manifestados por el Concedente, y ser tales que el oferente adjudicatario los hubiera podido ignorar sin negligencia grave de su parte o no los hubiera podido conocer fácilmente en razón de su profesión u oficio.

¹⁷² Código Civil, Artículo 1.893.

¹⁷³ Id. Artículo 1.915

Además de este factor, el Análisis de Riesgos contemplaba los siguientes:

1. Acciones Legales, definidas como *"Nuevos impuestos, Nuevas cargas parafiscales, Actos de Autoridad, comiso, embargo, demandas. Tiene especial incidencia en este estudio la aplicación de las resoluciones tarifarias de la CRA y las licencias necesarias para la operación y funcionamiento de este proyecto"*. Este factor, al que se le asignaba una Probabilidad Probable (entre 1/3 y 1/2); consecuencia económica Muy grave (entre \$ \$2.206,9 y \$ 58.345,9 millones de pesos), constitutivas de riesgo alto y con la misma asignación, sin embargo, se refería a actos de terceros, que esencialmente podrían tener lugar después de la celebración del Contrato.

2. Tecnológicos e infraestructura pública, consistentes en *"Falla en telecomunicaciones, suspensión de servicios públicos, advenimiento de nuevos desarrollos tecnológicos, Operación y manejo de equipos y herramientas, operatividad y estado de las vías de acceso y transporte"*, riesgo ocasional, con consecuencia Grave y riesgo Medio. Este factor contemplaba riesgos puramente operacionales, durante la ejecución del Contrato. La misma condición de riesgos que podrían concretarse durante la ejecución del Contrato es predicable respecto de los factores

3. Socio políticos: *"Actos de terrorismo que sean cometidos al amparo de fallas de los sistemas de vigilancia y control que debe implementar y mantener adecuadamente el contratista, al igual que actos de Delincuencia común, Actividad proselitista o huelgas, protestas y acciones frente a las cuales el contratista debe mantener una actitud de diligencia y*

cuidado adecuados, se consideran también las costumbres y usos culturales, religiosos y creencias que lleven a todas las personas que se afectan, benefician, o influyen en la operación del proyecto”.

4. Actos de Parte Relacionada y Subcontratos: *“Errores, insuficiencia o eventos con origen en, o derivados de subcontratos; alteración de planos, estudios o diseños ejecutados por el contratista o por su cuenta, Falla humana de otra persona que actúe por cuenta, contratada o a cargo del contratista, Actos o eventos en Parte relacionada – proveedores, filiales, subordinadas, y otros contratistas o subcontratistas relacionados o vinculados con el concesionario adjudicado”.*

5. Macroeconómicos: *“Alteraciones y cambios en el Tipo de cambio, Tasa de interés, Curva de Inflación, Importaciones/exportaciones, Oferta o demanda de materias o servicios necesarios para el proyecto o requeridos por el contratista, disponibilidad y costo de mano de obra, Cambios en los precios por variaciones en la oferta o demanda de bienes y servicios, Escasez de mano de obra”.*

6. Actos de la Naturaleza: *“fenómenos Geológicos, freáticos, Hidrológicos, Climáticos, incendios forestales, Biológicos / patológicos, acción de roedores y animales, todos los anteriores dentro de los parámetros previsibles que determinen su acontecer con base en las condiciones que se dan en la zona de operación del RSDJ o en cualquier otra zona que afecte o tenga influencia en este proyecto. Se enfatiza que no se incluyen fenómenos que revistan la característica de fuerza mayor, la cual tendrá un tratamiento especial mediante la contratación de seguros”.*

7. Relaciones laborales: *"Accidentes laborales / Enfermedad profesional, Muerte, ausencia de persona clave, Actos de empleados ya sean voluntarios o culposos, derivados de impericia o falta de habilidades y conocimiento"*.

8. Hecho de las cosas: *"Incendios, roturas, filtraciones, derrames, explosiones, falla mecánica, todos de carácter súbito y accidental, pero cuyo desarrollo debe ser considerado en desarrollo de la operación de este proyecto"*.

10. Actos culposos o dolosos de terceros: *"actuaciones u omisiones que cometan terceros ajenos al contrato contra los bienes e intereses del proyecto y que no correspondan a los nueve factores anteriores"*.

Este punto fue objeto de observaciones al Pliego de Condiciones, de la siguiente forma:

*"Pregunta No. 23 PRESENTADA EN EL PORTAL DE CONTRATACIÓN
EL DÍA 12 DE FEBRERO DE 2010 A LAS 8:20:05*

"En el numeral 1. 11 literal b) Remuneración por tratamiento de lixiviados, se estipula la posible realización de una serie de obras para cumplir los requisitos de la CAR, asimismo se afirma que la UAESP asumiría hasta un monto de \$4.100.000.000 de estas obras. Solicitamos aclarar a que obras se están haciendo referencia y poner un monto máximo en caso de que el concesionario requiera hacer estas inversiones adicionales para poder elaborar las respectivas corridas financieras del proyecto"

Respuesta:

Una vez recibidas las obras del plan de choque por parte del operador actual, en forma conjunta entre el adjudicatario del presente proceso de selección y la UAESP, antes de 6 meses se determinarán las nuevas condiciones de operación. Si de la

determinación conjunta entre el nuevo operador y la UAESP, se establece que es necesaria realizar nueva inversión para lograr cumplir los requerimientos normativos y de la Autoridad Ambiental, la UAESP cubrirá hasta \$4.100.000.000. En caso de que las inversiones superen dicho valor, éstas deberán ser asumidas por el adjudicatario del presente proceso de selección. A título referencial, las obras proyectadas por la interventoría actual del contrato de operación para una posible optimización del sistema de tratamiento de lixiviados, aparecen en el siguiente cuadro:

Tramo de la caja 17A a secador de lodos	\$152.362.644
Pavimentación vía de ingreso al STL	\$76.684.834
Tubería de descole al río Tunjuelo y estructura de entrega	\$182.332.510
Modificación Banco de pruebas	\$52.000.000
Medidor electromagnético pondajes 1	\$52.456.726
Instrumentación adicional de la planta STL	\$187.883.046
Inversión en equipos para afino del efluente del STL	\$3.442.500.000
TOTAL	\$4.146.219.761

2.4.1.2. Por su parte, en el **CONTRATO DE CONCESIÓN 344 DE 2010** se incluyeron las siguientes estipulaciones en relación con la optimización de la PTL

“CLÁUSULA SEGUNDA - OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO: Además de las obligaciones que de manera general establece el Artículo 5° de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, EL CONCESIONARIO deberá cumplir las siguientes obligaciones generales:

(...)

7. Evaluar conjuntamente con la UAESP la funcionabilidad de la infraestructura recibida de la Planta de Lixiviados y de común acuerdo establecer, previo diseño a efectuar por el operador, sujeto a la aprobación de la UAESP y si es necesario, las obras adicionales necesarias para la optimización del tratamiento de la totalidad de los lixiviados que se producen, produzcan y almacenen en el Relleno Sanitario Doña Juana en aras de garantizar el cumplimiento de la normatividad ambiental aplicable.

8. Si las obras referenciadas en el numeral anterior, acorde con la revisión prevista en los pliegos, exceden la suma de CUATRO MIL CIEN MILLONES DE PESOS (\$4.100.000.000) MCTE, deberá financiar y diseñar, construir, poner en marcha, operar, reponer, actualizar y mantener por su cuenta y riesgo la infraestructura necesaria para la optimización del tratamiento de la totalidad de los lixiviados que se producen, produzcan y almacenen en el Relleno Sanitario Doña Juana en aras de garantizar el cumplimiento de la normatividad ambiental aplicable.

9. Una vez se suscriba el Acta de Inicio, EL CONCESIONARIO entrará a operar el Sistema de Tratamiento de Lixiviados. Iniciada la operación del Sistema y antes de cuatro (4) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio, en forma conjunta entre EL CONCESIONARIO y la UAESP, se evaluará para los caudales totales de lixiviados a tratar, si con las obras del plan de choque y las alternativas de proceso y condiciones de operación que proponga EL CONCESIONARIO y que eventualmente sugiera la UAESP, se logra el cumplimiento de los parámetros contenidos en las Resoluciones CAR 3358 de 1990, modificada por la 166 de 2008 y lo dispuesto en el Decreto 1594 de 1984 o en las normas y/o actos que los sustituyan o modifiquen y las que en adelante profieran las autoridades ambientales competentes. Para esta evaluación EL CONCESIONARIO deberá presentar dentro de los primeros tres (3) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio, un estudio que contenga su propuesta de optimización del proceso operativo y ambiental para el adecuado manejo, tratamiento y control de la totalidad de los lixiviados que se generan y generarán en el RSDJ, teniendo en cuenta que no se podrá exceder la capacidad actual aprobada para los pondajes de almacenamiento de lixiviados, más la capacidad adicional que permita la ampliación del pondaje 7, de acuerdo con los diseños autorizados de la Zona de Optimización Fase I. Este estudio será la base para la determinación conjunta y podrá ser ajustado y/o modificado hasta que haya común acuerdo entre las partes. No obstante, EL CONCESIONARIO en el periodo de tiempo establecido para la determinación conjunta, está obligado a operar el Sistema en las mejores condiciones ambientales y sanitarias posibles, lo que será vigilado por la UAESP. Si de la determinación conjunta se define que no se requiere inversión adicional, se deberá operar el Sistema de Tratamiento de

Lixiviados a partir de la fecha en que esto se acuerde, fecha que no podrá exceder el primer día del quinto mes de la suscripción del Acta de Inicio, cumpliendo con la norma establecida por la Autoridad Ambiental. En caso de requerirse de inversión adicional, el Sistema de Tratamiento de Lixiviados deberá, a partir del primer día del octavo mes, cumplir con la totalidad de los parámetros exigidos por la Autoridad Ambiental. Desde las fechas establecidas, EL CONCESIONARIO está en la obligación de garantizar el vertimiento de lixiviados cumpliendo con la norma de vertimiento hacia los cuerpos de agua.

(...)

CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS. Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, EL CONCESIONARIO deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas. SOBRE LA OPERACIÓN DEL RSDJ

(...)

SOBRE LOS LIXIVIADOS

1. Una vez se suscriba el Acta de Inicio, EL CONCESIONARIO entrará a operar el Sistema de Tratamiento de Lixiviados. Iniciada la operación del Sistema y antes de cuatro (4) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio, en forma conjunta entre EL CONCESIONARIO y la UAESP, se evaluará para los caudales totales de lixiviados a tratar, si con las obras del plan de choque y las alternativas de proceso y condiciones de operación que proponga EL CONCESIONARIO y que eventualmente sugiera la UAESP, se logra el cumplimiento de los parámetros contenidos en las Resoluciones CAR 3358 de 1990, modificada por la 166 de 2008 y lo dispuesto en el Decreto 1594 de 1984 o en las normas y/o actos que los sustituyan o modifiquen y las que en adelante profieran las autoridades ambientales competentes. Para esta evaluación EL CONCESIONARIO deberá presentar dentro de los primeros tres (3) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio, un estudio que contenga su propuesta de optimización del proceso operativo y ambiental para el adecuado manejo, tratamiento y control de la totalidad de los lixiviados que se generan y generarán en el RSDJ, teniendo en cuenta que no se podrá exceder la capacidad actual aprobada para los pondajes de almacenamiento de lixiviados, más la capacidad adicional que permita la ampliación del pondaje 7, de acuerdo con lo aprobado en los diseños de la Zona de Optimización Fase I. Este estudio será la base para la determinación conjunta y podrá ser

ajustado y/o modificado hasta que haya común acuerdo entre las partes. No obstante, EL CONCESIONARIO en el periodo de tiempo establecido para la determinación conjunta, está obligado a operar el Sistema con las mejores prácticas de ingeniería, sin disminuir la calidad del vertimiento realizado en los tres (3) meses anteriores al recibo del Sistema.

Si de la determinación conjunta se define que no se requiere inversión adicional, se deberá operar el Sistema de Tratamiento de Lixiviados a partir de la fecha de la determinación cuya fecha máxima será hasta el primer día del quinto mes de la suscripción del Acta de Inicio, cumpliendo con la norma establecida por la Autoridad Ambiental. En caso de requerirse de inversión adicional, el Sistema de Tratamiento de Lixiviados se deberá operar a partir del primer día del octavo mes, cumpliendo con la totalidad de los parámetros exigidos por la Autoridad Ambiental. Desde las fechas establecidas, EL CONCESIONARIO está en la obligación de garantizar el vertimiento de lixiviados cumpliendo con la norma de vertimiento hacia los cuerpos de agua.
(...)”.

CLÁUSULA SÉPTIMA.- REMUNERACIÓN A FAVOR DEL CONCESIONARIO Y DERECHOS A FAVOR DE LA UAESP: La remuneración al Concesionario se divide en dos componentes:
(...)

b) Remuneración por el tratamiento de Lixiviados: La remuneración de esta actividad es igual al valor obtenido de multiplicar el costo unitario inicial máximo fijado por la UAESP, CLMAX, para la operación y el mantenimiento del tratamiento de los lixiviados en el RSDJ, en pesos por tonelada, y correspondiente a DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$2.794) a pesos de Diciembre de 2009, por el número de toneladas dispuestas durante el mes que se remunera y por el porcentaje de descuento ofertado por el operador en su propuesta. Este valor se indexará mensualmente con el IPC reportado por el DANE. Una vez se reciban las obras del Plan de Choque por parte del actual operador, en forma conjunta entre el nuevo operador y la UAESP, antes de 6 meses contados a partir del acta de inicio, se determinará si es necesaria una inversión adicional para lograr cumplir los requerimientos de la Corporación Ambiental. La UAESP cubrirá de sus recursos hasta CUATRO MIL CIEN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$4.100.000.000)”. (Subrayado añadido).

CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS

De lo expuesto, el Tribunal tiene por bien probado lo siguiente:

- a) En primer lugar, que el sistema de tratamiento de lixiviados debería tener una capacidad mínima de tratamiento de 21,5 litros por segundo.
- b) En segundo lugar, que la estructuración financiera de la tarifa de lixiviados que fue elaborada para la UAESP por CEFINCO S.A. y suministrada por la interventoría HNV-CONCOL, contemplaba las variables *“para estructurar la tarifa de operación y mantenimiento para el tratamiento de lixiviados”*, es decir, no contemplaba los costos e inversiones de la Optimización de la Planta de Lixiviados, pues se limita a determinar los costos de nómina de la administración, operación, mantenimiento y laboratorio de la Planta; los de operación y mantenimiento de equipos; los de algunos insumos operativos (energía y productos químicos); las reservas para recuperación y mantenimiento de equipos y otros costos directos, sin especificar cuáles, pero en todo caso, *“considerando una capacidad de 21,5 LPS”*.
- c) En tercer término, que estaba previsto que una vez recibidas las obras del Plan de Choque por parte del que era el actual operador STL, cuyo contrato terminaba el 23 de abril de 2010, las partes determinarían, dentro de un plazo de 6 meses, las nuevas condiciones de operación; y que si de la determinación conjunta se desprendía que era necesaria nueva inversión para lograr cumplir los requerimientos normativos (ha de entenderse que en términos de la capacidad de tratamiento de la Planta

y la calidad del efluente a disponer), la UAESP asumiría hasta \$4.100.000.000. Esta cifra, valga precisar, encuentra su origen en el *“Informe de Modelación Financiera para la operación integral del Relleno Sanitario Doña Juana Versión 7 años – 2173-00-IN-RP-062”*, elaborado por la interventoría HMV-CONCOL, en el cual *“se estableció que esta es la inversión requerida para ejecutar las obras y actividades complementarias para el sistema de tratamiento”*.

d) Por último, que previas las anteriores consideraciones, la UAESP consideró que la posibilidad de la necesidad de inversiones para la optimización por la existencia de vicios ocultos de la Planta de Lixiviados sería de entre el 30 y el 50%; que las consecuencias económicas adversas, de presentarse tal vicio, no superarían la suma de \$189'300.000; y que, de ocurrir, el Concedente asumiría sus efectos económicos hasta la suma de \$4.100'000.000.

2.4.1.2. El estado en el que el concesionario recibiría de la UAESP la planta de tratamiento de lixiviados -el plan de cumplimiento y el plan de choque propuestos por la UAESP a la CAR:

Como quedó expuesto, en los documentos de la licitación se hizo referencia a la existencia del contrato C-4035 de 1999, celebrado entre la UAESP y STL S.A. E.S.P., el cual tenía por objeto el tratamiento de los lixiviados generados por la descomposición de los residuos del RSDJ y terminaba el 23 de abril de 2010.

Al respecto, obra en el expediente¹⁷⁴ la **“ADICIÓN Y PRÓRROGA N° 3 AL**

¹⁷⁴ Cuaderno de pruebas No. 18 Dictamen técnico CGR – Información técnica

CONTRATO DE CONCESIÓN 4035 DE 1999, CELEBRADO ENTRE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP Y STL S.A. E.S.P.",
fechado el **22 de abril de 2009**, el cual tuvo por objeto la prórroga del plazo del Contrato 4035 de 1999 hasta el 23 de abril de 2010, la adición de su valor y la inclusión del diseño del Plan de Choque con Redimensionamiento (ampliación caudal)- Alternativa 5B (Cláusula Primera).

En virtud de dicho contrato adicional, el concesionario STL S.A. E.S.P. se obligó a dar cumplimiento (Cláusula Segunda) entre otras prestaciones, a las siguientes: **1. y 2.** Realizar los ajustes al esquema de tratamiento descrito en la propuesta "Plan de Choque con Redimensionamiento (ampliación caudal)- Alternativa 5B" y a realizar para tal efecto la ingeniería de detalle, el presupuesto final y los estudios preliminares tales como topografía, estudio geotécnico, dimensionamiento de implantación de estructuras y los que sean requeridos antes de iniciar las obras; y a entregar en el plazo de 21 días contados desde la fecha del documento los diseños de detalle estructural, civil, mecánico, eléctrico, de control, arquitectónico y paisajístico, y los que le fueran exigidos para la ejecución de la propuesta, junto con el presupuesto definitivo; **3.** Realizar los estudios, diseños, construcción, suministro, instalación, puesta en marcha, mantenimiento, administración y efectuar la disposición final de lodos generados de conformidad con las condiciones, términos y alcance establecidos en el contrato C-4035 y en esta Adición; **4.** Tratar y evacuar los lixiviados almacenados en la Celda de Emergencia dentro de los 3 meses siguientes a la puesta en marcha del Plan de Choque y a partir de la evacuación de tales lixiviados, continuar con el tratamiento de los lixiviados a un promedio de 21,5 lps., advirtiéndose que **10.** Todos los elementos que se requieran para la operación del STL en el marco del plan de choque con redimensionamiento pasarán a ser parte de

las instalaciones del STL y de propiedad de la UAESP.

Por su parte la UAESP, mediante Oficio Radicado CAR 20091115692 del 29 de septiembre de 2009 bajo el Asunto "Trámite Plan de Cumplimiento Sistema de tratamiento de lixiviados RSDJ" Referencia "Resolución 111 de 2001 y 166 de 2008", presentó para evaluación de la CAR el "Plan De Cumplimiento del Sistema De Tratamiento de Lixiviados Del RSDJ", "en los términos establecidos en los artículos 103 a 105 de la Resolución (SIC) 1594 de 1984"¹⁷⁵. En la carta remisoría la UAESP señala lo siguiente:

"El Plan de Cumplimiento del Sistema de Tratamiento de Lixiviados del RSDJ contempla dos Fases básicas, la primera de ellas corresponde al Plan de Choque con Redimensionamiento, orientada a aumentar la capacidad hidráulica del sistema y a recuperar la capacidad de regulación del sistema de pondajes existente; etapa que ya se encuentra en ejecución por parte del operador actual.

¹⁷⁵ Entiende el Tribunal que se refiere al Decreto 1594 de 1984, que en los artículos mencionados establece:

"ARTÍCULO 103. En los planes de cumplimiento se exigirá, por lo menos el siguiente desarrollo.

Primera etapa: Elaboración del programa de ingeniería y cronograma de trabajo o actividades, presentados de acuerdo con los procedimientos establecidos por la EMAR.

Segunda etapa: Ejecución de las obras de acuerdo con el cronograma presentado y aprobado.

Tercera etapa: Verificación del cumplimiento de las normas de vertimiento.

ARTÍCULO 104. Los plazos que podrán concederse para el desarrollo de planes de cumplimiento, para cada una de las etapas, son los siguientes:

Primera etapa: Hasta dieciocho (18) meses.

Segunda etapa: Hasta treinta (30) meses.

Tercera etapa: Hasta seis (6) meses.

Parágrafo. Los plazos señalados en el presente artículo podrán ser prorrogados por las EMAR, a solicitud y con justificación de los usuarios sin que, salvo fuerza mayor o caso fortuito, dicha prórroga exceda la mitad del tiempo señalado para la correspondiente etapa.

ARTÍCULO 105. La información y documentación mínimas indispensables para que las EMAR autoricen el desarrollo de la primera etapa de un plan de cumplimiento comprenden:

a) Nombre o razón social de los interesados;

b) Ubicación de los vertimientos;

c) Número de puntos de vertimiento de los residuos líquidos;

d) Sistemas de control existentes, su ubicación y eficiencia de diseño;

e) Procesos de producción. Flujograma adjunto con sus puntos de vertimiento;

f) Producción actual, proyectos de expansión y proyecciones de producción a cinco (5.) años;

g) Materias primas y otros suministros utilizados;

h) Cuerpos receptores de los vertimientos;

i) Concesiones otorgadas o identificación de la cuenta en el acueducto correspondiente.

PARÁGRAFO. Cuando quiera que en desarrollo del presente artículo las EMAR o el Ministerio de Salud deban conocer los procesos de producción de una empresa, tomarán las medidas indispensables para que se mantenga el carácter confidencial de la información suministrada".

La segunda fase corresponde a la optimización de Sistema de tratamiento de lixiviados en aras de garantizar el cumplimiento permanente de los límites consagrados en la Resolución 166 de 2008, para el desarrollo de fase (sic) es necesario considerar la transición del operador que se llevará a cabo entre Abril y Mayo de 2010, período a partir del cual será el nuevo concesionario el responsable de la ejecución de los ajustes necesarios al sistema de tratamiento de lixiviados".

En el documento "**PLAN DE CUMPLIMIENTO SISTEMA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA**", fechado "Octubre de 2009", la UAESP consigna lo siguiente en relación con el Plan de Choque y con la ulterior Optimización:

"10. Plan de choque

La adecuación que se realiza al Sistema de Tratamiento de Lixiviados del denominado "Plan de Choque con Redimensionamiento (Ampliación de Caudal)" alternativa 5-B está principalmente orientado al tratamiento de los volúmenes de lixiviados almacenados en la Celda VI del Relleno Sanitario Doña Juana, que permitirá su desocupación y uso inicial (almacenamiento de emergencia de los residuos sólidos) con la remoción de los contaminantes contenidos en estas aguas. Así como el tratamiento y evacuación de 26.000 m³ almacenados en el sistema de regulación de pondajes.

Esta alternativa ofrece la ventaja de manejar excedentes de caudales producidos en temporada invernal en el RSDJ. Los componentes que serán ajustados de la Planta de Tratamiento Actual son los siguientes:

- *Sistema de tratamiento biológico mediante la adaptación del pondaje 1 aprovechando la infraestructura existente, en un tratamiento biológico del tipo SBR (Secuencial Batch Reactor, por*

sus siglas en inglés) para un caudal de 16 lps, con su equipo provisto para deshidratación y secado de los lodos generados.

- Sistema de Tratamiento Físico Químico No 3 para un caudal de 16 lps, que se construiría para remover metales pesados contenidos en los lixiviados.*
- Sistema de Tratamiento Físico Químico No 1 y No 2 (Existentes) y Tratamiento Biológico (Existente).*
- Filtración de anillas con una capacidad de 15L/s para retención de sólidos con tamaños superiores a 25 micras.*
- Celda de lodos, para la adecuada disposición de los lodos generados en el tratamiento.*

El funcionamiento de los nuevos componentes señalados anteriormente es el siguiente: Al sistema SBR entrará un caudal promedio de 16 lps con picos cortos de 29.5 lps, que recibirá tratamiento secundario con una eficiencia esperada del 70% en remoción de carga orgánica y reduciendo en forma importante la concentración de nitrógeno, el lixiviado tratado pasará a pondajes 2 y de allí a los pondajes del STL (Lagunas de homogenización del actual STL) en donde se mezcla con 5,5 L/s provenientes de la Celda VI. De este caudal, 5,5 L/s, se derivan a tratamiento físico químico en los denominados FQ1 y FQ2 y los restantes 16 L/s se derivan para tratamiento físico químico en el denominado FQ3 (estructura nueva). Posterior al tratamiento físico químico de los 21,5 L/s estos son enviados al reactor biológico para ser sometidos por segunda vez a un pulimento biológico en el reactor actualmente construido en el STL. A la salida del reactor biológico, 11,5 L/s se derivan al decantador secundario y 10 L/s a los filtros de anilla. Estos efluentes vuelven a confluir en el tanque de cloración, para posteriormente ser dispuestos en el Río Tunjuelo. La línea de flujo de este tratamiento se presenta en el plano 1-6. Desocupada la Celda VI en un plazo estimado de 3 meses, se procedería con el mismo es esquema para pondajes 2, el cual tendría una capacidad de almacenamiento mayor, estimada en 20.000 m³, de acuerdo en (sic) el cronograma propuesto por el actual operador.

Es importante señalar que en materia de producción de lodos es similar al actual sistema físico-químico y biológico.

Una vez concluida la fase de evacuación de los volúmenes almacenados, el sistema contará con una capacidad media de tratamiento de 21,5 L/s para el tratamiento de los lixiviados generados en el RSDJ". (Subrayado añadido).

11. Optimización.

Dentro de la futura concesión para la administración, operación y mantenimiento integral del RSDJ, están contempladas las actividades de optimización necesarias para mejorar la eficiencia del sistema de tratamiento en aras de garantizar el cumplimiento continuo de la resolución 166 de 2008 de vertimiento aplicable al efluente del sistema de tratamiento, para lo cual está previsto el tiempo necesario para la evaluación, montaje y estabilización de la alternativa de optimización a desarrollar en el marco de este futuro contrato.

La optimización del sistema de tratamiento de lixiviados del RSDJ corresponde al ajuste tecnológico orientado al control de las sustancias de interés sanitario de difícil remoción.

Para la evaluación y posterior ejecución de la fase de optimización, se requiere alcanzar la estabilización del sistema tratamiento con las nuevas unidades que conforman en Plan de Choque (SBR y Físico químico 3) con el fin de evidenciar las carencias reales del sistema frente a la remoción de sustancias de interés sanitario.

Dentro de esta etapa es necesario tener en cuenta que se llevará a cabo el cambio de operador del sistema de tratamiento de lixiviados, lo que implica un periodo de empalme, capacitación y asumir la operación por parte del nuevo personal. Por lo anterior se han previsto las siguientes actividades:

- *Evaluación del sistema y empalme por parte de nuevo operador.*
- *Propuesta y Análisis de alternativas de la Optimización del Sistema de tratamiento.*

- *Presentación de Documento técnico de la Alternativa seleccionada (Ingeniería de Detalle).*
- *Construcción y Puesta en marcha.*
- *Estabilización y Monitoreo.*

CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS

De las pruebas anteriores resulta que para la fecha de celebración del Contrato de Concesión (24 de septiembre de 2010), no se habían recibido las obras del Plan de Choque a cargo del anterior operador, STL S.A. E.S.P., como lo evidencia el hecho de que en las estipulaciones del Contrato -a pesar de estar inscritas dentro de las obligaciones a cargo del Concesionario-, se contemplan también las siguientes obligaciones que debían ser cumplidas conjuntamente por las partes o por la UAESP, a saber:

- Evaluar conjuntamente con la UAESP la funcionabilidad de la infraestructura recibida de la Planta de Lixiviados y de común acuerdo establecer si era menester construir obras adicionales necesarias para la optimización del tratamiento de la totalidad de los lixiviados que se producen, produzcan y almacenen en el Relleno Sanitario Doña Juana en aras de garantizar el cumplimiento de la normatividad ambiental aplicable.
- Evaluar, en forma conjunta entre el CONCESIONARIO y la UAESP, si para los caudales totales de lixiviados a tratar, con las obras del plan de choque y las alternativas de proceso y condiciones de operación propuestas por EL CONCESIONARIO y que eventualmente sugiriera la UAESP, se lograba el cumplimiento de los parámetros contenidos en las

Resoluciones CAR 3358 de 1990, modificada por la 166 de 2008 y lo dispuesto en el Decreto 1594 de 1984.

- Determinar en forma conjunta entre el CONCESIONARIO y la UAESP, una vez recibidas las obras del Plan de Choque por parte del actual operador (STL) y antes de 6 meses contados a partir del acta de inicio, si era necesaria una inversión adicional para lograr cumplir los requerimientos de la Corporación Ambiental.
- Se pactó también que la UAESP cubriría de sus recursos hasta \$4.100'000.000 de la inversión adicional, quedando a cargo del CONCESIONARIO asumir las inversiones que resultaran necesarias en exceso de dicho monto, sin ningún límite monetario.

De la información disponible en la fase de licitación se tiene, entonces, que el Concesionario seleccionado recibiría de la UAESP la Planta de Tratamiento de Lixiviados una vez concluidas las obras contempladas en el Plan de Choque con Redimensionamiento orientada a aumentar la capacidad hidráulica del sistema y a recuperar la capacidad de regulación del sistema de pondajes existente; las cuales se encontraban a cargo del anterior operador de las actividades de tratamiento de lixiviados en el RSDJ, las cuales dotarían al relleno de la capacidad de tratar por vía biológica y fisicoquímica un caudal de 21,5 l/s de lixiviados.

Al respecto, en el peritaje técnico aportado por la Convocante, se pregunta a los peritos¹⁷⁶ *¿cuál era el estado anunciado de la PTL (disposición, respuestas, aclaraciones, visita efectuada, etc.), de acuerdo con la*

¹⁷⁶ Dictamen técnico aportado por CGR. Pregunta 1 del capítulo "Estado de la Planta de Tratamiento de Lixiviados"

información suministrada por la UAESP a los proponentes en la Licitación No. 001 de 2010?

La respuesta de los peritos es que la Planta de Tratamiento de Lixiviados, una vez ejecutado el Plan de Choque por el anterior contratista STL, tendría una capacidad de 21,5 lps, para lo cual se basan en lo informado en los Pliegos de Condiciones; en la comunicación del 29 de abril de 2009 con radicado 2009EE-3058; en la propuesta de Plan de Cumplimiento presentada por la UAESP a la CAR -documentos ya analizados en este acápite- y además, en una comunicación dirigida por la Interventoría HVM Concol a la UAESP del 22 de abril de 2009, en la que le informa que *"El objetivo de la propuesta de SL pretende evacuar el volumen de lixiviados actualmente alojados en la Celda VI y los pondajes 1 y 2, incorporando unos procesos unitarios biológicos y fisicoquímicos que permiten un aumento de la capacidad de tratamiento de lixiviados del relleno para evacuar en poco tiempo los excesos almacenados. El enfoque y el esquema de tratamiento propuesto, dota al relleno de la capacidad de tratar por vía biológica y fisicoquímica un caudal de 21,5 l/s de lixiviados"*.

Estas afirmaciones periciales no son controvertidas en el peritaje técnico de contradicción aportado por la UAESP, de manera que se tiene por probados los hechos así expuestos, es decir, que la información de licitación permitía a los interesados asumir que la Planta de Tratamiento de Lixiviados sería entregada al Concesionario con las obras del Plan de Choque, con lo cual tendría la capacidad de tratar por vía biológica y fisicoquímica un caudal de 21,5 l/s de lixiviados.

2.4.1.3. La realidad de las condiciones en las que se entregó la planta de tratamiento de lixiviados al concesionario

CGR afirma que, contrario a lo informado en la licitación, la capacidad real de tratamiento de la PTL que le fue entregada fue de sólo 14.3 L/s, por cuanto el llamado Plan de Choque finalmente no se cumplió en forma completa por parte de STL, que era el contratista que lo tenía a su cargo.

Dicha afirmación encuentra suficiente respaldo probatorio en este proceso, como se describe a continuación:

En el peritaje técnico aportado por CGR, se le formuló a los peritos la siguiente pregunta, *¿qué cantidad de lixiviados podía tratar realmente el sistema de tratamiento de lixiviados del Relleno Doña Juana al inicio del Contrato 344 de 2010?*, a la cual respondieron:

“(...) la capacidad de la PTL del RSDJ era del orden de los 14,3 L/s para el año 2010, de conformidad con lo consignado en el “ACTA DE ACUERDO - 27 DE DICIEMBRE DE 2011 - OPTIMIZACIÓN DEL SISTEMA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS DEL RSDJ”, en el sentido de “[Q]ue la capacidad de remoción actual del sistema de tratamiento de lixiviados es de 13.000 Kg/Día de 0805, para un caudal de 14,3 Lls de lixiviados crudos para las concentraciones medias medidas”; como consecuencia de lo cual “las partes aceptan que la capacidad actual del STL no permite tratar el 100% del lixiviado generado, con el cumplimiento del 100% de los parámetros establecidos de la norma vigente”.

Esta afirmación no mereció crítica o encuentra prueba en contrario en el dictamen de contradicción, en el cual el perito de la Convocada se limita

a afirmar ¹⁷⁷ que la UAESP sí puso en conocimiento de los oferentes las condiciones en las cuales se encontraba el STL y su actual incumplimiento de parámetros de vertimiento (pero sin referirse a la capacidad de tratamiento de la planta en las condiciones informadas en la Licitación). Al efecto, el perito de contradicción se refiere a las diferencias entre el Plan de Cumplimiento y el Plan de Choque, y manifiesta que el Plan de Choque estaba conformado por cinco fases o actividades, que correspondían al anterior operador (STL), así:

No.	ACTIVIDAD	PERÍODO	TIEMPO
1	Plan de choque: • Diseños de Ingeniería • 3 Revisión Técnica de Diseños por parte de la UAESP	Entre el 10 de mayo de 2009 y el 21 de junio de 2010 (sic)	1 mes y 11 días
2	Filtración con Anillas	Entre el 05 de julio y el 04 de octubre de 2009	2 meses y 29 días
3	Físico químico No 3 (en concreto): • Importación de Equipos de mezcla, bombeo y medición. • Ubicación y replanteo de obra • Excavaciones • Construcción cámaras de mezcla y floculación • Construcción Decantador • Construcción pozo de bombeo • Construcción de neutralización • Instalación de estructuras para montaje de equipos • Instalaciones Hidráulicas (lixiviados)	Entre el 28 de junio y el 04 de octubre de 2009	3 meses y 6 días

¹⁷⁷ Dictamen técnico de contradicción aportado por la UAESP.

	• Instalaciones Hidráulicas (químicos: hidróxidos y ácidos) • Instalaciones eléctricas • Automatismo • Montaje de equipos de mezcla y floculación • Montajes decantador (barrelos, puente de movimiento y pasarela) • Montaje de equipos de bombeo • Montaje de equipos de medición • Obras complementarias • Puesta en Marcha		
4	Soplantes STL • Reemplazo soplantes • Adquisición de equipos • Importación de equipos • Instalación y puesta en marcha	Entre el 31 de mayo y el 02 de agosto de 2009	2 meses y 2 días
5	SBR • Acometida eléctrica • Aireación en pondajes 1 (SBR) • Línea de conducción pondaje vi a STL • Tratamiento de lixiviados: Puesta en marcha, estabilización del sistema y tratamiento de lixiviados almacenados en celda de emergencia zona VI	Entre el 21 de junio de 2009 y el 28 de marzo de 2010	9 meses y 7 días

Por otra parte, según consta en el Informe Técnico 1423 del 25 de octubre de 2010¹⁷⁸, la CAR afirmó lo siguiente en relación con las actividades del Plan de Choque:

¹⁷⁸ Cuaderno de pruebas No. 25 Contra dictamen Anexos "UTIDJ-2015010008-01-15 Remuneración mensual por tratamiento" de lixiviados contrato C-344 de 2010" Páginas 40 y 41

“De acuerdo con la visita técnica realizada y el cronograma allegado, las actividades 1, 2, 3 y 4 ya fueron ejecutadas, la actividad 5 se está llevando a cabo y la actividad 6 faltaría ejecutarse, por lo tanto el tiempo restante para cumplir con lo propuesto es de 1 año contado a partir del mes de marzo de 2010 hasta el mes de febrero de 2011”.

La sexta y última actividad del Plan de Cumplimiento, se encontraba a cargo del nuevo Concesionario (CGR) y consistía en lo siguiente:

No.	ACTIVIDAD	PERÍODO	TIEMPO
6	Nuevo operador RSDJ • Empalme Nuevo Operador • Análisis de Alternativas de Optimización • Entrega Documento Técnico de Optimización del Sistema de Tratamiento de Lixiviados • Ejecución Obras de Optimización	Entre el 04 de abril de 2010 y el 27 de febrero de 2011	10 meses y 23 días

Obra también en el expediente el “INFORME TÉCNICO Capacidad del Sistema de Tratamiento de Lixiviado – PTL y SBR”¹⁷⁹, elaborado por la Interventoría UT INTER DJ del 27 de octubre de 2011, mediante el cual ésta realiza el análisis de la capacidad actual del Sistema de Tratamiento de Lixiviados del RSDJ. El Informe describe en los Antecedentes que los sistemas de tratamiento existentes en el RSDJ corresponden a dos plantas; “una construida originalmente para atender la producción general de lixiviados del relleno (bio reactores o PTL), y la otra, construida más recientemente como plan de choque para dar cuenta de la falta de capacidad de la primera en relación con la gran cantidad de lixiviados que el relleno ha

¹⁷⁹ Referencia de la prueba

producido (SBR por su tecnología)", por lo cual a solicitud de la UAESP el Interventor presentó su concepto "respecto a las capacidades que poseerían las unidades SBR y PTL con el nivel de equipamiento actual".

Las conclusiones que plasma el Interventor en su concepto son las siguientes:

"5. CONCLUSIÓN

Los caudales y cargas de verificación de ambos sistemas de tratamiento son los que se indican a continuación (ver Tabla No. 21), a modo de resumen:

TABLA No. 21 PARÁMETROS DE TRATAMIENTO

Parám etro	Uni da d	S B R	P T L	To ta l
Q	M2/ d	4 3 2	8 0 0	1. 23 2
	L/s	5 , 0	9 , 3	14 ,3

(...)

El caudal total indicado corresponde a un caudal equivalente de lixiviado crudo. La calidad del efluente esperada, en los parámetros de diseño de una planta biológica y que son los directamente afectados por un tratamiento de este tipo, son los que se indican a continuación (ver Tabla No. 22):

(...)

Parámetros como metales particularmente, tienen una alta remoción en un proceso biológico aerobio por la oxidación biológica (más de un 80% probablemente), sin embargo, esta remoción es una consecuencia que no siempre puede ser controlada, por esta razón, es que en este caso se recomienda instalar el proceso físico - químico posterior para pulimiento.

Parámetros como aceites y grasas, detergentes y otros similares tienen remociones cercanas al 100% en plantas aeróbicas tipo

aireación extendida.

Sin embargo, los parámetros tipo sales disueltas no son removidos en esta planta, por lo que concentraciones de cloruros, sulfatos, y sólidos disueltos en general, no serán rebajados de los lixiviados crudos al pasar por el tratamiento. En esta situación se encuentra el boro, que tendrá una escasa remoción en la planta, estimándose en no más de un 50%.

Con la capacidad diagnosticada, que es de 14,3 L/s de lixiviados crudos para las concentraciones medias medidas, hay un gran déficit de tratamiento. En efecto, se ha medido caudales del orden de 20 L/s como valores medios, lo que implica un déficit de casi un 40%. Por otro lado, estudios de modelamiento de lixiviados producidos existentes indican que el caudal esperable en el tiempo es de unos 2000 m³/d (23,1 L/s) lo que significa que los sistemas de tratamiento existentes cubrirían la mitad de las necesidades.

Por esta razón, la Interventoría ha propuesto en informes anteriores obras urgentes que tiendan a mejorar el sistema, tanto en la PTL como en el SBR. Es urgente evitar que el déficit existente en el tratamiento de lixiviados genere mayores problemas.

Aparte de obras urgentes, es necesario definir ya obras definitivas que permitan tratar los 8 a 11 L/s que hoy día no pueden ser tratados con la infraestructura existente.

Los SBR disponen de un gran volumen de reacción, tanto que permiten operar con edad del lodo (SRT) muy holgada para las condiciones de verificación (47 d), sin embargo, presenta diversas limitaciones, que incluso impiden usar todo el sistema de aireación disponible en las condiciones que fue diseñado. O sea, por un lado presenta holguras y por otro, limitaciones, lo que induce claramente a equilibrar ambas condiciones, mejorar las instalaciones y obtener un sistema optimizado aumentando así la capacidad. La Interventoría ya ha señalado anteriormente que convertir los SBR a un sistema continuo sería la mejor opción de optimización, por cuanto incrementaría ostensiblemente la capacidad de tratamiento, mejoraría la seguridad y aprovecharía íntegramente las holguras existentes, lo que además, se podría conseguir en tiempos relativamente breves los

que estimamos en 6 a 8 meses.

La PTL por su parte tiene su principal limitación en el tamaño de los reactores, por lo que un incremento sustancial de su capacidad pasa necesariamente por nuevas obras civiles, o bien, incorporación de sistemas de ultrafiltración tal como ha propuesto el asesor del operador. La solución de un reactor tipo MRB permite concentrar la biomasa en el mismo volumen de reacción lo que incrementa su capacidad, por la disposición del espacio, aparentemente sería la única viable.

Una solución como esta, o como otra que pretenda ampliar la capacidad de esta planta, requerirá obviamente reforzar de manera importante el sistema de aireación. Hoy se dispone de 2+1 sopladores, y podría disponerse de una situación 4+1, con lo que en teoría se podría ampliar la capacidad al doble. Sin embargo, debe definirse si el tipo de sopladores es adecuado, porque las unidades de desplazamiento positivo operando en condiciones extremas (24 h/d, altas temperaturas, etc.) en general no son apropiadas para funcionar en reactores con 6,5 m de profundidad como los existentes, y puede ser parte de la causa de las continuas fallas de estos equipos, por lo que debe evaluarse detenidamente este tema.

Los difusores por su parte, en el caso que estén todos los que indican los planos de proyecto, deben necesariamente cambiarse para que una solución tipo MBR pueda funcionar en los mismos reactores. Habrá que pensar en paneles o soluciones similares que concentren la zona de aireación en lo posible en la misma zona donde se ubican los actuales y mantengan zonas anóxicas al interior".

En el mismo sentido, obra en el expediente el dictamen pericial elaborado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros que fue aportado al anterior proceso arbitral que se surtió entre las mismas partes y que derivó en la emisión del laudo arbitral de 2018.

En dicho dictamen el perito Sociedad Colombiana de Ingenieros¹⁸⁰ señaló lo siguiente:

*"Dentro de este apéndice se presentan documentos descriptivos del sistema de tratamiento fechados a finales de 2008 o principios de 2009. Se incluyen, también, documentos que hacen referencia al Plan de Choque, del cual se destaca la construcción e implementación del sistema SBR como complemento al proceso de tratamiento de lixiviados; tarea que debe ser ejecutada por el operador del sistema, la firma STL S.A. E.S.P., la que comienza el proceso, pero no lo alcanza a terminar debido al vencimiento de su plazo contractual."*¹⁸¹

"Por su parte, dado lo presentado en la pregunta 7.3.1. del presente documento, donde se pudo establecer que la infraestructura de la Planta de Tratamiento de Lixiviados no se encontraba en condiciones de operación adecuada de acuerdo con su diseño y que a la fecha de recibo de la misma, en octubre de 2010, no se encontraban ejecutadas en su totalidad las obras del "Plan de Choque" que había definido la UAESP para mejorar las condiciones de operación del sistema, no se tenía completa claridad del nivel de tratamiento real que podía ejecutar el sistema."

"Con lo anterior, la SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS -SCI-, pudo establecer que la omisión en la información sobre el estado de deterioro y desempeño de los sistemas de la PTL es un elemento crítico para poder tomar decisiones de ingeniería tanto en el proceso de escogencia de la tecnología de optimización como en el diseño de detalle de los sistemas escogidos. Es muy importante resaltar que las condiciones operativas y de mantenimiento de un sistema de tratamiento son un factor predominante al momento de determinar priorización de inversiones y flujos de caja, debido a que, como se expresó anteriormente, primero es necesario poner a punto el sistema para poder, seguidamente, optimizarle su desempeño.

Como conclusión de todo lo anterior, para la SOCIEDAD

¹⁸⁰ Dictamen pericial de la Sociedad Colombiana de Ingenieros en Proceso Arbitral del 2018 entre CGR Doña Juana y la UAESP. Prueba trasladada.

¹⁸¹ Página 231 del dictamen presentado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros en Proceso Arbitral del 2018 entre CGR Doña Juana y la UAESP.

COLOMBIANA DE INGENIEROS-SCI- los elementos y estructuras que corresponden al sistema de tratamiento de lixiviados no fueron entregados conforme a la información contractual de la licitación 001 de 2010."¹⁸² (subrayado añadido).

Queda así demostrado que la condición de la Planta de Tratamiento de Lixiviados que tenía derecho a esperar recibir el Concesionario, según la información de que disponía en la licitación, difería en mucho de la que con posterioridad a la celebración del Contrato recibió.

También quedó acreditado que, como consecuencia del real estado de la PTL al momento de su entrega a CGR, para 2011 los costos de su optimización ascendían a \$11.909.727.765 (es decir, superaban en más del doble la partida de \$4.100'000.000 que se comprometió a aportar la UAESP para su ejecución).

Al respecto, encontró el Tribunal que, desde entonces, CGR solicitó a la UAESP que le reconociera los costos adicionales de optimización resultantes de esta circunstancia, y que ésta última no accedió a ello, todo lo cual se evidencia en el Acta de Acuerdo del 27 de diciembre de 2011 (Optimización del sistema de Tratamiento de Lixiviados del RSDJ), en la cual las Partes dejaron la siguiente constancia:

"Que en reunión del 15 de diciembre de 2011 las partes confirmaron la solución técnica acerca de las obras de optimización necesarias, y establecieron: "Que la propuesta presentada por el concesionario es técnicamente la adecuada para cumplir con los requerimientos de la corporación ambiental, y en general con las necesidades de optimización

¹⁸² Página 311 del dictamen presentado por SCI en tribunal arbitral del 2018. Prueba trasladada.

de la infraestructura para el tratamiento de los lixiviados en el RSDJ". **Igualmente, las partes acordaron que la realización de las obras correspondientes a la propuesta presentada por el contratista entre el 11 de Julio y sucesivas modificaciones hasta la confirmación del 15 de diciembre requieren una inversión de \$11.909.727.765 pesos.** Está pendiente por parte de la UNIDAD resolver el recurso de reposición del Operador en cuanto a la solicitud que hace para que le sean reconocidos los costos adicionales a los \$4.100 que aporta la UAESP, y correspondiente a la optimización del Sistema de Tratamiento del RSDJ." (Negrilla y subrayado añadidos).

2.4.1.4. La Previsibilidad del Riesgo de Construcción de la Optimización de la PTL

En la Solicitud de Proceso Contractual y Estudios Previos¹⁸³ se señaló, en relación con la determinación del alcance de la actividad de optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados, que "los riesgos de construcción han sido asignados al Concesionario, dado que él es quien, en su calidad de especialista, se encuentra en mejores condiciones de mitigar los riesgos asociados a la ejecución de las obras", y que "el contrato prevé que el Concesionario deberá (...) efectuar los diseños para (...) las ampliaciones y optimizaciones de la planta de lixiviados (...)". (Subrayado añadido).

Así las cosas, se hace necesario establecer las condiciones en las que el oferente y a la larga adjudicatario del Contrato de Concesión se encontraba -al momento de la presentación de su Oferta técnica y económica y teniendo en cuenta su calidad de especialista, la información recibida o que podría haber obtenido por sí mismo y los términos de la

¹⁸³ Ver MATRIZ DE IDENTIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS

licitación-, para determinar el alcance del riesgo que asumiría.

Al respecto, el dictamen pericial técnico de la Convocante, al responder la pregunta de si los proponentes debían o podían prever que la PTL que iba a ser entregada no estaba en capacidad de tratar la totalidad de volumen de lixiviados producidos, responde:

“No. Tal como se mencionó, la capacidad de tratamiento que debía alcanzarse en la primera etapa del plan de choque y que sería entregado a CGR era de (21.5 L/s) (ver Anexo 18.0_8.16) a cargo del operador anterior, y esto permitía tratar el caudal total generado en el RSDJ, el cual en el marco de la Licitación Publica No. 001 de 2010 el caudal histórico generado era de 13.13 L/s. Por tal motivo, CGR contó con que la PTL iba a ser entregada en condiciones que permitieran tratar la totalidad del volumen de lixiviados producidos, factor que pudo corroborar en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2010, cuando inició la operación en el RSDJ. Sin embargo, en relación con la calidad de los parámetros de vertimiento, si era posible inferir el no cumplimiento de la normativa ambiental, de acuerdo con el histórico de cumplimiento reportado por STL donde se indica el no cumplimiento de la totalidad de los parámetros, así mismo en el Plan de Choque se indica que la Fase 2, a cargo del nuevo operador del sistema de tratamiento de lixiviados, se contemplaban las actividades de optimización necesarias para mejorar la eficiencia del sistema de tratamiento de lixiviados, con el fin de garantizar el cumplimiento continuo de la resolución CAR 166 de 2008”.

Para controvertir esta afirmación, el perito de la Convocada expresa en su dictamen de contradicción lo siguiente:

“Debe tomarse en cuenta que el Plan de Cumplimiento presentado por la UAESP a la CAR mediante Radicado CAR 20091115692 (Anexo 11.1) precisamente incluyó las cinco fases del Plan de choque a cargo de STL (Aumento de caudal) y la sexta fase a cargo del próximo concesionario (CGR DJ), con miras al cumplimiento de los parámetros de vertimiento, que en dicha fecha no se estaba realizando por parte del STL. Esto comprueba que la UAESP sí puso en conocimiento de los oferentes las condiciones en las cuales se encontraba el STL y su actual incumplimiento de parámetros de vertimiento”.

De esta afirmación el Tribunal concluye que no era posible para los oferentes, en la etapa de Licitación, establecer o prever que la PTL que le iba a ser entregada al Concesionario no estaba en capacidad de tratar la totalidad de volumen de lixiviados producidos: aunque sí podía anticipar que se podrían presentar incumplimientos en cuanto a los parámetros de los vertimientos.

Para la determinación del alcance de la actividad de optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados a cargo del CGR, era necesario establecer, previamente, a partir de la evaluación conjunta de la funcionabilidad de la infraestructura recibida de la Planta de Lixiviados, si se requerirían -es decir, que podía ocurrir que no se requirieran- obras adicionales necesarias para la optimización del tratamiento de la totalidad de los lixiviados que se producen, produzcan y almacenen en el Relleno Sanitario Doña Juana en aras de garantizar el cumplimiento de la normatividad ambiental aplicable¹⁸⁴. Es decir, el contenido y alcance de la

¹⁸⁴ Contrato de Concesión, Cláusula Segunda, Num. 7

Optimización dependía de los resultados de la evaluación futura del estado o funcionalidad de la PTL que entregaría el anterior concesionario, con posterioridad a la ejecución del Plan de Choque.

Al respecto, de conformidad con los estudios previos de la UAESP, lo que era previsible -*prima facie*- para los interesados en licitar, era que efectivamente se requirieran obras adicionales para la actividad de optimización y que para ello las inversiones requeridas podrían ascender a un valor de \$4.100'000.000¹⁸⁵, monto que sería asumido por la UAESP, pero estableciéndose también que si se requerían inversiones mayores, serían a cargo del Concesionario.

Sobre este aspecto se reitera que en el documento "PLAN DE CUMPLIMIENTO SISTEMA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA", la UAESP consigna lo siguiente en relación con la actividad de Optimización posterior al Plan de Choque:

"11. Optimización.

(...)

Para la evaluación y posterior ejecución de la fase de optimización, se requiere alcanzar la estabilización del sistema tratamiento con las nuevas unidades que conforman en Plan de Choque (SBR y Físico químico 3) con el fin de evidenciar las carencias reales del sistema frente a la remoción de sustancias de interés sanitario.

Dentro de esta etapa es necesario tener en cuenta que se llevará

¹⁸⁵ SOLICITUD DE PROCESO CONTRACTUAL Y ESTUDIOS PREVIOS", capítulo de análisis técnico y económico del valor del Contrato, "[U]na vez se reciban las obras del Plan de Choque (...) antes de seis (6) meses se definirá si es necesaria una inversión adicional para lograr cumplir los requerimientos de la Corporación Ambiental, la UAESP cubrirá de sus recursos hasta CUATRO MIL CIEN MILLONES DE PESOS (\$4.100.000.000), porque de acuerdo al "Informe de Modelación Financiera para la operación integral del Relleno Sanitario Doña Juana Versión 7 años – 2173-00-IN-RP-062", elaborado por la interventoría HMV-CONCOL, se estableció que esta es la inversión requerida para ejecutar las obras y actividades complementarias para el sistema de tratamiento. Si la inversión es superior, esta deberá ser asumida por el operador".

a cabo el cambio de operador del sistema de tratamiento de lixiviados, lo que implica un periodo de empalme, capacitación y asumir la operación por parte del nuevo personal. Por lo anterior se han previsto las siguientes actividades:

- Evaluación del sistema y empalme por parte de nuevo operador.
- Propuesta y Análisis de alternativas de la Optimización del Sistema de tratamiento.
- Presentación de Documento técnico de la Alternativa seleccionada (Ingeniería de Detalle).
- Construcción y Puesta en marcha.
- Estabilización y Monitoreo". (Subrayado añadido).

Es decir que solamente después de recibida la PTL del anterior concesionario, efectuada la evaluación del sistema y determinada la alternativa de optimización seleccionada y la ingeniería de detalle; era posible establecer con suficiente confiabilidad el monto de las inversiones que eventualmente se podrían requerir para la Optimización.

En relación con lo expuesto, en el dictamen de contradicción de la Convocada aparece la siguiente conclusión:

"2. La UAESP puso a disposición de los oferentes que participaron en el proceso de Licitación Pública 001 de 2010, la información necesaria para conocer las características del STL y presentar sus respectivas propuestas con previo conocimiento de la necesidad de optimización requerido por el STL. Dicha información técnica se publicó en el DATAROOM y contenía entre otros, registros estadísticos de caudales tratados, cumplimiento de parámetros de vertimiento, informes de años anteriores de la interventoría, manuales de operación del STL, infraestructura del sistema y caracterización de los lixiviados a tratar". (Subrayado añadido).

El Tribunal, sin embargo, se aparta de esta conclusión por los siguientes hechos y razones:

De conformidad el cronograma del Proceso previsto en el Pliego de Condiciones (num. 2.4.25), según la última modificación incorporada mediante la Adenda No. 8 del 1 de septiembre de 2010, las siguientes son las fechas en las que estuvo a disposición de los interesados la información de la licitación:

1. Aviso de convocatoria: 25 de enero de 2010.
2. Resolución de apertura de la Licitación misma y publicación del pliego de condiciones definitivo: 1 de marzo de 2010.
3. Audiencia de Revisión y Asignación de Riesgos: 4 de marzo de 2010.
4. Audiencia de Aclaración de Pliegos de Condiciones Definitivos: 23 y 25 de marzo de 2010.
5. Visita (no obligatoria) a la Planta de Tratamiento de Lixiviados: 8 de abril.
6. Plazo para la presentación de ofertas (Plazo de la licitación): 30 de abril de 2010.

Así las cosas, se tiene que los interesados pudieron acceder al pliego de condiciones inicial el 25 de enero de 2010; al Pliego definitivo el 1º de marzo del mismo año; respecto de la planta de Lixiviados, tuvieron la oportunidad de realizar una visita técnica (no obligatoria) en la tarde del 8 de abril; y estaban obligados a presentar sus propuestas el 30 de abril de 2010.

Al respecto, resulta relevante lo señalado en el dictamen Sociedad Colombiana de Ingenieros ya mencionado, en el sentido de que *"la omisión en la información sobre el estado de deterioro y desempeño de los sistemas de la PTL es un elemento crítico para poder tomar decisiones de ingeniería tanto en el proceso de escogencia de la tecnología de optimización como*

en el diseño de detalle de los sistemas escogidos. Es muy importante resaltar que las condiciones operativas y de mantenimiento de un sistema de tratamiento son un factor predominante al momento de determinar priorización de inversiones y flujos de caja, debido a que, como se expresó anteriormente, primero es necesario poner a punto el sistema para poder, seguidamente, optimizarle su desempeño".

De lo expuesto resulta evidente que para la época de la licitación los oferentes no podían estimar las necesidades de inversión de optimización del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, como quiera que la PTL fue entregada al Concesionario en el mes de octubre de 2010, y solamente a partir de la evaluación de su estado, como quedó señalado, era posible determinar si se requerirían obras adicionales para su optimización -lo cual era probable-, pero sobre todo, el monto de las inversiones que ellas demandarían.

Esta conclusión, por lo demás, es coincidente con la adoptada por el tribunal que tuvo a su cargo el anterior proceso arbitral entre las mismas partes y que se definió mediante el Laudo del 27 de septiembre de 2018, como pasa a verse:

En aquel proceso, la UAESP formuló las siguientes pretensiones en su demanda de reconvención:

"CUARTA PRETENSIÓN: Se declare que a la fecha de firma del acta de inicio de la concesión 344 de 2010, el Sistema de Tratamiento de Lixiviados cumplía con las características técnicas y de capacidad en los términos de referencia de la licitación pública 001 de 2010, anexos apéndices y demás documentos de la fase precontractual.

QUINTA PRETENSIÓN: Se declare que la información de los términos de referencia de la licitación pública 001 de 2010, anexos apéndices y demás documentos de la fase precontractual permitía el diseño para la optimización del Sistema de Tratamiento de Lixiviados requerido en la CLÁUSULA SEGUNDA en su numeral 9 del Contrato 344 de 2010".

Estas dos pretensiones fueron negadas en el Laudo de 2018, con base en los siguientes argumentos:

"En cuanto a la cuarta pretensión formulada en la demanda de reconvencción reformada, siguiendo el análisis que hasta el momento ha realizado el Tribunal y tal como éste ya había constatado, luego de analizar las pruebas que reposan en el expediente, en particular el informe pericial y su aclaración, y los documentos contractuales y precontractuales, no puede afirmarse que al momento del acta de inicio se podía establecer con plena certeza el estado del STL, con lo cual no es posible concluir que los documentos precontractuales eran unívocos en generar una expectativa en el concesionario de la capacidad mínima operativa con la que contaba la PTL al momento de iniciar el contrato. Lo anterior, sin perjuicio, como lo determinó el Tribunal, de la existencia de la obligación contractual de CGR de optimizar el STL. En este sentido, no puede prosperar la cuarta pretensión de la demanda de reconvencción reformada.

Ahora bien, frente a la pretensión formulada por la UAESP de que se declare que la información de los pliegos de condiciones de la Licitación Pública 001 y demás documentos precontractuales permitía el diseño para la optimización del sistema de tratamiento de lixiviados requerido en el contrato, el informe pericial realizado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros concluye que "los elementos y estructuras que corresponden al sistema de tratamiento de lixiviados no fueron entregados conforme a la información contractual de la licitación 001 de 2010. Se debe precisar que dentro de la información precontractual no se encontró documento alguno que evidenciara de manera clara la capacidad de tratamiento de la PTL ni el estado de sus componentes, información esta que era necesaria para que los

proponentes pudieran establecer con alguna certeza el monto de las inversiones que debían realizar y por lo mismo verificar si los 4.100 millones de pesos que aportaría".

Es más, el informe pericial realizado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros concluye que "[a] partir de la información disponible en el Data Room, las visitas de campo y la información disponible en todos los documentos precontractuales que fueron suministrados por las partes, la SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS – SCI– pudo establecer que sí era posible realizar el estudio de alternativas técnicas y la ingeniería básica, tal y como ocurrió en el proceso desarrollado por el concesionario CGR Doña Juana S.A. E.S.P. desde la firma del contrato C-344 de 2010 y que se evidencia en el Acuerdo 2 del 27 de diciembre de 2011" pero "no era posible realizar la ingeniería de detalle para construir, montar y poner en operación la optimización del sistema de tratamiento, ya que, no solamente no era claro el nivel de desempeño de la PTL en el momento de la entrega, sino que quedó establecido tempranamente que la primera tarea a realizar era la de poner a punto el sistema existente, incluyendo la reposición, mantenimiento y ajuste de los elementos entregados, a la vez que se debían establecer las condiciones de operación del sistema SBR – Sequential Batch Reactors (Reactores Biológicos Secuenciales de Operación en Batch) que no se encontraba terminado ni recibido por la UAESP a la fecha del acta de entrega de la Planta de Tratamiento de Lixiviados del Relleno Sanitario Doña Juana al operador CGR Doña Juana S.A. E.S.P."

En este punto, la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en su informe complementario, da alcance a esta conclusión para dar los rangos de inversiones que debería hacer CGR para optimizar el sistema de tratamiento de lixiviados, como quiera que no fue posible al perito determinar el estado preciso del sistema:

"La SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS –SCI considera que sí era posible hacer una determinación de una ingeniería básica del sistema de tratamiento. Esta condición permite hacer una estimación de un rango de montos de inversión que estarían

supeditados a la condición operativa del sistema existente. En ese orden de ideas, se podrían establecer tres (3) condiciones específicas de operación bajo las cuales hacer el análisis.

1. Que el sistema existente fuera inoperante: Esta condición implicaría que el sistema de tratamiento existente se encuentra fuera de operación (detenido) o en tal estado de precariedad y deterioro que no es posible su operación.

En esta situación sería necesaria una revisión y diseño completo del sistema, considerando el reemplazo total de la maquinaria, equipos e infraestructura relacionada con el mismo. Incluiría la posibilidad de un cambio completo del proceso de tratamiento y la definición de nuevas unidades operativas y de infraestructura. En resumen, conllevaría un diseño nuevo y completo del sistema de tratamiento.

En esta situación, la estimación de un rango de costos, teniendo en cuenta diseño y construcción de todos los sistemas e infraestructuras, podría estar entre CINCUENTA MIL MILLONES DE PESOS (\$50.000'000.000,00) y CIEN MIL MILLONES DE PESOS (\$100.000'.000.000,00).

2. Que el sistema existente se encontrase parcialmente operativo: Esta condición implicaría que el sistema de tratamiento existente se encontrase operando, pero sin alcanzar niveles aceptables dentro de los parámetros de diseño. Esta situación se puede dar por diversas causas entre las que se destacan: condiciones de operación que excedan la capacidad de diseño (subdimensionamiento o sobresaturación de una o más unidades operativas); deterioro progresivo de los sistemas de uno o más procesos unitarios; sobrecargas al sistema; entre otras, cuyo resultado final es la imposibilidad de obtener resultados acorde con los objetivos del diseño.

La determinación del rango de costos que se incurrirían en el mejoramiento general de la operación del sistema depende, en gran medida, de la determinación del nivel de desviación que existe entre la operación actual con respecto a la operación especificada en los diseños y el motivo por el cual se presenta esta desviación operativa; como, por ejemplo, caudal de diseño 8 l/s, caudal operando >20 l/s.

Como se expresó anteriormente, diversas condiciones pueden provocar esta desviación y estas condiciones pueden presentarse de manera simultánea (p.ej. se puede estar excediendo la capacidad de tratamiento originalmente planteada dentro de los diseños al mismo tiempo que existe un deterioro de los equipos y maquinaria asociados a los procesos unitarios de tratamiento). Únicamente un diagnóstico del estado operativo de los sistemas, equipamientos e infraestructuras al igual que la definición clara de parámetros de operación podrían determinar, de manera aproximada, el nivel de inversión necesaria para el mejoramiento (y posible inclusión de procesos complementarios) a los que se debe someter el sistema. Por este motivo, el rango de posibles inversiones es tremendamente amplio ya que puede incluir la renovación de equipos e infraestructuras existentes al igual que incluir equipos e infraestructuras complementarias, dependiendo de las metas a las que se ha de llegar. Así las cosas, el rango de inversión podría estar entre los CINCO MIL MILLONES DE PESOS (\$5.000'000.000,00) hasta valores cercanos a CIEN MIL MILLONES DE PESOS (\$100.000'000.000,00). Es importante anotar que, en muchos casos, resulta más económico el diseño y construcción de todo un sistema nuevo, que la reparación, repotenciación y complemento de un sistema existente, dependiendo de su nivel de desviación operativa, la condición de vida útil de sus componentes y los parámetros de diseño bajo los cuales se implementaron.

3. Que el sistema existente se encuentre totalmente operativo: Esta condición implicaría que el sistema de tratamiento existente cumple plenamente con todos sus parámetros operativos y de diseño y que sus equipos y maquinarias se encuentran en un estado de operatividad dentro de los rangos definidos por las especificaciones técnicas de diseño.

En estas condiciones, el mejoramiento del sistema sólo podría venir de la adición de unidades operativas y complementarias al sistema existente. La definición de los costos que se podrían incurrir dada esta situación dependerían exclusivamente del nivel de tratamiento complementario que deba realizarse adicional al tratamiento existente y la forma en que éste nivel de tratamiento se pretende alcanzar (los procesos unitarios y equipos, maquinarias e infraestructura se requiere).

Así las cosas, el rango de inversión que podría involucrar esta situación particular podría rondar entre los DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000'000.000,00) y DIEZ MIL MILLONES DE PESOS (\$10.000'000.000,00) según el tipo de tratamiento y procesos unitarios definidos en el diseño complementario".

Visto lo anterior y las demás pruebas aportadas en el expediente, no existe certeza plena para el Tribunal sobre el monto de las inversiones que a cargo de CGR debían asumirse para cumplir con la obligación de optimización, las cuales, dependiendo del escenario en el que se encuentre el estado del sistema, pueden oscilar entre 2 mil millones de pesos a cien mil millones de pesos." (Subrayado añadido).

Así las cosas, el Tribunal encuentra probado que el Pliego de Condiciones y en particular los estudios previos llevados a cabo por la UAESP y puestos a disposición de los interesados durante la Licitación carecían de la información necesaria y suficiente para determinar el alcance de las obras necesarias para la Optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados y de contera, para dimensionar razonablemente las inversiones que se requerirían para ello.

De lo establecido en el análisis probatorio de este capítulo del Laudo, el Tribunal ha encontrado probado lo siguiente:

- a) Que la estructuración financiera de la tarifa de lixiviados elaborada para la UAESP y utilizada por ésta para el Pliego de Condiciones, no contempló los costos e inversiones de la Optimización de la Planta de Lixiviados.
- b) Que según los Documentos de Licitación, una vez recibidas las obras del Plan de Choque por parte del anterior operador (STL S.A. E.S.P.),

cuyo contrato terminaba el 23 de abril de 2010, la PTL debería estar en determinadas condiciones, que incluían tener una capacidad mínima de tratamiento de 21,5 litros por segundo.

- c) Que para la fecha de celebración del Contrato de Concesión (24 de septiembre de 2010), no se habían recibido las obras del Plan de Choque a cargo del anterior operador, STL S.A. E.S.P.
- d) Que en los Documentos de Licitación y en el Contrato se estableció que, partiendo de la base de la entrega de la PTL una vez ejecutado el Plan de Choque, las partes determinarían, dentro de un plazo de 6 meses, cuáles eran las reales condiciones de operación de sistema y a partir de ello, si eran necesarias obras e inversiones adicionales para cumplir los requerimientos normativos (capacidad de tratamiento de la Planta y calidad del efluente a disponer), en cuyo caso la UAESP asumiría hasta \$4.100.000.000, por cuanto *"se estableció que esta es la inversión requerida para ejecutar las obras y actividades complementarias para el sistema de tratamiento"*.
- e) Que en el Análisis de Riesgos se estableció que la posibilidad de existencia de vicios ocultos de la Planta de Lixiviados sería de entre el 30 y el 50%; que las consecuencias económicas adversas, de presentarse tal vicio, no superarían la suma de \$189'300.000; y que, de ocurrir, el Concedente asumiría sus efectos económicos hasta la suma de \$4.100'000.000.
- f) Que para la época de la Licitación los oferentes no podían estimar las necesidades de inversión de Optimización del Sistema de Tratamiento

de Lixiviados, pues era imposible hacerlo sin conocer previamente las reales condiciones en que se entregaría la PTL, la cual fue entregada al Concesionario en el mes de octubre de 2010, en condiciones distintas a las previstas en el Pliego de Condiciones.

- g) Que en consecuencia, el Pliego de Condiciones y en particular los estudios previos llevados a cabo por la UAESP y puestos a disposición de los interesados durante la Licitación carecían de la información necesaria y suficiente para determinar el alcance de las obras necesarias para la Optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados y de contera, para dimensionar razonablemente las inversiones que se requerirían para ello.

2.4.1.5. Conclusiones del Tribunal

La Convocante pretende que se declare¹⁸⁶ que la UAESP violó la ley al no estimar adecuadamente el valor del riesgo de optimización de la planta de tratamiento de lixiviados, *“tal como se aprecia en la Cláusula Segunda, numerales 7, 8 y 9, la Cláusula Tercera, Sobre los Lixiviados, numeral 1. y la Cláusula Séptima, literal b) del Contrato 344 de 2010”* y que consecuentemente se anulen, o subsidiariamente se “inapliquen” tales estipulaciones o que se exonere a CGR de las obligaciones allí contenidas atinentes a la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados *“por ser un riesgo respecto del cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP no cumplió lo preceptuado por la ley para ser asignado en debida forma”*.

¹⁸⁶ Pretensión Vigésima Quinta.

Así las cosas, el problema jurídico que debe desatar el Tribunal en primer lugar consiste en establecer si la inclusión por parte de la UAESP de las cláusulas contractuales asociadas con la obligación a cargo del Concesionario en cuanto a la Optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados constituyó una violación de la ley y si como consecuencia son anulables, léase nulas, o inaplicables, o si el Contratista debería ser exonerado de tales obligaciones, y cuáles serían los efectos de una declaratoria en tal sentido.

Vistas las conclusiones del análisis probatorio que precede, es del caso relacionar las normas del Estatuto de Contratación Pública (Ley 80 de 1993) en relación con la eventual nulidad de las cláusulas objeto del análisis del Tribunal:

“Artículo 44. De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

- 1°. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
- 2°. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.*
- 3°. Se celebren con abuso o desviación de poder.*
- 4°. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*
- 5°. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley”.*

Las causales de nulidad absoluta del “derecho común” están contempladas en los artículos 1519 y 1741 del Código Civil, así:

“ARTICULO 1519. OBJETO ILÍCITO. Hay un objeto ilícito en todo lo

que contraviene al derecho público de la nación. (...).

ARTICULO 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. (...)."

El Consejo de Estado resumió las causales de nulidad absoluta del contrato estatal en los siguientes términos¹⁸⁷:

"En ese contexto, al integrar en un solo y único listado todas las causales de nulidad absoluta, resulta posible señalar que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales:

- a)- Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley;*
- b)- Ilícitud en el objeto;*
- c)- Ilícitud en la causa;*
- d)- Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes;*
- e)- Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración;*
- f)- Celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;*
- g)- Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;*
- h)- Celebración del contrato con abuso o desviación de poder;*
- i)- Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y*
- j)- Celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas*

¹⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero ponente: Hernan Andrade Rincón, Sentencia de abril 29 de 2015 Rad 31818.

nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80”.

Establecido este punto, se tiene que mediante la pretensión Vigésima Quinta de la Demanda Reformada la Convocante busca que se declare que la UAESP violó la ley al no estimar adecuadamente el valor del riesgo de optimización de la planta de tratamiento de lixiviados, tal como se aprecia en la Cláusula Segunda, numerales 7, 8 y 9, la Cláusula Tercera, sobre los Lixiviados, numeral 1. y la Cláusula Séptima, literal b) del Contrato 344 de 2010; y conforme a la Vigésima Sexta Pretensión en su formulación principal, que como consecuencia de la anterior declaración, se anulen dichas estipulaciones.

En tal sentido, afirma CGR en su alegato de conclusión que la UAESP violó el deber de transparencia consagrado en el artículo 24, numeral 5, de la Ley 80 de 1993, así como el de información establecido en el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007¹⁸⁸. Así las cosas, el Tribunal ha de adentrarse en el análisis de las normas mencionadas, a fin de establecer si en la presente controversia se encuentra probada una contravención de estas y en caso afirmativo, si ello configura la causal de nulidad absoluta de las cláusulas contractuales cuya anulación pretende la Convocante:

Ley 80 de 1993, Artículo 24. Del principio de transparencia.

“En virtud de este principio:

(...)

5o. En los pliegos de condiciones:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

¹⁸⁸ Alegatos CGR, Tomo II, página 281.

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

(...)”.

Ley 1150 de 2007, Artículo 8. De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones, y estudios previos.

“ARTÍCULO 8. Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna”.

En relación con los efectos de la transgresión del numeral 5° del Artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en un caso en el que se analizaron los efectos de la falta de criterios de desempate en las reglas de selección del contratista con desconocimiento del literal b. de la disposición citada, el Consejo de Estado

sentó su posición en los siguientes términos¹⁸⁹:

“Ahora, frente al incumplimiento de esa carga, el inciso final del numeral 5 del artículo 24 citado en renglones anteriores lo sanciona así:

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciadas a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

En armonía con lo expuesto, “la Jurisprudencia de la Sala ha señalado que, cuando las estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones vulneran las prescripciones del artículo 24 de la Ley 80, las mismas pueden ser controladas judicialmente a través de las correspondientes acciones establecidas para impugnar los pliegos de condiciones, así como pueden también ser inaplicadas por el juez por la vía de ilegalidad o ineficacia de pleno derecho”.

(...)

En ese orden, frente a la omisión de los criterios de desempate en los pliegos de condiciones o términos de referencia, la Sala en un reciente pronunciamiento, que por su importancia se cita in extenso, precisó:

*“La falta de reglas imparciales, claras y completas no constituye un requisito objetivo, por el contrario conduce a la discrecionalidad absoluta en la elección del contratista, por lo que la Sala encuentra que en el caso concreto el silencio o la ausencia de reglas comporta una **ineficacia de pleno derecho por omisión** con arreglo a lo prescrito por el numeral 5° apartado f) de la Ley 80 de 1993 y, como tal, esta opera por ministerio de la ley (ope lege). Esta sanción no solo aplica para aquella previsión indebida de alguna condición o regla que vulnera las pautas establecidas por el legislador en el numeral 5° del citado artículo 24 de la Ley 80 de 1993, sino que en los casos en que la administración omita incluir criterios claros y precisos que impidan una escogencia objetiva, acarrea una ineficacia de pleno*

¹⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Radicación 27453

derecho por omisión que no requiere declaración judicial.

En rigor estipulaciones u omisiones de esta índole dejan en manos de la Administración la facultad de elección, sin reducir el margen de discrecionalidad y no guarda una relación o conexidad sustancial con los fines de la contratación estatal previstos en los artículos 3, 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993. La falta de reglas claras comporta ceder a la administración la libertad de escoger a su arbitrio entre propuestas diferentes, desconociendo los fines de la contratación pública y quebrantando especialmente los principios de transparencia y selección objetiva. Lo que acontece siempre que la administración, de antemano, omite diseñar los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que garanticen la expedición de reglas objetivas, justas claras y completas.
(...)”

Así las cosas, precisa recordar que el pliego de condiciones o los términos de referencia son actos administrativos, sin desconocer que la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones se ha encuadrado como reglamento o acto administrativo general, distinción que esta Corporación ha señalado como insatisfactoria, al considerarlos como actos jurídicos de naturaleza mixta. Y es en esa doble condición donde se deja sentado el impacto de sus estipulaciones, no sólo respecto del proceso de selección sino también en la futura relación contractual, razón por la cual su elaboración deberá responder estrictamente a las exigencias de la Ley 80 de 1993.

Siendo así, no puede desconocerse que la **ineficacia en estos actos administrativos que fundan el futuro contrato, debe impactar en este último**, toda vez que, en sintonía con lo que recientemente ha sostenido la Sala, **es imposible seleccionar a un contratista en esas condiciones, pues esta será ajena al principio de selección objetiva y, por ende, se está en presencia de la causal de nulidad absoluta de la relación contractual así perfeccionada**, contenida en el artículo 6 del Código Civil - incorporada en el Estatuto Contractual del Estado en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 80-, consistente en la vulneración

de normas de orden público u objeto ilícito, siendo que se inobservó el contenido del literal b) del numeral 5 del artículo 24 y el artículo 29 de la Ley 80 de 1993". (Se omiten las citas del original y se añade el subrayado y resaltado).

Establecido lo anterior, el Tribunal concluye, con base en el análisis probatorio que quedó expuesto, que en el Pliego de Condiciones no se definieron reglas objetivas, justas, claras y completas que permitieran la confección de ofrecimientos de la misma índole, ni se definieron con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, en particular, en cuanto a la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados; por el contrario, se incluyeron reglas que determinaron la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada -pues no era posible estimar razonablemente el costo de las obras necesarias para ello, más aún cuando las condiciones reales en las que se entregó la PTL no coincidían con las descritas en la licitación- y se determinaron exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministraron a los interesados -al trasladar al Concesionario el riesgo del costo que excediera de los \$4.100'000.000 que aportaría como máximo la UAESP independientemente de cualquier consideración- ; haciendo que el objeto contractual relacionado con la optimización de la PTL dependiera de situaciones indefinidas o inciertas, como lo eran las condiciones en que se recibiría la Planta de Tratamiento de Lixiviados una vez ejecutado el Plan de Choque por el anterior operador, el resultado la evaluación conjunta que se realizara de las condiciones de operación de la misma, una vez recibida, y de contera, la definición del costo de las obras necesarias para lograr la Optimización, todo lo cual constituye una transgresión del principio de transparencia consagrado en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de

1993.

2.4.1.6. Pronunciamiento sobre las excepciones propuestas por la demandada contra las pretensiones que se analizan

La Convocada propuso las siguientes excepciones contra las pretensiones que se analizan:

“Décima novena excepción: Cosa juzgada frente a la obligación de optimizar el sistema de tratamiento de lixiviados”

Para sustentar esta excepción la UAESP afirma que las pretensiones de la Demanda Reformada que en este apartado se analizan, van dirigidas a liberar al Concesionario de la obligación de optimización del Sistema de Tratamiento de Lixiviados mediante diferentes conceptos como la anulación, inaplicación y exoneración, todos los cuales rechaza la Convocada por cuanto, según su dicho, este asunto fue objeto de pronunciamiento por parte del tribunal que en el pasado dirimió las controversias entre las partes.

Específicamente, la Convocada se refiere a los puntos Octavo y Noveno de la parte resolutive del laudo proferido el 27 de septiembre de 2018 (el “Laudo de 2018”), a los cuales por unidad de materia el Tribunal añade el Décimo, en virtud de los cuales:

- Se declaró (numeral Octavo) que CGR está obligado *“a optimizar el sistema de tratamiento de lixiviados del Relleno Sanitario Doña Juana, asumiendo los costos de dichas actividades, descontando los CUATRO MIL CIEN MILLONES DE PESOS [\$4.100.000.000] entregados*

como aporte por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, cumpliendo con lo dispuesto en la Resolución 631 de 2015 expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, o la norma ambiental aplicable según el diseño aprobado por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, en relación con el cumplimiento de parámetros para el vertimiento de lixiviados tratados, con lo cual, prospera la pretensión primera de la demanda de reconvención reformada"; y

- *Se condenó a CGR (numeral Noveno) a "presentar los diseños de optimización del STL dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria del laudo. Una vez sean aprobados los diseños de optimización por parte de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, en un plazo de cinco (5) meses, la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP deberá haber culminado las actividades de optimización; con lo cual prospera la pretensión vigésima segunda de la demanda de reconvención reformada".*
- *Se declaró que (numeral Décimo) "el que el concesionario CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP incumplió las cláusulas 2 y 3 del Contrato de Concesión 344 de 2010, consistente en la obligación de optimizar la planta de tratamiento de lixiviados (PTL), del relleno sanitario, con lo cual prospera la pretensión segunda de la demanda de reconvención reformada".*

Parta adentrarse en este tema ha de señalarse que el fenómeno de la cosa juzgada, como es bien sabido, es una institución de naturaleza procesal, en virtud de la cual los asuntos respecto de los que exista una decisión judicial

ejecutoriada, no pueden volver a ser ventilados ante la jurisdicción, siempre que entre la decisión anterior y aquella frente a la cual se propone la cosa juzgada se reúnan la totalidad de los requisitos establecidos por la ley al efecto, los cuales se encuentran contemplados de manera casi idéntica en los artículos 189 del CPACA¹⁹⁰ y 303 del CGP¹⁹¹. Tales requisitos consisten, según los ha denominado la doctrina y la jurisprudencia, en la identidad de partes, la identidad de objeto y la identidad de causa.

No hay duda en el caso presente de que existió un proceso anterior, y de que el mismo condujo a la emisión de un laudo que actualmente se encuentra ejecutoriado (el Laudo de 2018); tampoco respecto de la identidad de partes pues el demandante y demandado en reconvención y el demandado y demandante en reconvención fueron, en aquella oportunidad, el Centro de Gerenciamiento Doña Juana S.A. E.S.P. y las Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos.

En cuanto a la identidad de objeto del proceso, ésta se identifica con las pretensiones de la demanda, es decir, *“el fin concreto que el demandante persigue”*¹⁹²; de manera que el límite objetivo de la cosa juzgada lo constituye *“el objeto de la pretensión del proceso anterior, es decir, el “bien de vida” reconocido o negado en la sentencia ejecutoriada”*, de suerte tal que, *“cuando varía el objeto varía el litigio”*¹⁹³.

Procede entonces verificar si existe identidad de objeto entre las

¹⁹⁰ “La sentencia dictada en procesos relativos a contratos (...), producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa, siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes”.

¹⁹¹ “La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre los dos haya identidad jurídica de partes”.

¹⁹² Hernando Devis Echandía: Compendio de Derecho Procesal, T. 1 Pág.221.

¹⁹³ Ídem, Pág. 503.

pretensiones de la demanda que dio lugar al Laudo de 2018 y las pretensiones y excepciones que se debaten en el presente proceso:

Por medio de los numerales Octavo y Noveno de la parte resolutive del Laudo de 2018 el Tribunal anterior desató las controversias entre las partes en relación con las pretensiones Primera, Segunda y Vigésima Segunda de la demanda de reconvención formulada por la UAESP en aquel proceso, las cuales eran del siguiente tenor:

"PRIMERA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP está obligada a optimizar el sistema de tratamiento de lixiviadas del Relleno Sanitario Doña Juana, asumiendo los costos de dichas actividades, descontando las CUATRO MIL CIEN MILLONES DE PESOS [\$4.100.000.000] entregados como aporte por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, cumpliendo con lo dispuesto en la Resolución 631 de 2015 expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, a la norma ambiental aplicable según el diseño aprobado por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, en relación con el cumplimiento de parámetros para el vertimiento de lixiviados tratados".

"SEGUNDA PRETENSIÓN: Se declare, que el concesionario CGRD OÑA JUANA S.A. -ESP incumplió las cláusulas 2 y 3 de la concesión 344 de 2010, consistente en la obligación de optimizar la planta de tratamiento de lixiviados (PTL), del relleno distrital".

"VIGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la declaración de la PRIMERA PRETENSIÓN, se condene a la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. a realizarla (sic) la presentación de los diseños de optimización del STL dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria del Laudo arbitral que ponga fin a la controversia. Una vez sean aprobados los diseños de optimización por parte de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, en un plazo de cinco (5) meses, la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP deberá haber culminado las actividades de optimización. Los anteriores plazos en línea con lo dispuesto en

la CLÁUSULA 3 LIXIVIADOS numeral 1- del contrato de concesión 344 de 2010".

Al analizar el contenido del Laudo de 2018 se tiene que el tribunal que lo emitió examinó y resolvió las pretensiones de la demanda de reconvención reformada de la UAESP con el específico alcance con el que las mismas fueron formuladas, esto es, constatar si en el Contrato existía la obligación exigible a cargo de CGR de ejecutar la optimización del STL asumiendo los costos de dicha actividad menos los \$4.100.000.000 de aporte de la UAESP; determinar si el Concesionario incumplió con dicha obligación; y de ser ello así, condenar a CGR a cumplirla en los términos en los que se formuló la respectiva pretensión. El anterior tribunal no se adentró, por cuanto ello no hacía parte de las pretensiones invocadas por la UAESP ni de las excepciones que frente a aquellas opuso CGR, en el análisis sobre la validez de las cláusulas en las cuales se pactó la obligación de optimización, ni si ellas se encontraban viciadas por alguna nulidad, en particular, de carácter absoluto por la violación de una norma imperativa.

En el presente proceso, las pretensiones de la Demanda reformada que se analizan y respecto de las cuales opone la Convocada la excepción de cosa juzgada, son del siguiente tenor:

"VIGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN.- *Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP violó la ley al no estimar adecuadamente el valor del riesgo de optimización de la planta de tratamiento de lixiviados, tal como se aprecia en la Cláusula Segunda, numerales 7, 8 y 9, la Cláusula Tercera, Sobre los Lixiviados, numeral 1. y la Cláusula Séptima, literal b) del Contrato 344 de 2010.*

VIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN.- *Que como consecuencia de la anterior declaración, se anule la Cláusula Segunda, numerales 7,*

8 y 9 y la Cláusula Tercera, Sobre los Lixiviados, numeral 1. del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 y consecuentemente se exonere a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. de las obligaciones allí contenidas atinentes a la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados por ser un riesgo respecto del cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP no cumplió lo preceptuado por la ley para ser asignado en debida forma".

Como se observa, estas pretensiones se enderezan específicamente a que se declare que la UAESP violó la ley al incluir en el Contrato las cláusulas que establecen la obligación del Concesionario de optimizar la PTL sin estimar adecuadamente el valor del riesgo que dicha obligación de optimización implicaba, y consecuentemente, a que se declare la nulidad de dichas estipulaciones contractuales.

Así, queda en evidencia que no existe, entre el anterior proceso arbitral y el actual, identidad de objeto y, de contera, la decisión ejecutoriada que se adoptó en el Laudo de 2018 no tiene efectos de cosa juzgada respecto del objeto del presente debate.

Ahora bien, el hecho de que el anterior Tribunal se hubiere pronunciado en el Laudo de 2018 sobre la existencia de la obligación de optimizar la PTL a cargo de CGR y sobre su incumplimiento, no conlleva una decisión implícita sobre la validez del acto jurídico contractual respecto del cual se pronuncia, pues como quedó expuesto, ninguna de las partes solicitó en aquella ocasión que se analizara la eventual nulidad por objeto ilícito de las cláusulas tantas veces mencionadas, ni tal posibilidad fue objeto de análisis por aquel tribunal.

Tampoco habría podido el anterior Tribunal, en ausencia de pretensión o excepción expresa de parte sobre la nulidad por objeto ilícito de las cláusulas objeto de debate en este proceso, haber declarado de oficio tal nulidad en los términos del artículo 1742 del Código Civil¹⁹⁴, como quiera que la misma no se revela en el Contrato de Concesión, y mucho menos “de manifiesto”¹⁹⁵.

Lo anterior por cuanto de la redacción de las disposiciones contractuales contenidas en las cláusulas Segunda, Tercera y Séptima del Contrato en relación con la obligación a cargo del Concesionario de ejecutar la optimización de la PTL a su costa, salvo por el aporte de \$4.100'000.000 de la UAESP, es imposible encontrar o deducir la nulidad por objeto ilícito, pues tales estipulaciones *per se* no violan norma imperativa alguna; la ilegalidad de tales disposiciones solamente se revela cuando sale a la luz, mediante la prueba, que las reglas contenidas en el Pliego de Condiciones no fueron objetivas, claras y completas, ni definieron con precisión lo relativo al costo de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, sino que por el contrario, propiciaron la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada y determinaron exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministraron a los interesados, circunstancias todas estas que, se reitera, no aparecen de manifiesto en el Contrato, como se evidencia con el considerable ejercicio de análisis jurídico y probatorio que hubo de desplegar este Tribunal para determinar la existencia del vicio y sus efectos anulatorios de las cláusulas atacadas.

¹⁹⁴ Código Civil, artículo 1742 “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; (...)”.

¹⁹⁵ DRAE: Manifiesto: “1. adj. Descubierto, patente, claro”.

Por lo anterior, esta excepción no está llamada a prosperar.

“Vigésima excepción: La obligación de optimizar el sistema de tratamiento de lixiviados y el riesgo contenido en la matriz fue resuelto de manera definitiva – cosa juzgada”

Como fundamento de esta excepción la Convocada sostiene que la obligación de optimizar el sistema de tratamiento de lixiviados y el alcance de la misma, fue objeto de pronunciamiento por parte del pasado tribunal arbitral, respecto de lo cual hace alusión al auto por el cual se resolvieron las solicitudes de aclaración, corrección y adición al laudo, en el cual el tribunal a cargo expuso, luego de negar la aclaración, que *“Sin perjuicio de lo anterior, se debe anotar que efectivamente en la matriz de riesgo existió una calificación del riesgo como medio, derivado de una probabilidad de ocurrencia calificada como probable y de una consecuencia económica calificada como menor. Sin embargo, ello no desdice del hecho de que la asignación del riesgo al concesionario hubiese sido de la totalidad de los gastos, luego de descontarse la suma de \$4.100.000.000, por lo que las obligaciones del concesionario no tienen un tope financiero como lo solicita CGR.”*

La Convocada sostiene que el auto mediante el cual el anterior Tribunal rechazó la aclaración del Laudo de 2018 constituye cosa juzgada. Esta pretensión, por principio, está llamada a ser desestimada, por cuanto lo que decidió el tribunal en el auto aludido fue negar una solicitud de aclaración del laudo, y no adoptar decisión alguna en relación con las pretensiones o excepciones que fueron objeto de aquel proceso.

Sin embargo, y aunque la manifestación que formuló ese tribunal en el auto

al que nos referimos es un *obiter dicta*, en el sentido de que en la matriz de riesgos se definió el de la Optimización de la PTL como “medio”, con una probabilidad de ocurrencia “probable” y consecuencia económica “menor” -tema al que ya se hizo referencia en este laudo-; cabe decir que lo que expresó aquel tribunal, es que la asignación del riesgo al concesionario fue por la totalidad de los gastos, luego de descontarse la suma de \$4.100.000.000, “*por lo que las obligaciones del concesionario no tienen un tope financiero como lo solicita CGR*”; lo cual de alguna manera coincide con los argumentos que en este proceso le permiten al Tribunal resolver las pretensiones a las que se refiere este capítulo.

Por las anteriores consideraciones, el Tribunal declarará no probada la excepción Vigésima de la contestación da la Demanda Reformada.

Excepción Trigésima octava: Caducidad

Alega la Demandada que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 164 del CPACA las reclamaciones de los contratantes debe realizarse dentro de los dos años siguientes a la situación que dio lugar a las mismas y que particularmente - no se refiere a ninguna otra caducidad- la solicitud de anulación contenida en la Vigésima Sexta pretensión, se relaciona con la nulidad relativa del contrato.

Dado que, contrario a lo que afirma la Demandada, la nulidad deprecada en la cláusula Vigésima Sexta no es una nulidad relativa, sino absoluta, como puede apreciarse en la pretensión Vigésima Quinta, en la que se describe la causal de nulidad, que consiste en que la UAESP “violó la ley al no estimar

adecuadamente el valor del riesgo de optimización de la planta de tratamiento de lixiviados”, de suerte tal que resulta aplicable la disposición contenida en el literal j) inciso segundo del artículo 161 del CPACA, según el cual, “En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente”, por lo cual se declarará no probada esta excepción.

2.4.1.7. El Sentido de las Decisiones del Tribunal Respecto de las Pretensiones de la Demanda Reformada en Relación con la Optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados:

Por las razones expuestas, el Tribunal despachará favorablemente la pretensión Vigésima Quinta de la Demanda Reformada, por lo que declarará que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP violó la ley al no estimar adecuadamente el valor del riesgo de optimización de la planta de tratamiento de lixiviados,

Respecto de la pretensión Vigésima Sexta, se declarará la nulidad absoluta por objeto ilícito de las cláusulas del Contrato de Concesión que a continuación se transcriben, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por haberse constatado la transgresión del artículo 24, numeral 5, literales b), c), d) y e) de la Ley 80 de 1993¹⁹⁶, cuya

¹⁹⁶ Ley 80 de 1993, artículo 24, numeral 5:

“En los pliegos de condiciones

(...) ”

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación o concurso.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de

consecuencia, al decir de la misma disposición legal, es que “Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.

Los apartes subrayados de las siguientes cláusulas del Contrato, entonces, serán anulados:

“CLÁUSULA SEGUNDA - OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO: Además de las obligaciones que de manera general establece el Artículo 5° de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, EL CONCESIONARIO deberá cumplir las siguientes obligaciones generales:

(...)

7. Evaluar conjuntamente con la UAESP la funcionabilidad de la infraestructura recibida de la Planta de Lixiviados y de común acuerdo establecer, previo diseño a efectuar por el operador, sujeto a la aprobación de la UAESP y si es necesario, las obras adicionales necesarias para la optimización del tratamiento de la totalidad de los lixiviados que se producen, produzcan y almacenen en el Relleno Sanitario Doña Juana en aras de garantizar el cumplimiento de la normatividad ambiental aplicable.

8. Si las obras referenciadas en el numeral anterior, acorde con la revisión prevista en los pliegos, exceden la suma de CUATRO MIL CIEN MILLONES DE PESOS (\$4.100.000.000) MCTE, deberá financiar y diseñar, construir, poner en marcha, operar, reponer, actualizar y mantener por su cuenta y riesgo la infraestructura necesaria para la optimización del tratamiento de la totalidad de los lixiviados que se producen, produzcan y almacenen en el Relleno Sanitario Doña Juana en aras de garantizar el cumplimiento de la normatividad ambiental aplicable.

ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.
(...)”

9. Una vez se suscriba el Acta de Inicio, EL CONCESIONARIO entrará a operar el Sistema de Tratamiento de Lixiviados. Iniciada la operación del Sistema y antes de cuatro (4) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio, en forma conjunta entre EL CONCESIONARIO y la UAESP, se evaluará para los caudales totales de lixiviados a tratar, si con las obras del plan de choque y las alternativas de proceso y condiciones de operación que proponga EL CONCESIONARIO y que eventualmente sugiera la UAESP, se logra el cumplimiento de los parámetros contenidos en las Resoluciones CAR 3358 de 1990, modificada por la 166 de 2008 y lo dispuesto en el Decreto 1594 de 1984 o en las normas y/o actos que los sustituyan o modifiquen y las que en adelante profieran las autoridades ambientales competentes. Para esta evaluación EL CONCESIONARIO deberá presentar dentro de los primeros tres (3) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio, un estudio que contenga su propuesta de optimización del proceso operativo y ambiental para el adecuado manejo, tratamiento y control de la totalidad de los lixiviados que se generan y generarán en el RSDJ, teniendo en cuenta que no se podrá exceder la capacidad actual aprobada para los pondajes de almacenamiento de lixiviados, más la capacidad adicional que permita la ampliación del pondaje 7, de acuerdo con los diseños autorizados de la Zona de Optimización Fase I. Este estudio será la base para la determinación conjunta y podrá ser ajustado y/o modificado hasta que haya común acuerdo entre las partes. No obstante, EL CONCESIONARIO en el periodo de tiempo establecido para la determinación conjunta, está obligado a operar el Sistema en las mejores condiciones ambientales y sanitarias posibles, lo que será vigilado por la UAESP. Si de la determinación conjunta se define que no se requiere inversión adicional, se deberá operar el Sistema de Tratamiento de Lixiviados a partir de la fecha en que esto se acuerde, fecha que no podrá exceder el primer día del quinto mes de la suscripción del Acta de Inicio, cumpliendo con la norma establecida por la Autoridad Ambiental. En caso de requerirse de inversión adicional, el Sistema de Tratamiento de Lixiviados deberá, a partir del primer día del octavo mes, cumplir con la totalidad de los parámetros exigidos por la Autoridad Ambiental. Desde las fechas establecidas, EL CONCESIONARIO está en la obligación de garantizar el vertimiento de lixiviados cumpliendo con la norma de vertimiento hacia los cuerpos de agua.

(...)

CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS. Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, EL CONCESIONARIO deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas. SOBRE LA OPERACIÓN DEL RSDJ

(...)

SOBRE LOS LIXIVIADOS

1. Una vez se suscriba el Acta de Inicio, EL CONCESIONARIO entrará a operar el Sistema de Tratamiento de Lixiviados. Iniciada la operación del Sistema y antes de cuatro (4) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio, en forma conjunta entre EL CONCESIONARIO y la UAESP, se evaluará para los caudales totales de lixiviados a tratar, si con las obras del plan de choque y las alternativas de proceso y condiciones de operación que proponga EL CONCESIONARIO y que eventualmente sugiera la UAESP, se logra el cumplimiento de los parámetros contenidos en las Resoluciones CAR 3358 de 1990, modificada por la 166 de 2008 y lo dispuesto en el Decreto 1594 de 1984 o en las normas y/o actos que los sustituyan o modifiquen y las que en adelante profieran las autoridades ambientales competentes. Para esta evaluación EL CONCESIONARIO deberá presentar dentro de los primeros tres (3) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio, un estudio que contenga su propuesta de optimización del proceso operativo y ambiental para el adecuado manejo, tratamiento y control de la totalidad de los lixiviados que se generan y generarán en el RSDJ, teniendo en cuenta que no se podrá exceder la capacidad actual aprobada para los pondajes de almacenamiento de lixiviados, más la capacidad adicional que permita la ampliación del pondaje 7, de acuerdo con lo aprobado en los diseños de la Zona de Optimización Fase I. Este estudio será la base para la determinación conjunta y podrá ser ajustado y/o modificado hasta que haya común acuerdo entre las partes. No obstante, EL CONCESIONARIO en el periodo de tiempo establecido para la determinación conjunta, está obligado a operar el Sistema con las mejores prácticas de ingeniería, sin disminuir la calidad del vertimiento realizado en los tres (3) meses anteriores al recibo del Sistema.

Si de la determinación conjunta se define que no se requiere inversión adicional, se deberá operar el Sistema de Tratamiento de Lixiviados a partir de la fecha de la determinación cuya fecha

máxima será hasta el primer día del quinto mes de la suscripción del Acta de Inicio, cumpliendo con la norma establecida por la Autoridad Ambiental. En caso de requerirse de inversión adicional, el Sistema de Tratamiento de Lixiviados se deberá operar a partir del primer día del octavo mes, cumpliendo con la totalidad de los parámetros exigidos por la Autoridad Ambiental. Desde las fechas establecidas, EL CONCESIONARIO está en la obligación de garantizar el vertimiento de lixiviados cumpliendo con la norma de vertimiento hacia los cuerpos de agua.
(...)".

CLÁUSULA SÉPTIMA.- REMUNERACIÓN A FAVOR DEL CONCESIONARIO Y DERECHOS A FAVOR DE LA UAESP: La remuneración al Concesionario se divide en dos componentes:
(...)

b) Remuneración por el tratamiento de Lixiviados: La remuneración de esta actividad es igual al valor obtenido de multiplicar el costo unitario inicial máximo fijado por la UAESP, CLMAX, para la operación y el mantenimiento del tratamiento de los lixiviados en el RSDJ, en pesos por tonelada, y correspondiente a DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$2.794) a pesos de Diciembre de 2009, por el número de toneladas dispuestas durante el mes que se remunera y por el porcentaje de descuento ofertado por el operador en su propuesta. Este valor se indexará mensualmente con el IPC reportado por el DANE. Una vez se reciban las obras del Plan de Choque por parte del actual operador, en forma conjunta entre el nuevo operador y la UAESP, antes de 6 meses contados a partir del acta de inicio, se determinará si es necesaria una inversión adicional para lograr cumplir los requerimientos de la Corporación Ambiental. La UAESP cubrirá de sus recursos hasta CUATRO MIL CIEN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$4.100.000.000)".

Habida cuenta de esta decisión, el Tribunal habrá de ocuparse ahora de los efectos de la nulidad declarada, en los términos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, según el cual:

"La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.

A este respecto, se encuentra probado en el expediente que el CGR recibió de la UAESP la suma de \$4.100'000.000, con destino a realización de inversiones tendientes a la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados; y también se acreditó que el Concesionario ejecutó inversiones por tal valor, y que las mismas reportaron beneficio para la entidad concedente, en la medida en que se utilizaron para mejorar las condiciones de la PTL.

Así se desprende del hecho de que en la demanda de reconvención que dio lugar al Laudo de 2018, la UAESP formuló la siguiente pretensión:

“TERCERA PRETENSIÓN: Declare que CGR DOÑA JUANA S.A. -E.S.P incumplió el Contrato de Concesión 344 de 2010, al no haber realizado las inversiones de CUATRO MIL CIEN MILLONES DE PESOS (\$4.100.000.000) entregados por la UAESP a título de aporte por parte de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS para realizar las obras de optimización del STL”.

Con base en los dictámenes periciales aportados en dicho proceso, el Tribunal en la parte motiva del Laudo del 2018 concluyó:

“De lo anterior se deduce que, no obstante el operador incumplió con su obligación de optimización del sistema, sí cumplió con su obligación de destinar la totalidad de los recursos otorgados por la UAESP a la puesta en marcha del plan de optimización, por lo

cual la pretensión tercera de la demanda de reconvención reformada no está llamada a prosperar”.

En consecuencia, en el numeral Trigésimo Primero de la parte resolutive del Laudo de 2018, dicho Tribunal negó esta pretensión, junto con otras.

En cuanto a CGR, esta parte no solicitó la restitución ni acreditó la realización de inversiones en desarrollo de las obligaciones relacionadas con la Optimización de la PTL que hubieren redundado en beneficio de la entidad, razón por la cual no habrá lugar a restituciones mutuas entre las partes por este concepto.

Finalmente, este Tribunal considera apropiado precisar, en relación con la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados, que de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, CGR, en su solicitud de modificación de los costos de referencia en relación con las actividades de tratamiento de lixiviados presentada ante la CRA, incluyó los costos de la optimización de la PTL, los cuales fueron tenidos en cuenta por la autoridad regulatoria para la definición de los nuevos costos de referencia, como consta en el texto de la Resolución CRA 843 de 2018¹⁹⁷.

Lo anterior, aunado al acogimiento que ambas partes expresaron de manera voluntaria y por escrito a los términos y condiciones de dicho acto regulatorio¹⁹⁸, lo que conlleva que expresaron su manifestación de voluntad formal de incorporar al Contrato dichos aspectos en relación con la optimización de la PTL; quiere decir que, no obstante la decisión que el Tribunal ha adoptado en este apartado del Laudo en relación con la

¹⁹⁷ Resolución CRA 843 de 2018, páginas 56 a 69, 60 y Artículo Segundo.

¹⁹⁸ Aportada con la contestación a la demanda reformada.

nulidad de las estipulaciones del Contrato que establecían la obligación de CGR de optimizar la PTL a su cargo en todo lo que excediera del valor del aporte comprometido por la UAESP, actualmente el Concesionario CGR si tiene a su cargo la obligación de optimización del a Planta de Tratamiento de Lixiviados, en virtud de la incorporación al Contrato de Concesión de los costos de referencia fijados por la CRA mediante la Resolución 843 de 2018, obligación a la que habrá de dar cumplimiento en los términos y condiciones que se deriven de las especificaciones de la mencionada Resolución y de lo que a efectos de su incorporación al Contrato hayan acordado las partes o a falta de acuerdo, a lo que se derive de las normas supletivas de su voluntad, asunto que no hace parte del objeto de este proceso.

2.4.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL RELACIONADAS CON LA INSUFICIENCIA TARIFARIA INICIAL EN RELACIÓN CON LAS ACTIVIDADES DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS - PRETENSIONES SEGUNDA, CUARTA, SEXTA Y OCTAVA (PARCIAL) DE LA DEMANDA REFORMADA

El Demandante pretende, en lo que se relaciona con la alegada insuficiencia tarifaria para las actividades de tratamiento de lixiviados al origen del Contrato, que será objeto de estudio por el Tribunal en el presente acápite, que se declare que la tarifa del Contrato que rigió desde el 16 de diciembre de 2010 y hasta el momento que se introdujo la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 del 2015, y luego entre esta última fecha y hasta la implementación de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 843 del 2018, resultó no ser suficiente para permitir la recuperación de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y

mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana, atender las obligaciones ambientales y remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria (Pretensiones Segunda y Cuarta).

Así mismo, pretende que se declare que la UAESP incumplió la ley y el Contrato al establecer para las actividades de tratamiento lixiviados una tarifa insuficiente, en los mencionados términos (Pretensión Sexta), o en subsidio de lo anterior, que la UAESP estableció a cargo de CGR obligaciones y actividades en relación con el tratamiento de lixiviados que demandaban costos, gastos e inversiones no remunerados por las respectivas tarifas del Contrato de Concesión 344 y que no permitían remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria, vulnerando lo previsto en la ley y el Contrato (Primera Subsidiaria) o que CGR incurrió en costos, gastos e inversiones no cubiertos por la tarifa correspondiente a las actividades de tratamiento de lixiviados fijada por la UAESP y que no permitían remunerar el patrimonio de los accionistas de la sociedad concesionaria (Segunda Subsidiaria).

De otra parte, la Demandante persigue que se declare que la UAESP incumplió la ley y el contrato al no observar ni atender en debida forma sus deberes de planeación (L. 80 de 1993 art. 25, numeral 12), transparencia e información (L. 80 de 1993 art. 24, numeral 5, literales d y e), estimación de los riesgos (L. 1150 de 2007 art. 4) vigilancia y control (L. 80 de 1993 art. 5, numerales 1 y 3), revisión (L. 80 de 1993 art. 4, numerales 8 y 9; art. 5, numeral 3; art. 27 y art. 28), buena fe y colaboración (C.P. art. 83; C.C. 1603), y suficiencia tarifaria (L. 142 de 1994 art. 87) (Pretensión Octava). De las anteriores imputaciones, el Tribunal se ocupará solamente de las que se refieren a hechos anteriores o concomitantes a la celebración del Contrato,

y abocará el estudio las relacionadas con los deberes de vigilancia y control y de revisión en el acápite siguiente, pues refiere a hechos posteriores a la celebración del Contrato.

2.4.2.1. Recuento Probatorio

Para la época de apertura de la Licitación Pública la UAESP contaba con tres contratos de concesión vigentes para la operación del Relleno Sanitario Doña Juana ("RSDJ"), entre ellos, el "(ii) Contrato C-4035 de 1999 suscrito con STL S.A. E.S.P., quien es responsable del tratamiento de los lixiviados generados por la descomposición de los residuos"¹⁹⁹.

Teniendo en cuenta que dicho contrato vencía el 9 de junio de 2010, la UAESP, con el propósito de "(...) asegurar la continuidad y adecuada prestación del componente de disposición final del servicio público de aseo y el tratamiento de lixiviados (...)", adelantó el proceso licitatorio que permitiera "(...) seleccionar un nuevo operador que administre, opere y maneje integralmente el RSDJ en lo concerniente a las actividades propias de la disposición final de los residuos y la administración y operación de la planta y del sistema de lixiviados que en él se generan."²⁰⁰

El **14 de enero de 2010** la UAESP dio apertura a la Licitación Pública 001 de 2010 cuyo objeto consistió en "Contratar mediante la modalidad de concesión la Administración, Operación y mantenimiento Integral del Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá, D.C. - Colombia, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de

¹⁹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 1 vuelto.

²⁰⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 1 vuelto.

lixiviados, con alternativas de aprovechamiento de los residuos que ingresos al RSDJ provenientes del servicio de aseo”²⁰¹

De conformidad con el mencionado documento de “Solicitud de Proceso Contractual y Estudios Previos” (los “Estudios Previos”) de fecha **17 de noviembre de 2009**, la estructuración financiera que soportó el proceso de contratación fue adelantada por la firma CEFINCO S.A. El fundamento técnico utilizado fue “(...) el establecido en la regulación vigente expedida por la Comisión de Regulación Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA- al tenor de lo dispuesto en las Resoluciones CRA No. 351 de 2005 (...) y CRA No. 482 de 2009 (...)”²⁰². “Los aspectos técnicos y operativos asociados con la adecuada operación y mantenimiento integral del Relleno Sanitario Doña Juana fueron incorporados en el Reglamento Técnico contenido en el Apéndice AP-3 de la Licitación Pública 001 de 2010, además de las obligaciones generales y particulares contenidas en el Pliego de Condiciones y en la Minuta de Contrato (AP-5).”²⁰³

Menciona el referido documento que “La UAESP, dando aplicación a esas disposiciones regulatorias y con fundamento en las estadísticas históricas disponibles, estableció los valores de las variables obligatorias que se relacionan a continuación, las cuales se constituyen en el eje fundamental del modelo técnico y financiero para la estructuración de la licitación pública 001 de 2010.

1. COSTO DE DISPOSICIÓN FINAL

(...)

²⁰¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 3.

²⁰² Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 3 vuelto y 4.

²⁰³ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 5 vuelto.

2. TARIFA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS.

La tarifa de lixiviados que se utilizó en el proceso de estructuración financiera se estructuró como una tarifa de operación y mantenimiento para el tratamiento de los lixiviados, considerando una capacidad de tratamiento de la planta de 21,5 LPS. Las variables tenidas en cuenta para elaboración fueron:

- Nómina de administración de la planta.
- Nómina de operación de la planta.
- Nómina de mantenimiento de la planta.
- Nómina del laboratorio de la planta.
- Operación y mantenimiento de equipos para disposición de lodos (alquiler).
- Operación y mantenimiento de equipos complementarios PTAR (compra).
- Energía.
- Productos químicos.
- Reserva mensual de mantenimiento de equipos.
- Reserva mensual de recuperación de equipos.
- Reserva mensual de mantenimiento de infraestructura y OC.
- Otros costos directos.

Los cálculos se efectuaron con base en valores obtenidos a partir de los informes mensuales de la interventoría, ya que la regulación vigente en materia de lixiviados (Resolución CRA 151 de 2001 (sic)) solamente reconoce la recirculación de los lixiviados al interior de los rellenos sanitarios.

El tratamiento de los lixiviados al interior del RSDJ es objeto de procedimientos físico químicos complejos que van más allá de la recirculación, de manera que fue necesario calcular los costos asociados a la ejecución de tales procedimientos, los costos del personal que debe operar la planta y todos aquellos costos en que incurrirá el operador en virtud de la ampliación de la capacidad de la planta conforme aumenten los volúmenes producidos.²⁰⁴

En cuanto a la forma de remuneración, los Estudios Previos señalaban:

²⁰⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 4 y 5.

“La remuneración al operador por parte de la UAESP se efectuará mediante pagos mensuales, que se liquidarán acorde con las características de remuneración que se desarrollan a continuación. Este pago remunerará la totalidad de las actividades que se desarrollen en la ejecución del objeto del contrato.

La forma de remuneración es la siguiente:

a) (...)

b) Remuneración por el tratamiento de Lixiviados: La remuneración de esta actividad es igual al valor obtenido de multiplicar el costo unitario inicial máximo fijado por la UAESP, CLMAX, para la operación y el mantenimiento del tratamiento de los lixiviados en el RSDJ, en pesos por tonelada, y correspondiente a DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$2.794) a pesos de Diciembre de 2009, por el número de toneladas dispuestas durante el mes que se remunera y por el porcentaje de descuento ofertado por el operador en su propuesta. Este valor se indexará mensualmente con el IPC reportado por el DANE.

Una vez se reciban las obras del Plan de Choque por parte del actual operador, en forma conjunta entre el nuevo operador y la UAESP, antes de seis (6) meses se determinará si es necesaria una inversión adicional para lograr cumplir los requerimientos de la Corporación Ambiental. La UAESP cubrirá de sus recursos hasta CUATRO MIL CIEN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$4.100.000.000) porque de acuerdo al estudio “Informe de Modelación Financiera para la operación integral del Relleno Sanitario Doña Juana Versión 7 años – 2173-00-IN-RP-062”, elaborado por la interventoría HMV-CONCOL, se estableció que esta es la inversión requerida para ejecutar las obras y actividades complementarias para el sistema de tratamiento. Si la inversión es superior, esta deberá ser asumida por el operador. La desagregación de la información se presenta a continuación: (...).”²⁰⁵

En cuanto a la remuneración, advertían que “La remuneración para EL

²⁰⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 6 vuelto.

CONTRATISTA que resulte favorecido en el presente proceso licitatorio, se concreta en sus propios cálculos y estimaciones. De esta forma queda claro que los valores que se registran en el presupuesto que se anexa a los pliegos no constituyen una garantía para el cálculo de los ingresos del futuro contratista.”²⁰⁶

En relación con la modificación de la licencia ambiental, los Estudios Previos establecían las siguientes obligaciones a cargo del Concesionario, entre otras:

“1. Aceptar la cesión de la licencia ambiental del RSDJ, de las resoluciones 3358 de 1990 y 166 de 2008 y demás actos administrativos cuya titularidad es de la UAESP y/o del Distrito Capital y realizar los trámites ante las Autoridades Ambientales para obtener la licencia o sus modificaciones, los planes de manejo ambiental y permisos requeridos para la construcción y operación de las distintas etapas de la operación integral del RSDJ y de sus instalaciones, incluido el sistema integral de tratamiento de lixiviados. Con este fin, la UAESP redactará el documento de cesión y lo tramitará ante la autoridad ambiental, así mismo, aportará la información, estudios y documentos que se encuentren disponibles.

2. El concesionario debe entregar a la UAESP y a la CAR todos los estudios, diseños y toda la información necesaria para adelantar los trámites que se requieran con el fin de obtener la modificación de la licencia ambiental, o una nueva si así lo exige la Autoridad Ambiental, para la operación de la fase II de la zona de Optimización del RSDJ y de las zonas que considere necesarias para garantizar la prestación del servicio, así como también para continuar con la disposición final de los lodos derivados del sistema de tratamiento de lixiviados y de los residuos del tratamiento de los residuos hospitalarios atendidos dentro del servicio especial de aseo.”²⁰⁷

²⁰⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 15.

²⁰⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 18 vuelto.

"4. Obtener a su costa las licencias, autorizaciones y permisos, y las modificaciones, adiciones, complementaciones o sustituciones de éstos, que fueren necesarios para el cumplimiento de sus labores; (...)."208

Agrega el referido documento que:

"El Concesionario deberá mantener indemne y a salvo de cualquier reclamo, demanda, investigación o procedimiento administrativo de cualquier naturaleza o proceso extrajudicial, con contenido económico o no, a la UAESP y/o el Distrito Capital por las obligaciones ambientales que adquiere en virtud de la celebración del contrato de concesión, (...).

*Como quiera que corresponde a la Autoridad Ambiental decidir si debe obtenerse una modificación de la Licencia Ambiental vigente o tramitarse una nueva Licencia Ambiental, el Concesionario deberá adelantar los trámites requeridos con la anticipación suficiente, para lo cual contará con la colaboración de la UAESP. Esta colaboración consiste en la entrega de la información y documentación disponible en la UAESP, soporte de los tramites adelantados."*²⁰⁹

Por su parte, el **Pliego de Condiciones**, contenido en el documento de fecha **marzo de 2010**, menciona que la administración, operación y mantenimiento del RSDJ implica para el adjudicatario, las siguientes obligaciones, entre otras:

"6. El manejo de los lixiviados debe asegurar una adecuada operación y la estabilidad del RSDL. Este manejo comprende la operación y mantenimiento de la totalidad del sistema de conducción, almacenamiento tratamiento de lixiviados, garantizando con su tratamiento, que el posterior vertimiento exigido cumpla a cabalidad con la calidad del afluente definida por la CAR en la Resolución 3358 de 1990 modificada por la

²⁰⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 19.

²⁰⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 19 vuelto y 20.

*Resolución 133 de 2008, y las normas que la modifiquen, complementen, adicionen o sustituyan acorde con los plazos establecidos en la minuta del contrato (...)."*²¹⁰

*"11. La obtención de los permisos, autorizaciones y licencias exigidas por las autoridades; así como aceptar la cesión de la licencia ambiental con que cuenta actualmente el RSDJ en las zonas a disponer y asumir el cumplimiento de la misma en los términos establecidos en la cesión."*²¹¹

*"14. Respecto al sistema integral de tratamiento de lixiviados generados en el RSDJ, éste deberá operar una capacidad de tratamiento de 21,5."*²¹²

En el numeral 1.7.5 del Pliego de Condiciones se establece que *"El Concesionario, acepta con la firma del contrato el trámite de cesión de la licencia ambiental y demás obligaciones vigentes en actos administrativos proferidos por la CAR. El cumplimiento de las exigencias ambientales definidas por la autoridad ambiental será una obligación contractual a cargo del concesionario."*²¹³

El numeral 1.7.1 del Pliego de Condiciones en materia de riesgos y contingencias establece lo siguiente:

"El Concesionario deberá ejecutar el objeto del Contrato de Concesión por su cuenta y riesgo, y asumir los gastos por todo concepto, incluyendo estudios, diseños, garantías, impuestos, trámites, licencias, cumplimiento de la licencia ambiental y el PMA, seguros, multas y todos los demás gastos necesarios para la plena ejecución de las obligaciones que se derivan del objeto. (...)"

²¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 30.

²¹¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 30.

²¹² Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 30 vuelto.

²¹³ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 32 vuelto.

Los riesgos financieros, comerciales cambiarios, operativos, de construcción, ambientales, económicos, regulatorios, climatológicos, normativos y técnicos de las obligaciones a su cargo, que se derivan del objeto del contrato son de responsabilidad del Concesionario adjudicatario de esta licitación pública, salvo aquellos que sean expresamente asumidos por la Entidad, de acuerdo con el análisis y distribución que se realizará de conformidad con el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008.

En consecuencia, las inversiones que realice el Concesionario para el cumplimiento del contrato, incluyendo entre otras actividades, los trámites nacionales e internacionales de carácter ambiental y financiero, la construcción de la infraestructura, la operación, los gastos de importación, costos tributarios, y los costos ambientales, sociales y técnicos, son de responsabilidad exclusiva del Concesionario y por tanto no podrán ser invocados como factores de supuestos desequilibrios contractuales ante la UAESP.

Todo evento que técnicamente sea atribuible a las actividades del anterior operador será cubierto por las pólizas constituidas por este."²¹⁴

El numeral "1.7.2 Distribución del riesgo" del Pliego de Condiciones, dispone:

*"En virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, (...) se incluye en los presentes Pliegos de Condiciones en el Apéndice 10 (AP-10), la asignación y distribución de los riesgos inherentes al proyecto."*²¹⁵

En cuanto a la remuneración, el numeral "1.11 REMUNERACIÓN Y DESCUENTOS" del Pliego de Condiciones establece lo siguiente:

"Para efectos de la remuneración, esta se divide en dos componentes:

a) (...)

²¹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 31.

²¹⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 31 vuelto.

Los costos generados en la Clausura y Postclausura relacionados con el tratamiento de lixiviados y del manejo de biogás deben ser asumidos tanto por el operador seleccionado como resultado del presente proceso, como por el operador del Biogás y por tanto estos costos no podrán ser cargados ni a la UAESP ni a la fiducia referenciada. De todas formas, es obligación del operador el responder por las acciones de Clausura y Postclausura en todo el RSDJ durante el periodo de ejecución del contrato.

b) Remuneración por el tratamiento de Lixiviados: La remuneración de esta actividad es igual al valor obtenido de multiplicar el costo unitario inicial máximo fijado por la UAESP, CL, para la operación y el mantenimiento del tratamiento de los lixiviados en el RSDJ, en pesos por tonelada, y correspondiente a DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$2.794) a pesos de Diciembre de 2009, por el número de toneladas dispuestas durante el mes que se remunera y por el porcentaje de descuento ofertado por el operador en su propuesta. Este valor se indexará mensualmente con el IPC reportado por el DANE.

Una vez se reciban las obras del Plan de Choque por parte del actual operador, en forma conjunta entre el nuevo operador y la UAESP, antes de 6 meses contados a partir del acta de inicio, se determinará si es necesaria una inversión adicional para lograr cumplir los requerimientos de la Corporación Ambiental. La UAESP cubrirá de sus recursos hasta CUATRO MIL CIEN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$4.100.000.000)."²¹⁶

En relación con el descuento, el numeral "2.4.15 Evaluación económica" estableció lo siguiente:

"La propuesta económica contendrá:

- i) El porcentaje de descuento ofertado para aplicar al CDT y obtener así el CDT acorde con las definiciones del numeral 1.2 de los presentes pliegos de condiciones.*

²¹⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 33 vuelto y 34.

- ii) *El porcentaje de descuento ofertado para aplicar al costo unitario inicial máximo fijado por la UAESP para la operación y mantenimiento del tratamiento de lixiviados en el RSDJ, y obtener así el costo de remuneración para la actividad mencionada, acorde como se desarrolla en el numeral 1.11 REMUNERACIÓN Y DESCUENTOS.*"²¹⁷

El numeral "3.2 PROPUESTA ECONÓMICA" del Pliego de Condiciones reitera lo anterior y agrega:

*"De acuerdo con lo señalado en el numeral 3, del artículo 3, del Decreto 2474 de 2008, para el caso de contratos de concesión el Pliego de Condiciones no contendrá el modelo financiero utilizado en su estructuración, por lo cual los cálculos son de entera responsabilidad del proponente. En consecuencia, ninguna información o la falta de ella dentro de los estimativos presentados en este pliego o en sus anexos podrá ser argumentada por el Concesionario como prueba de desequilibrio o de mayores costos, no le dará derecho a ningún reconocimiento o remuneración complementario a lo propuesto en la ofertada presentada en la licitación sin perjuicio de lo previsto en el pliego de condiciones."*²¹⁸

Mediante oficio del **7 de mayo de 2010** la UAESP dio respuesta a una solicitud de información de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en relación con la Licitación Pública No. 001 de 2010. De este oficio se destacan los siguientes apartes:

"(...) la tarifa calculada para el componente de disposición final del servicio público de aseo se construyó teniendo en cuenta las disposiciones regulatorias contenidas en las Resoluciones CRA 351 de 2005 (...) y CRA 482 de 2009 (...), en tanto que la tarifa para el

²¹⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 40 y 40 vuelto.

²¹⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 54 vuelto.

tratamiento de lixiviados es una tarifa de contrato, por fuera del marco de las resoluciones ya que la regulación vigente no reconoce un valor que cobra la ejecución de las actividades requeridas en la licencia ambiental (...) para tratar la cantidad y calidad de lixiviados que produce el Relleno (...). Esta tarifa se estructuró con fundamento en el párrafo 1 del Artículo 87 de la Ley 142 de 1994, (...).” Y más adelante se lee: “(...) la normatividad vigente permite fijar una tarifa con arreglo a las disposiciones regulatorias (Resolución CRA 351 de 2005), la cual solamente reconoce el tema de recirculación de los lixiviados al interior del relleno sanitario y otra de contrato (Párrafo 1 del Artículo 87 de la Ley 142 de 1994), que incorpora los tratamientos exigidos por la autoridad ambiental, que es un costo adicional al reconocido por la Resolución CRA 351 de 2005, (...).”²¹⁹

Como resultado del proceso licitatorio, el **24 de septiembre de 2010** se suscribió el **Contrato de Concesión No. 344 de 2010** entre la UAESP y la sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P. – CGR Doña Juana S.A. E.S.P.²²⁰

Del Contrato se destacan las siguientes obligaciones del Concesionario contenidas en la Cláusula Segunda:

“1. Realizar con autonomía técnica, administrativa, económica y financiera la Administración, Operación y Mantenimiento Integral del Relleno Sanitario Doña Juana (...); todo lo anterior, de conformidad con los parámetros jurídicos, técnicos y financieros contenidos en el pliego de condiciones y sus anexos técnicos, (...).”²²¹

“3. Realizar todas las actividades que sean necesarias para cumplir adecuadamente con el objeto y las obligaciones del presente Contrato y con la propuesta presentada. El Contrato se ejecutará por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO y, en

²¹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 183 a 185 vuelto.

²²⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 62 y ss.

²²¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 63.

consecuencia, la UAESP no asumirá responsabilidades distintas de las que se derivan de la dirección, supervisión y control, y ordenación de pagos por el servicio prestado por el Concesionario, en los términos definidos en este Contrato. EL CONCESIONARIO asumirá los riesgos asignados conforma a la matriz de distribución de riesgos que hace parte integral del presente Contrato. Dentro de los valores pactados, están comprendidos todos los costos y gastos que sean necesarios para la correcta ejecución del objeto del Contrato, incluido lo relativo a costos de infraestructura y todos los demás insumos y recursos requeridos, impuestos, retenciones por impuestos (exceptuado el IVA), tasas, contribuciones, administración, imprevistos, variaciones macroeconómicas asociadas a la extensión del plazo del Contrato y utilidades. De este modo se entienden incluidas en el valor la totalidad de las prestaciones y actividades derivadas del desarrollo del presente Contrato, sin ningún compromiso por parte de la UAESP relativo a cantidades mínimas de residuos, de tal suerte que el CONCESIONARIO entiende y acepta que el valor del Contrato está sujeto a las cantidades de servicios efectivamente prestados por lo cual el riesgo de menor o mayor cantidad de servicios está totalmente asignado al CONCESIONARIO y cubierto con los precios ofertados. Teniendo en cuenta la estimación y asignación de riesgos de este Contrato y la inclusión de los mismos en el valor, EL CONCESIONARIO expresamente reconoce que no serán procedentes reajustes, compensaciones, indemnizaciones, ni reclamos por las causas anteriores, o debido a esos factores, o a cualquier otra u otras causas o factores que se produzcan durante el desarrollo de este Contrato. Por lo anterior, EL CONCESIONARIO reconoce que ha contemplado dentro del valor pactado los impuestos y las retenciones de impuestos aplicables y vigentes actualmente. Es entendido que EL CONCESIONARIO, al formular la Oferta que se le acepta y que da lugar a este Contrato, tuvo en consideración todos los aspectos relacionados con las condiciones de lugar, medios, equipos, instalaciones y todos aquellos que son propios de la clase de servicio que se obliga a ejecutar mediante este Contrato. EL CONCESIONARIO declara, entiende y acepta que la UAESP no garantizará al CONCESIONARIO un volumen mínimo de servicios y por ende, no garantizará o reconocerá al CONCESIONARIO pagos mínimos por concepto de la prestación

de Servicios."²²²

*"5. Cumplir con todas las obligaciones previstas en la Licencia Ambiental Resolución de la CAR 2133 de 2000, todas sus modificaciones, adiciones, complementaciones o sustituciones y aquellas que en adelante profiera la Autoridad Ambiental competente. Además, deberá acatar lo dispuesto en las normas ambientales vigentes, y las que las reformen, adicionen, complementen, modifiquen o sustituyan. Así como todos los actos administrativos proferidos por la CAR o la autoridad ambiental competente, que contemplen obligaciones ambientales inherentes a cualquiera de los componentes del RSDJ."*²²³

(...)

*"32. Cumplir con las obligaciones que impone a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios la Ley 142 de 1994 y las normas que la desarrollen, modifiquen, adicionen, complementen o sustituyan; las resoluciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y saneamiento Básico – CRA, y demás normas concordantes. Además, el Concesionario deberá respetar las obligaciones propias de la diligencia profesional y las buenas prácticas de la industria y de la ingeniería."*²²⁴

La Cláusula Segunda del Contrato de Concesión establece la siguiente obligación a cargo del Concesionario:

*"19. Asumir plenamente los riesgos financieros, comerciales, cambiarios, operativos, de construcción, ambientales, económicos, regulatorios, climatológicos, normativos y técnicos de las obligaciones a su cargo que se derivan del presente contrato, salvo aquellos que sean asumidos por la UAESP, de acuerdo con el análisis y distribución contenido en la matriz que forma parte integrante del presente contrato."*²²⁵

²²² Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 63 vuelto y 64.

²²³ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 64.

²²⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 67.

²²⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 66.

La Cláusula Séptima del Contrato relativa a "REMUNERACIÓN A FAVOR DEL CONCESIONARIO Y DERECHOS A FAVOR DE LA UAESP", establece lo siguiente:

"La remuneración del Concesionario se divide en dos componentes:

a) Remuneración por Disposición Final de los Residuos Sólidos en el RSDJ: (...)

Los costos generados en la Clausura y Postclausura relacionados con el tratamiento de lixiviados y del manejo de biogás deben ser asumidos tanto por el Concesionario, como por el operador del Biogás y por tanto estos costos no podrán ser cargados ni a la UAESP ni a la fiducia referenciada. De todas formas, es obligación del Concesionario el responder por las acciones de Clausura y Postclausura en todo el RSDJ durante el periodo de ejecución del contrato.

b) Remuneración por el tratamiento de Lixiviados: *La remuneración de esta actividad es igual al valor obtenido de multiplicar el costo unitario inicial máximo fijado por la UAESP, CLMAX, para la operación y el mantenimiento del tratamiento de los lixiviados en el RSDJ, en pesos por tonelada, y correspondiente a DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$2.794) a pesos de Diciembre de 2009, por el número de toneladas dispuestas durante el mes que se remunera y por el porcentaje de descuento ofertado por el operador en su propuesta. Este valor se indexará mensualmente con el IPC reportado por el DANE.*

Una vez se reciban las obras del Plan de Choque por parte del actual operador, en forma conjunta entre el nuevo operador y la UAESP, antes de 6 meses contados a partir del acta de inicio, se determinará si es necesaria una inversión adicional para lograr cumplir los requerimientos de la Corporación Ambiental. La UAESP cubrirá de sus recursos hasta CUATRO MIL CIEN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$4.100.000.000)."²²⁶.

²²⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 83 vuelto y 84.

2.4.2.2. Análisis y conclusiones del Tribunal

Para abordar este asunto que se relaciona con la alegada insuficiencia tarifaria para las actividades de tratamiento de lixiviados al origen del Contrato y de la imputabilidad de tal circunstancia a la UAESP, el Tribunal se remite a lo ya expuesto en relación con la naturaleza de la remuneración pactada, vale decir, a la condición de remuneración o tarifa contractual que tiene la cláusula Séptima del Contrato, así como a los efectos de dicha caracterización en cuanto a la conmutatividad de las prestaciones de las partes²²⁷.

El Tribunal entonces se ocupará a continuación de analizar las probanzas en relación con la suficiencia de la remuneración pactada, reiterando una vez más que dicha cuestión no comporta ninguna evaluación sobre la suficiencia tarifaria a la que se refiere el artículo 87.4 de la Ley 142 de 1994, materia a la cual no se referirá este Tribunal ni es de su competencia, por tratarse de asuntos regulatorios reservados para la autoridad regulatoria (CRA); sino que se limitará a la determinación objetiva de si la contraprestación pactada en el Contrato fue o no suficiente, en términos objetivos de costos eficientes, para remunerar adecuadamente a CGR por la ejecución de las actividades de tratamiento de lixiviados.

Este análisis llevará al Tribunal a determinar si el Contrato de Concesión resultó ser objetivamente conmutativo o sinalagmático -con el alcance ya expuesto-, o si por el contrario adoleció desde su celebración de una desigualdad prestacional, hasta llevar a que la ecuación contractual fuera,

²²⁷ Ver capítulo anterior de este Laudo sobre la insuficiencia tarifaria para las actividades de disposición de residuos sólidos.

ab initio, significativamente desequilibrada en desmedro de los intereses del Contratista.

Lo anterior supone, en primer lugar, establecer la comparación entre el valor correspondiente a la remuneración por las actividades de tratamiento de lixiviados establecido de conformidad con los términos de la fórmula de remuneración pactada en la cláusula Séptima del Contrato, esto es, el costo unitario inicial máximo fijado por la UAESP o CLMAX, en pesos por tonelada, por el número de toneladas de residuos sólidos dispuestas durante el mes que se remunera, menos el descuento ofertado por el Concesionario, que fue del 10% sobre el CLMAX, que de acuerdo con la misma cláusula corresponde a dos mil setecientos noventa y cuatro pesos (\$2.794) por tonelada, a pesos de diciembre de 2009; y en segundo lugar, determinar el valor que objetivamente correspondería a las prestaciones contractuales asumidas por CGR, teniendo en cuenta el alcance del Contrato y las obligaciones que del mismo se derivan para CGR en esta materia; sobre la base de los costos, gastos e inversiones en que habría de incurrir un operador eficiente en un escenario de libre competencia para la ejecución de dichas actividades.

A partir de lo anterior, comparará el valor de las prestaciones a cargo de cada una de las partes dentro del sinalagma del Contrato (costo eficiente de las actividades versus remuneración efectiva), para verificar si del mismo resulta una desproporción desmesurada, que exceda del riesgo inherente a cualquier contrato de concesión habida cuenta de las obligaciones y de los riesgos previsibles que asume el contratista por su propia cuenta.

En cuanto a lo primero, es decir, cuál fue la remuneración pactada en favor

de CGR de conformidad con la cláusula Séptima del Contrato, su valor quedó establecido en la misma cláusula en la suma de \$2.794 por tonelada, expresados en pesos de diciembre de 2009, que equivalen, actualizados por la inflación (IPC) a la fecha de presentación del dictamen financiero aportado por el Demandante (enero de 2022), a la suma de **\$3.899²²⁸**.

Para determinar el segundo elemento de comparación, se requiere establecer el valor que objetivamente correspondería a las prestaciones contractuales asumidas por CGR, sobre la base de los costos en que incurriría un operador eficiente en un escenario de libre competencia.

Esta determinación se encuentra en el dictamen pericial económico aportado por el Demandante, elaborado por EConcept, el cual, al ser preguntado sobre el valor por tonelada que ofrece suficiencia financiera señaló²²⁹:

“Para el caso del cálculo del valor por tonelada que garantiza la suficiencia financiera del tratamiento de lixiviados, para el periodo comprendido entre el inicio de la Concesión de CGR Doña Juana y octubre de 2018 se utilizó la metodología de la CRA para esta actividad, descrito en el documento de trabajo “MARCO REGULATORIO DEL SERVICIO PUBLICO DE ASEO” de julio de 2015 (Resolución CRA 720 de 2015)”. Al respecto, se recuerda que al inicio del Contrato no existía una metodología regulatoria que determinara la fórmula tarifaria para el tratamiento de lixiviados en el RSDJ y por eso ha de tomar la de la Resolución CRA 720 de 2015, que estableció dicha metodología.

²²⁸ Dictamen EConcept, Anexo W Insuficiencia del valor por tonelada y reclamaciones adicionales, pestaña “comp tar lx hasta oct 2018”

²²⁹ Dictamen Financiero EConcept, Pág. 13.

Esta metodología consiste en lo siguiente²³⁰:

En primer lugar, el perito determina el Costo de tratamiento de Lixiviados por metro cúbico de residuos dispuestos en el RSDJ (CTLM), que es la sumatoria del Costo de tratamiento de lixiviados por vida útil (CTLM_VU) más el Costo de tratamiento de lixiviados por etapa de posclausura de 10 años (CTLM_PC).

Para ello, calcula el Costo de tratamiento de lixiviados por vida útil o CTLM_VU por metro cúbico de residuos dispuestos aplicando la metodología de la CRA, a partir de los reales de inversión y de operación, el cual arroja un valor de **\$16.646**; y el Costo de tratamiento de lixiviados por etapa de posclausura de 10 años o CTLM_PC, a partir de los costos reales de operación por metro cúbico de toneladas dispuestas, utilizando los parámetros establecidos por la CRA, lo cual arroja un valor de **\$3.300**. Para este efecto, EConcept parte de los datos de costos reales de inversión y operación del relleno para el periodo comprendido entre 2010 y 2018, tomados de la verificación contable realizada por Contar Auditores, en la sección "VII. ANÁLISIS DE LOS COSTOS DEL CONTRATO".

Finalmente, a la sumatoria del CTLM_VU más el CTLM_PC, en metros cúbicos, que es **\$19.947**, le aplica el factor de conversión de metros cúbicos en toneladas de lixiviados (Proporción de lixiviados por tonelada) que es el 27.74%, y así determina el del valor por tonelada que garantiza la suficiencia financiera del tratamiento de lixiviados, para el periodo comprendido entre el inicio de la Concesión de CGR Doña Juana y octubre de 2018, en la suma

²³⁰ Ídem, Págs. 14 a 19. Todos los cálculos periciales se adjuntan al dictamen en el Anexo W.

de **\$5.533**, en pesos de la fecha del dictamen (enero de 2022).

Así, la diferencia entre estos dos extremos, esto es, entre el valor de tratamiento de lixiviados por tonelada que arroja “*suficiencia financiera*” (\$5.533) y la remuneración pactada en favor de CGR de conformidad con la cláusula Séptima del Contrato para el tratamiento de lixiviados (\$3.899), arroja una diferencia, en pesos constantes de enero de 2022, de **\$1.634**, que corresponde a una diferencia del **42%** respecto de la remuneración que ofrecería suficiencia financiera, que para el Tribunal comporta un desequilibrio material en desmedro de los intereses del Contratista, que afecta la conmutatividad objetiva que debía existir entre las prestaciones que le corresponden a cada una de las partes en el Contrato.

En relación con lo anterior, el Tribunal encuentra que el dictamen de EConcept presta mérito probatorio, como quiera que el ejercicio pericial para establecer la insuficiencia financiera de la tarifa contractual para la actividad de tratamiento de lixiviados al inicio del Contrato consiste en calcular, en primer término, cuál hubiera sido la tarifa que cubriría los costos, gastos inversiones y utilidad de CGR (la “tarifa suficiente”, como la denomina EConcept), utilizando la metodología tarifaria empleada por la CRA en la Resolución 720 de 2015 -recuérdese que anteriormente no existía tal metodología regulatoria- con base en los costos, gastos e inversiones realmente efectuados por CGR entre los años 2010 y 2018; y luego comparar este resultado con la remuneración realmente percibida por éste al inicio del Contrato por el mismo concepto, para encontrar la diferencia, que sería el déficit en la tarifa contractual para el tratamiento de lixiviados.

También encuentra el Tribunal que en este caso es admisible la

consideración que hacen los peritos para estimar que los costos, gastos e inversiones tenidos en cuenta para determinar la tarifa suficiente son costos eficientes, pues se valen para ello de la Resolución CRA 843 de 2018, según la cual la entidad regulatoria encontró que los costos acreditados por CGR para esas mismas actividades fueron eficientes.

A este respecto, el dictamen económico de contradicción aportado por la UAESP, elaborado por Ernst & Young, se remite, para la crítica del dictamen de EConcept, a los mismos argumentos que planteó respecto del cálculo de la tarifa suficiente en el caso de las actividades de disposición de residuos sólidos, los cuales fueron analizados y descartados por el Tribunal al resolver dicha cuestión, por lo que por los argumentos allí expresados, concluye que dicho dictamen de contradicción carece de elementos de juicio para para restarle credibilidad a las conclusiones que sobre este punto arroja el dictamen económico de EConcept.

Dicho lo anterior, el Tribunal acogerá favorablemente las pretensiones Segunda y Cuarta de la Demanda Reformada y pasa a ocuparse de la pretensión Sexta, consistente en que se declare que la circunstancia de que la tarifaria contractual pactada en el Contrato para el tratamiento de lixiviados resultó insuficiente -lo cual ya está probado-, constituye un incumplimiento contractual por parte de la UAESP.

Sobre el particular el Demandante, en su alegato de conclusión, menciona los “hitos” que, según su dicho, generaron la insuficiencia en la remuneración del Concesionario respecto de las actividades de tratamiento de lixiviados; de ellos, serán objeto de análisis por parte del Tribunal los referidos a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del

Contrato²³¹, a los cuales pasa a referirse el Tribunal.

- En los numerales 4.1.6.1.2 y 4.1.6.1.3 de sus alegatos, CGR plantea como causas determinantes de la insuficiencia de la remuneración pactada en el Contrato para las actividades de tratamiento de lixiviados, que la UAESP no consideró para la estructuración de la tarifa contractual el estado real del sistema de tratamiento de lixiviados y en particular, de la planta de tratamiento de lixiviados; e incumplió con la entrega de la PTL en las condiciones ofrecidas en la Licitación como consecuencia del incumplimiento del anterior operador (STL) de la culminación de las obras del denominado Plan de Choque.

A este respecto, alega CGR que al poco andar de la ejecución contractual se comenzaron a evidenciar deficiencias en el STL, como consta en el acta de entrega del 11 de octubre de 2010²³², según la cual entre otras cosas faltaban por calibrar oxímetros, se encontraron 4 difusores con fugas, faltaban bombas y había equipos desconectados.

Expresa también, que UAESP informó en el proceso de licitación que la remuneración para la actividad de tratamiento de lixiviados había sido calculada teniendo como supuesto una capacidad de tratamiento de 21.5 litros por segundo, cuando la capacidad real de la PTL al momento de la entrega era de 14.3 LPS.

Lo anterior fue acreditado en el proceso con el Acta de Acuerdo en relación con la optimización del sistema de tratamiento de lixiviados suscrita entre la

²³¹ Alegato CGR. T. 1. Págs. 309 a 325.

²³² Documento incorporado con la exhibición de documentos de la UAESP el 18 de enero de 2020. "Acta de entrega STL, Acta de verificación de maquinaria y equipos".

UAESP y CGR el 27 de diciembre de 2011²³³, en la que se puso de presente la controversia que se suscitó entre las partes alrededor de la insuficiencia de la partida de \$4.100'000.000 dispuesta por la UAESP como máximo de aporte a su cargo para la optimización del sistema de tal suerte que se garantizara el cumplimiento de la normatividad actual existente para el total caudal producido por el RSDJ, como quiera que *"la capacidad de remoción actual del sistema de tratamiento de lixiviados es de 13.000 Kg/Día de 0805, para un caudal de 14,3 Lls de lixiviados crudos para las concentraciones medias medidas"*, lo cual fue objeto de análisis por parte de la Interventoría, que al efecto conceptuó que la capacidad a la fecha del STL *"presenta un déficit en su capacidad de remoción"*, como consecuencia de lo cual las partes consignaron de común acuerdo que *"la capacidad actual del STL no permite tratar el 100% del lixiviado generado, con el cumplimiento del 100% de los parámetros establecidos de la norma vigente"*.

Lo anterior ocurrió como consecuencia de que, según quedó probado, el anterior operador (STL) no cumplió con su obligación de terminar las obras a su cargo contempladas en el Plan de Choque.

Señala CGR en relación con lo anterior, que *"la remuneración estaba calculada como si la planta estuviera en condiciones de tratar una mayor cantidad de lixiviados, al no estarlo, de una parte, los costos de su mantenimiento y operación eran mayores, y, de otra parte, su optimización ya no era posible realizarla con los \$4.100 millones aportados por la UAESP"*, por lo cual no era suficiente para tratar el verdadero volumen de lixiviados que se generaba en el RSDJ y menos con una planta que tenía unas

²³³ Documento contenido en el anexo 4.5 del dictamen de contradicción técnico de CGR.

condiciones inferiores a las que fueron consideradas como supuesto para fijar la remuneración.

Añade el demandante que este asunto fue objeto de definición en el Laudo de 2018, en el cual el tribunal a cargo negó la pretensión Cuarta formulada por la UAESP en el sentido de que se declarara que *"a la fecha de firma del acta de inicio de la concesión 344 de 2010, el Sistema de Tratamiento de Lixiviados cumplía con los característicos técnicos y de capacidad en los términos de referencia de la licitación público 001 de 2010, anexos apéndices y demás documentos de la fase precontractual"*, fundamentado, esencialmente, en el dictamen presentado en ese proceso por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, de conformidad con el cual, según se transcribe en el Laudo de 2018, *"Como conclusión de todo lo anterior, para la SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS-SCI- los elementos y estructuras que corresponden al sistema de tratamiento de lixiviados no fueron entregados conforme a la información contractual de la licitación 001 de 2010"*.

Todos estos aspectos ya fueron objeto de estudio y decisiones por parte del Tribunal en el capítulo denominado CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL RELACIONADAS CON LA OPTIMIZACIÓN DE LA PTL, correspondiente al análisis de las pretensiones de la Demanda Reformada en relación con la nulidad de las estipulaciones contractuales que consagraban la ejecución de la optimización de la PTL por parte de CGR y a su costa, en lo que excediera del aporte de \$4.100'000.000 comprometido por la UAESP. Por tanto, el Tribunal a este respecto se remite a las conclusiones que derivó de dicho análisis y que se sintetizan en que la UAESP incumplió las obligaciones que a su cargo se derivan del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993,

por cuanto en el Pliego de Condiciones no se definieron reglas objetivas, justas, claras y completas que permitieran la confección de ofrecimientos de la misma índole, ni se definieron con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato; y por el contrario, se incluyeron reglas que determinaban la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada y exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministraron a los interesados; así mismo, se determinó que el principio de planeación de la contratación estatal y en particular el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, resultó transgredido por parte de la UAESP, como quiera que los Documentos de Licitación carecían de los estudios, diseños y proyectos requeridos, al punto de que la deficiencia establecida en la planeación contractual comportó que desde el momento de la celebración del contrato el objeto contractual dependía de situaciones indefinidas o inciertas, como lo eran las condiciones en que se recibiría la Planta de Tratamiento de Lixiviados una vez ejecutado el Plan de Choque por el anterior operador, la evaluación conjunta que se realizara de las condiciones de operación de la misma, y la definición de las obras necesarias para lograr la Optimización.

- En el numeral 4.1.6.1.1 del alegato, CGR atribuye como causa de la insuficiencia de la tarifa contractual para tratamiento de lixiviados que²³⁴ “la UAESP no consideró para el cálculo de la remuneración el real volumen de lixiviados generados en el RSDJ y los costos y gastos que ello implicaba en la operación toda vez que aproximadamente de 5 a 8 L/S eran vertidos clandestina y directamente al río Tunjuelo a través del bypass, cuya existencia no fue informada a los proponentes

²³⁴ Alegato CGR. T. 1., Pág. 310.

y que fue descubierto por CGR Doña Juana recién iniciada la ejecución contractual".

Al respecto, obra en el expediente una comunicación dirigida por la UAESP a la CAR²³⁵, en la cual le pone de presente que CGR le había informado que el anterior operador cometió irregularidades en el manejo de lixiviados, lo que motivó que, en diciembre del mismo año, la UAESP formulara una denuncia penal ante la Fiscalía²³⁶ por cuanto, STL S.A.S., anterior operador a cargo de los lixiviados del RSDJ, adoptó un punto de muestreo para reportar los resultados de la calidad de tratamiento que no corresponde al vertimiento efectivamente realizado al Río, y que "que la muestra de efluente reportada sistemáticamente por el anterior operador a la autoridad ambiental y a la UAESP no es representativa de la carga real al río. Los resultados de este reporte, demuestran que el efluente final de la Planta vertido al río presenta una concentración de Carga Orgánica, aproximadamente 13 veces superior a la obtención del punto de muestreo utilizado por el anterior operador para el reporte de los resultados", lo que evidencia que STL no reportaba la cantidad de lixiviados efectivamente producidos, sino que descargaba ilegalmente en el río una parte importante de ellos, sin tratar. Afirma el Demandante en su alegato que "Tal como se señala en la denuncia penal instaurada por la UAESP ante la Fiscalía en el año 2010, el bypass significaba un vertimiento inaceptable que se estaba llevando a cabo sobre el Río Tunjuelo. Al clausurarlo, el efecto que se produjo con ello es que, de forma imprevista y ya en ejecución el Contrato 344 de 2010, se aumentó significativamente el volumen o cantidad de los lixiviados a tratar en el RSDJ".

²³⁵ Documento incorporado con la exhibición de documentos de la UAESP el 18 de enero de 2020. "2010-11-10 Rad CAR 20101117143 de 2010".

²³⁶ Documento anexo del dictamen de contradicción técnico de CGR Doña Juana

Al respecto, en el dictamen técnico aportado por CGR, los peritos afirman lo siguiente:

*"Por lo tanto, los caudales generados en el RSDJ para el año 2010 oscilaban entre los 17.57 l/s a los 22.46 l/s, es decir un incremento de hasta 8.16 L/s, lo cual corresponde a un 62,15% de incremento según el reporte de caudal generado para el periodo comprendido entre el año 2000 al año 2009 con un promedio de 13.13 L/s (ver pregunta 4). Lo anterior coincide con lo presentado en la denuncia de la UAESP por irregularidades del manejo STL (...) en el cual se presentan las evidencias frente a la operación del anterior operador (STL). Así las cosas, los informados por la UAESP en el proceso licitatorio correspondían entre un 50 a 60% del total generado en el RSDJ para el año 2010."*²³⁷

Argumenta CGR que esta circunstancia incidió severamente en la suficiencia de la remuneración, como quiera que la tarifa contractual para las actividades de tratamiento de lixiviados se mide en función de las toneladas de residuos sólidos que ingresan al RSDJ, y no sobre el número de toneladas de lixiviados producido, lo cual puede comprobar el Tribunal teniendo en cuenta que el concepto base para la remuneración de lixiviados es el CTLM que es el costo de tratamiento de Lixiviados por metro cúbico de residuos dispuestos en el RSDJ.

De lo anterior concluye el Demandante que como consecuencia de la corrección de la irregularidad denunciada, mientras la remuneración permanecía igual, pues no cambiaba el número de toneladas de residuos sólidos que ingresaban al Relleno, las toneladas de lixiviados que debía tratar CGR eran muchas más que las previstas para estructurar la tarifa

²³⁷ Dictamen técnico aportado por CGR el 24 de enero de 2022.

contractual (un 62,15% de incremento, según el peritaje técnico), con los consiguientes costos y gastos adicionales no remunerados para el Concesionario.

Estos hechos no fueron controvertidos en el presente proceso por la UAESP, por lo cual el Tribunal habrá de llegar a la conclusión de que efectivamente ocurrieron y generaron consecuencias adversas sobre la suficiencia de la remuneración de CGR, por causas que no le son imputables a esta parte, pero que sí lo son a la UAESP, quien no solamente debió haberlos conocido, como contratante de STL, sino que además comprometen su responsabilidad por la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, por el hecho de sus dependientes o contratistas.

Queda por fin el análisis de la pretensión Octava de la Demanda Reformada, cuyo objeto en lo que ocupa al Tribunal en esta parte del Laudo consiste en que se declare que la UAESP incumplió la ley y el contrato al no observar ni atender en debida forma sus deberes de planeación (L. 80 de 1993 art. 25, numeral 12), de transparencia e información (L. 80 de 1993 art. 24, numeral 5, literales d y e), de estimación de los riesgos (L. 1150 de 2007 art. 4), de buena fe y colaboración (C.P. art. 83; C.C. 1603), así como el principio de la suficiencia tarifaria (L. 142 de 1994 art. 87).

Para este efecto y en aras de la brevedad, el Tribunal se remite a las consideraciones en relación con los aspectos generales de los deberes y principios que el Demandante procura que se tengan por incumplidos, expuestas en el capítulo de este Laudo correspondiente al análisis de la misma pretensión respecto de las actividades de disposición de residuos sólidos.

2.4.2.2.1. Deber de Planeación (L. 80 de 1993 art. 25, numeral 12) y
Deberes de Buena Fe y Colaboración (C.P. art. 83; C.C. 1603)

Sobre el deber de planeación se advierte que los fundamentos jurídicos de la pretensión, así como los hechos en que se funda, son los mismos que el Tribunal ya tuvo ocasión de analizar al despachar las pretensiones alusivas a la nulidad de las cláusulas que establecían la obligación a cargo de CGR de optimizar la PTL, y las relacionadas con la insuficiencia tarifaria inicial de la remuneración contractual para las actividades de tratamiento de lixiviados, de manera que las consideraciones ya expuestas al respecto, de las cuales se derivará la declaratoria de incumplimiento por parte de la UAESP de sus obligaciones derivadas de este deber, resultan igualmente aplicables a esta pretensión, que por lo tanto tiene vocación de prosperidad.

En cuanto al deber de buena fe, como se señaló atrás, del principio de la buena fe objetiva en su función integradora de los negocios jurídicos, se deriva principalmente, en relación con el asunto que ocupa a este Tribunal, el deber secundario de conducta de información a cargo de las Partes, el cual se encuentra además consagrado a nivel legal en los artículos 1.603 del Código Civil²³⁸ y 871 del Código de Comercio²³⁹ y, específicamente en la fase precontractual, en el artículo 863 del estatuto mercantil²⁴⁰, precepto este último que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo

²³⁸ "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

²³⁹ "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."

²⁴⁰ "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen."

del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado. Se añade que esta buena fe ha de entenderse en el sentido objetivo, es decir, que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato por parte del contratante y no en su creencia subjetiva de estar obrando conforme a derecho²⁴¹.

A este respecto, quedó probado en el proceso que la información suministrada por la UAESP en la fase precontractual en relación con las condiciones en que entregaría el Sistema de Tratamiento de Lixiviados y su componente principal, la Planta de Tratamiento de Lixiviados, no fue suficiente ni correcta para enterar a los receptores de dicha información sobre los hechos relevantes en relación con el objeto del Contrato de los que tenía o debía tener conocimiento, lo cual no permitió a CGR adoptar informadamente la decisión de contratar en las condiciones que permitieran satisfacer sus intereses.

También quedó acreditado que esta falencia no pudo ser detectada por CGR, aun mediando su debida diligencia y cuidado, pues no tenía esta parte cómo averiguar que los lixiviados producidos en el RSDJ excedían por mucho los estimados por la UAESP en los documentos de licitación, ni podía anticipar tampoco la deficiente e incompleta condición en la que se le entregarían el STL y la PTL, como consecuencia de los incumplimientos del anterior operador, en particular con las obras del plan de Choque y el estado de la infraestructura.

²⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 1998-00324 de noviembre 19 de 2012, Rad.: 25000-23-26-000-1998-00324-01 (22.043)

Por las anteriores razones, el Tribunal accederá a las pretensiones de que se declare que la UAESP incumplió, en relación con las actividades de tratamiento de lixiviados, sus deberes de planeación o de buena fe.

2.4.2.2.2. Deber de transparencia e información (L. 80 de 1993 art. 24, numeral 5, literales d y e)

Sobre el deber de transparencia se advierte que los fundamentos jurídicos de la pretensión, así como los hechos en que se funda, son los mismos que el Tribunal ya tuvo ocasión de analizar al despachar las pretensiones alusivas a la nulidad de las cláusulas que establecían la obligación a cargo de CGR de optimizar la PTL, y las relacionadas con la insuficiencia tarifaria inicial de la remuneración contractual para las actividades de tratamiento de lixiviados, de manera que las consideraciones ya expuestas al respecto, de las cuales se derivará la declaratoria de incumplimiento por parte de la UAESP de sus obligaciones derivadas de este deber, resultan igualmente aplicables a esta pretensión, que por lo tanto tiene vocación de prosperidad.

2.4.2.2.3. Deber de Estimación de los Riesgos (L. 1150 de 2007 art. 4)

Esta pretensión no tiene ningún desarrollo en los alegatos de conclusión de CGR; sin embargo, ya el Tribunal ha analizado lo relativo al régimen contractual de distribución de riesgos y encontró que la UAESP, en el Pliego de Condiciones y sus apéndices, identificó y cuantificó los riesgos contractuales, y realizó la audiencia de distribución de riesgos, con base en la cual los asignó definitivamente, sin que el Tribunal encuentre probado ningún incumplimiento a este respecto.

Por ello, esta pretensión no prosperará.

Cosa distinta, por supuesto, es que durante la ejecución del Contrato se hayan concretado riesgos imprevisibles, que no fueron asumidos por CGR y que generaron efectos adversos, los cuales son objeto de análisis en otros apartes de este Laudo.

2.4.2.2.4. Deberes de Suficiencia Tarifaria (L. 142 de 1994 art. 87)

El Tribunal ya estableció que el principio de suficiencia tarifaria hace parte del régimen tarifario regulatorio, y en tal sentido, que el cumplimiento del referido principio es asunto que atañe exclusivamente al regulador, en este caso, a la CRA.

Por ello, esta pretensión, tal como está postulada, no puede prosperar, pues no sería posible exigir a la UAESP el cumplimiento de un principio que es aplicable al regulador, de manera que tal análisis no es objeto de este proceso, ni podría serlo pues excedería de la competencia de este Tribunal.

Dicho esto, el Demandante argumenta en su alegato de conclusión que en virtud de que el parágrafo del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, que consagra la posibilidad de establecer una remuneración contractual en los contratos que tiene por objeto la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios, pero siempre dando cumplimiento a los criterios del citado artículo; y agrega que dicha norma, en el numeral 87.4, establece el principio de la suficiencia tarifaria, según la cual es deber de las entidades contratantes mantener el equilibrio económico financiero

del contrato, incluyendo la posibilidad para el contratista de obtener una utilidad.

Señala, además, que durante la etapa precontractual, la UAESP aseguró y garantizó que, con base en sus estudios, la remuneración sería suficiente para cubrir todos los costos gastos e inversiones y remunerar el patrimonio de los inversionistas, como una suerte de garantía *ab initio* de utilidad del contrato, con independencia de las circunstancias que pudieran darse en la etapa precontractual y hasta el momento de su celebración, respecto de lo cual el Tribunal ya estableció que las aseveraciones que hizo la UAESP en la fase precontractual en relación con la suficiencia de la remuneración han de interpretarse en el sentido de que, de conformidad con los estudios previos realizados por la entidad, la remuneración resultante de la oferta del contratista adjudicatario debería ser suficiente, asumiendo, desde luego, tanto la completitud y veracidad de la información puesta a disposición de los proponentes y la habilidad de éstos para recabar la información adicional que consideraran necesaria y para realizar sus propios análisis técnicos, económicos, regulatorios y demás.

No obstante, estos temas no tienen relación con el principio de la suficiencia tarifaria y son objeto de estudio en otros apartados del Laudo.

2.4.2.3. El sentido de la Decisión del Tribunal

Por las anteriores razones, el Tribunal declarará que la tarifa contractual para las actividades de tratamiento de lixiviados, establecida con base en la fórmula establecida por la UAESP en el Contrato para determinarla, resultó ser insuficiente para remunerar los costos, gastos e inversiones de CGR y la

utilidad que tenía derecho a esperar, y que dicha circunstancia constituyó un incumplimiento imputable a la UAESP de sus deberes derivados de los principios de la contratación estatal, de transparencia (Ley 80 de 1993, art. 24 num.5) y de eficiencia (Id. art. 25 num. 12), así como de sus obligaciones derivadas del Pliego de Condiciones -las cuales devienen contractuales, como se estableció atrás-, por lo cual las pretensiones Segunda, Cuarta y Sexta de la Demanda Reformada están llamadas a prosperar.

La pretensión Octava de la Demanda Reformada en la parte que aquí se analizó, por el contrario, será negada por el motivo atrás señalado.

2.4.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL RELACIONADAS CON LA INSUFICIENCIA TARIFARIA SOBREVINIENTE Y EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO EN RELACIÓN CON LAS ACTIVIDADES DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS - PRETENSIONES OCTAVA (PARCIAL) VIGÉSIMA PRIMERA Y VIGÉSIMA SEGUNDA DE LA DEMANDA REFORMADA

Habida cuenta de la similitud y conexidad entre estas pretensiones, mediante las cuales el Demandante busca que se declare que la UAESP incumplió sus obligaciones legales o contractuales de vigilancia y control y de revisión de la ejecución del Contrato (Octava -parcial- y Subsidiaria), y que ocurrieron incumplimientos del Contrato por parte de la UAESP o circunstancias sobrevinientes a su celebración que ocasionaron la ruptura del equilibrio financiero, que a pesar de ser advertidas por CGR no fueron atendidas (Vigésima Primera y Vigésima Segunda), el Tribunal abocará su análisis de manera conjunta a continuación.

2.4.3.1. Recuento Probatorio:

2.4.3.1.1. Mediante comunicaciones del **22 de diciembre de 2010**²⁴², **5**²⁴³ y **12 de enero de 2011**²⁴⁴, CGR puso de presente ante la UAESP las deficiencias observadas en PTL entregada, como consecuencia del incumplimiento del anterior operador, así:

“3. (...) el problema se ha visto agravado ante el incumplimiento que presentó el anterior operador del Plan de Cumplimiento aprobado por la CAR. Las cinco grandes actividades que comprenden el referido Plan, deberían haber sido entregadas el 26 de marzo de 2010, incluyendo las tareas de estabilización, instalación y puesta en marcha de los diversos componentes. CGR recibió las obras con LHI amplio listado de pendientes, entre los cuales se destacan el incumplimiento en tres de las cinco grandes actividades: Físico químico No 3, Soplantes STL y los SBR. Los detalles de los principales pendientes en el Plan de Cumplimiento aparecen en el Anexo de esta comunicación.

4. Adicionalmente a todo lo anterior, la PTL en sus componentes originales presentó graves anomalías, las cuales han sido diagnosticadas por CGR, fallas que disminuyen aún más la capacidad potencial del sistema de tratamiento. (Ver Anexo) (...).

*CGR recibió el 12 de octubre de 2010 la PTL con todos los pendientes anotados en los anexos, en una situación técnica alarmante, y con una capacidad de tratamiento que fue estimada en un Informe Técnico de CGR, entregado a la UAESP y a la interventoría, en 12,5 litros por segundo, cuando la producción promedio día supera los 20 l/s.”*²⁴⁵

2.4.3.1.2. Mediante comunicación del **27 de mayo de 2014**, teniendo en

²⁴² Documento “12. CGR-DJ-118-10 - Rpta. H MV-1463-10 Dev. fra. 003 PTL” anexo del dictamen técnico de contradicción aportado por CGR Doña Juana.

²⁴³ Documento incorporado con la exhibición de documentos de la UAESP el 24 de enero de 2020. “CGR-001-11 CAJ 7 CAR 32”.

²⁴⁴ Documento “CGR-003-11 - UAESP - Tratamiento de la totalidad de lixv.” Anexo del dictamen de contradicción técnico.

²⁴⁵ Documento “12. CGR-DJ-118-10 - Rpta. H MV-1463-10 Dev. fra. 003 PTL” anexo del dictamen técnico de contradicción aportado por CGR Doña Juana.

cuenta que el Concesionario ha advertido en diversas ocasiones la necesidad de modificar la tarifa por el tratamiento de lixiviados y que en diciembre de 2013 la UAESP presentó ante la CAR la solicitud del nuevo permiso de vertimientos (lo cual incrementa los costos tanto operativos como de infraestructura), el Concesionario remitió a la UAESP el estudio contratado a la firma MICRO & MACRO CONSULTORES, en el que se justifica la necesidad de la modificación tarifaria, esperando con ello que se den inicio a las discusiones procedentes.²⁴⁶

2.4.3.1.3. Con comunicación del **10 de junio de 2014** la UAESP dio respuesta a la solicitud del Concesionario de modificación de la tarifa de lixiviados informando a éste que para realizar tal modificación se requiere que el Concesionario presente a la UAESP su información económica y financiera sobre la operación e inversiones realizadas en el sistema de tratamiento de lixiviados durante toda la concesión, así como el presupuesto de operación e inversiones del proyecto presentado a la CAR en el marco del trámite de solicitud de permiso de vertimientos en diciembre de 2013. Finaliza la UAESP manifestando que *"Con tal información se procedería a evaluar la propuesta de modificación tarifaria."*²⁴⁷

2.4.3.1.4. El **14 de marzo**²⁴⁸ y el **25 de mayo de 2011**²⁴⁹ CGR reiteró ante la

²⁴⁶ Aportada con la reforma de la demanda.

²⁴⁷ Aportada con la contestación de la demanda.

²⁴⁸ Documento "CGR-DJ-072-11 - UAESP - Resumen sobre la evaluación del sistema de tratamiento de lixiviados" anexo del dictamen de contradicción técnico

²⁴⁹ Documento anexo del dictamen de contradicción técnico presentado por CGR Doña Juana

UAESP el contenido de las anteriores comunicaciones.

- 2.4.3.1.5. El **31 de agosto de 2011**²⁵⁰ CGR presentó un derecho de petición a la UAESP, en el cual le manifestó que las condiciones reales del sistema de tratamiento de lixiviados en general y en especial la planta de tratamiento y los SBR, eran sustancialmente distintas a las que se indicaron en los términos de referencia de la Licitación y le solicitó *"la celebración de una reunión para intentar solucionar este asunto directamente entre las partes en el sentido de eximir de responsabilidad a nuestra compañía por la imposibilidad de tratar de manera íntegra el lixiviado, así como la asunción por parte de la UAESP de la totalidad del costo de las obras que sean necesarias ejecutar para lograr dicho cometido, de tal suerte que se cumplan las condiciones ofrecidas en la etapa- precontractual."*
- 2.4.3.1.6. Esta comunicación fue seguida por una comunicación del **1 de septiembre**²⁵¹ y un acta del **27 de diciembre de 2011**²⁵², en las cuales CGR reiteró su petición y solicitó una respuesta de la misma a la UAESP.
- 2.4.3.1.7. El **16 de abril de 2012**²⁵³ CGR reiteró a la UAESP que el sistema de tratamiento de lixiviados no fue entregado en el estado que había sido anunciado en el proceso de licitación y que no se

²⁵⁰ Documento "CGR-DJ-158-11 - UAESP - Reclamación formal, Sistema de Tratamiento de Lixiviados (1)" Anexo del dictamen de contradicción técnico aportado por CGR Doña Juana.

²⁵¹ Documento "CGR-DJ-159-11 - UAESP - Contrato de Concesión No. 344 de 2010" anexo del dictamen de contradicción técnico

²⁵² Acta de acuerdo. 27 de diciembre de 2011. Optimización del sistema de tratamiento de lixiviados del RSDJ.

²⁵³ Documento "CGR-052-12 2CARPETA 92 CAJA 21" aportado con exhibición de documentos.

había dado cumplimiento al plan de choque, lo cual generaba importantes costos no cubiertos por la remuneración, en los siguientes términos:

“Desde el inicio mismo de la ejecución del contrato de Concesión No 344 de 2010, CGR DONA JUANA S.A. E.S.P. ha denunciado y reclamado en reiteradas oportunidades tanto a la Interventoría anterior ejercida por HMV CONCOL como a la actual en cabeza de la UT INTER DJ y ante la UAESP, las REALES condiciones en que fue entregado por el anterior concesionario el Sistema de Tratamiento de Lixiviados en sus distintos componentes y en especial la Planta de Tratamiento de Lixiviados, así como demostrado de manera empírica y técnica la REAL capacidad de tratamiento de la planta, denuncias y reclamos que nunca han sido analizados a profundidad ni se ha emitido un pronunciamiento de fondo”.

2.4.3.1.8. El **27 de mayo de 2014** CGR presentó a la UAESP una solicitud de modificación de la remuneración para la actividad de tratamiento de lixiviados, en la que le manifiesta:

“Como es de su conocimiento, el Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P, ha advertido en diversas comunicaciones y en especial en el documento contentivo de la “PROPUESTA TÉCNICA PARA SOLICITUD DEL PERMISO DE VERTIMIENTOS DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS EN EL RSDJ”, radicado ante la UAESP con el fin de ser presentado ante la CAR para tramitar el nuevo permiso de vertimientos, la necesidad de modificar la tarifa contractual que actualmente se le reconoce al concesionario por el tratamiento del lixiviado producido en el Relleno Sanitario Doña Juana (...). En ese sentido, y teniendo en cuenta que en diciembre de 2013 la Unidad a su cargo presentó ante la CAR la solicitud del nuevo permiso de vertimientos para lo cual allegó nuestra propuesta, me permito darle a conocer copia del estudio contratado por CGR Doña Juana S.A. E.S.P con la firma MICRO & MACRO CONSULTORES, expertos en el área tarifaria en servicios públicos, en el que se

*explica y justifica la necesidad y viabilidad de la modificación tarifaria."*²⁵⁴

2.4.3.1.9. El **18 de junio de 2014** la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR – expidió la Resolución No. 1351 *"Por medio de la cual se modifica la licencia ambiental única otorgada para el proyecto "Relleno Sanitario Doña Juana" y se toman otras determinaciones."*²⁵⁵

2.4.3.1.10. Mediante comunicación del **9 de julio de 2014** el Concesionario reiteró a la UAESP la necesidad de iniciar la discusión de la solicitud del Concesionario de modificación de la tarifa para el tratamiento de lixiviados, teniendo en cuenta que en diciembre de 2013 la UAESP presentó ante la CAR la solicitud del nuevo permiso de vertimientos (lo cual incrementa los costos tanto operativos como de infraestructura) y que el Concesionario entregó a la UAESP con radicado No. CGR-113-14 el estudio contratado a la firma MICRO & MACRO CONSULTORES, en el que se justifica la necesidad de la modificación tarifaria.²⁵⁶

2.4.3.1.11. Con comunicación del **15 de julio de 2014** la UAESP convocó al Concesionario a una reunión el 25 de julio de 2014 para atender la solicitud de éste de abrir un espacio para discutir el estudio remitido por el Concesionario relacionado con la modificación de la tarifa para el tratamiento de lixiviados.²⁵⁷

²⁵⁴ CGR-113-14 (UAESP 2014-680-018449-2) del 27 de mayo de 2014. Anexo dictamen de contradicción técnico.

²⁵⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 20 y ss.

²⁵⁶ Aportada con la reforma de la demanda. Documento "CGR-135-14 UAESP-Modificación Tarifa Contractual para el Tratamiento de la PTL" anexo del dictamen de contradicción técnico.

²⁵⁷ Aportada con la demanda reformada.

- 2.4.3.1.12. El 25 de julio de 2014, el consultor Macro y Micro, junto con CGR, realizaron varias presentaciones a la UAESP sustentando la necesidad y la procedibilidad de ajustar la remuneración insuficiente que estaba recibiendo CGR Doña Juana²⁵⁸.
- 2.4.3.1.13. Mediante comunicación del 12 de agosto de 2014 la Interventoría solicitó al Concesionario que enviara la información requerida por la UAESP con el objeto de que pudiera revisar y realizar las proyecciones necesarias y proceder a evaluar la propuesta de modificación tarifaria en el componente de lixiviados²⁵⁹.
- 2.4.3.1.14. Con comunicación del **12 de septiembre de 2014** el Concesionario informa a la UAESP que la información solicitada, relacionada con la nueva estructura de costos imputables al proceso de tratamiento de lixiviados, fue presentada en la reunión del 25 de julio de 2014, la cual se encuentra explicada en la solicitud de modificación de la tarifa radicada el 27 de mayo de 2014. Adicionalmente, el Concesionario reitera que viene asumiendo costos adicionales derivados de la implementación de nuevas tecnologías no cubiertos por la tarifa, adjuntando soporte de esos costos. Agrega el Concesionario que lo anterior está ocasionando un desequilibrio económico del Contrato que debe ser restablecido mediante los acuerdos a que haya lugar, por lo cual solicita a la UAESP adelantar la actuación administrativa

²⁵⁸ Traslado de las excepciones de la reforma de la demanda. "25-07-2014 presentación solicitud CGR a UAESP VF".

²⁵⁹ Aportada con la demanda reformada. Documento "CGR-196-14 UAESP-Solicitud Modificación Tarifa de Tto de Lixiviados" anexo del dictamen de contradicción técnico aportado por CGR Doña Juana.

pertinente teniendo en cuenta que el análisis y la justificación de la necesidad del ajuste de la tarifa fue presentado con la solicitud de modificación.²⁶⁰

2.4.3.1.15. Mediante comunicación del **12 de septiembre de 2014** el Concesionario puso en conocimiento de la Subdirección Legal de la UAESP el trámite de la solicitud de modificación tarifaria radicada el 27 de mayo de 2014, reiterando que la tarifa contractual no estaba reconociendo los costos que genera la modernización de la PTL y advirtiéndolo el riesgo inminente del quiebre del equilibrio contractual, solicitando su atención a la solicitud de modificación tarifaria.²⁶¹

2.4.3.1.16. Con comunicación del **1 de octubre de 2014** el Concesionario le manifestó a la UAESP que después de cuatro meses de haber radicado la solicitud de modificación de la tarifa a la fecha no había recibido respuesta, siendo deber legal y contractual de la UAESP velar por la debida ejecución del Contrato y atender las solicitudes del Concesionario. Menciona la comunicación que los costos adicionales asociados al tratamiento de lixiviados, representados en la compra de insumos químicos y en la tecnología implementada en la PTL, constituyen la esencia de la solicitud de la modificación de la tarifa. Recordó a la UAESP que las partes del contrato están llamadas a adoptar las medidas del caso para restablecer el desequilibrio económico,

²⁶⁰ Aportada con la demanda reformada. Documento "CGR-196-14 UAESP-Solicitud Modificación Tarifa de Tto de Lixiviados" anexo del dictamen de contradicción técnico aportado por CGR Doña Juana.

²⁶¹ Aportada con la demanda reformada. Documento "CGR-198-14 UAESP-Estado Modificación Tarifa Contractual" anexo del dictamen de contradicción técnico aportado por CGR Doña Juana.

de manera que solicita nuevamente a la Unidad que adelante la actuación administrativa requerida con el fin de evitar un escenario definitivo que quiebre el equilibrio del contrato, reiterando también la disposición del Concesionario para adelantar las sesiones de trabajo que se requieran²⁶².

2.4.3.1.17. Mediante comunicación del **14 de octubre de 2014** la UEASP le manifestó al Concesionario que *“Es indispensable para estudiar una posible modificación de la remuneración por tratamiento de lixiviados, que el concesionario presente su información económica y financiera real sobre la operación e inversiones realizadas”* durante toda la concesión²⁶³.

2.4.3.1.18. Mediante Resolución No. 2320 del **14 de octubre de 2014** la CAR resolvió los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 1351 de 2014²⁶⁴.

2.4.3.1.19. El **26 de noviembre de 2014**, mediante derecho de petición, el Concesionario solicitó nuevamente a la UAESP un pronunciamiento oficial en relación con la solicitud de modificación de la tarifa para el tratamiento de lixiviados, en el cual le manifestó que *“A pesar de haber CGR atendido, en la reunión sostenida el día 25 de julio de 2014, lo solicitado mediante oficio del 10 de junio de 2014, con radicado UAESP 20144010079631, por parte de la Subdirección de Disposición*

²⁶² Aportada con la demanda reformada. Documento “CGR-209-14 UAESP-Estado Solicitud Modificación Tarifaria” anexo del dictamen de contradicción técnico aportado por CGR Doña Juana.

²⁶³ Aportada con la demanda reformada.

²⁶⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 106 y ss.

Final, de allegar la información económica y financiera acerca de la operación e inversiones realizadas en el STL, con el detalle y soporte de cada uno de los recursos económicos utilizados para tal fin durante toda la concesión, y el presupuesto detallado de inversiones proyectado, que fue presentado a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca -CAR- en el marco del trámite de la solicitud de permiso de vertimientos en diciembre de 2013²⁶⁵, la Unidad hasta el momento no ha atendido su compromiso de efectuar el análisis de los argumentos presentados por el concesionario, y en ese sentido emitir el pronunciamiento de fondo correspondiente"; por lo cual le solicitó su pronunciamiento oficial y de fondo sobre la solicitud de modificación de la tarifa de lixiviados, pues la ausencia del mismo ponía en grave riesgo el equilibrio económico del Contrato²⁶⁵.

- 2.4.3.1.20. Con comunicaciones del **10 de diciembre de 2014**²⁶⁶ y el **10 de enero de 2015** la Interventoría informó a la UAESP que, en relación con la solicitud del Concesionario de modificación de la tarifa para el tratamiento de lixiviados, hasta la fecha, éste "(...) no ha entregado a la Entidad Contratante ni a la Interventoría, la información financiera y contable que se le ha requerido en múltiples comunicados, haciendo imposible para la entidad la vigilancia y control sobre la ejecución financiera del Contrato de Concesión en su totalidad."

²⁶⁵ comunicación CGR-260-14 Aportada con la demanda reformada.

²⁶⁶ Aportada con la contestación de la demanda.

2.4.3.1.21. Con comunicación del **21 de enero de 2015** el Concesionario solicitó a la UAESP una reunión con el fin de tratar el tema de la modificación de la tarifa de tratamiento de lixiviados²⁶⁷. Mediante comunicación del **30 de enero de 2015** la UAESP informó al Concesionario que la reunión solicitada quedaba programada para el 3 de febrero de 2015²⁶⁸.

2.4.3.1.22. Obra en el expediente un acta de la reunión llevada a cabo el **3 de febrero de 2015** en la UAESP, cuyo objeto fue discutir la viabilidad de revisar la tarifa por tratamiento de lixiviados y los insumos necesarios para realizar dicha revisión. Consta en el acta que el Concesionario manifestó que requería la modificación de la mencionada tarifa "(...) debido a que actualmente no es suficiente para sufragar las inversiones que requiere la PTL y la optimización del STL en general". Consta igualmente que la UAESP manifestó que requería la elaboración del modelo de costos para poder establecer la viabilidad de modificar la tarifa. "Micro & Macro, consultor de CGR, realizó presentación en PowerPoint respecto de antecedentes y consideraciones jurídicas que soportan la solicitud de modificación de la tarifa."²⁶⁹

2.4.3.1.23. Mediante comunicación del **25 de febrero de 2015** el Concesionario solicitó a la UAESP fijar nueva fecha para llevar a cabo la reunión que había sido programada para el 10 de febrero en relación con la necesidad de una modificación de

²⁶⁷ Aportada con la demanda reformada.

²⁶⁸ Aportada con la demanda reformada.

²⁶⁹ Aportada con la contestación de la demanda.

la tarifa contractual, previo estudio por parte de la Interventoría del documento presentado a la UAESP con el radicado del 7 de mayo de 2014²⁷⁰.

2.4.3.1.24. Con comunicación del **19 de marzo de 2015** la UAESP informó al Concesionario que las mesas se reanudarían una vez presente la información pertinente para evaluar el tema así como los documentos solicitados en la reunión del 3 de febrero de 2015.²⁷¹

2.4.3.1.25. El **9 de julio de 2015** se expidió la **Resolución CRA 720 de 2015**, *"Por la cual se establece el régimen de regulación tarifaria al que deben someterse las personas prestadoras del servicio público de aseo que atienden en municipios de más de 5.000 suscriptores en áreas urbanas, la metodología que deben utilizar para el cálculo de las tarifas del servicio público de aseo y se dictan otras disposiciones"*.

2.4.3.1.26. El **29 de febrero de 2016** el Concesionario solicitó a la UAESP que dentro de los temas que serían objeto de análisis de cara a la eventual modificación del Contrato, fuera incluido prioritariamente el desequilibrio de la ecuación contractual, pues los recursos percibidos por disposición final no eran suficientes para ejecutar todas las actividades y obligaciones contractuales, pues la gran mayoría de ellas no fueron incluidas por el regulador en el modelo económico teórico y un número

²⁷⁰ Aportada con la demanda reformada.

²⁷¹ Aportada con la reforma de la demanda.

significativo de las obligaciones derivadas de la licencia ambiental, Resoluciones CAR 1351 de 2014 y CAR 2320 de 2014, tampoco están siendo remuneradas²⁷².

2.4.3.1.27. El **31 de mayo de 2016** el Concesionario consultó la opinión de la UAESP "(...) en el sentido de si encuentra conveniente, a la luz de las obligaciones contractuales, que la estructura tarifaria que sirve de base para la remuneración del concesionario sea aquella contenida en la Resolución CRA 720 de 2015 y no la obrante en el contrato de concesión 344 de 2010 que deriva, en el componente de disposición final de residuos sólidos, de la previsión contenida en las Resoluciones CRA 351 de 2005 y 482 de 2009 y para el componente de tratamiento de lixiviados, de la tarifa contractual estructurada por la UAESP."²⁷³

2.4.3.1.28. El **16 de junio de 2016** el Concesionario presentó a la UAESP los costos asociados a las actividades de Disposición Final y Tratamiento de Lixiviados del RSDJ resultantes de la aplicación de las metodologías establecidas por la CRA en la Resolución 720 de 2015.

2.4.3.1.29. El **7 de julio de 2016** el Concesionario manifestó a la UAESP, en relación con la Resolución CRA 720 de 2015, que "se llegó a la conclusión consensuada de que se debía aplicar la Resolución CRA 720 de 2015"; sin embargo de lo cual el Concesionario continuó su revisión y análisis de los documentos relacionados

²⁷² Aportada con la demanda reformada.

²⁷³ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 186.

con la aplicación de la nueva metodología tarifaria por lo cual le manifestó a la UAESP que “(...) el Costo de Tratamiento de Lixiviados (CTL) goza de la excepción contenida en el artículo 1 de la Resolución CRA 720 de 2015, razón por la cual se debe continuar aplicando el valor resultante de la tarifa contractual que estructuró la UAESP y que fue incorporada en el pliego de condiciones y en los documentos que hacían parte integral de la Licitación Pública UAESP 001 de 2010, que dio origen al Contrato de Concesión 344 de 2010.”²⁷⁴

- 2.4.3.1.30. El **8 de septiembre de 2016** CGR dirigió a la UAESP una comunicación en relación con la expedición de la Resolución CAR 1351 de 2014 que modificó la licencia ambiental del Relleno, respecto de la cual señaló que la misma era de obligatorio cumplimiento y que contenía una ampliación de los monitoreos ambientales que debían realizarse, según la tabla comparativa que incluyó, los cuales excedían en el alcance de los monitoreos establecidos en la licencia inicial que fue entregada como parte de los documentos de la Licitación. Adicionalmente, menciona que para el vertimiento de lixiviados tratados existen nuevas normas desde el año 2015, como la Resolución 631 de 2015 del Ministerio de Ambiente y la Resolución 827 de 2015 de la CAR “(...) Con relación a la calidad de las aguas vertidas al Río Tunjuelo, que resultan adicionales a las existentes al momento de la celebración del Contrato (...) y cuya aplicación generaría un desequilibrio de la ecuación económica del concesionario, pues las actividades y

²⁷⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 180 a 182 vuelto.

obligaciones que se derivan de ellas no están reconocidas en la tarifa imputable al tratamiento de lixiviados vigente, que es una tarifa de contrato que estructuró la UAESP a la luz del parágrafo del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 (...)."

Por lo anterior, el Concesionario solicita que la UAESP de respuesta a la comunicación radicada el 7 de julio de 2016 "(...) pues el tratamiento de lixiviados está siendo remunerado con una tarifa a todas luces deficitaria, cuyo ajuste debe analizarse y decidirse (...)" y que "(...) que proceda a modificar la tarifa contractual para garantizar la inclusión de los costos derivados de la aplicación de los nuevos monitoreos y de todas aquellas nuevas actividades que deberá ejecutar en la PTL, esto es, reconocer el componente de inversiones, pues en las condiciones tarifarias actuales, su ejecución implica el desequilibrio de la ecuación económica y por consiguiente de la suficiencia financiera del concesionario"²⁷⁵.

2.4.3.1.31. El **27 de septiembre de 2016** la UAESP manifestó a CGR que debía dar estricta aplicación a la Resolución CRA 720 de 2015 para efectos de cálculo de los componentes correspondientes al Costo de Disposición Final y al Costo de Tratamiento de Lixiviados²⁷⁶.

2.4.3.1.32. El **29 de septiembre de 2016** el Concesionario manifestó a la UAESP que si bien tenía claro que el cálculo de los componentes del Costo de Disposición Final – CDF- y del Costo de Tratamiento de Lixiviados – CTL- debe hacerse con base en la Resolución

²⁷⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 175 a 179.

²⁷⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 172 a 174.

CRA 720 de 1015 *"para efectos netamente tarifarios"*; también era claro que era necesario que estos aspectos quedaran incorporados en el Contrato. Por otra parte, solicitó a la UAESP que aclarara *"(...) cómo será la remuneración mensual por las actividades de tratamiento de lixiviados, teniendo en cuenta el carácter de tarifa contractual que le asiste a dicha actividad"* y reitera lo expuesto en comunicación anterior en la que se citan varios apartes de los documentos que hicieron parte de la licitación en los que la UAESP menciona que la tarifa por el tratamiento de lixiviados es una tarifa contractual establecida con base en el parágrafo 1 del Artículo 87 de la Ley 142 de 1994.²⁷⁷

2.4.3.1.33. El **5 de diciembre de 2016** la UAESP respondió a CGR que debía dar estricta aplicación a la Resolución CRA 720 de 2015 por ser la metodología tarifaria de orden público; por lo que su remuneración mensual por el tratamiento de lixiviados sería el resultado de multiplicar el número de toneladas por el Costo de Tratamiento de Lixiviados – CLT, con base en la mencionada resolución menos los descuentos establecidos en el Contrato.

Agregó la UAESP que el Concesionario debería adelantar los análisis y estudios pertinentes *"(...) para determinar si el Costo de Tratamiento de Lixiviados calculado con la metodología regulatoria vigente expedida por la Comisión de Regulación es suficiente para atender las exigencias ambientales indicadas por las autoridades competentes. Los resultados de este estudio determinarán las opciones a tener en cuenta para que en cuyo*

²⁷⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 169 a 171 vuelto.

caso, se delante de ser necesario, un proceso de modificación de costos de referencia ante el regulador, para lo cual la UAESP ha manifestado que prestará todo el apoyo pertinente para tal fin, por tanto, se requiere la remisión a la Unidad de estos análisis y estudios detallados a la mayor brevedad posible"²⁷⁸.

2.4.3.1.34. El **30 de enero de 2017** CGR dirigió una comunicación a la Interventoría en la que le manifestó que su posición era que la tarifa a cobrar a los usuarios del servicio debía ser la establecida por la Resolución CRA 720 de 2015 en disposición final de residuos sólidos, mientras que la remuneración por tratamiento de lixiviados a favor del Concesionario debía ser la contenida en el literal b) de la Cláusula Séptima del Contrato. Ante de la diferencia de criterios con la UAESP, el Concesionario solicitó a la Interventoría su pronunciamiento sobre la materia²⁷⁹.

2.4.3.1.35. El **22 de febrero de 2017** CGR le manifestó a la UAESP, con copia a la Interventoría, que teniendo en cuenta que la Unidad fue aplicar las previsiones de la Resolución 720 de 2015, el Concesionario realizó los cálculos pertinentes para el periodo de enero de 2017 arrojando que por tratamiento de lixiviados recibe un menor valor de \$370.118.602, "(...) con lo que se rompe el principio de suficiencia financiera definido en la Ley 142 de 1994 para cada una de las actividades y con ello se genera un perjuicio económico (...)", Luego de un recuento de las solicitudes que presentó en relación con esta situación,

²⁷⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 167 vuelto y 168.

²⁷⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 166 y 166 vuelto.

además de ciertas consideraciones de orden legal, solicitó a la UAESP “(...) su colaboración para resolver la inquietud planteada en torno a la insuficiencia financiera que evidencia el contrato de concesión 344 de 2010, con ocasión de la aplicación de la Resolución CRA 720 de 2015 en el componente de tratamiento de lixiviados”²⁸⁰.

Mediante el documento “1 FINAL SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES ANUAL JUL 015-JUN 016”, correspondiente al informe del periodo del 01 de julio de 2015 al 30 de junio de 2016, la Interventoría UT INTER DJ advirtió a la UAESP la necesidad de compensar los efectos negativos causados al Concesionario si determinaba que se debía aplicar la Resolución 720 de 2015 al Contrato, en los siguientes términos:

“La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA, emitió el marco tarifario para grandes prestadores de los componentes del servicio de aseo, según resolución 720 de 2015, con aplicación a partir del 1 de abril de 2016.

El concesionario ha manifestado que se debe dar cumplimiento a dicha resolución, realizando algunas actuaciones para el cambio de tarifas en el componente de disposición final, y para la actividad de tratamiento de lixiviados se ampra en que es una tarifa contractual.

Para la actividad de disposición final, no se generan inconvenientes en la aplicación de la metodología, por cuanto la tarifa final no es inferior a la establecida por la resolución 351 de 2005, sin embargo si se realiza la aplicación de la metodología para la actividad de tratamiento de lixiviados, se configura una tarifa inferior a la aplicada en la actualidad, al generarse esta diferencia el concesionario está en todo el derecho de que se le nivelen o reestablezcan los valores dejados de percibir por el cambio

²⁸⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 158 a 165.

regulatorio, en este caso el contratante debe establecer cuál será la fuente de pago para esta nivelación del contrato.

Por lo anterior se recomienda contemplar la situación del restablecimiento del contrato, por cuanto la UAESP debería de establecer los recursos para nivelar este los cuales no pueden ser cubiertos vía de tarifas a los usuarios.

O contemplar otras opciones de negociación para no lesionar al concesionario en su modelo financiero al momento de la presentación de la oferta”²⁸¹. (Subrayado añadido)

2.4.3.1.36. El **12 de mayo de 2017** el Concesionario manifestó a la UAESP que los ingresos por la actividad de tratamiento de lixiviados no alcanzaban ni siquiera para pagar las facturas por consumo de energía eléctrica, por lo cual le solicitó que la remuneración contractualmente pactada para el tratamiento de los lixiviados se mantuviera hasta que se modificara el costo de referencia para el tratamiento de lixiviados por parte de la CRA cuya solicitud el Concesionario estaba preparando²⁸².

La UAESP negó la solicitud del Concesionario con comunicación del **12 de mayo de 2017** manifestando que “(...) sobre la aplicación de la regulación en materia de servicios públicos, en el Contrato es claro que para las partes no cabe duda que al tratarse de normas de orden público no le resulta oponible un acuerdo contractual.” Agregó que en el apéndice 10 del Pliego de Condiciones, se estableció que el riesgo asociado a las modificaciones regulatorias se encuentra en cabeza del Concesionario y que llamaba la atención que el Concesionario no hubiera presentado antes la solicitud de

²⁸¹ Documento aportado con exhibición de documentos de la Interventoría UT Inter DJ. “UTIDJ-2016090800-09-16 RSTA. CGR-DE 100-16 RES. CRA 720 DE 2015 FRENTE A C-344-10”.

²⁸² Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 155 a 155 vuelto.

revisión de costos²⁸³.

2.4.3.1.37. Mediante comunicación fechada 15 de agosto de 2017, radicada **el 4 de septiembre de 2017**²⁸⁴, el Concesionario solicitó a la CRA la modificación del costo económico de referencia para los componentes de Disposición Final – CDF y Tratamiento de Lixiviados – CTL del Relleno bajo la causal de mutuo acuerdo, atendiendo el procedimiento previsto en la Resolución CRA 271 de 2003, “(...) *a partir de la aplicación de los costos reales de prestación del servicio y las proyecciones de los costos a ejecutarse según las condiciones establecidas en el Estudio de Impacto Ambiental, la Licencia otorgada por Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR y la norma de vertimientos establecida por la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá D.C. – SDA (criterio de eficiencia económica), asociados a la tecnología existente y a incorporar en el Relleno (...), debido a que los costos relacionados con las actividades de disposición de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados en este relleno sanitario sobrepasan los máximos establecidos por la normatividad vigente, (...).*”

Menciona CGR en la solicitud que “*La modificación solicitada cumple con el criterio de transparencia, ya que se remiten los soportes de los costos reales ejecutados por la prestación de los servicios de disposición final y tratamiento de lixiviados, los costos proyectados determinados con base en las exigencias del Estudio de Impacto Ambiental, la Licencia Ambiental y*

²⁸³ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 155.

²⁸⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 144 a 154.

norma de vertimientos de la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá D.C., elaborando modelos de costos con todos los soportes relacionados de manera explícita en su interacción con las diferentes variables y hojas de cálculo, confirmando adicionalmente que en el proceso de la presente actuación se realizarán las divulgaciones e invitaciones que la Comisión considere pertinente y que exija la legislación existente."

Agrega el Concesionario que el Relleno cuenta con particularidades de inversiones y operación determinadas por dichos instrumentos ambientales (descritos en documento anexo) "(...) que difieren de los modelos establecidos por la CRA para la tecnología de referencia para el relleno sanitario tipo RSU 1 y el escenario 4 de tratamiento de lixiviados, y que deben ser reconocidos (...)."

2.4.3.1.38. Mediante oficio del **18 de septiembre de 2017** la CRA solicitó al Concesionario información complementaria para el trámite de modificación del costo económico de referencia²⁸⁵.

2.4.3.1.39. Mediante comunicación del **10 de noviembre de 2017** el Concesionario manifestó a la Interventoría que los ingresos de la tarifa actual para el tratamiento de lixiviados no estaban reconociendo los costos de la totalidad de las actividades contractuales y derivadas de la licencia ambiental inherentes al tratamiento de lixiviados, generando un déficit de \$330 millones mensuales, razón por la cual no le era posible cumplir con las exigencias de la Interventoría y la UAESP respecto a la optimización y mejoramiento de la calidad del vertimiento. Por

²⁸⁵ Aportada con la reforma de la demanda.

lo anterior, el Concesionario solicitó a la Interventoría que realizara un análisis independiente para cada una de las tarifas, esto es, disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, *"(...) descartando de entrada aquella percepción imprecisa según la cual las actividades de tratamiento de lixiviados que no alcanzan a ser remuneradas con la tarifa actual, sean remuneradas con cargo a recursos provenientes de la tarifa de disposición final, la cual, como se ha demostrado, también es deficitaria (...) "*²⁸⁶, a efectos de lo cual remitió un archivo con la relación de los costos del Sistema de Tratamiento de Lixiviados.

- 2.4.3.1.40. Mediante comunicación del **12 de diciembre de 2017** el Concesionario hizo a la UAESP un recuento de las circunstancias que dieron origen a la insuficiencia tarifaria tanto en relación con la disposición final de residuos sólidos como para el tratamiento de lixiviados. Relaciona el Concesionario las actividades que no están cubiertas con las tarifas actuales, las cuales, en consecuencia, *"(...) estarán sujetas a cumplimiento, después de la obtención de la modificación tarifaria"*. Manifestó que los ingresos de la tarifa actual para el tratamiento de lixiviados no estaban reconociendo los costos de la totalidad de las actividades contractuales y derivadas de la licencia ambiental inherentes al tratamiento de lixiviados, generando un déficit de \$330 millones mensuales, razón por la cual no era posible cumplir con las exigencias de la Interventoría y la UAESP respecto a la optimización y mejoramiento de la calidad del

²⁸⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 140 a 141.

vertimiento. Por lo anterior, el Concesionario solicitó a la UAESP que realizara un análisis independiente para cada una de las tarifas, esto es, disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, *"(...) descartando de entrada aquella percepción imprecisa según la cual las actividades de tratamiento de lixiviados que no alcanzan a ser remuneradas con la tarifa actual, sean remuneradas con cargo a recursos provenientes de la tarifa de disposición final, la cual, como se ha demostrado, también es deficitaria (...) "*²⁸⁷, a efectos de lo cual remitió un archivo con la relación de los costos del Sistema de Tratamiento de Lixiviados.

- 2.4.3.1.41. Mediante comunicación del **9 de febrero de 2018** la UAESP dio respuesta a la comunicación del Concesionario con radicado 20177000328922 relacionada con la aplicación de la Resolución CRA 720 de 2015, manifestando que *"(...) no es dable concluir que en el caso que nos ocupa, estemos frente a una hipótesis de tarifa contractual, lo que implicaría la eventual procedencia de una hipótesis de desequilibrio económico del contrato"*; que de conformidad con el art 3 de la Resolución CRA 720 la metodología tarifaria adoptada por dicha resolución es de precio techo, lo cual implica que los prestadores del servicio pueden cobrar hasta el límite que constituya su precio máximo; que bajo la vigencia de la Resolución CRA 271 de 2003 el prestador puede solicitar la modificación de carácter particular de las fórmulas tarifarias y/o del costo económico de referencia; que lo anterior es tan cierto que el Concesionario ya acudió a

²⁸⁷ Aportada con la demanda reformada.

CRA en ejercicio del derecho que le otorga la mencionada disposición, para obtener una modificación de los costos de su operación, lo que constituye un argumento más para concluir que no se está ante una "tarifa contractual", pues si así fuera la CRA no tendría competencia para adelantar la revisión de costos. Por consiguiente, concluye la UAESP que es la CRA la *"(...) competente para pronunciarse sobre un posible o eventual cambio en los costos de la operación de las actividades complementarias de disposición final y autorizar los ajustes correspondientes."*²⁸⁸

2.4.3.1.42. El **26 de febrero de 2018** se llevó a cabo una audiencia pública ante la CRA dentro del trámite de la solicitud de modificación de los costos económicos de referencia para las actividades de disposición final y de tratamiento de lixiviados, en la cual el representante de la UAESP manifestó que *"una vez se conoció la solicitud de modificación de costos, se revisó, pues quien era el competente, efectivamente era CGR y lo que se ha manifestado tanto por el alcalde como por la directora de la UAESP en ese momento es que la solicitud se acompaña en el sentido de acompañar que se requiere una modificación de costos, pero no frente al costo en si que está incluido, nos acogemos completamente a la revisión que realice la comisión y a lo que la comisión decida que se pueda o no reconocer"*²⁸⁹.

2.4.3.1.43. Mediante escrito del **24 de mayo de 2018** el Concesionario dio

²⁸⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 136 a 138.

²⁸⁹ Acta de Audiencia - 20183210025102 ACTA AUDIENCIA. Aportada por la UAESP en la contestación a la demanda.

respuesta a la solicitud de información formulada por la CRA el 18 de septiembre de 2017 dentro del trámite administrativo de modificación de las tarifas. De esta comunicación se destacan los siguientes apartes:

“El Concesionario presenta un “INSTRUCTIVO PARA CONSULTAR LOS SOPORTES DE LOS COSTOS DEL MODELO DE MODIFICACIÓN DEL COSTO DE DISPOSICIÓN FINAL PARA EL RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA — RSDJ”, en el cual se lee:

“La pestaña Simulación contiene la información histórica de los años 2015 y 2016. A partir de 2017 se realizó la proyección hasta 2040 para el Costo Medio de Inversión — CMI y Costo Medio de Operación — CM0 y hasta el año 2055 para el caso del Costo Medio de Post Clausura, siguiendo el mismo horizonte de proyección utilizado en la Resolución CRA 720 de 2015.”²⁹⁰

Más adelante, refiriéndose a la información histórica y proyectada de los costos contenidos en el modelo, agregó:

“Es preciso aclarar que toda la información solicitada en este numeral se encuentra en el documento titulado “Análisis del costo de disposición final del Relleno Sanitario Doña Juana de Bogotá D. C. - Informe Final” y en el archivo en Excel titulado “Modelo Modificación CDF — RSDJ.xls”, los cuales fueron radicados en la CRA el 4 de septiembre de 2017. Por esta razón, en las tablas siguientes, se relaciona cada exigencia de la licencia ambiental con cada uno de los componentes de costos de la Resolución CRA 720 de 2015 y la explicación de cada uno de ellos y sus particularidades obra en cada uno de los numerales del documento mencionado.

Dichos archivos contienen la información histórica de los años 2015 y 2016. A partir de 2017 se realizó la proyección hasta 2040 para el Costo Medio de Inversión — CMI y Costo Medio de Operación — CMO y hasta el año 2055 para el caso del Costo

²⁹⁰ Anexo del dictamen.

Medio de Post Clausura, siguiendo el mismo horizonte de proyección utilizado en la Resolución CRA 720 de 2015.

De acuerdo con lo anterior, por eficiencia en la presentación de la información y teniendo en cuenta que la licencia ambiental actual fue el resultado de una modificación realizada en 2014 por la autoridad ambiental de aquel entonces, esto es la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca —CAR-, el contenido de los dos cuadros se presenta en uno solo, pues la nueva estructura de costos que es objeto de la presente actuación administrativa se deriva de la modificación de 2014."

En respuesta a la solicitud de los costos reales en los que incurrió el Ccesionario a precios corrientes para los años 2010 a 2017 y, "para los años 2018 a 2022 emplear costos proyectados que reflejen la misma tendencia de los costos históricos, debidamente soportados, que permitan corroborar la eficiencia de la decisión", el Concesionario contestó:

"CGR Doña Juana S.A. E.S.P. percibe un yerro en el razonamiento del regulador: se solicita un ejercicio de proyección incorporando los costos proyectados a partir de 2018 y se les imprime un carácter especial: que "reflejen la misma tendencia de los costos históricos".

Es preciso señalar que los nuevos costos que calculó CGR Doña Juana S.A. E.S.P. en desarrollo de la actuación particular no pueden seguir la tendencia histórica actual, pues de lo que se trata a partir del pronunciamiento del regulador, es reconocer el valor de todas aquellas actividades contenidas en la licencia ambiental que no se han ejecutado porque los costos actuales se diseñaron con base en supuestos y escenarios ambientales que no captan la realidad del relleno sanitario Doña Juana."

"Realizadas las precisiones anteriores, se construyó el flujo de caja para el período 2011 — 2022, considerando siguientes supuestos:

- Se utilizó información histórica para las vigencias 2011 a 2017.*
- Los ingresos del período comprendido entre 2011 y diciembre de*

2016 se calcularon aplicando las previsiones de la Resolución CRA 351 de 2005.

- Los ingresos de 2017 a 2022 se calcularon aplicando las previsiones de la Resolución CRA 720 de 2015.
- Los ingresos fueron calculados como la multiplicación de las toneladas dispuestas por los costos después de aplicar los descuentos imputables a la licitación (10%) y a las previsiones contables señaladas en la regulación.”²⁹¹

2.4.3.1.44. El **19 de julio de 2018** la CRA expidió la **Resolución CRA 843 de 2018** “Por la cual se resuelve la solicitud de modificación del costo económico de referencia para los componentes de Disposición Final – CDF y de Tratamiento de Lixiviados – CTL, presentada por Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P.”²⁹²

De la Resolución CRA 843 de 2018 el Tribunal resalta los siguientes apartes:

Del capítulo “4. CONCLUSIONES”:

“4.3 Solicitud de Modificación del Costo de Tratamiento de Lixiviados (CTL)”

Que una vez realizado el análisis de la documentación e información del costo de Tratamiento de Lixiviados — CTL- que reposa en el expediente de la solicitud de modificación de costos del Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P., se pudo determinar que las particularidades solicitadas, en relación con: i) El horizonte del proyecto: 20 años operación + 15 posclausura, ii) Mayor escala en el caudal de lixiviados y iii) Mayores requerimientos ambientales de la Secretaría Distrital de Ambiente para el vertimiento de lixiviados tratados al río Tunjuelo; deben ser reconocidas en tanto y en cuanto que esta Comisión de Regulación encontró elementos probatorios que permiten

²⁹¹ Anexo del dictamen.

²⁹² Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 359 y ss.

determinar que al Relleno Sanitario Doña Juana — RSDJ, le han sido impuestas exigencias que superan ampliamente los requerimientos de esta naturaleza que fueron considerados en la regulación general”.

2.4.3.1.45. Mediante comunicación del **28 de julio de 2018** la UEASP manifestó a la CRA su aceptación expresa y total acuerdo frente a la Resolución CRA 843 de 2018²⁹³.

2.4.3.2. Consideraciones del Tribunal

Mediante estas pretensiones el Demandante solicita, en lo que respeta a las actividades de tratamiento de lixiviados, que se declare que ocurrieron actos de autoridad y de terceros y circunstancias extraordinarias e imprevisibles, ajenos CGR, que ocasionaron o profundizaron el desequilibrio económico y financiero del Contrato; y que se los incumplimientos de la UAESP, aunados a las circunstancias ya mencionadas, produjeron la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato y ocasionaron daños y perjuicios a CGR que éste constitucional y legalmente no tiene el deber de soportar; y que la UAESP no observó sus deberes de supervisión y revisión ni adoptó las medidas conducentes al restablecimiento del equilibrio contractual.

Al efecto, en el capítulo VIII de su alegato de conclusión²⁹⁴ se remite a las normas que regulan, en la Ley 80 de 1993, el fenómeno del restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal (Artículos 4, numeral 8; 5 numeral 1; 27 y 28).

²⁹³ Aportada con la contestación a la demanda reformada.

²⁹⁴ Alegato CGR. T. 3. Págs. 3 a 7.

En el numeral 8.2 del alegato, CGR hace un recuento de las imputaciones de incumplimiento que CGR le hace a la UAESP en relación con los lixiviados, así:

- La Planta de Tratamiento de Lixiviados no se entregó con una capacidad de tratamiento de 21.5 litros por segundo.
- La remuneración fijada por la UAESP para la actividad de tratamiento de lixiviados se estructuró con base en una capacidad de tratamiento de la PTL de 21,5 litros por segundo, condición que no se cumplió.
- El Plan de Choque no se encontraba finalizado.
- Los volúmenes a tratar de lixiviados fueron mayores que los anunciados en la licitación debido a la aparición del bypass que la UAESP no había revelado a los proponentes.

De estos asuntos ya se ocupó el Tribunal en el anterior apartado de este capítulo, de manera que se estará al respecto a las conclusiones y decisiones que allí se expresan.

Como consecuencia de lo anterior, afirma CGR que la UAESP incumplió las normas que gobiernan el restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal, pues no atendió los avisos y requerimientos que al efecto le formuló el concesionario.

Al respecto, quedó probado en el presente proceso que, desde el comienzo mismo de la ejecución contractual, CGR puso de presente ante la UAESP las deficiencias que encontró en el STL y en la PTL y solicitó en consecuencia que se procediera al restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, y que la UAESP nunca atendió tales requerimientos, como se

aprecia en los numerales 4.3.1.1 a 4.3.1.24 del apartado anterior de este capítulo del Laudo.

Esta negativa de la UAESP obedeció a muchas y variadas razones, tales como que en los documentos de licitación se describió de manera completa y veraz el estado del STL y de la PTL, por lo que era de responsabilidad de CGR no haber observado la debida diligencia en la preparación de su propuesta; que la tarifa remuneratoria para las actividades de tratamiento de lixiviados era una tarifa regulatoria, por lo cual no era del resorte de esa entidad modificarla sino que el Concesionario debía acudir a la solicitud de modificación con carácter particular de los costos de referencia de la misma ante la CRA; que las consecuencias de los hechos reclamados constituían un riesgo asumido por el Concesionario de conformidad con el Contrato; y que el Concesionario no entregó la información suficiente en relación con sus costos e inversiones, lo que impedía a la UAESP analizar sus solicitudes.

A este respecto, el Tribunal no puede llegar a una conclusión contundente con base en el plenario sobre si CGR entregó o no la información suficiente para que la UAESP hubiera podido revisar la remuneración correspondiente a los lixiviados, a más de que, como ya se señaló en este laudo, el Concesionario no tenía la obligación de entregar a la Unidad su modelo económico del proyecto. Por lo demás, dicha información podía no ser necesaria para tal efecto, como quiera que el ejercicio que se le solicitaba a la UAESP era revisar los costos económicos de referencia para las actividades correspondientes al manejo de los lixiviados propios del RSDJ para modificar la tarifa contractual, y no los costos propios de CGR.

En relación con esta objeción de la entidad, que tendría carácter dilatorio (pues según ella la UAESP habría estado en disposición de revisar la tarifa contractual cuando CGR le entregara la información que consideraba necesaria), el Tribunal observa que todas las demás objeciones tienen efectos perentorios, de manera que, aún si se hubiera entregado la información que la Unidad echaba de menos, su propia conducta indica que tampoco se habría avenido a conceder las peticiones del Concesionario.

Visto lo anterior, y habiendo quedado probado y resuelto que, efectivamente, se presentaron incumplimientos por parte de la UAESP en lo que atañe a la entrega del STL y de la PTL en el estado y condiciones anunciadas en los documentos de licitación, dado que la información suministrada al respecto no fue completamente veraz ni completa, lo cual generó un desequilibrio económico del contrato *ab initio*, el Tribunal encuentra que la Unidad no remedió posteriormente dicha circunstancia mediante la adopción de las medidas pertinentes para ajustar el equilibrio económico financiero del Contrato, a pesar de las reiteradas solicitudes del Concesionario, incumpliendo por ello sus obligaciones legales.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el alegado desequilibrio económico del Contrato por circunstancias sobrevinientes a su celebración, en el capítulo 8.3 de sus alegatos, CGR se refiere a hechos ajenos a las partes que habrían desequilibrado económicamente el Contrato.

En lo que respecta a las actividades de tratamiento de lixiviados, menciona los siguientes:

- La expedición de la Resolución 1351 de 2014 por parte de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, modificó la licencia ambiental del RSDJ, lo cual según CGR generó un aumento de costos considerable a su cargo, el cual no está en obligación de soportar.

Sobre este particular, se tiene que la UAESP aceptó como cierta la afirmación de CGR en el sentido de que dicha Resolución determinó a su cargo nuevos requerimiento ambientales²⁹⁵; si bien la Convocada señaló (i) que la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental que se remitió ante la CAR y que sustenta la modificación a la Licencia Ambiental, la cual incorpora la infraestructura a desarrollar y las medidas de manejo ambiental a ejecutar dentro del Proyecto, fueron definidas por el CGR²⁹⁶; (ii) que se trata de medidas adoptadas por las autoridades ambientales todas previsibles; y (iii) que el riesgo se encuentra asignado en cabeza del concesionario²⁹⁷.

Respecto de las defensas alegadas por la UAESP, el Tribunal señaló que, aunque es cierto que la gestión de la modificación de la licencia ambiental le correspondía realizarla a CGR, a su costa; que fue CGR quien elaboró el Estudio de Impacto Ambiental; que la modificación de la licencia ambiental no solamente estaba prevista en el Contrato como una posibilidad, sino que su trámite constituía una obligación del Concesionario en virtud del numeral 6 de la cláusula Segunda del Contrato; y que en la MATRIZ DE IDENTIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO se estableció, respecto de los riesgos ambientales, que *"En el caso en que el*

²⁹⁵ Ver hecho N° 4.4 de la Demanda Reformada y su Contestación por parte de la UAESP.

²⁹⁶ Ver Contestación al hecho 4.3 de la Demanda Reformada.

²⁹⁷ Ver Contestación al hecho 3.25 de la Demanda Reformada.

Concesionario deba obtener licencias o permisos ambientales para desarrollar la (s) actividad (es) de aprovechamiento y tratamiento, al igual que aquellas actividades conexas, los costos asociados a la obtención de las licencias o permisos ambientales y al cumplimiento de las obligaciones allí contempladas estarán a cargo del Concesionario, cualesquiera que ellos sean", esta asignación de riesgo no puede entenderse con el alcance que le da la UAESP en el sentido de que los costos asociados a los nuevos requerimientos ambientales incorporados en la modificación de la licencia ambiental, que tuvo por objeto ampliar el área licenciada a otros terrenos de propiedad de la UAESP, hayan de ser asumidos por el Concesionario, independientemente de su naturaleza o cuantía, por las razones que entonces expresó el Tribunal.

En cuanto a los costos adicionales asociados a los nuevos requerimientos ambientales de la Resolución 1351 de 2014, además de la aceptación del tal hecho por parte de la Demandada, el Tribunal se refirió al dictamen económico aportado por el Demandante, según el cual efectivamente la mencionada Resolución introdujo obligaciones ambientales adicionales a las que existían para CGR Doña Juana con anterioridad a su expedición, los cuales le generaron costos que no se encontraban cubiertos por la remuneración existente, si bien no les fue posible discriminar cuales de dichas obligaciones se referían a las actividades de disposición final y cuáles al tratamiento de lixiviados.

Por lo anterior, el Tribunal concluyó que en virtud de la Resolución CAR 1351 de 2014 surgieron a cargo de CGR actividades y requerimientos en relación con el tratamiento de lixiviados, diferentes y adicionales a los vigentes al inicio de la concesión, y que por lo tanto, su atención demandó de mayores

recursos por parte de CGR, aunque no quedó probada la cuantía de dichos costos adicionales.

Así las cosas, el Tribunal concluyó, como lo hace igualmente respecto del tratamiento de lixiviados, que el acaecimiento de tal circunstancia sobreviniente a la celebración del Contrato, de la cual surgieron nuevos requerimientos ambientales, generadores de mayores costos a cargo del Concesionario del todo imprevisibles para él en ese momento, ocasionó de un desequilibrio de la ecuación económica financiera del Contrato en desmedro de éste.

Por lo anterior, con el advenimiento de esta circunstancia, devinieron exigibles o actualmente aplicables las normas establecidas en la Ley 80 de 1993 que regulan la figura del restablecimiento del equilibrio contractual, y en particular, la consagrada en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993 que contempla el deber a cargo de la UAESP de adoptar las medidas providentes para solventar esta situación.

Está probado, por lo demás, que durante la ejecución del Contrato CGR invocó al amparo de estas normas y solicitó a la UAESP que implementara las medidas necesarias para restablecer el equilibrio económico del Contrato en relación con la remuneración de las actividades de tratamiento de lixiviados, petición que nunca llegó a feliz término como consecuencia de la posición adoptada por UAESP de negarse a debatir este asunto con el Concesionario con miras a buscar un acuerdo que subsanara el desequilibrio económico mencionado.

Por lo anterior, el Tribunal encuentra que la UAESP incumplió con sus deberes

relacionados con el mantenimiento del equilibrio económico y su restablecimiento como consecuencia de esta circunstancia sobreviniente e imprevisible, no imputable a CGR, que le hizo más gravosa la ejecución del Contrato en lo relacionado con el tratamiento de los lixiviados en el RSDJ.

- La expedición de nuevas normas sobre vertimientos, lo cual según CGR generó un aumento de costos considerable a su cargo, el cual no está en obligación de soportar.

CGR manifiesta en sus alegatos de conclusión²⁹⁸ que en el año 2015 se expidieron las Resoluciones SDA 3162 de 2015²⁹⁹, MADS 631 de 2015³⁰⁰ y CAR 827 de 2015³⁰¹, las cuales impusieron nuevas obligaciones en materia de vertimientos de obligatorio cumplimiento para el Concesionario; implicaron mayores costos de operación, mantenimiento e inversión que no estaban contempladas en la remuneración que recibía por el tratamiento de lixiviados, a pesar de lo cual la UAESP no adoptó medidas correctivas o compensatorias ocasionando que la remuneración se tornara aún más insuficiente.

Al respecto, aduce como pruebas una comunicación de la Interventoría del 2019-02-07 ³⁰², en la cual esta le manifiesta a la UAESP que la Resolución MADS No. 0631 de 2015, cuyo objeto es que los agentes contaminadores con vertimientos realicen los ajustes pertinentes a sus materias primas y procesos productivos, para minimizar los impactos ambientales y

²⁹⁸ Alegatos CGR. T. 1. Num. 4.1.6.4, Págs. 325 a 330.

²⁹⁹ Aportada con dictamen técnico allegado por CGR Doña Juana.

³⁰⁰ Carpeta de pruebas. 4. Contestación demanda de reconvención. "Res_631_marz_2015-2".

³⁰¹ Carpeta de pruebas. 4. Contestación demanda de reconvención. "Resolución No 0827 del 29 de Abril de 2015".

³⁰² Documento incorporado con la exhibición de documentos de la Interventoría UT Inter DJ del 18 de enero de 2020. "2019-02-07 Concepto Calidad del Vertimiento UTIDJ".

económicos, de tal manera que se reduzca el impacto de los parámetros regulados en los vertimientos por sus actividades productivas,

“obliga a la instalación de sistemas de muy alto costo en términos de inversión, operación, mantenimiento tanto para la separación de los iones cloruros y sulfatos, como también para el manejo y la disposición de los rechazos generados en los sistemas de separación, costos no previstos en la Resolución CRA No. 720 de 2015”.

Al respecto, en el dictamen pericial técnico aportado por CGR los peritos señalan que *“Los cambios que se presentan al comparar la resolución CAR 166 de 2008 con la resolución MADS 631 de 2015 son 26 parámetros nuevos (8 para controlar y 18 parámetros incluidos como análisis y reporte) y 1 parámetros con incremento en el nivel de restricción”* y que *“El control de la DQO requiere implementar procesos con mayor eficiencia de remoción de materia orgánica no disuelta y además la disuelta en el lixiviado, la cual se logra con procesos biológicos más intensos de nitrificación y procesos físicos de separación por membranas. Así mismo, el control de sales como sulfuros y cloruros requieren tecnología más avanzada que permita remover las sales del lixiviado a través de separación por membranas (osmosis inversa) o por evaporación, lo cual no solo implica un cambio en el tren de tratamiento sino también unos elevados costos”*; lo cual no es objeto de controversia en el dictamen técnico de contradicción.

También trae a colación el hecho de que la misma UAESP, en el recurso de reposición que interpuso contra la Resolución CAR 827 del 2015, manifestó ante la CAR que *“... la impugnada resolución CAR # 827 de 2015, que acá objeto, no consideró la estructura tarifaria existente en la Resolución de la Comisión Reguladora de Aguas, CRA # 351 de 2005, ni la recién expedida,*

que entrará en vigencia en enero de 2016, Resolución tarifaria CRA # 720 de 2015, lo cual hace para la UAESP prácticamente incumplible su deseo de mejorar el vertimiento de las aguas tratadas en el RSDJ, porque cualquier proceso de mejora se prevé financiar a través de las tarifas autorizadas por la autoridad competente (CRA)"³⁰³.

En el anterior orden de ideas, el Tribunal tiene por probado que los actos administrativos a los que se refiere este apartado efectivamente introdujeron nuevos requerimientos ambientales para las actividades de tratamiento de lixiviados, que necesariamente generan costos adicionales, no previsibles para CGR, para la ejecución de sus obligaciones contractuales; si bien no se encuentra acreditada la magnitud económica de tales costos puntuales.

- Aplicación de los costos económicos de referencia de la resolución CRA 720 de 2015

Ya quedó establecido en el presente Laudo, en el capítulo correspondiente a las actividades de disposición de residuos sólidos, que la aplicación de los costos económicos de referencia establecidos por la Resolución CRA 720 de 2015 para la determinación de la remuneración de CGR para las actividades de tratamiento de lixiviados (al igual que para las de disposición de residuos sólidos), habría debido ser objeto de una modificación del Contrato entre las partes, la cual no ocurrió como consecuencia de la imposición, por parte de la UAESP, de dicha aplicación.

También ya quedó establecido que la tarifa contractual pactada para esta

³⁰³ Documento incorporado con la exhibición de documentos de la UAESP el 18 de enero de 2020. "2015-08-10 20157010085931 UAESP Solicitud de UAESP del permiso de vertimientos de PTAR al río Tunjuelo".

actividad en la cláusula Séptima del Contrato resultó ser insuficiente para cubrir los costos, gastos, inversiones y utilidad del Concesionario, por causa imputables a la UAESP.

Así mismo, es evidente que la remuneración que percibía CGR por las actividades de tratamiento de lixiviados disminuyó sustancialmente como consecuencia de la aplicación de los costos de referencia de la Resolución CRA 720 para su determinación.

Se acreditó, igualmente, que CGR solicitó reiteradamente a la UAESP que no le fueran aplicados los mencionados costos de referencia, y que se le restableciera el desequilibrio económico ocasionado por la deficiencia de la remuneración contractual para las actividades de tratamiento de lixiviados, a lo cual se negó rotundamente la UAESP aduciendo que no era procedente tal solicitud por cuanto la única solución a esta situación era que el Concesionario acudiera a la autoridad regulatoria en procura de una revisión de los costos económicos de referencia.

Lo anterior es suficiente para que el Tribunal determine que la aplicación por decisión unilateral de la UAESP de los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 para la determinación de la tarifa contractual para las actividades de tratamiento de lixiviados constituye una circunstancia sobreviniente, imprevisible para el Concesionario y no imputable a él, generadora de un rompimiento del equilibrio económico del Contrato, cuyo reconocimiento le fue negado por la UAESP, a pesar de los requerimientos que se le formularon, incumpliendo con ello sus obligaciones legales de atender y adoptar medidas necesarias para restablecer el desequilibrio financiero.

2.4.3.3. Pronunciamiento sobre las Excepciones Formuladas por la Demandada En Relación con las Pretensiones de los Capítulos 4.2 y 4.3

En lo que toca a estas pretensiones, la Convocada propuso las siguientes excepciones, que también se oponen frente a las referentes a la insuficiencia financiera y restablecimiento del desequilibrio económico en relación con la remuneración para las actividades de disposición de residuos sólidos, por lo que, en lo que sea aplicable, el Tribunal se remite a las consideraciones y decisiones adoptadas en el apartado correspondiente de este Laudo y reitera lo resuelto con las precisiones que a continuación se expresan:

“2. Segunda excepción. La controversia de los costos reclamados corresponden a un supuesto de insuficiencia tarifaria”.

El sustento de esta excepción se contrae, en síntesis, a afirmar que la tarifa del Contrato es regulatoria y no contractual, por lo que a la UAESP no le son imputables las modificaciones de la regulación tarifaria de la CRA, pues no es la Contratante la que fija las tarifas, de suerte tal que el remedio de que disponía el Concesionario era la solicitud de modificación de los costos de referencia ante esa entidad, por lo que, en criterio de la UAESP, no proceden en esta caso reclamaciones por desequilibrio económico del Contrato.

A este respecto, y por las razones expuestas a lo largo de este apartado en el sentido de que la remuneración del Contrato constituye una tarifa contractual y no regulatoria, así como sobre la procedencia de la reclamación por el rompimiento del equilibrio económico del mismo, el

Tribunal declarará no probada esta excepción.

“3. Tercera excepción: Nadie puede alegar su propia negligencia a su favor. Nadie puede ir en contra de sus propios actos. No es imputable a la UAESP la insuficiencia de la tarifa que presuntamente sufrió el contratista “.

Señala la Demandada que el concesionario en documentos oficiales dirigidos a las autoridades competentes jamás reportó insuficiencia tarifaria alguna y que ante el regulador sostuvo que para los primeros años de ejecución no tuvo problemas de suficiencia sino que sería con la entrada en vigor de la Resolución CRA 720 de 2015 donde se presentaría la situación.

Esta excepción no está llamada a prosperar por cuanto la procedencia de estas pretensiones no depende de reportes que debiera hacer el concesionario ante el regulador, pero además, porque contrario a lo que aduce la Convocada, CGR le reclamó de manera insistente y reiterada desde muy recién iniciada la ejecución del Contrato y no se probó negligencia de CGR a este respecto.

“4. Cuarta excepción: Improcedencia de la declaratoria de responsabilidad contractual: Inexistencia de daño resarcible”.

Alega la Demandada que no existe un daño resarcible, pues las decisiones adoptadas por el regulador son cargas públicas que debe soportar el prestador del servicio y que en el marco del contrato de concesión correspondía a la remuneración del contratista y que por esta razón, la Ley concedió la figura de la revisión de costos económicos de referencia como una manera de aliviar los defectos provocados por la regulación general, en casos específicos. Agrega que, el daño contractual con base en la

insuficiencia tarifaria “implica la absoluta obsolescencia de la responsabilidad contractual para resolver el caso que se pone en conocimiento de los honorables árbitros”.

Esta excepción es una variante, sobre los mismos argumentos, de las dos anteriores, de manera que se declarará igualmente no probada.

“5. Quinta excepción: Improcedencia de la declaratoria de responsabilidad contractual: Inexistencia de relación causal”.

“8. Octava excepción: La UAESP cumplió con sus obligaciones de supervisión”

Al respecto afirma la Demandante que la reclamación de CGR Doña Juana parte de la base de la revisión realizada por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en la Resolución CRA 843 de 2018 y la diferencia de lo recibido como remuneración antes de la expedición de la misma, de lo que deriva que el no haber realizado la UAESP la supervisión del contrato, trajo como consecuencia el no haber advertido la situación financiera de CGR. A partir de esta base, señala que no le era posible a la UAESP conocer la situación financiera del Concesionario, pues éste no le reveló los costos reales, y porque era CGR el único legitimado para pedir la revisión de los costos económicos de referencia ante el ente regulatorio (CRA), siendo de su órbita el riesgo regulatorio.

Además, afirma que la UAESP obró en las labores de supervisión del contrato dentro de los parámetros estipulados en el mismo.

Dado que todos estos aspectos ya fueron objeto de análisis del Tribunal, que más allá de no encontrarlos probados, definió que los hechos acreditados

demuestran lo contrario a lo que afirma la Demandante, estas excepciones no están llamada a prosperar.

"6. Sexta excepción: Conducta exclusiva del contratista en la producción del daño reclamado"

Se basa esta excepción en que, según la Demandante, quién debió evitar las presuntas pérdidas reclamadas era el Concesionario en su calidad de prestador del servicio, por cuanto en tal calidad conocía las obligaciones que ello genera, incluyendo el cumplimiento de las leyes y regulación que para el caso de las actividades del servicio público domiciliario es el servicio de aseo.

Estos asuntos ya fueron también resueltos por el Tribunal, en particular en cuanto a la distribución de los riesgos contractuales y el acaecimiento de circunstancias sobrevinientes no imputables al Concesionario que generaron una alteración imprevisible de los costos necesarios para satisfacer sus obligaciones contractuales, por lo que esta excepción tampoco puede prosperar.

"7. Séptima excepción: CGR DOÑA JUANA nunca reveló a la UAESP sus modelos de costos alegando la confidencialidad de los mismos"

Esta excepción se basa en que CGR, según afirma la Convocada, no le reveló sus modelos de costos y no realizó las inversiones a las que se comprometió en el contrato.

Sobre este reproche, el Tribunal no encuentra relación de causalidad entre la negativa de CGR a entregar a la UAESP su modelo económico y la

procedencia de las pretensiones, pero, principalmente, que el argumento se podría plantear en los siguientes términos: ¿si CGR hubiera entregado su modelo económico de costos a la UAESP, esta última habría accedido a revisarlos y a adoptar en consecuencia las medidas necesarias para subsanar el desequilibrio económico del Contrato? La respuesta a este interrogante es negativa, por cuanto las razones que esgrimió la UAESP para no efectuar siquiera tal revisión fueron muy distintas, pues en síntesis consistieron en que este era un riesgo que correspondía asumir al Concesionario, y que, tratándose de una tarifa regulatoria (que ya se estableció que no lo era) el remedio para un eventual déficit de la misma era únicamente acudir al regulador para que la CRA modificara los costos de referencia.

Así, esta excepción se declarará no probada.

"9. Novena excepción. El Tribunal no es competente para definir un costo eficiente hipotético para los años anteriores a la expedición de la Resolución CRA 843 de 2018"

Esta excepción consiste en que, según la Demandada, se está pidiendo al Tribunal *"simular una tarifa para el servicio público de aseo en sus componentes de disposición final y de tratamiento de lixiviados"* lo cual desborda su competencia al exigir que *"para las partes, se precise un función de los principios que gobiernan las normas imperativas del servicio público, se defina una composición de suficiencia frente a los costos de operación y de inversiones del relleno sanitario"*, haciendo las veces de regulador.

Como se ha afirmado tantas veces y aquí se reitera, en el presente proceso

el Tribunal no se ocupa de establecer ninguna tarifa regulatoria, ni tendría por qué hacerlo, pues ello, efectivamente, corresponde privativamente al regulador. Cosa distinta es que el objeto de las pretensiones que se analizan consiste, entre otras cosas, en definir si la tarifa contractual -que se reitera, no es regulatoria- devino insuficiente para cubrir los costos, gastos, inversiones y la utilidad del Concesionario, a efectos de lo cual el Tribunal se estuvo a lo probado en el proceso, de conformidad con las reglas contractuales y las normas de la sana crítica.

Por lo tanto, esta excepción se declarará no probada.

“10. Décima excepción: La no imputabilidad de la UAESP”

La Demandada expresa que el incumplimiento de la obligación de la UAESP radica en que no se habría garantizado la suficiencia tarifaria, por no haber adoptado un marco tarifario suficiente como para cubrir los costos reales de la prestación del servicio en todos sus componentes, pues no es la UAESP la autoridad regulatoria para definir las tarifas.

El argumento, sin embargo, parte de una premisa que no es correcta; el incumplimiento que se le imputa a esa entidad no consiste en no haber adoptado un marco tarifario determinado, sino en no haber atendido sus obligaciones en cuanto a la revisión de la ecuación económica de Contrato y, de contera, no haber adoptado las medidas pertinentes para compensar al Concesionario el desequilibrio que ocurrió por causas no imputables a éste, por lo que la excepción no está llamada a prosperar.

“11. Décima primera excepción: Deslealtad y comportamiento

contrario a la buena fe por parte de CGR Doña Juana"

A este respecto el Tribunal encuentra que la prueba de la deslealtad y de los comportamientos contrarios a la buena fe le corresponde aportarla a quien alega tales reproches, lo cual no se acreditó en el presente proceso. Más aún, el argumento de que formular una demanda con unas pretensiones dinerarias que, en su criterio, son exorbitantes no constituye un acto de deslealtad contractual o falta de buena fe contractual.

Por lo tanto, esta excepción se declarará no probada.

"12. Décimo segunda excepción: Los riesgos asignados y su gestión - la improcedencia de las reclamaciones económicas por desequilibrio del contrato y responsabilidad de la UAESP"

"21. Vigésima primera excepción: La naturaleza de la concesión y los riesgos explícitos e implícitos hace improcedente la reclamación de CGR Doña Juana – la improcedencia de reclamación económica según el mismo concesionario"

"22. Vigésima segunda excepción: Los riesgos fueron asumidos por el concesionario"

Habida cuenta de que estas tres excepciones coinciden en sus fundamentos, se atenderán conjuntamente.

Al respecto, el tema de la asignación y distribución de los riesgos contractuales ya fue definido por el Tribunal, que encontró que no le correspondía a CGR asumir los riesgos que se concretaron y que generaron las declaración y condenas que se plasman en al apartado anterior, por lo cual declarará que estas excepciones no fueron probadas.

"13. Décimo tercera excepción: La improcedencia de la reclamación económica de CGR Doña Juana – El deber estudiar,

preparar y presentar su propuesta"

Afirma la Demandada que CGR incumplió su deber de planeación en la preparación y presentación de la oferta económica. Sin embargo, los hechos probados en el proceso demuestran otra realidad y es que aún mediando la diligencia debida por parte del proponente que a la postre devino Concesionario, no le habría sido posible advertir los defectos de que adolecía la información de la Licitación en materia de tratamiento de lixiviados, los cuales por el contrario le son imputables a la UAESP.

Por ello, esta excepción no está llamada a prosperar.

"14. Décima cuarta excepción: Improcedencia de alteración del equilibrio económico por ser contrario al principio de buena fe"

Aduce la Demandante que entre las partes se han celebrado 8 adiciones, modificaciones, prórrogas y aclaraciones al contrato y en ninguna de ellas existe mención alguna a una alteración al equilibrio económico del contrato, por lo que, en términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, *cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual"*.

Sobre el particular, ya el Tribunal señaló que no existe razón alguna para suponer que el hecho de que CGR no haya reclamado el desequilibrio económico contractual en los diversos actos a los que se ha hecho referencia, constituye una manifestación de voluntad -ni siquiera tácita- de renuncia a tal reclamación, cuando por el contrario, como quedó probado,

durante esta época de ejecución del Contrato requirió frecuente y reiteradamente a la UAESP para que atendiera su reclamación, de manera que, de conformidad con la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado³⁰⁴, el hecho que aduce la Convocada no tiene la virtualidad de caducar la acción de que dispone el Contratista para reclamar sus derechos ante el juez del contrato.

Por lo anterior, el Tribunal declarará no probada esta excepción.

"15. Décima quinta excepción: los hechos asociados a la expedición de actos por parte de autoridades ambientales y regulatorias no son constitutivas del hecho del príncipe ni de imprevisión"

La Demandada alega, basado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual el hecho del príncipe se concreta en la ruptura del equilibrio económico del contrato *"por la expedición, imprevista y posterior a su celebración, de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante (leyes, decretos, etc.), que de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista (alea administrativa)"*, que en el presente caso no tuvo lugar ningún acto expedido por la UAESP que dé lugar a la reclamación del contratista, lo cual es cierto.

Añade que tampoco se dieron los presupuestos de la teoría de la imprevisión -se entiende, como causa para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato-, por cuanto conforme a los riesgos asignados, se excluye de cualquier imprevisión las decisiones adoptadas por las autoridades

³⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de mayo de 2020, Rad. 42962 C. P. Martín Bermúdez Muñoz

administrativas.

Dado que el Tribunal ya definió lo correspondiente a la asignación de riesgos del Contrato, y encontró que, contrario a lo que afirma la Demandada, CGR no asumió las consecuencias económicas de los actos de autoridades que generaran mayores costos para la ejecución del contrato, por ser estas un riesgo imprevisible, esta excepción tampoco resulta probada.

"40. Cuadragésima excepción: No puede el convocante actualizar sus reclamaciones bajo el WAAC definido por el regulador"

Aduce la Demandada que el regulador al definir el WACC, lo hace sobre la base de inversiones prospectivas y no como una fórmula de indexación. Agrega que dicha fórmula no se encuentra prevista en el contrato ni en la ley como factor de actualización. Por las razones liberatorias de la UAESP que se encuentren probadas en el trámite dejo servida esta excepción.

A este respecto, el Tribunal no accederá a las pretensiones que tenían por objeto actualizar las condenas con el WACC, por razones similares a las que aquí expone la Demandada, de manera que esa excepción está llamada a prosperar y se declarará probada.

"37. Trigésima séptima excepción: Buena fe"

La Demandada arguye que la UAESP ha obrado de buena fe a lo largo de la ejecución contractual y por lo tanto debe exonerarse de las pretensiones declarativas de responsabilidad y sus consecuencias económicas.

Al Tribunal le resulta extraña esta excepción, como quiera que el hecho de que uno de los contratantes haya observado un comportamiento contractual ajustado a la buena fe -cosa que no se está juzgando en este punto-, no implica de manera alguna que no pueda ser declarado responsable y condenado consecuentemente, como quiera que, se reitera, la responsabilidad patrimonial puede surgir, por ejemplo, del incumplimiento del contrato por una parte -que puede no haber ocurrido por su actuar contrario a la buena fe- o de la teoría de la imprevisión, que tampoco pone en tela de juicio ni tiene como requisito de procedencia la ausencia de buena fe del contratante.

Por ello esta excepción no está llamada a prosperar.

2.4.3.4. El Sentido de las Decisiones del Tribunal en Cuanto a las Pretensiones Declarativas Relacionadas con la Insuficiencia de la Remuneración y con el Restablecimiento del Equilibrio Económico Respecto de las Actividades de Disposición de Residuos Sólidos, Desde el Momento de la Modificación Tarifaria con base en los Costos de Referencia de la Resolución CRA 720 del 2015 hasta la Entrada en Vigor de la Resolución CRA 843 de 2018

Quedó probado en el presente proceso, y así lo declarará el Tribunal, que los nuevos requerimientos ambientales que se vio obligado a satisfacer CGR como consecuencia de la entrada en vigor de la resolución CAR 1351 de 2014, le generaron un incremento de costos que no se vio reflejado en la remuneración contractual que percibió, generando de contera un desequilibrio en la ecuación económico financiera del Contrato.

También se encontró que dicha circunstancia sobreviniente, y en particular los efectos económicos desfavorables que representó para el Concesionario, fue advertida oportuna y reiteradamente a la UAESP, sin que esta se ocupara de subsanar el desequilibrio económico contractual, amparada en razones que no justifican su conducta.

Así mismo, el Tribunal encontró que la remuneración pactada en el Contrato constituye una tarifa contractual, que por lo tanto requiere para su modificación del acuerdo entre las partes, pero que sin embargo los costos de referencia establecidos en la Resolución CRA 720 de 2015 fueron aplicados a la fórmula de cálculo de la remuneración pactada, por disposición unilateral de la UAESP.

Por último, el Tribunal encontró suficiente prueba para determinar la magnitud del desequilibrio de la ecuación económica financiera del Contrato, el cual se encuentra representado en la diferencia que se demostró entre la tarifa suficiente basada en costos eficientes del Contratista y la remuneración efectivamente percibida por éste.

Cabe aclarar a este respecto, que el cálculo realizado por el perito EConcept, que elaboró el dictamen económico aportado por el Demandante, el cual el Tribunal acogerá, resarce, hasta donde quedó probado, la totalidad del desequilibrio contractual proveniente de los nuevos requerimientos ambientales establecidos por la Resolución CAR 1351 de 2014 y de la aplicación de los costos de referencia de la resolución CRA 720 de 2015, pues a partir de entonces el Concesionario comenzó a percibir una tarifa contractual suficiente.

Habida cuenta de lo expuesto, el Tribunal declarará, en lo que respecta al período contractual al que se refiere este capítulo, que la tarifa del Contrato para el componente de disposición de residuos sólidos, que rigió desde la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 y hasta la implementación de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 843 del 2018, resultó no ser suficiente para permitir al Contratista la recuperación de los costos y gastos y remunerar a los accionistas; y que, al establecer esta tarifa insuficiente, la UAESP incumplió la ley y el Contrato por que declarará la prosperidad de las pretensiones Tercera y Quinta de la Demanda Reformada. Por esta razón no habrá lugar a pronunciamiento sobre pretensiones las Subsidiarias de ésta última.

Declarará también, en lo que respecta al período contractual al que se refiere este capítulo, que la UAESP incumplió la ley y el contrato al no observar ni atender en debida forma sus deberes de vigilancia y control y revisión, y en consecuencia declarará próspera la pretensión Octava de la Demanda Reformada, por lo que no habrá lugar a pronunciamiento sobre su Subsidiaria.

En el mismo sentido, declarará que actos y hechos de autoridades y de terceros y circunstancias y situaciones extraordinarias e imprevisibles, ajenos a CGR, así como los incumplimientos de la UAESP, afectaron adversamente la situación del Contrato de Concesión No. 344 de 2010, ocasionando su desequilibrio económico y financiero y generando daños y perjuicios a CGR que constitucional y legalmente no tiene el deber de soportar. En consecuencia declarará la prosperidad de las pretensiones Vigésima Primera y Vigésima Segunda de la Demanda Reformada.

2.4.4. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DE CONDENA NOVENA, DÉCIMA Y SUS SUBSIDIARIAS, DUODÉCIMA Y SU SUBSIDIARIA, VIGÉSIMA TERCERA, VIGÉSIMA CUARTA Y SU SUBSIDIARIA, CONSECUENCIALES DE LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS ENUNCIADAS EN LOS CAPÍTULOS 4.2 Y 4.3 ANTERIORES

Quedó establecido en los capítulos de este Laudo mencionados en el título, que la remuneración contractual para las actividades de tratamiento de lixiviados pactada en el Contrato, con base en la fórmula establecida por la UAESP para determinarla, resultó ser insuficiente para remunerar los costos, gastos e inversiones a cargo de CGR y la utilidad que éste tenía derecho a esperar, y que dicha circunstancia constituyó un incumplimiento imputable a la UAESP de sus deberes derivados de los principios de la contratación estatal de transparencia y de eficiencia, así como de sus obligaciones contractuales derivadas del Pliego de Condiciones, por lo cual las pretensiones Segunda y Sexta de la Demanda Reformada serán acogidas.

Igualmente se determinó que (i) la entrada en vigor de los actos administrativos que introdujeron requerimientos ambientales para el tratamiento de lixiviados, nuevos y distintos de los que existían al momento de contratar, generaron erogaciones adicionales a cargo del Concesionario; y que (ii) la aplicación de los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 para la determinación de la tarifa contractual para el componente de tratamiento de lixiviados, que conllevó una reducción significativa de la tarifa contractual y que comportó un incumplimiento por parte de la UAESP al imponer unilateralmente dicha aplicación, agravó el desequilibrio de la ecuación económico financiera

del Contrato; por lo cual prosperarán las pretensiones Tercera y Quinta de la Demanda Reformada. En el mismo sentido, quedó probado que los actos y hechos de autoridades, ajenos a CGR, cuyos efectos económicos eran imprevisibles, así como los incumplimientos de la UAESP rompieron el equilibrio económico del Contrato y ocasionaron daños y perjuicios a CGR que éste no tiene el deber legal de soportar; por lo que prosperarán las pretensiones Vigésima Primera y Vigésima Segunda de la Demanda Reformada.

También se estableció que la UAESP incumplió la ley y el Contrato al no observar ni atender en debida forma sus deberes de vigilancia y control y revisión, por no atender las solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato que reiteradamente le formuló el Concesionario, sin causa justificada, ni adoptar las medidas pertinentes para el restablecimiento de dicho equilibrio; por lo que prosperará la pretensión Octava de la Demanda Reformada.

Al respecto, el Demandante solicita en la Demanda Reformada que, como consecuencia de la prosperidad de las declarativas Segunda, Cuarta, Sexta y Octava, se condene a la UAESP a pagar a CGR, a título de indemnización y compensación, la suma que resulte de aplicar a las cantidades facturadas mensualmente, entre la fecha de inicio de la ejecución del Contrato y hasta la fecha en que comenzaron a aplicarse los costos de referencia de la Resolución CRA 843 de 2018, la diferencia entre las tarifas para tratamiento de lixiviados que se aplicaron y las tarifas que resultan de aplicar la metodología contenida en la Resolución 720 de 2015 de la CRA a los costos, gastos e inversiones reales del Relleno Sanitario Doña Juana (pretensión Undécima), actualizada con aplicación de la tasa correspondiente al

WACC de la regulación de la CRA, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso (pretensión Duodécima) o subsidiariamente, actualizada con aplicación del IPC (pretensión Subsidiaria de la Duodécima).

Al propio tiempo, solicita CGR que, como consecuencia de la prosperidad de las declarativas Vigésima Primera y Vigésima Segunda, se condene a la UAESP a pagar a CGR, a título de indemnización, compensación o reembolso, la totalidad de las sumas que compensen y reparen de manera integral los daños y perjuicios ocasionados y restablezcan el equilibrio económico del contrato, en la cuantía que resulte demostrada en el proceso (pretensión Vigésima Tercera); actualizadas con aplicación de la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, desde el momento de su causación hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso (pretensión Vigésima Cuarta), o subsidiariamente, actualizadas con el IPC (pretensión Subsidiaria de la Vigésima Cuarta).

Habida cuenta de lo expuesto, procede al Tribunal a determinar cuáles son las consecuencias que, en materia de condena, se derivan de las pretensiones acogidas, a efectos de lo cual son pertinentes las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el Tribunal parte de la base de que la medida del perjuicio o desmedro económico que ha de ser indemnizado como consecuencia de la procedencia de las pretensiones declarativas en relación con la insuficiencia tarifaria y el restablecimiento del desequilibrio económico en cuanto a la remuneración para las actividades de tratamiento de lixiviados, corresponde a la diferencia, en términos de menor valor, de la

remuneración efectivamente percibida por CGR, respecto de la remuneración que le correspondería con la aplicación de la tarifa contractual suficiente basada en los costos eficientes acreditados.

Sobre este particular³⁰⁵, quedó establecido con base en el dictamen pericial de EConcept que la diferencia entre la tarifa para el tratamiento de lixiviados que arroja "suficiencia financiera" (\$5.533) y la tarifa contractual pactada en favor de CGR de conformidad con la cláusula Séptima del Contrato para el tratamiento de lixiviados (\$3.899), arroja una diferencia, en pesos constantes de enero de 2022, de \$1.634, el cual comporta un desequilibrio material en desmedro de los intereses del Contratista, que afecta la conmutatividad objetiva que debía existir entre las prestaciones que le corresponden a cada una de las partes en el Contrato.

En el dictamen financiero aportado por el Demandante se determinan los ingresos que habría recibido CGR en el período corrido de diciembre de 2010 a diciembre de 2016³⁰⁶, calculados a pesos constantes a la fecha del dictamen, si se le hubiere remunerado con la tarifa de tratamiento de lixiviados que ofrece suficiencia financiera (\$5.533 por tonelada de residuos dispuestos); multiplicando este valor por el número de toneladas efectivamente facturadas en el período de acuerdo con las certificaciones de pesaje (13'777.192 toneladas), resultado que asciende a la suma de \$76.231'501.186.

Por su parte, los ingresos efectivamente percibidos por CGR por concepto de la remuneración por las actividades de tratamiento de lixiviados en el

³⁰⁵ Ver numeral 4.2.2 de este Capítulo del Laudo

³⁰⁶ Dictamen Financiero EConcept. Pág.50.

período diciembre de 2010 a diciembre de 2016, ascendieron, a la suma de \$59.605'681.217, en pesos de la fecha del dictamen, por lo cual el déficit entre lo que recibió el Concesionario y lo que ha debido recibir, en el mismo período, fue de **\$16.625'819.970**.

Para el período enero de 2017 a octubre de 2018³⁰⁷, el perito determinó el número de toneladas de residuos sólidos dispuestos, que fue de 3'933.908, el cual, multiplicado por la misma tarifa suficiente de tratamiento de lixiviados (\$5.533 por tonelada) arroja como resultado \$21.766'970.564, también a pesos constantes de la fecha del dictamen. Los ingresos efectivamente percibidos por CGR por concepto de la remuneración por las actividades de tratamiento de lixiviados, entre enero de 2017 y octubre de 2018, fueron de \$12.886'373.306, por lo que el déficit en este período ascendió a **\$8.880'597.258**, a pesos de la fecha del dictamen; lo que arroja un total para los dos períodos (2010 a 2016 y 2017 a 2018) de **\$25.506'417.228** en pesos constantes de la fecha del dictamen.

En cuanto a las críticas que plantea el perito financiero de contradicción en relación con estos cálculos, mediante remisión a lo expresado en su dictamen respecto de los cálculos relativos a la remuneración de las actividades de disposición de residuos sólidos, el Tribunal no encuentra en ellas razones que demeriten el trabajo pericial de EConcept, pues para este caso, habiéndose establecido un déficit en la tarifa contractual respecto de todo el período corrido entre diciembre de 2010 y octubre de 2018, resulta válida la metodología utilizada por este perito consistente en calcular la tarifa que ofrece suficiencia financiera sobre la base del promedio de los costos, gastos e inversiones reales del Concesionario para el mismo período,

³⁰⁷ Dictamen Financiero EConcept. Pág.60.

pues los mayores costos en que haya incurrido en algunos años se compensan con los menores que haya sufragado en otros, por lo que el promedio representa la realidad económica de todo el período.

También es admisible la consideración que hacen el perito EConcept para considerar que los costos gastos e inversiones tenidos en cuenta para determinar la tarifa suficiente, que se reitera, son los que realmente erogó CGR, son costos eficientes, pues la consideración de que se valen para ello es que los costos reales acreditados por el Concesionario fueron reconocidos como eficientes en la Resolución CRA 843 de 2018, para lo cual la autoridad regulatoria estimó el costo de cada actividad.

En cuanto a la dificultad que expresa el perito E&Y para concluir sobre el importe reflejado en los activos fijos por el hecho de que la verificación contable histórica de Contar Auditores no contiene los registros contables, facturas, soportes de pago o contratos, ya el Tribunal encontró el hecho de que al dictamen no se hayan adjuntado cada uno de los registros, facturas, soportes, comprobantes y contratos que evidencian cada una de las inversiones, no quiere decir que la contabilidad de CGR no refleje adecuadamente esos elementos, o que la misma no se haya llevado adecuadamente, o en fin, que no se haya tomado de manera fidedigna para la elaboración del informe de Contar Auditores; al paso de que no se acreditó prueba alguna de los hechos en que se sustentarían los defectos que le achaca Ernst & Young, que le correspondería aportar a la UAESP y que podría haber aportado.

En cuanto a los demás reproches que formula el perito de contradicción, el Tribunal se remite a lo ya expuesto al respecto en el capítulo de las

actividades de disposición de residuos sólidos.

Por lo anterior, el Tribunal no encuentra en el dictamen de contradicción económico aportado por la Demandada razones suficientes para restarle validez a las conclusiones que sobre este punto arroja el dictamen económico de EConcept.

Resta agregar respecto de la crítica que formula EY respecto del hecho de que se persiga que los ingresos que generan suficiencia financiera se actualicen con el WACC establecido en la regulación, el Tribunal se remite a lo ya expresado en este Laudo en el sentido de que no tendrá en cuenta el WACC para la actualización de ninguna suma.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal acogerá la pretensión Undécima de condena, lo que le exime de pronunciarse sobre su Subsidiaria y la pretensión Vigésima Tercera de la Demanda Reformada, por lo que condenará a la UAESP a pagar a CGR el valor de los perjuicios acreditados en este proceso por concepto de la insuficiencia de la tarifa contractual para el tratamiento de lixiviados pactada en la cláusula Séptima del Contrato y del desequilibrio económico del Contrato generado por el acaecimiento de las circunstancias imprevistas sobrevinientes en este período, así como por el incumplimiento de la UAESP, en los términos de las declaraciones que hará el Tribunal.

En lo que respecta a las pretensiones relativas a la actualización de las condenas con la tasa WACC regulatoria, el Tribunal las negará, por las razones ya expuestas a este respecto, que determinan la procedencia de la excepción "40. Cuadragésima excepción: No puede el convocante

actualizar sus reclamaciones bajo el WAAC definido por el regulador"; pero accederá a las pretensiones Subsidiarias en el sentido de actualizar los montos de conformidad con el IPC, a fin de mantener el poder adquisitivo de esos recursos. Por lo anterior, rechazará las pretensiones Duodécima y Vigésima Cuarta de condena, pero acogerá sus Subsidiarias, y en consecuencia condenará a la UAESP a pagar a CGR la suma de **\$25.506.417.228** en pesos constantes de la fecha de presentación del dictamen³⁰⁸, actualizada a la fecha del Laudo con el más reciente índice de precios al consumidor disponible (marzo de 2023³⁰⁹), de la siguiente manera:

Valor enero 2022	IPC diciembre 2021	IPC marzo 2022	Valor actual
\$25.506.417.228	111,41	131,77	\$ 30.167.674.339

3. PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA EN RELACIÓN CON INTERESES Y MAYORES COSTOS POR FINANCIACIÓN.

La Convocante presentó las siguientes pretensiones en la demanda reformada:

"DECIMOTERCERA PRETENSIÓN.- *Que se declare que la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. debió acudir a créditos para financiar, en forma parcial, la atención de los costos y gastos y las inversiones en infraestructura que demanda la ejecución del Contrato de Concesión No. 344 de 2010, como consecuencia de la insuficiencia tarifaria y demás afectaciones que sufrió CGR DOÑA JUANA demostradas en el proceso.*

³⁰⁸ El dictamen tiene como fecha "Enero de 2022", y los cálculos fueron hechos con base en el último índice disponible para entonces, correspondiente a diciembre de 2021, de manera que la actualización se realizará a partir de dicho índice, desde enero de 2022 y hasta la fecha del laudo. **Dicho índice al 31 de diciembre de 2021 era 111,41, teniendo como índice Base Diciembre de 2018 = 100,00.**

³⁰⁹ 131,77

DECIMOCUARTA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a reembolsar o pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. las sumas correspondientes a los intereses y a los mayores costos cancelados por esta sociedad por dichas financiaciones.

DECIMOQUINTA PRETENSIÓN.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar las sumas resultantes de la pretensión decimocuarta, debidamente actualizadas con aplicación de la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, desde el momento de su causación hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

SUBSIDIARIA DE LA DECIMOQUINTA PRETENSIÓN.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar las sumas resultantes de la pretensión decimocuarta debidamente actualizadas con el IPC, desde el momento de su causación, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso."

3.1. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

3.1.1. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Como sustento de estas pretensiones la Convocante expone en la demanda que "(...) a efectos de paliar y sobrellevar la grave situación financiera, se vio obligado a efectuar aportes adicionales y a tomar préstamos de los socios, así como a acudir a mecanismos de financiación bancaria y no bancaria, con los consabidos sobre costos que ello supone. De no haber existido insuficiencia de las tarifas, el flujo de caja generado por el Contrato habría sido suficiente para atender los gastos de operación y mantenimiento sin ser necesario acudir a fuentes externas de financiación."

Agrega que *“(l)a obtención de créditos bancarios no se veía favorecida por la situación financiera derivada del desbalance entre los ingresos, afectados por la insuficiencia tarifaria y los costos reales, subestimados por la UAESP, (...) por lo que, o bien no se obtenían como aconteció durante varios períodos de la ejecución contractual o, cuando los otorgaban, las entidades financieras cobraban elevadas tasas de intereses que el Concesionario no está obligado a asumir.”.*

Así, la Convocante narra que las posibilidades de otorgamiento de nuevos créditos se cerraron desde que el Banco Itaú y el Banco de Occidente otorgaron un período de gracia de capital de un año a partir de mayo de 2017, solicitado por el Concesionario para alivianar el flujo de caja ante la insuficiencia tarifaria: *“Con posterioridad a mayo de 2017, la empresa dejó de ser sujeto de crédito y debió acudir a fuentes de financiamiento no convencionales como la financiación con proveedores, que naturalmente resulta más costosa.”.*

En su alegato de conclusión la Convocante agregó:

“En efecto, como lo señalaron los peritos financieros en su dictamen, durante el periodo comprendido entre el año 2010 y el año 2018, CGR Doña Juana tuvo que acudir a créditos por “\$255.997.390.773 con tres entidades financieras: Bancolombia, Helm Bank (hoy Banco Itaú) y Banco de Occidente” para financiar en forma parcial los costos, gastos e inversiones que requería el RSDJ. Asimismo, CGR Doña Juana tuvo que acudir a financiación con proveedores y contratistas “en todos los años del periodo 2010-2018, salvo en los años 2012, 2013 y 2015” para asegurar la prestación del servicio: (...).”

Adicionalmente, la Convocante señala en dicho escrito que *“Dada esta grave situación financiera, CGR Doña Juana para poder alivianar el flujo de caja insuficiente, tuvo que solicitar un periodo de gracia de capital con el Banco Itaú y el Banco de Occidente que fue aprobado a partir de mayo de 2017, lo cual impidió a CGR Doña Juana ser sujeto de crédito y obligó a que cualquier financiación debiera realizarse con fuentes de financiamiento no convencionales como la financiación con proveedores, que resulta más costosa.”*

En ese orden de ideas, la Convocante afirmó en su alegato de conclusión que el Tribunal *“(…) debe condenar a la UAESP a los perjuicios ocasionados a CGR Doña Juana representados en las sumas correspondientes a los intereses y a los mayores costos cancelados por el concesionario por dichas financiaciones los cuales ascienden a veintitrés mil novecientos setenta y cuatro millones once mil trescientos sesenta y un pesos (\$23.974.011.361) (…).”*

3.1.2. POSICIÓN DE LA CONVOCADA

Sobre esta reclamación la Convocada manifiesta que:

“(E)l concesionario se ha negado a presentar algún dato sobre la ejecución financiera del contrato. De hecho, no acompaña a la demanda un principio de prueba alguna en este sentido. Sobre el deber de soportar, se entiende desde el concepto de carga pública dos replicas: i) Es un contrato de concesión y como lo dijo el mismo convocante en diversas comunicaciones, es un contrato a su cuenta y riesgo. De allí la negativa para proporcionar información sobre sus costos reales; ii) Pudo presentar la solicitud de revisión económica de costos de referencia ante la CRA, lo hizo solo 7 años después.

En todo caso, el convocante desconoce que la autonomía técnica, administrativa y financiera de la cual goza para ejecutar la concesión por su cuenta y riesgo, implica para el concesionario el deber de gestionar los riesgos propios de su actividad, por lo cual no puede trasladar su responsabilidad por no gestionar sus propios riesgos."

3.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.2.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que atañe a este acápite consiste en determinar si la UAESP está obligada a reconocer a CGR los costos financieros de los créditos en que haya incurrido ésta para la atención de los costos, gastos e inversiones que demanda la ejecución del Contrato, como consecuencia de la insuficiencia tarifaria y demás afectaciones que sufrió CGR demostradas en el proceso; a efectos de lo cual es necesario analizar: i) Los elementos de la responsabilidad en materia contractual; ii) la distribución de riesgos en el marco del contrato, particularmente lo que atañe a los riesgos financieros, y iii) la asunción del riesgo en el marco del contrato de concesión.

3.2.2. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

Con las pretensiones bajo estudio la Convocante reclama el resarcimiento de un perjuicio adicional que habría experimentado como consecuencia de los incumplimientos de la Convocada que habrían conducido a la insuficiencia tarifaria, perjuicio representado en este caso por el costo de la financiación a la que tuvo que acudir.

Al respecto, para que la responsabilidad por incumplimiento contractual se concrete, en palabras del Consejo de Estado, se requiere:

“(...) la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la existencia de un contrato válidamente celebrado; (ii) la preexistencia de una o varias obligaciones originadas en el contrato que son desconocidas por el deudor; (iii) el comportamiento antijurídico de la parte a quien se le atribuye el incumplimiento, que, en el plano contractual, se traduce en la infracción de las cláusulas contractuales, por acción o por omisión, y que se concreta en la falta de cumplimiento de la prestación debida en la forma y en el tiempo establecidos, y (iv) un daño que tenga relación causal entre el comportamiento antijurídico del deudor y la prestación insatisfecha.”³¹⁰

En este caso, para el Tribunal, las sumas reclamadas por concepto de los mayores costos en que la Convocante alega haber incurrido por concepto de créditos no corresponden a daños que tengan una relación causal directa con el incumplimiento que el Tribunal declaró al analizar las pretensiones relacionadas con la insuficiencia tarifaria, circunstancia que hace improcedente las pretensiones bajo estudio.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, en virtud del Contrato de Concesión, el concesionario asume la operación objeto del proyecto de que se trate con plena autonomía administrativa, incluyendo dentro de ella, la gestión financiera, es decir, la consecución y administración de los recursos necesarios para llevar a cabo el cabal cumplimiento de sus obligaciones.

³¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de mayo de 2021, Exp. 54001-23-31-000-2009-00321-01, M.P. María Adriana Marín.

Esta circunstancia impide también en este caso al Tribunal acceder a las sumas reclamadas por el Concesionario en la demanda, pues como lo señala el Consejo de Estado: “[u]na característica que diferencia el contrato de concesión de los demás contratos es el relacionado con la obligación que tiene el concesionario de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su propia cuenta y riesgo (...) ello significa que deberá disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra o la prestación del servicio, razón por la cual ha de tener derecho a las utilidades, (...).”³¹¹

Lo anterior, guarda coherencia con la distribución de riesgos establecida en el documento “MATRIZ DE IDENTIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS” contenido en el Apéndice 12 de la Adenda No. 2 al Pliego de Condiciones³¹², según el cual:

“Los riesgos financieros del proyecto (el riesgo de consecución de financiación y el riesgo de las condiciones financieras (plazos y tasas)) ha sido asignado en su totalidad al Concesionario, teniendo en cuenta que es él quien conoce de manera más clara y directa las necesidades de caja del proyecto y de acuerdo con ellas establece los créditos que ha de contraer. Por lo tanto, las variaciones de las condiciones financieras del proyecto son asignadas de manera expresa al Concesionario y es él quien debe conseguir la financiación del proyecto.”

Para abundar en razones, el Tribunal podría, a título de hipótesis, plantearse cuál hubiera sido el perjuicio indemnizable para CGR, específicamente en relación con los mayores costos de financiación que alega como

³¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de marzo de 2014, Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02814-01(26939), C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto

³¹² Prueba 1 Precontractual Licitación 001 de 2010 Documento 9 ADENDA-2LP001-2010.PDF Pruebas Contestación de la demanda.

consecuencia del acaecimiento de circunstancias que generen responsabilidad para la UAESP y que hacen que la remuneración contractual hubiera sido o devenido insuficiente; si este perjuicio fuera directo y previsible. La respuesta es que el Concesionario habría tenido que acreditar cuál era, en su modelo económico del proyecto, el costo financiero de su ejecución, y de qué manera y en qué medida este costo se incrementó por las razones expuestas, lo cual tampoco está probado en este caso.

3.2.3. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

La Convocada propuso la siguiente excepción frente a estas pretensiones:

“Décima sexta excepción: la indebida gestión de riesgos por parte del concesionario no puede (sic) la razón para trasladar los costos de impuestos e intereses en su gestión”

Al respecto sostiene que:

“Es absolutamente improcedente que se pretenda trasladar los costos tributarios y financieros asociados a la gestión del empresario a la UAESP como daño. En ello, la no gestión de su propio riesgo al presentar la respectiva solicitud ante el regulador y su negativa sistemática para dar a conocer sus costos reales, que ahora son la base de su reclamación, hacen de las pretensiones asociadas a este punto un absurdo jurídico”.

No obstante, por resultar improcedentes las pretensiones por la ausencia de los elementos estructurales de la obligación cuya declaración se perseguía, no habrá lugar a pronunciamiento sobre esta excepción.

3.3. EL SENTIDO DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por las razones expuestas el Tribunal rechazará las pretensiones Décimo Tercera a Décimo Quinta, incluyendo su subsidiaria, propuestas en la Demanda Reformada.

4. PRETENSIONES RELATIVAS A LOS COSTOS POR SANCIONES E INTERESES POR CARGAS TRIBUTARIAS.

La Convocante presentó las siguientes pretensiones en la demanda reformada:

“DECIMOSEXTA PRETENSIÓN.- Que se declare que como consecuencia de la insuficiencia de ingresos derivada de la insuficiencia tarifaria y de las demás afectaciones que sufrió, la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. no pudo atender oportunamente ni de manera completa las obligaciones tributarias con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y la Secretaría de Hacienda Distrital - SHD, lo que acarreó la imposición de sanciones e intereses frente a cargas tributarias.

DECIMOSÉPTIMA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. el valor de las sanciones e intereses y demás perjuicios derivados de las cargas tributarias que debió asumir, actualizadas con la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA.

SUBSIDIARIA DE LA DECIMOSÉPTIMA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. el valor de las sanciones e intereses y demás perjuicios derivados de las cargas tributarias, actualizadas

con aplicación del IPC."

4.1. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

4.1.1. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

La Convocante sostiene que a los intereses pagados por la financiación a la que tuvo que acudir por problemas económicos derivados de la insuficiencia tarifaria, analizados en el capítulo anterior, deben agregarse los intereses moratorios de obligaciones con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y con la Secretaría de Hacienda Distrital, "(...) cuyo pago a veces era imposible atender en forma oportuna por las razones señaladas. El pago de estos intereses de mora, dada la consabida tasa de los mismos, menoscabó aún más las precarias finanzas del Concesionario, a la par de lo ocurrido con los intereses bancarios que -según se ha dicho-, el Concesionario jurídicamente no está obligado a soportar."

En su alegato de conclusión explicó lo siguiente:

"Como se ha visto en los capítulo precedentes, el cúmulo de incumplimientos por parte de la UAESP, sumados a la afectación derivada de situaciones imprevistas, ajenas a las partes y posteriores a la celebración del contrato, generaron graves perjuicios a CGR Doña Juana y desequilibraron económicamente el Contrato 344 de 2010, por lo cual, CGR Doña Juana con una remuneración insuficiente tuvo que realizar una compleja gimnasia técnica y financiera para superar esas adversidades y poder garantizar la prestación del servicio, lo cual dado el efecto acumulativo del déficit, las cada vez más exigentes y onerosas actividades a su cargo y la dificultad de poder acceder nuevamente al sistema financiero generaron que CGR Doña Juana tuviera que priorizar las actividades necesarias para garantizar la prestación del servicio y con ello en ocasiones fuera

absolutamente imposible atender oportunamente y de manera completa las obligaciones tributarias con la DIAN y la SHD, lo que acarreó la imposición de sanciones e intereses moratorios que el Concesionario, dadas las causas de ello, jurídicamente no está obligado a soportar.

Los peritos financieros en su dictamen pusieron de presente que dado el déficit financiero con el que tuvo que operar CGR Doña Juana hasta octubre de 2018 y pese a los aportes de capital, a los recursos de crédito y a toda la gestión financiera y empresarial desplegada, gracias a lo cual pudo garantizar la operación, en ocasiones, CGR Doña Juana se vio abocada a realizar las actividades prioritarias para asegurar la continuidad en la prestación del servicio, lo que tuvo como efecto que el pago de algunas cargas tributarias sufrieran retrasos:

“Como se ha mostrado en respuestas anteriores de este dictamen, CGR Doña Juana enfrentó, desde el inicio de la Concesión y hasta octubre de 2018, un déficit financiero por cuenta de aplicar tarifas insuficientes para remunerar las actividades de disposición final y tratamiento de lixiviados del servicio público de aseo del Distrito Capital.

Con los ingresos que sí recibió, unidos a los aportes de capital que realizó y los recursos de crédito que pudo obtener del sistema financiero y de sus proveedores, llevó a cabo un conjunto de inversiones, costos y gastos, incurriendo en el déficit financiero mencionado.

Algunas de las cosas que no logró hacer por el déficit financiero, dada la falta de ingresos adecuados, las dificultades para obtener financiamiento y por la decisión racional de no aportar más capital a un negocio que no iba a generar un retorno adecuado a los aportantes, generaron incumplimiento con algunas obligaciones tributarias con la DIAN y la SHD.

Las actividades que se realizaron debieron ser, desde un punto de vista económico y financiero, consideradas razonablemente como prioritarias para asegurar la continua prestación del servicio público³¹³. (Negrilla y subrayado fuera de texto).”

³¹³ Ver –página 184 del Dictamen financiero presentado por CGR Doña Juana el 24 de enero de 2022.

Y más adelante agregó:

“De esta manera, sin que mediara su culpa ni estuviera a su alcance la implementación de alguna solución, CGR Doña Juana debió priorizar actividades para garantizar la prestación del servicio lo que en ocasiones retrasaba el pago de las obligaciones ante la DIAN y ante la SHD lo cual causó sanciones y mayores intereses, así:

Impuestos DIAN: *Un total de Cuatro mil seiscientos treinta y seis millones cien mil novecientos cincuenta y nueve mil pesos (\$4.636.100.959) desagregado de la siguiente manera:*

- *Retefuente: Cuatro mil quinientos veinte millones doscientos treinta y seis mil pesos (\$4.520.236.000)³¹⁴.*
- *Impuesto a la riqueza: cinco millones setecientos noventa mil novecientos cincuenta y nueve pesos (\$5.790.959)³¹⁵.*
- *Renta CREE – 2015: Ciento diez millones setenta y cuatro mil pesos (\$110.074.000)³¹⁶.*

Impuestos SDH: *Un total de Dos mil seiscientos noventa y cinco millones setecientos setenta y un mil quinientos ochenta y nueve pesos (\$2.695.771.589) por concepto de intereses y de Doscientos sesenta y ocho millones doscientos ocho mil pesos (\$268.208.000) por concepto de sanciones³¹⁷.*

Teniendo en cuenta que la causa que origina estas sanciones y mayores intereses, fue la insuficiencia en la remuneración, sus efectos, secuelas y los incumplimientos de la UAESP que pese a tener el deber legal y contractual de adoptar los correctivos no lo hizo e ignoró todas las solicitudes realizadas

³¹⁴ Mil trescientos veintiséis millones ochocientos sesenta y cinco mil pesos (1.326.865.000) como constan en el documento 2021040398 - DIAN - 1-32-244-446-1753 - Solicitud Información aplicación e TDJ - Recurso contra Resolución niega Facilidad de Pago correspondientes a 2019 y 2020, y como constan en el documento VALORES APLICADOS POR LA DIAN el valor de TRES MIL CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y UN mil pesos (\$3.193.371.000) de 2016 a 2018. Anexo Dictamen de contradicción técnico aportado por CGR Doña Juana.

³¹⁵ 2021040398 - DIAN - 1-32-244-446-1753 - Solicitud Información aplicación e TDJ - Recurso contra Resolución niega Facilidad de Pago. Anexo Dictamen de contradicción técnico aportado por CGR Doña Juana.

³¹⁶ 2021040398 - DIAN - 1-32-244-446-1753 - Solicitud Información aplicación e TDJ - Recurso contra Resolución niega Facilidad de Pago. Anexo Dictamen de contradicción técnico aportado por CGR Doña Juana

³¹⁷ Ver “Impuestos SHD” y “ESTADO DE CUENTA ICA - DOÑA JUANA”. Anexo Dictamen de contradicción técnico aportado por CGR Doña Juana.

por CGR Doña Juana, la UAESP debe responder e indemnizar los perjuicios ocasionados a CGR DOÑA JUANA que se reflejan en el valor de las sanciones e intereses y demás perjuicios derivados de las cargas tributarias que debió asumir que ascienden a siete mil seiscientos millones ochenta mil quinientos cuarenta y ocho pesos (\$7.600.080.548).”

4.1.2. POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La respuesta de la Convocada a esta reclamación es la misma expuesta para los costos derivados de la financiación, esto es, que:

“(e)l concesionario se ha negado a presentar algún dato sobre la ejecución financiera del contrato. De hecho, no acompaña a la demanda un principio de prueba alguna en este sentido. Sobre el deber de soportar, se entiende desde el concepto de carga pública dos replicas: i) Es un contrato de concesión y como lo dijo el mismo convocante en diversas comunicaciones, es un contrato a su cuenta y riesgo. De allí la negativa para proporcionar información sobre sus costos reales; ii) Pudo presentar la solicitud de revisión económica de costos de referencia ante la CRA, lo hizo solo 7 años después.

En todo caso, el convocante desconoce que la autonomía técnica, administrativa y financiera de la cual goza para ejecutar la concesión por su cuenta y riesgo, implica para el concesionario el deber de gestionar los riesgos propios de su actividad, por lo cual no puede trasladar su responsabilidad por no gestionar sus propios riesgos.”.

4.1.3. EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA

La Demandada propuso como excepciones que CGR no puede trasladar los costos tributarios y financieros asociados a la gestión de empresario a la UAESP como daño (Décima Sexta) y que la Demanda Reformada no precisa

cuáles y porque concepto fueron impuestas al Concesionario tales sanciones o intereses y menos la manera en que causalmente se encuentra relacionadas con el supuesto. No obstante, el Tribunal no habrá de pronunciarse al respecto por no estar llamadas a prosperar las pretensiones contra las cuales se oponen.

4.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

4.2.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema consiste en determinar si el valor de las sanciones e intereses pagados por CGR por incumplimiento en el pago oportuno de sus cargas tributarias carecer de recursos debido a la insuficiencia de las tarifas, compromete la responsabilidad de la UAESP.

4.2.2. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

Bajo las pretensiones Decimosexta y Decimoséptima de la Demanda Reformada la Convocante reclama el resarcimiento de los pagos de sanciones e intereses que tuvo que efectuar a las autoridades como consecuencia de no haber pagado oportunamente sus obligaciones tributarias, lo cual atribuye a que los diversos actos y omisiones atribuibles a la Convocada habrían generado la insuficiencia de la remuneración pactada en el Contrato, y por ello la insuficiencia de recursos para atender sus obligaciones.

Al respecto, el Tribunal trae a colación que, de conformidad con el artículo 1616 del Código Civil; *“Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es*

responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. (...)”.

En el presente caso no se probó un actuar doloso de la Convocada, por lo cual su responsabilidad se limitaría -de resultar acreditados los demás elementos de la responsabilidad civil contractual- al resarcimiento de los perjuicios directos e inmediatos, es decir, sólo a aquellos que provengan con total certeza y claridad y de manera inmediata de los actos y omisiones que se le imputan a la Convocada.

Ahora bien, el hecho de que CGR tuviera que pagar obligaciones derivadas de las cargas tributarias impuestas en el desarrollo normal del negocio, por carecer de recursos con los cuales sufragarlas por causa de la alegada insuficiencia tarifaria, y que de ello se siguieran intereses de mora y sanciones a su cargo, no constituye causa para reclamar el resarcimiento de estas erogaciones (intereses y sanciones) como quiera que las mismas no son la consecuencia directa de la insuficiencia tarifaria (lo es la falta de pago de los impuestos a cargo); ni tampoco era previsible al momento de contratar que CGR hubiera de dejar de pagar obligaciones tributarias y que ello le originara la obligación de pagar a las autoridades los intereses y sanciones que legalmente corresponden y por ende no pueden ser reconocidos por el Tribunal.

4.3. EL SENTIDO DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por lo anterior, se negarán las pretensiones Decimosexta, Decimoséptima y

subsidiaria de la Decimoséptima pretensión.

5. DESCUENTO DEL 10% SOBRE LA REMUNERACIÓN.

Pasa el Tribunal a ocuparse de las pretensiones décima octava a vigésima de la demanda reformada incluyendo su subsidiaria, del siguiente tenor:

“DECIMOCTAVA PRETENSIÓN.- Que se declare que, al amparo de lo dispuesto por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP cuando fijó las condiciones concernientes al Cálculo del Puntaje por la Oferta Económica, la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. durante la Licitación No. 001 de 2010, ofreció un 10% de descuento sobre su remuneración bajo el supuesto legal y contractual de que las tarifas por las actividades de disposición final de residuos sólidos y por el tratamiento de lixiviados cumplieran a cabalidad con el principio de suficiencia tarifaria y permitían la recuperación de los costos y gastos propios de operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos y remunerar el patrimonio de los accionistas.

DECIMONOVENA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de que el supuesto legal y contractual de que trata la pretensión decimoctava no se cumplió, se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a reembolsar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. las sumas correspondientes a dicho descuento del 10% desde el inicio del Contrato de Concesión 344 de 2010 hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

VIGÉSIMA PRETENSIÓN.- Que a cada suma que resulte de conformidad con la pretensión decimonovena se actualice con aplicación de la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, desde el momento de su causación, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA PRETENSIÓN.- Que cada suma que

resulte de conformidad con la pretensión decimonovena se actualice con aplicación del IPC, desde el momento de su causación, hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso."

5.1. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

5.1.1. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Como fundamento de estas pretensiones la Convocante sostiene que la UAESP previó ciertos descuentos frente a las tarifas, a saber: "*(...) al regular el Cálculo del Puntaje por la Oferta Económica del Pliego de Condiciones. Expresamente, en el numeral 2 (Oferta Económica) del documento contentivo de los Estudios Previos, fechado de 12 de agosto de 2010, (...) "*, sin que en la regulación vigente (Resolución CRA 351 de 2005) se encontrara prevista la aplicación de tales descuentos.

Agrega que con ello, la UAESP "*(...) desconoció, también de esta manera, los criterios de suficiencia financiera al momento de diseñar la estructura de remuneración del contrato de concesión, (...) "*"; pues fue, "*[b]asado en el principio legal de suficiencia tarifaria y confiando en el cumplimiento del deber de planeación contractual por parte de la UAESP, [que] CGR DOÑA JUANA ofreció el descuento del 10% sobre el costo de disposición final y del 10% sobre el costo del tratamiento de lixiviados*", que quedó incorporado en el Contrato.

En este sentido, en su alegato de conclusión, la Convocante afirmó:

"Al no haberse cumplido la premisa establecida por la UAESP durante la Licitación 001 del 2010, esto es, que la remuneración

fuera suficiente aún con el descuento del 10%, el Concesionario tiene derecho a que se le indemnice por las sumas descontadas pues a lo largo del contrato quedó en evidencia que la remuneración no fue suficiente y lo que hizo el descuento del 10% fue agravar su situación financiera, mediando en todo ello un grave incumplimiento contractual de la entidad."

Agrega la Convocante en su alegato de conclusión, en adición a lo anterior, que:

"(...) es necesario poner de presente al Tribunal que cuando la UAESP autorizó a CGR Doña Juana a acudir ante la CRA a solicitar la modificación de los costos económicos de referencia, a la par con ello la entidad presionó al Concesionario y lo obligó a que aceptara incluir el descuento del 10% dentro del cálculo de la remuneración que ahora se haría con base en la Resolución CRA 720 de 2015, o si CGR Doña Juana no aceptaba incluir este descuento, la UAESP no daría su aval para acudir a la CRA."

5.1.2. POSICIÓN DE LA CONVOCADA

Por su parte, la Convocada sostiene que:

"(...) dentro de la licitación debía establecerse un criterio de evaluación que generara al proponente un incentivo al mejor desempeño en la prestación del servicio. Para ello, podría en su oferta económica definir un porcentaje de descuento a su remuneración de hasta un 10%. Es decir podría ser menor conforme a la eficiencia alcanzada en los costos de operación trasladando esto a la oferta económica.

El porcentaje ofertado era de absoluta responsabilidad del proponente que confecciona su propuesta bajo su pericia y conocimiento acerca de la prestación del servicio. Como consecuencia de lo anterior, los proponentes, al elaborar su propuesta, debían tener en cuenta que el cálculo de los costos y gastos, cualesquiera que ellos sean, se deberán basar

estrictamente en sus propios estudios técnicos y en sus propias estimaciones.”.

Agrega que “(...) el descuento ofertado por el proponente es sobre su remuneración. De este modo, no se trata de un descuento tarifario como pretende hacerlo ver el convocante. Se insiste de nuevo, la UAESP no puede definir tarifas y menos descuentos sobre las mismas”; y agrega que “(...) CGR Doña Juana durante el proceso de licitación ofertó un descuento a la tarifa original propuesta por la Entidad Contratante equivalente al 10%. Este hecho soporta que el Concesionario debió modelar financieramente la ejecución y cumplimiento de las obligaciones consignadas en el contrato de concesión como en la licencia ambiental y demás normas de las autoridades en la materia”, e insiste en que el descuento ofertado era una decisión empresarial del proponente.

Sostiene la Convocada que el 28 de abril de 2018 CGR y la UAESP celebraron el Otrosí No. 2 al Contrato en virtud del cual se estipuló lo siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA: El descuento ofertado por CGR Doña Juana S.A. ESP en desarrollo de la Licitación Pública UAESP 001 de 2010 que corresponde al 10% sobre el valor del Costo de Disposición Final – CDF – y el Costo de Tratamiento de Lixiviados -CTL- resultante de la aplicar la Resolución CRA 720 de 2015 o aquella que la modifique, adicione o sustituya será calculado como un menor costo de referencia para cada uno de estos componentes a ser incorporado en la estructura tarifaria de los usuarios del servicio público de aseo del Distrito Capital”.

De lo anterior la Demandada concluye que “se trata de un descuento en la remuneración del contratista. Que para los efectos, las partes convienen que ese porcentaje se lleve como un menor valor en la respectiva tarifa, trasladando este descuento a favor de los usuarios finales.”.

5.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

5.2.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que plantean estas pretensiones estriba en determinar si el descuento ofrecido por el proponente CGR en su oferta económica se encontraba condicionado o partía del supuesto de que la remuneración contractual sería suficiente; y si fuera así, si la insuficiencia tarifaria obligaría a la UAESP a reembolsar a CGR las sumas correspondientes al descuento del 10% efectuado hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

5.2.2. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

El descuento del 10% sobre la remuneración del Concesionario se previó desde los Estudios Previos que dieron inicio a la Licitación Pública, en los siguientes términos:

“2. OFERTA ECONÓMICA (450 puntos)

Cálculo del Puntaje por la Oferta Económica.

Los puntajes se asignarán de acuerdo con las siguientes reglas:

El mayor puntaje, es decir 450 puntos se asignarán a la propuesta, o propuestas en caso de empate, cuyo valor de descuento total sea el más cercano al promedio aritmético de los descuentos totales ofertados por los proponentes y que además se encuentre por encima de dicho promedio aritmético.

El descuento total a ofertar se calculará así:

% DESCUENTO TOTAL = % DESCUENTO AL CDTj es el porcentaje de descuento fijo ofertado, por cada proponente en su propuesta económica, a aplicar durante todo el tiempo de la concesión, al CDTj mensual que se obtenga por parte de la entidad tarifaria local.

% DESCUENTO AL CLMAX es el porcentaje de descuento fijo ofertado por cada proponente en su propuesta económica a aplicar al CLmax definido en el numeral 1.2 DEFINICIONES Y SIGLAS.

(...)”.

Posteriormente, el numeral 3.2 del Pliego de Condiciones se refirió al tema de la siguiente forma:

“3.2. PROPUESTA ECONÓMICA

El proponente debe presentar en sobre cerrado y debidamente identificado, la propuesta económica que contendrá:

i) El porcentaje de descuento ofertado para aplicar al CDTj y obtener así el CDTremuneración acorde con las definiciones del numeral 1.2 de los presentes pliegos de condiciones.

ii) El porcentaje de descuento ofertado para aplicar el costo unitario inicial máximo fijado por la UAESP para la operación y el mantenimiento del tratamiento de los lixiviados en el RSDJ, y obtener así el costo de remuneración para la actividad mencionada, acorde como se desarrolla en el numeral 1.11 REMUNERACIÓN Y DESCUENTOS

Los valores presentados de descuentos para efectos de remuneración se incluirán en las columnas correspondientes del formulario FM-4 de este Pliego y no podrá ser superior al ciento por ciento 100% del CDT, ni inferior al noventa por ciento (90,0000%) de los valores techo o de referencia fijados, so pena de rechazo de la oferta. El proponente 64 deberá presentar un único valor como porcentaje para la totalidad del período de la concesión para los dos tipos de descuentos a ofertar.

De acuerdo con lo señalado en el numeral 3, del artículo 3, del Decreto 2474 de 2008, para el caso de contratos de concesión el Pliego de Condiciones no contendrá el modelo financiero utilizado en su estructuración, por lo cual los cálculos son de entera responsabilidad del proponente. En consecuencia, ninguna información o la falta de ella dentro de los estimativos presentados en este pliego o en sus anexos podrá ser argumentada por el Concesionario como prueba de desequilibrio o de mayores costos, ni le dará derecho a ningún reconocimiento o remuneración complementario a lo propuesto en la oferta presentada en la licitación sin perjuicio de lo previsto en el pliego de condiciones."

En cuanto al contenido y alcance de las pretensiones que se analizan, sería suficiente para desestimarlas el hecho de que el Tribunal encuentra en ellas una premisa que no resulta ser verdadera, y es que CGR *"ofreció un 10% de descuento sobre su remuneración bajo el supuesto legal y contractual de que las tarifas por las actividades de disposición final de residuos sólidos y por el tratamiento de lixiviados cumplieran a cabalidad con el principio de suficiencia tarifaria y permitían la recuperación de los costos y gastos propios de operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos y remunerar el patrimonio de los accionistas"* (Subrayado añadido).

Esta afirmación no está probada (que CGR hubiese condicionado el descuento ofrecido a que la tarifa resultara suficiente), pues ni ello está estipulado expresa o implícitamente en ninguna disposición contractual (incluyendo el Pliego de Condiciones que se incorpora al Contrato); ni existe rastro de algún convenio entre las partes sobre el particular -que además tendría que constar por escrito dada la formalidad *ad probatione* del contrato estatal-. Resta por señalar que aún si el Demandante hubiere tenido la suficiencia tarifaria como supuesto legal o contractual (condición) del descuento, ello no pasaría de ser una suerte de móvil no expresado,

reservada al fuero interno de la parte, para contratar, que no tendría la virtualidad de ser causante de un error dirimente, que por lo demás, no es objeto de la pretensión.

En efecto, ni la invalidez ni la ineficacia de las disposiciones contractuales referidas al descuento del 10% sobre la remuneración del Concesionario fueron objeto de las pretensiones de la Demanda reformada en este proceso; ni tampoco el Tribunal encuentra motivo alguno de nulidad absoluta que deba declarar de oficio; por lo que las estipulaciones contractuales alusivas al descuento ofertado tienen carácter obligatorio y vinculante para las partes al tenor de lo dispuesto en el artículo 1.602 del Código Civil, según el cual, “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

El Tribunal por lo demás encuentra que el descuento ofrecido por el Concesionario constituyó un factor de competencia en la Licitación, y se incorporó en el Contrato como un elemento de la fórmula para la determinación de las tarifas contractuales aplicables a la disposición de residuos sólidos y al tratamiento de lixiviados; de manera que, si existieren reproches que hacer en cuanto a la insuficiencia de la remuneración, ellos atañerían a la tarifa contractual, como resultado de la aplicación de la fórmula aplicable, y no al descuento, que, se reitera, es apenas uno de los elementos o factores de aquella.

Cabe puntualizar al efecto que el Demandante formuló otras pretensiones en la Demanda Reformada, ya analizadas a lo largo del presente Laudo, que precisamente tienen por objeto la compensación de los perjuicios que

hubiera podido experimentar CGR como consecuencia de que las tarifas contractuales fueran insuficientes para cubrir los costos, gastos e inversiones, así como para remunerar a los accionistas del Concesionario, a cuyas resultas se está el Tribunal.

Así las cosas, habiendo el Tribunal adoptado las decisiones pertinentes en relación con el resarcimiento del Concesionario como consecuencia de la alegada insuficiencia tarifaria, las compensaciones que en su favor se derivan de tales pretensiones indemnizan de manera íntegra los perjuicios derivados de la insuficiencia de las tarifas contractuales, por lo que no hay lugar a reconocimientos adicionales como los que se buscan con las pretensiones que aquí se analizan.

Por lo demás, acceder a las pretensiones de la demanda reembolsando al Concesionario las sumas objeto del descuento ofertado, equivaldría a dejar sin efecto uno de los factores que se tuvieron en cuenta durante el proceso licitatorio para la escogencia del contratista, contraviniendo así el principio de transparencia previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el deber de selección objetiva establecido en el artículo 29 de la misma ley, según el cual, la entidad debe seleccionar la oferta más favorable a ésta y a los fines que persigue:

“(...) teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia (...).”

Finalmente, en relación con el argumento de la Convocante consistente en que cuando la UAESP le autorizó para acudir ante la CRA a solicitar la

modificación de los costos económicos de referencia, le habría presionado para aceptar incluir el descuento del 10% en cuestión dentro del cálculo de la remuneración so pena de no darle su aval para acudir a la CRA, no existe en el expediente prueba alguna que acredite tal acusación.

5.3. EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA

La Convocada propuso las siguientes excepciones:

“Décima octava excepción: La improcedencia de la décima octava pretensión asociada al descuento ofertado”

Al respecto sostiene que:

“1. Durante la Licitación 001 de 2010 el entonces proponente UT CGR Doña Juana ofertó el 10% de su remuneración. Es de esperarse que quien conoce y presenta una propuesta aduciendo el máximo descuento, es porque su nivel de operación alcanza eficiencias capaces de trasladar parte de sus utilidades a la carga autoimpuesta. Como es sabido, participar en un proceso de selección apareja una alta responsabilidad, principalmente cuando se trata del Relleno Sanitario más grande del país.”

Completa dicha parte que:

“7. Es además absurdo pensar que puede derogarse la estipulación contractual sobre un proceso de selección objetiva, donde se pretende desconocer el factor de evaluación de la licitación. Con ello no solo la pretensión carece de cualquier sustento sino que pretende desconocer el derecho de la competencia que se recoge en los procesos de licitación.”

“Vigésima primera excepción: La naturaleza de la concesión y los riesgos explícitos e implícitos hace improcedente la reclamación

de CGR Doña Juana – la improcedencia de reclamación económica según el mismo concesionario”

La Convocada sostiene que el Concesionario para presentar su propuesta:

“(...) debió realizar una estimación propia de los costos y las necesidades de inversiones para poder ofrecer el descuento sobre el costo de referencia para cada una de las actividades. CGR presentó un 10% de descuento para cada una de las dos actividades, teniendo en cuenta que el mínimo valor a ofrecer era de 1% y un máximo del 10%.

CGR Doña Juana adoptó una decisión empresarial proponiendo un descuento del 10% sobre la tarifa de remuneración para las dos actividades, castigando el mismo en el momento de presentar la oferta, su utilidad en un 10%, porque el operador debe garantizar el cumplimiento de las actividades.

Esta decisión de proponer el descuento de 10% solo puede haberla tomado sí su análisis de costos no presenta insuficiencia en la remuneración.”

“5. Pero que pasa si el operador no realiza inversiones como es el caso de CGR Doña Juana, lo cual se evidencia con los incumplimientos declarados en el Laudo Arbitral de 10 de octubre de 2018 que tienen relación con inversiones en maquinaria, expansión, terrazas, vías, automatización, etc. Por lo cual, al no realizar las inversiones, no es lícito solicitar remuneración de algo que no ha hecho. Por el contrario, por no realizar inversiones las condiciones del RSDJ en la actualidad la operación se hace más costosa y a un mayor riesgo, aun con la aprobación por parte del regulador de los costos particulares Resolución CRA 843 de 2018.”

“8. Nótese que desde la formación del contrato en la respectiva Licitación, se precisó con claridad la imposibilidad de alegar desequilibrios en la remuneración del concesionario precisamente por el mecanismo regulatorio existente. A su turno, el contrato no estableció obligación alguna de la UAESP en la presentación de la solicitud del regulador, precisamente por la naturaleza de este

trámite, donde sólo el prestador podía solicitarlo. No se trató de un aspecto no regulado o una laguna contractual, sino de comprender la manera en la que se articula el contrato y la regulación."

No habiendo prosperado ninguna de las pretensiones bajo estudio, el Tribunal se abstiene de pronunciarse en relación con las referidas excepciones.

5.4. EL SENTIDO DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por las razones expuestas, el Tribunal encuentra que CGR no ofreció un 10% de descuento sobre su remuneración bajo el supuesto legal y contractual de que las tarifas por las actividades de disposición final de residuos sólidos y por el tratamiento de lixiviados cumplieran a cabalidad con el principio de suficiencia tarifaria y permitían la recuperación de los costos, gastos, inversiones y remuneración de los accionistas, por lo que negará la pretensión declarativa Décima Octava.

Como consecuencia de ello, también las pretensiones Décima Novena y Vigésima, incluyendo su subsidiaria, propuestas en la Demanda Reformada, serán denegadas.

6. LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES DERIVADAS DEL ACTA No. 01 DE 2014

6.1. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA

La Convocante formuló las siguientes pretensiones relacionadas con el

incumplimiento de lo estipulado en el Acta No. 01 de 2014 en la demanda reformada:

"VIGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP incumplió el Acta No. 01 de 2014 y el Contrato de Concesión 344 de 2010 al desconocer lo pactado en dicha Acta sobre la disposición y la remuneración de los residuos provenientes de demolición y construcción de arrojo clandestino mezclados con residuos sólidos ordinarios.

VIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. la totalidad de los perjuicios derivados del incumplimiento de lo pactado en el Acta No. 01 de 2014, incluyendo, pero sin limitarse a las sumas correspondientes a las facturas no pagadas y los gastos y costos incurridos por la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., actualizados con la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA.

SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. la totalidad de los perjuicios derivados del incumplimiento de lo pactado en el Acta No. 01 de 2014, incluyendo, pero sin limitarse a las sumas correspondientes a las facturas no pagadas y los gastos y costos incurridos por la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., actualizados con aplicación del IPC."

6.1.1. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

6.1.1.1. Posición de la Parte Convocante

La Convocante sostiene en la Demanda Reformada que las partes del Contrato acordaron, en el Acta No. 1 de 2014, que los residuos sólidos mezclados con materiales de construcción y de demolición ("Residuos Mixtos" o "Mixtos") que llegaran al Relleno, se colocarían en un patio de separación y clasificación mientras los materiales de construcción se separaban de los residuos sólidos, luego de lo cual los residuos sólidos se depositaban en la zona de disposición final al interior del RSDJ y con los escombros de construcción y demolición se adelantaría un proceso de tratamiento o aprovechamiento a partir del cual se extraía el agregado pétreo reciclado, que era utilizado en la adecuación de las vías internas y plataformas de descargue del relleno sanitario.

Agrega dicha parte, que: "En mayo de 2019, luego de varios años de haberse cumplido en dichos términos lo acordado en el Acta No. 01 de 2014, la UAESP, unilateralmente y de manera inconsulta, dejó de pagar las facturas emitidas por CGR derivadas de la misma y comunicó al Concesionario que no respetaría más lo acordado sobre la separación de los llamados residuos mixtos, posición en la que persiste hasta la fecha de la presente reforma de la demanda."

Por consiguiente, en las pretensiones de la demanda solicita al Tribunal que condene a la UAESP al pago de las facturas emitidas por este concepto para el periodo de diciembre de 2019 a marzo de 2020, así como al pago de las actividades realizadas en desarrollo de lo establecido en el Acta No. 01 de 2014 durante abril y mayo del 2020, que no alcanzaron a ser facturadas.

6.1.1.2. Posición de la Parte Convocada

La Convocada reconoce que las partes suscribieron el Acta de Acuerdo N° 1 de 2014, respecto de la cual afirma que se trataba de un acuerdo que contemplaba una solución provisional a la disposición de residuos contaminados o mezclados, mientras se clarificaba la situación de los mismos en la regulación de las autoridades competentes.

Sin embargo, la Convocada sostiene en relación con las actividades a la que se refiere la mencionada Acta que:

- “i. La actividad de disposición final o tratamiento de los residuos denominados "mixtos" no hacen parte de las actividades contractuales ni remuneradas en el marco del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 suscrito entre CGR y la UAESP.*
- ii. Los servicios de recolección y transporte al igual que el de disposición final de los residuos denominados "mixtos" no hacen parte del servicio público ordinario de aseo incluido en la tarifa, por tanto la norma demanda de distritos y municipios, la obligación de pactar la remuneración y pagar sus costos, por lo que para su ejecución y reconocimiento requiere acordarse en el marco del contrato de concesión como una actividad nueva a concertarse y adicionarse en el contrato, bajo el principio de legalidad y solemnidad de los contratos estatales, y contar con las disponibilidades presupuestales o de respaldo financiero, conforme lo establece la Ley 80 de 1993.*
- iii. Las actividades adelantadas bajo el amparo de un acta adolecen de falta al principio de legalidad de los contratos estatales al adelantar esta actividad, dado que no se tiene sustento técnico, ni jurídico, ni presupuestal.*
- iv. Por lo anterior, no es posible su reconocimiento como una actividad contractual.”.*

Así las cosas, la Convocada sostiene que: “(...) cualquier actividad adelantada por el convocante es absolutamente irreconocible. Sin perjuicio

de la absoluta ilegalidad del Acta 01 de 2014 y los argumentos que se disponen en la demanda de reconvención."

6.1.2. LAS EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA FRENTE A LAS PRETENSIONES
DE LA DEMANDA REFORMADA:

La Convocada formuló las siguientes excepciones:

"Vigésima tercera excepción: La improcedencia del reconocimiento de actividades asociadas a los residuos mixtos al ser una actividad ilegal"

La Convocada sustenta esta excepción en el hecho de que el 19 de octubre de 2016 la CRA emitió un concepto en el que, según afirma esta parte, la autoridad regulatoria señaló que de acuerdo con los cambios en la regulación respecto de la actividad asociada con los residuos mixtos, ésta no se encontraba contemplada en el servicio público de aseo y por tanto no podía ser remunerada por la tarifa que pagan los usuarios, por lo que no es posible su reconocimiento económico. Agrega que la actividad de disposición o tratamiento de Mixtos no hace parte de las actividades contractuales remuneradas en el Contrato y que para su ejecución y reconocimiento se requería un acuerdo para adicionarla al Contrato como una actividad nueva y contar con la disponibilidad presupuestal para ello, por lo que las actividades adelantadas al amparo del Acta No. 01 *"adolecen de falta al principio de legalidad y solemnidad de los contratos estatales y contar con las disponibilidades presupuestales o el respaldo financiero, conforme lo establece la Ley 80 de 1993"*.

Afirma además que el Decreto 1784 del 2017, expedido por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, "por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1077 de 2015 en lo relativo con las actividades complementarias de tratamiento y disposición final de residuos sólidos en el servicio público de aseo", la actividad que se venía realizando y que se consideraba de

aprovechamiento de dichos residuos, no es aprovechamiento sino tratamiento, por lo que el municipio debía celebrar contratos con recursos propios y no de tarifas.

“Vigésima cuarta excepción: La improcedencia del reconocimiento de actividades asociadas a los residuos mixtos al haberse configurado la condición resolutoria del Acta 01 de 2014”

La Convocada argumenta que el Acta No. 01 de 2014 fue un acuerdo que contemplaba una solución provisional a la disposición de residuos mixtos, mientras se clarificaba la situación de los mismos en la regulación de las autoridades competentes, basado en lo expresado en las consideraciones de dicho acto, según las cuales *“revisada la normatividad vigente que regula lo relacionado con este tipo de materiales, descritos en la consideración primera, se encuentra un vacío normativo respecto a la regulación en su manejo y su disposición”* (Cuarta) por lo cual *“se hace necesario encontrar una solución provisional a la disposición de residuos contaminados o mezclados, mientras se clarifica esta situación ante las autoridades ambientales y se obtienen los cambios normativos”* (Cuarta).

A partir de lo anterior, afirma la convocada que *“la expresión provisional contenida en el acuerdo es constitutiva de una condición resolutoria. En efecto, de conformidad con el artículo 1536 del Código Civil, las partes de un contrato pueden someter a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto la extinción de un derecho adquirido en virtud del acuerdo contractual.”*

Por lo anterior, la Convocada sostiene que, ante los cambios en la materia (Decreto 1784 del 2017, expedido por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y

Territorio y Resolución CRA 720 de 2015), se extinguió el contenido prestacional dispuesto en el Acta No. 01 de 2014.

“Vigésima cuarta excepción: La improcedencia del reconocimiento de actividades asociadas a los residuos mixtos al ser una actividad amparada en un acto jurídico viciado de nulidad absoluta”

La Convocada fundamenta esta excepción bajo el argumento de que el Acta 01 de 2014 es abiertamente ilegal al haberse celebrado con desconocimiento de normas y principios imperativos de la Contratación Estatal y sin fundamento legal alguno, por atentar contra los principios de legalidad, transparencia, economía y demás disposiciones legales y constitucionales, como quiera que parte de la ausencia de normas en el ordenamiento jurídico y de regulación específica en el Contrato 344 de 2010 sobre el manejo de los residuos mixtos; de manera que la ausencia de normas en las que debió fundarse el acuerdo vicia de manera absoluta el contenido prestacional, por el abierto desconocimiento del principio de legalidad.

Agrega que “(...) de considerar que el Acta 01 es eficaz y vinculante, la misma sería constitutiva de dos posibles figuras jurídicas: (i) una modificación del objeto del contrato, frente a lo cual es pacífica la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la inmutabilidad del objeto del contrato estatal, por tanto abiertamente ilegal; (ii) Una modificación del contrato 344 de 2010 que no está contemplado en su objeto, por tanto, un acuerdo abiertamente ilegal.”.

“Vigésima quinta excepción: La improcedencia del reconocimiento de actividades asociadas a los residuos mixtos

desde el 3 abril de 2020"

Bajo esta excepción la Convocada sostiene que mediante comunicación CGR-DJ-679-20 del 3 de abril de 2020, CGR Doña Juana manifestó a la UAESP que: *"En vista del no pago del aprovechamiento de los residuos mixtos provenientes de puntos críticos por parte de la UAESP desde diciembre de 2019, nos permitimos informarle que a partir de las 00:00 horas del 4 de abril de 2020, CGR Doña Juana S.A. E.S.P. permitirá el ingreso de los vehículos que los transportan hasta el patio de mixtos, pero no se dispondrá de recursos humanos, económicos o físicos para realizar su aprovechamiento";* y que la UAESP le manifestó el 6 de abril de 2020, mediante comunicación con radicado 20203000056211, que el concesionario debía abstenerse de realizar cualquier actividad con los residuos mixtos en el área que se encuentran ubicados, poniendo de presente *"la seria problemática que existe en la zona acopiada para lo cual se precisa una solución definitiva."*

6.1.3. TRASLADO DE EXCEPCIONES

En relación con las excepciones vigésima tercera, vigésima cuarta y vigésima quinta la Convocante afirma que, independientemente de la denominación del Acta No. 1 de 2014, se debe considerar que *"(...) materialmente se trata de un acuerdo celebrado de mutuo acuerdo entre los contratantes, sin observaciones ni reservas, de manera libre y voluntaria, en ejercicio de la voluntad y capacidad contractual de cada co-contratante, el cual fue desarrollado y cumplido por ambas partes durante varios años, de ahí que no puede restarse mérito a este acuerdo y, menos aún, desconocerse su vigencia y exigibilidad como pretende hacerlo la UAESP en un comportamiento de todo contrario a los postulados inherentes*

a la buena fe contractual y a la confianza legítima".

Por lo anterior, la Convocante afirma que el Acta No. 01 de 2014 es plenamente eficaz, válida y exigible; y que *"el valor de las actividades ejecutadas por CGR Doña Juana fue pagado por la UAESP con cargo a los recursos excedentarios del esquema de prestación del servicio público de aseo de Bogotá, denominados excedentes de la bolsa, los cuales pueden ser utilizados por la entidad en el pago de actividades que hagan parte integral del servicio público de aseo y que no se encuentren reconocidas en el marco tarifario vigente"*.

6.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

6.2.1. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

La Demanda Reformada y la Demanda de Reconvención Reformada plantean los siguientes problemas jurídicos:

En primer lugar, si el Acta N° 01 de 2014 es un acto jurídico existente y válido, generador de obligaciones para las partes; en segundo lugar, y si el Acta N° 01 de 2014 es un acto jurídico existente y válido, si la misma estaba sujeta a una condición resolutoria; y por último, si la UAESP incumplió obligaciones a su cargo derivadas del Acta 01 de 2014 y del Contrato de Concesión 344 de 2010.

6.2.2. ANÁLISIS PROBATORIO

El Contrato de Concesión³¹⁸ incluye dentro de su objeto lo siguiente:

³¹⁸ Anexos a la contestación de la demanda, directorio Licitación 001 de 2010 y Contrato 344 de 2010, 2 Contractual 344 de 2010, 1 Contrato de concesión C-344-2010 CGR DOÑA JUANA S A E S P

"CLAUSULA PRIMERA - OBJETO DEL CONTRATO: Por el presente contrato **EL CONCESIONARIO** asume por su cuenta y riesgo, mediante la modalidad de concesión, la Administración, Operación y Mantenimiento Integral del Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C.- Colombia. en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, con alternativas de aprovechamiento de los residuos que ingresen al RSDJ, provenientes del servicio ordinario de aseo." (Énfasis añadido).

La Cláusula Tercera de la sección "SOBRE EL PROYECTO DE APROVECHAMIENTO" del Contrato de Concesión, contempla dentro de las obligaciones específicas del concesionario:

1. EL CONCESIONARIO deberá desarrollar los mecanismos de aprovechamiento que considere técnica y económicamente viables hasta del veinte por ciento (20%) de los residuos sólidos que ingresan al RSDJ. Para este propósito, presentará un documento contentivo de la o las alternativas elegidas para el aprovechamiento de los residuos sólidos en el RSDJ, dentro de los cuatro (4) primeros meses, contados a partir de la suscripción del Acta de inicio del Contrato, el cual deberá respetar el porcentaje promedio de residuos que aprovechará, presentado en su oferta.

En dicho documento el concesionario establecerá aquella o aquellas alternativas que ha decidido desarrollar en el RSDJ. Igualmente, definirá el cronograma de su montaje y puesta en marcha, que no podrá exceder de seis (6) meses, contados a partir de la presentación del mencionado documento.

Los mecanismos de aprovechamiento al interior del relleno podrán contemplar cualquier tipo de tecnología excepto aquellas cuyo fin sea la producción, tratamiento y aprovechamiento de Biogás a partir de los residuos sólidos, con la salvedad que estos podrán ser implementados solamente para la producción de la energía requerida para la operación del Sistema de Tratamiento de Lixiviados".

La Cláusula Séptima estableció lo siguiente en relación con la remuneración por aprovechamiento:

“a) Remuneración por Disposición Final de los Residuos Sólidos en el RSDJ: La remuneración de esta actividad es igual al valor obtenido de multiplicar el CDT remuneración por el número de toneladas dispuestas en el RSDJ no aprovechadas, durante el mes que se remunera. El CDT remuneración corresponde al definido en el numeral 1.2. DEFINICIONES Y SIGLAS de los pliegos de condiciones. El CDT remuneración será actualizado conforme lo dispuesto en la Resolución 351 de 2005. Las toneladas aprovechadas por el Concesionario serán pagadas al valor previsto en el artículo 17 de la Resolución 351 de 2005.” (Énfasis añadido).

En marzo del 2011, CGR Doña Juana mediante comunicación CGR-DJ-235-11, solicitó a la UAESP autorización para realizar una prueba piloto para analizar el comportamiento que tendría el material de concreto limpio que llega en los camiones recolectores de basura domiciliaria como material de afirmado en la conformación de vías internas de operación en el RSDJ que se levantan sobre la masa de residuos, proyecto conocido como aprovechamiento de mixtos³¹⁹.

Al considerar la viabilidad técnica, la Convocante presentó a la UAESP una propuesta de aprovechamiento de este producto para la conformación de vías temporales -como alternativa de cumplimiento a la obligación contractual que le asiste a CGR de desarrollar los mecanismos de aprovechamiento que considere técnica y económicamente viables- consagrada en la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión. Como consecuencia de lo anterior la UAESP procedió a modificar el Anexo Técnico (contenido en la Resolución UAESP 724 2010)³²⁰ mediante la Resolución

³¹⁹ Ver H 344 de la Demanda de Reconvención Reformada, que constituye confesión, aunado a su respuesta, en la que le Convocante lo admite como cierto.

³²⁰ Anexos dictamen pericial de contradicción técnico, anexo 20.25, RESOLUCIÓN No. 724 DE 2010.

UAESP 672 del 23 de noviembre de 2011³²¹, en la cual se dispuso:

“Artículo 2º.- Autorizar el recibo, disposición, tratamiento y/o aprovechamiento final de escombros provenientes de las actividades propias del servicio ordinario y del servicio especial de aseo en el Relleno Sanitario Doña Juana.”

La Resolución 672 de 2011 fue modificada mediante Resolución 746 de 2011; sin embargo, esta resolución no fue publicada y en consecuencia no produjo efectos, razón por la cual la misma fue objeto de revocación directa mediante la Resolución CRA 171 del 30 de abril de 2013, quedando entonces vigente la resolución anterior, es decir, la CRA 672 de 2011, como se observa en el texto de la resolución revocatoria³²².

El 20 de septiembre de 2012 la CAR dirigió a la Interventoría UT INTER DJ la comunicación 20122120394, en la cual le manifestó que, de conformidad con las normas y regulaciones ambientales (Resolución CAR 2211 de 2008 y radicado CAR 2008-000-087441-1), en las zonas de optimización del relleno solamente se podía disponer de residuos sólidos urbanos, y no de escombros; y que en virtud de los artículos 3 y 4 del decreto 541 de 1994, *“los escombros deberán ser dispuestos en escombreras seleccionadas por la Alcaldía Mayor de Bogotá - Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP, por lo que desde ahora es procedente advertir que cualquier evento adverso generado por una inadecuada disposición de escombros, puede ser responsabilidad de la entidad que autoriza tal disposición final.”*³²³

El 8 de octubre de 2012 la Interventoría, en comunicación dirigida a la CAR,

³²¹ Anexos dictamen pericial de contradicción técnico, anexo 20.25, 20113000106411-12-11 RESOLUCIÓN UAESP N. 672 DE 2011.

³²² Anexos dictamen pericial de contradicción técnico, anexo 20.25, RESOLUCIONES 649 de 2013 Y 171 DE 2013.

³²³ Dictamen pericial de contradicción técnico, anexo 20_6.

señaló que el ingreso de escombros al RSDJ no se encontraba autorizado pero que si lo estaba el ingreso de los residuos denominados mixtos (escombros con residuos sólidos), parte de los cuales son aprovechados por el Operador para dar cumplimiento a lo establecido en el Contrato de Concesión; y el 11 de octubre del mismo año, la UAESP precisó que los residuos mixtos provienen de demolición contaminados con residuos urbanos procedentes de espacios públicos donde son arrojados clandestinamente y los cuales es deber de la UAESP recoger y transportar al RSDJ, ya que en las escombreras autorizadas no los aceptan por estar contaminados. Pese a que los documentos aludidos no obran en el expediente, se tienen como ciertos con carácter de confesión³²⁴ los hechos de que dan cuenta, a saber: (i) que la Interventoría conceptuó que si bien no se encontraba autorizado el ingreso de escombros al RSDJ, si lo estaba el ingreso de los residuos mixtos para ser aprovechados por el Operador para dar cumplimiento al Contrato; y (ii) que la UAESP estaba obligada a recoger los residuos mixtos de las zonas públicas y a transportarlos al RSDJ, porque en las escombreras autorizadas no los aceptaban.

La Convocada afirma en la Demanda de Reconvención que el 7 de noviembre de 2012 la CAR la CAR realizó una visita al RSDJ, y que *“conceptuó que la disposición de ese material estaba prohibida bajo la regulación ambiental y para tal fin se requería de permiso previo ante la autoridad ambiental”*, respecto de lo cual la Convocante responde que no le consta tal hecho. Sin embargo, obra en el expediente uno de los informes de Interventoría en el cual ésta señala que, en dicha visita, *“a criterio de la autoridad ambiental se evidenció el acopio y disposición de escombros en*

³²⁴ C.G.P. artículo 193.

la zona licenciada."³²⁵.

Mediante la Resolución 039 de febrero de 2013, la CAR impuso a la UAESP una medida preventiva de *"SUSPENSIÓN INMEDIATA DE ACTIVIDADES de disposición de escombros en el RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA"*, frente a la cual la UAESP afirma haber solicitado a la CAR la revocatoria directa y el levantamiento de la medida. Si bien no obran en el expediente pruebas que demuestren estos hechos, sí existe registro de que la CAR, mediante Resolución 2155 de 2015³²⁶, impuso una sanción a la UAESP por acopiar, disponer y por mezclar escombros con otro tipo de residuos en el RSDJ. La UAESP presentó un recurso de reposición en contra de la Resolución 2155 de 2015³²⁷, el cual fue resuelto por la CAR mediante Resolución 358 de 2019³²⁸, en la que confirmó su decisión y reliquidó la sanción impuesta.

La Resolución CRA 672 de 2011 fue revocada mediante Resolución 649 del 21 de noviembre de 2013, por contradecir el artículo 6 del Decreto 357 de 1997, según el cual *"Está prohibido arrojar escombros en rellenos sanitarios."*³²⁹.

En todo caso, según con lo que refiere el "Informe Aprovechamiento 18 JUN 2021" de la Interventoría, desde el mes de enero de 2014, *"en el RSDJ se suspendió el procesamiento de residuos de construcción y demolición por restricciones de la Autoridad Ambiental para el manejo de estos residuos (...)"* *"[e]n el lapso de la suspensión, los residuos de construcción y demolición*

³²⁵ Ver H350 y Pruebas, Doc Allegados por Ian C Ortiz 28mar, COMUNICADOS TRIBUNAL, COMUNICADOS, ANEXO 20211100007151.

³²⁶ Demanda de reconvención inicial, 18. Controversia mixtos, resolución CAR 2155 oct-15 Multa Escombro

³²⁷ Ver H 360 de la Demanda de Reconvención Reformada, que constituye confesión, aunado a su respuesta, en la que la Convocante lo admite como cierto.

³²⁸ Anexos dictamen pericial de contradicción técnico, anexo 20.23

³²⁹ Anexos dictamen pericial de contradicción técnico, anexo 20.25, RESOLUCIONES 649 de 2013 Y 171 DE 2013.

fueron acopiados al costado sur de la zona de Biosólidos, por fuera del polígono licenciado"³³⁰.

Mediante Resolución 1351 del 18 de junio de 2014³³¹ la ANLA modificó la licencia ambiental única, y en el numeral 2 del artículo 6 de dicha resolución dispuso:

"2. Descargue de residuos: El relleno sanitario Doña Juana se encuentra habilitado para el ingreso de residuos sólidos urbanos (RSU), por lo tanto, los residuos tales como lodos, líquidos, escombros, hospitalarios y peligrosos no serán dispuestos en este sitio".

No obstante lo anterior, la Interventoría, según consta en el Informe ya citado manifestó que: "Teniendo en cuenta que CGR Doña Juana es el encargado de la administración y mantenimiento del Relleno Sanitario Doña Juana y *dado que los residuos clandestinos abandonados en las vías y áreas públicas y aquellos originados en puntos críticos no se podían abandonar en áreas públicas por el riesgo de generar una afectación a la salud de la ciudadanía y por tanto una emergencia sanitaria, la UAESP y el Concesionario CGR firmaron el Acta de Acuerdo No. 1 de 2014 para el ingreso provisional de estos residuos y tramitar ante la CAR, las solicitudes necesarias para viabilizar la gestión de estos residuos*"³³². (subrayado añadido).

Fue así como las partes suscribieron el Acta 01 de 2014, que por su

³³⁰ Pruebas, Doc Allegados por Ian C Ortiz 28mar, COMUNICADOS TRIBUNAL, COMUNICADOS, ANEXO 20211100007151.

³³¹ Anexos a la contestación de la demanda, 5. Actuación administrativa CRA revisión de costos particulares, Expediente CRA, Solicitud y Anexos, SOLICITUD Y ANEXOS- P, EXPTE TÉCNICO, USB SOLIC, CDF, Anexo 6, Licencia Ambiental, Resolución 1351.

³³² Pruebas, Doc Allegados por Ian C Ortiz 28mar, COMUNICADOS TRIBUNAL, COMUNICADOS, ANEXO 20211100007151.

importancia se reproduce en su integridad:

“ACTA DE ACUERDO No. 1 – 2014

Entre los suscritos (...), hemos convenido celebrar el presente acuerdo en desarrollo del Contrato de Concesión No 344 de 2010, con base en las siguientes consideraciones: PRIMERA: Que es una realidad manifiesta en el Distrito Capital de Bogotá, la existencia de material de desecho arrojado clandestinamente al ecosistema de la ciudad. Estos residuos se encuentran conformados en distintas proporciones por sobrantes de construcción y demolición, mezclados con residuos domiciliarios ordinarios. SEGUNDA: Que esta clase de residuos son recogidos por los operadores de Recolección, Barrido y Limpieza, en los denominados puntos críticos en cumplimiento a su obligación de mantener el área limpia en todos los espacios públicos de la ciudad. TERCERA: Que por contener escombros, esta clase de residuos no se pueden disponer en los polígonos licenciados para residuos sólidos urbanos en el Relleno Sanitario Doña Juana. Al mismo tiempo, por no ser escombros puros o seleccionados, no son de recibo en las escombreras legalmente establecidas. CUARTA: Que, adicionalmente, revisada la normatividad vigente que regula lo relacionado con este tipo de materiales, descritos en la consideración primera, se encuentra un vacío normativo respecto de la regulación en su manejo y disposición. QUINTA: Que se hace necesario encontrar **una solución provisional a la disposición de residuos contaminados o mezclados, mientras se clarifica esta situación ante las autoridades ambientales y se obtienen los cambios normativos.** SEXTA: Que las anteriores situaciones, de presentarse, generarían una emergencia sanitaria en el Distrito Capital de Bogotá.

Por lo expuesto, las Partes acuerdan:

“PRIMERO: La UAESP, de conformidad con su misión institucional, determina que dichos materiales **sean ingresados provisionalmente al patio de separación y clasificación de este tipo de material**, ubicado por fuera de los polígonos licenciados por la CAR para la disposición de RSU, dentro del Relleno Sanitario Doña Juana, con el propósito de separarlos.

SEGUNDO: Los materiales se dispondrán así: Los RSU se dispondrán en los polígonos autorizados para ello por la CAR. Los materiales de construcción y demolición resultantes de la separación serán llevados a las escombreras autorizadas para tal fin.

TERCERO: La UAESP pagará a la CGR las labores de separación, cargue, transporte y disposición de las basuras en la zona de disposición y de los escombros en las escombreras, mediante la tarifa que se acuerde para tal fin, en caso de que las mismas le sean encomendadas." (énfasis añadido)

QUINTO (SIC, no hay CUARTO): Las partes acuerdan tramitar conjuntamente ante la CAR, las solicitudes que sean necesarias para garantizar que se viabilicen proyectos de aprovechamiento del material residuo de construcción y demolición que se haya separado en el Relleno Sanitario Doña Juana, y que se incluye en la licencia ambiental". (Subrayado y resaltado añadidos).

Con este documento, suscrito de manera libre, consciente y voluntaria para las partes -ninguna de ellas argumenta que no lo fuera-, el Tribunal tiene por probados hasta este punto los siguientes hechos y acuerdos:

1. El Acta No. 1 de 2014 constituye un acto jurídico existente, habida cuenta de que se otorgó por escrito y en ellas constan los derechos y obligaciones que recíprocamente se derivan de ella a favor y a cargo de cada una y fruto del consentimiento libre de vicios de las partes.
2. El objeto del Acta de Acuerdo hace parte del Contrato de Concesión, y así lo entendieron las partes, pues la suscribieron "en desarrollo del Contrato".
3. El Acta de Acuerdo fue celebrada en función de los hechos relacionados en las Consideraciones, los cuales han de tenerse por ciertos, a saber: que en Bogotá existían materiales de desecho arrojados clandestinamente al ecosistema, conformados por sobrantes de construcción y demolición mezclados con residuos

domiciliarios ordinarios (mixtos); que los mixtos tenían que ser recogidos por los operadores de Recolección, Barrido y Limpieza en los denominados puntos críticos; que si los escombros no se podían disponer en los polígonos licenciados para residuos sólidos urbanos en el RSDJ, a la vez los mixtos no eran aceptados en las escombreras legalmente establecidas; y que existía un vacío normativo en la regulación respecto del manejo y disposición de los mixtos, por lo cual no adolece de causa ilícita.

4. En virtud del Acta la UAESP, de conformidad con su misión institucional, determinó que dichos residuos mixtos fueran ingresados, con carácter provisional, al patio de separación y clasificación de este tipo de material, que se encontraba por fuera de los polígonos licenciados por la CAR para la disposición de Residuos Sólidos Urbanos (RSU) pero dentro del Relleno Sanitario Doña Juana, con el propósito de separarlos.
5. En virtud de Acta No. 1 de 2014 las partes pactaron:
 - a. Que los materiales producto de la separación de los mixtos se dispondrán así: Los RSU, serían dispuestos en los polígonos autorizados para ello por la CAR y los materiales de construcción y demolición resultantes de la separación, serían llevados a las escombreras autorizadas para tal fin.
 - b. Que la UAESP pagaría a CGR las labores de separación, cargue, transporte y disposición de los escombros en las escombreras, mediante la tarifa que se acordara para tal fin, en caso de que tales labores le fueran encomendadas a CGR.
 - c. Que tramitarían conjuntamente ante la CAR, las solicitudes necesarias para viabilizar proyectos de aprovechamiento del material residuo de construcción y demolición separado en el

Relleno Sanitario Doña Juana, y que se incluyera en la licencia ambiental.

Así las cosas, concluye el Tribunal que son aspectos distintos la autorización, o mejor, la determinación de la UAESP de introducir los residuos mixtos a un patio de separación dentro del RSDJ, y las actividades que CGR podría realizar con estos residuos mixtos.

Lo primero (introducción de los mixtos al RSDJ), fue una decisión de la UAESP, al paso que lo segundo (actividades a realizar con los escombros resultantes de la separación de los residuos mixtos) fue un acuerdo entre las partes que contempló dos alternativas: la primera, llevarlos a las escombreras autorizadas, si la UAESP le encomendaba esta labor al CGR, caso en el cual le pagaría tal actividad mediante la tarifa que se acordara al efecto; y la segunda, que las partes tramitarían las autorizaciones necesarias, incluyendo las ambientales, para viabilizar proyectos de aprovechamiento del material residuo de construcción y demolición separado en el relleno, respecto de lo cual no se definieron en el Acta los términos y condiciones de tales proyectos.

Fue así como, entre los años 2014 y 2016 -al no haber sido encargada a CGR su transporte a las escombreras-, los residuos mixtos ingresados y acopiados con carácter temporal en el RSDJ se fueron acumulando, sin que fueran objeto de disposición³³³.

³³³ Según el dictamen técnico de la Convocante, "el acopio provisional que se realizó entre octubre de 2014 y octubre de 2016 (24 meses) fue de aproximadamente 350.000 toneladas".

El 30 de marzo de 2015³³⁴, la UAESP remitió a CGR Doña Juana una propuesta de Adición No. 5 al Contrato de Concesión, mediante la cual proponía adicionar a la Cláusula Primera del Contrato de Concesión (Objeto), la siguiente redacción: *“Recepción, pesaje, separación, cargue, transporte y disposición final de los “MIXTOS”, en los siguientes componentes: Residuos sólidos Urbanos (RSU), Residuos de construcción y demolición (RCD) y Material, potencialmente reciclable (MPR)”*; propuesta que no llegó a concretarse.

La UAESP afirma en la demanda de reconvención que el 16 de marzo de 2016, solicitó *“a la CAR autorización del ingreso de RCDs limpios para la adecuación de las vías temporales del RSDJ”*³³⁵, respecto de lo cual la Convocante responde que no le consta tal hecho, y no obra en el expediente tal solicitud.

El 5 de mayo de 2016, CGR Doña Juana radicó ante la UAESP el *“Proyecto de Aprovechamiento de Residuos Sólidos Provenientes del Servicio Público de Aseo en el RSDJ”* consistente en el aprovechamiento de los agregados reciclados de los residuos sólidos aprovechables ubicados en el Patio de Mixtos, que según el documento de radicación contenía *“los detalles de la implementación y puesta en marcha del proceso de aprovechamiento para la generación de tales agregados, realización de prueba piloto, aspectos económicos (tarifarios), identificación de beneficios sociales y ambientales, además consideraciones técnicas (...)”*³³⁶.

³³⁴ Parte 1, Anexos a la demanda de reconvención reformada, 18. Controversia mixtos, 20154010045041 – Acopio mixtos.

³³⁵ Ver H 361.

³³⁶ dictamen técnico convocante Parte 3, 3. Anexos Mixtos v1, Anexo 3_3, CGR-DE-64-16 - UAESP - 2016601009345-2 - Proyecto de aprovechamiento, alcance a la comunicación CGR-2016601008341-2 -

El 26 de agosto de 2016³³⁷, CGR Doña Juana radicó ante la UAESP el informe de la prueba piloto de la primera fase de dicho proyecto, el cual a su vez fue remitido a la CAR³³⁸.

Mediante comunicado del 26 de septiembre de 2016, la CAR dio autorización para continuar con *“la siguiente fase propuesta en el proyecto bajo estudio, consistente en la utilización del agregado reciclado (...) para ser utilizadas como aprovechamiento ‘en el mejoramiento de las vías internas y temporales del relleno sanitario Doña Juana, de aquellas construidas encima de los residuos sólidos y de las plataformas de descargue’ (...)”*³³⁹. A partir de entonces, CGR inició las actividades de separación de los residuos mixtos y aprovechamiento de los materiales de construcción y demolición reciclados para la adecuación de las vías dentro del RSDJ³⁴⁰.

En dicho documento la CAR incluye la siguiente manifestación en relación con los residuos ya acumulados en el área denominada patio de aprovechamiento: *“Con relación al plan operativo propuesto para la separación y aprovechamiento de los residuos mixtos o ‘residuos de construcción y demolición + residuos sólidos urbanos (RCD + RSU), que se encuentran acopiados en el actual área de aprovechamiento, se considera poco probable que la disminución gradual de los residuos mixtos programada suceda, en razón a los altos volúmenes del material, esto sin*

³³⁷ Dictamen técnico convocante Parte 3, 3. Anexos Mixtos v1, Anexo 3_3, CGR-DJ-816-16 - UAESP - 2016601017826-2 - Informe prueba piloto de utiliz. de agregado reciclado para mejoramiento de vías

³³⁸ Ver H 363 de la Demanda de Reconvencción Reformada, que constituye confesión, aunado a su respuesta, en la que la Convocante lo admite como cierto.

³³⁹ Dictamen técnico convocante Parte 3, 3. Anexos Mixtos v1, Anexo 3_3.5, 1747 - 20161000119621 - Remisión oficio No 01162106037 - CAR. Autorización agregado reciclado.

³⁴⁰ Ver Adición 8 al Contrato de Concesión – Consideraciones: *“Con esta autorización, desde el mes de octubre del año 2016 CGR realiza la segunda fase del proyecto de tratamiento de residuos provenientes de los puntos críticos que ingresan el relleno sanitario, diferentes del acopio conformado entre los años 2014 y 2016”*.

desconocer las cantidades diarias de residuos mixtos que ingresan al relleno sanitario. Por lo anterior, el operador CGR, deberá demostrar durante la segunda fase su factibilidad o la implementación de un sistema eficiente que garantice la disminución gradual del acopio como lo manifiesta en el segundo documento."

El 22 de diciembre 2016, CGR Doña Juana presentó a la UAESP el documento denominado "PROYECTO DE APROVECHAMIENTO DE MIXTOS, FASE 2"³⁴¹, en el cual señala expresamente que: "Es de aclarar que lo desarrollado en este documento hace referencia a los residuos mixtos recibidos diariamente y no al material acopiado en meses anteriores. Los residuos acopiados desde octubre de 2014 serán separados y procesados una vez se lleguen a acuerdos con la UAESP que garanticen la sostenibilidad económica del proceso". En línea con lo anterior, en sus conclusiones agrega que "Durante el desarrollo de esta segunda fase se está realizando la separación del 100% de los residuos que ingresen diariamente al área evitando el aumento del actual acopio de mixtos" y que "Se debe garantizar por parte de la UAESP los mecanismos para poder realizar el desmonte del acopio de los materiales mixtos dispuestos desde octubre de 2014, que permitan la sostenibilidad económica del proceso, dado que el ingreso de estos residuos fue exigido directamente por la unidad".

En relación con el desmonte de los residuos mixtos acopiados en el Patio de Mixtos entre 2014 y 2016 -que no fue objeto del Proyecto de Aprovechamiento presentado por CGR-, el 19 de junio de 2018 las partes

³⁴¹ Dictamen técnico convocante Parte 3, 3. Anexos Mixtos v1, Anexo 3_3.5, CGR-DJ-1265-16 - UAESP-20166010274772 - Comunicación CAR 01162106037 - Proyecto de aprovechamiento de acopio de mixtos Fase 2 V2

suscribieron la Adición No. 8 al Contrato de Concesión³⁴², con fundamento en las siguientes consideraciones, entre otras:

“Posteriormente, el 26 de agosto de 2016 mediante radicado CAR No 01161102080, se presentó el documento “Informe – Prueba Piloto de Utilización de Agregado Reciclado para el Mejoramiento de vías Internar y Temporales en el Relleno Sanitario Doña Juana”. El 26 de septiembre la CAR emite comunicado 01162106037 en el que da aprobación de la primera fase para el proyecto.

Con esta autorización, desde el mes de octubre del año 2016, el concesionario CGR realiza la segunda fase del proyecto de tratamiento de los residuos provenientes de puntos críticos que ingresan al relleno sanitario, diferentes al acopio conformado entre los años 2014 y 2016. Cuyos resultados que fueron puestos en conocimientos de la CAR, el 3 de enero de 2017 mediante radicado CAR No. 011171100027.

Posteriormente, el 11 de mayo de 2017, la CAR emite el Auto DRBC No. 572 de 2017 “por medio del cual se efectúan unos requerimientos y se toman otras determinaciones”, en el que dispone se efectúen, entre otras las siguientes acciones, con el objeto de lograr la reducción gradual del acopio de residuos provenientes de puntos críticos:

“1. Implementar otras alternativas, tales como centros de tratamiento y/o aprovechamiento a través de tecnologías que garanticen la optimización en la separación y clasificación de los residuos mixtos aprovechables.

³⁴² Anexos a la contestación de la demanda principal reformada, Directorio Licitación 001 de 2010 y Contrato 344 de 2010, 2 Contractual 344 de 2010, 33 ADICIÓN NO 8 C-344-2010.

(...)

5. Dar a conocer a la CAR, el respaldo y participación por parte de la UAESP, en la propuesta mencionada, en relación con implementación de las alternativas propuestas (Trommel, bandas transportadoras, tolvas de recepción y/o cabinas de clasificación, como soluciones ambientalmente sostenibles y eficaces al problema de los residuos mixtos (RCD) + RSU) que ingresan y **que están acopiados** en el área de aprovechamiento de RSDJ". (negrilla y subrayado fuera de texto original)

La interventoría recibió del concesionario CGR Doña Juana S.A. E.S.P, versión 6 de su propuesta para la reducción gradual del acopio de residuos provenientes de puntos críticos mediante radicado UTIDJ No. 201804717 del 24 de abril de 2018 (CGR-DJ 581-18), la cual fue ajustada por el concesionario y presentada en su última versión No. 12 mediante radicado UTIDJ 201806925 del 5 de junio de 2018 (CGR-DJ – 772-18) del 05 de junio de 2018, la interventoría UT Inter DJ, emitió concepto de viabilidad técnica, jurídica y financiera para adicionar el contrato de concesión 244 de 2010 con el radicado 20187000206982 (UTIDJ 201806722), con el fin de realizar la primera fase del Proyecto para el desmantelamiento gradual del acopio de residuos provenientes de puntos críticos y gestión integral de residuos sólidos", para la reducción gradual del acopio ordenada en el Auto 572 de 2017.

Respecto a la última versión de la propuesta presentada por el concesionario CGR Doña Juana S.A. E.S.P., mediante radicado UAESP No. 20187000204692 (CGR-DJ – 772-18) del 05 de junio de 2018, la interventoría UT Inter DJ, emitió concepto de viabilidad técnica, jurídica y financiera para adicionar el contrato de concesión 344 de 2010 con el radicado 20187000206982 (UTIDJ 201806722), con el fin de realizar la primera fase del Proyecto para el desmantelamiento gradual del acopio de residuos provenientes de puntos críticos y gestión integral de residuos sólidos. En dicho concepto la interventoría expresa:

Es oportuno llevar a cabo la contratación con CGR, teniendo en cuenta la necesidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la Autoridad Ambiental en comunicado 01162106037 hacia la UAESP, asunto "Respuesta a los radicados 01161101377 y 01161102018 – Expediente CAR 1919", mediante el cual manifestó que se requiere el pronto desarrollo de estas obras para que a la

par con el cumplimiento de las ordenes de la CAR, se evite el riesgo de deslizamiento por inestabilidad, incendios y proliferación de vectores.

Es importante aclarar que la gestión de residuos objeto de este análisis de viabilidad, para la futura adición, es diferente e independiente de la obligación contractual que le asiste al Concesionario de realizar el aprovechamiento de los residuos que ingresan al RSDJ.”

Así, las partes decidieron adicionar la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA PRIMERA. MODIFICAR OBLIGACIONES. *Adicionar un nuevo numeral a la “CLÁUSULA SEGUNDA – OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO” del Contrato de Concesión N° 344 de 2010, en el sentido de adicionar la siguiente obligación:*

54. *Realizar la Primera Etapa del Proyecto de desmonte y/o desmantelamiento del acopio de residuos provenientes de puntos críticos, realizar la gestión integral de dichos residuos acopiados, mediante la separación, el tratamiento, disposición o gestión integral técnica que corresponda a cada uno de los residuos obtenidos de la separación, conforme las especificaciones técnicas e ingeniería descritas en la propuesta técnica del Concesionario CGR Doña Juana S.A. E.S.P. avalada y aprobada por la Interventoría”.*

El 26 de junio de 2019, las partes suscribieron el acta de recibo a satisfacción de la obra ejecutada en el marco de esta adición³⁴³, con lo cual este asunto quedó concluido.

Ahora bien, en relación con el manejo de los residuos mixtos que llegaban diariamente al RSDJ, obra en el expediente un concepto no vinculante

³⁴³ Anexos del dictamen pericial de contradicción técnico, anexo_20.22

proferido por la CAR el 19 de octubre de 2017, en el cual absuelve la siguiente pregunta formulada por la UAESP: “¿Se puede remunerar con cargo a la tarifa del servicio de aseo la gestión de residuos mixtos consistente en separar, clasificar y disponerlos adecuadamente?”, en el cual la CAR señala:

*“En este sentido, respecto de su primera pregunta, debemos informarle que al tratarse de residuos especiales conforme a lo dispuesto en el numeral 42 del artículo 2.3.2.1.1 del capítulo 1, del título 2, de la parte 3, del libro 2, del Decreto 1077 de 2015, es claro entonces que el precio por el servicio prestado de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos especiales será pactado libremente entre el prestador y el usuario, de manera que no podrá ser trasladado a la tarifa (...)”.*³⁴⁴

En la demanda de reconvención la UAESP indica que: “partir de febrero de 2018 cambia el modelo de aseo y los RPC quedan por fuera del mismo” y que “[P]or lo tanto, la gestión de los residuos provenientes de puntos críticos no es reconocida en la regulación tarifaria establecida por la Comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico- CRA y no pueden ser remunerados vía tarifa. El Decreto 1784 del 2017, expedido por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, “por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1077 de 2015 en lo relativo con las actividades complementarias de tratamiento y disposición final de residuos sólidos en el servicio público de aseo” establece que la actividad que se venía realizando, lo que se consideraba, el aprovechamiento de dichos residuos, no es aprovechamiento sino tratamiento (...)”³⁴⁵; y concluye diciendo que “por tanto, no se puede considerar que a partir de la actividad se esté dando

³⁴⁴ Ver H 366 de la demanda de reconvención y anexos a la contestación de la demanda principal, Directorio Normatividad tarifaria y regulatoria, Anexo no. 17.

³⁴⁵ Ver H 367 de la demanda de reconvención reformada.

cumplimiento de la Cláusula Tercera del contrato de concesión No. 344 de 2010".

A este hecho responde CGR que es cierto que los RPC quedan por fuera del modelo de aseo que inició en febrero de 2018, pero no lo es la conclusión de que *"no se puede considerar que a partir de la actividad se esté dando cumplimiento de la Cláusula Tercera del contrato de concesión No. 344 de 2010".*

Entre diciembre de 2019 y abril de 2020, la Convocante emitió las facturas 1401, 1402, 1403, 1449, 1450, 1451, 1506, 1507, 1508, 1564, 1565 y 1566³⁴⁶, por concepto de aprovechamiento y tratamiento de residuos sólidos de puntos críticos, por los siguientes valores:

Facturas residuos mixtos (pesos corrientes)	
Factura C-1401 (dic-2019)	\$251,105,718
Factura C-1402 (dic-2019)	\$717,759,032
Factura C-1403 (dic- 2019)	\$275,584,939
Factura C-1451 (ene-2020)	\$270,123,524
Factura C-1449 (ene-2020)	\$553,558,737
Factura C-1450 (ene-2020)	\$244,818,351
Factura C-1506 (feb-2020)	\$357,926,131
Factura C-1507 (feb-2020)	\$517,596,850
Factura C-1508 (feb-2020)	\$226,975,499
Factura C-1564 (mar-2020)	\$265,590,255
Factura C-1565 (mar-2020)	\$612,015,164
Factura C-1566 (mar-2020)	\$268,419,879
TOTAL	\$4.541.474.079

Dichas facturas fueron rechazadas por la Interventoría mediante varios comunicados³⁴⁷, fundamentalmente en razón de que *"a la fecha no se ha definido oficialmente una fuente de pago para el pago de la actividad*

³⁴⁶ Pruebas – Reforma de la Demanda, Residuos Mixtos.

³⁴⁷ Anexos a la contestación de la demanda, 9. Directorio Aprovechamiento.

*cobrada por el Concesionario, por lo tanto, no es posible realizar su trámite. Por lo expuesto, esta interventoría realizará las consultas pertinentes a la UAESP.”*³⁴⁸

Frente a una de las comunicaciones con las que la UAESP devolvió las facturas, CGR Doña Juana respondió el 29 de enero de 2020, así:

*“Para CGR Doña Juana S.A. E.S.P. no son razonables las afirmaciones de la interventoría UT Inter DJ cuando en el proceso de cruce de cuentas realizado a finales de 2019 entre la UAESP y el concesionario, tal y como se puede evidenciar en el oficio UAESP 2019300032101, fue precisamente el ente interventor quien emitió su aval para tramitar el pago de las facturas que CGR Doña Juana S.A. E.S.P presentó en desarrollo de ese procedimiento, las cuales relacionaban actividades de tratamiento de residuos provenientes de puntos críticos; luego entonces no es dable ni de recibo que la interventoría UT Inter DJ desconozca cuál es la fuente de pago de esos residuos que si bien se encuentran por fuera del esquema remuneratorio del servicio ordinario de aseo, deben ser atendidos y dispuestos en el marco de la política integral de residuos sólidos a la que está obligada el Distrito Capital en cabeza de la UAESP y de las disposiciones superiores contenidas en el Decreto 1077 de 2015.”*³⁴⁹.

El 6 de febrero de 2020³⁵⁰, la Convocante envió una comunicación a la Interventoría, en la que le manifestó que, ante el hecho de que la UAESP no había definido la fuente de recursos para el pago del tratamiento de residuos mixtos, le ponía de presente la Resolución UAESP 0772 del 23 de diciembre de 2019, citando los artículos de la Resolución UAESP 0772 de 2019 que en su entender constituyen las fuentes para el pago de las actividades

³⁴⁸ Anexos a la contestación de la demanda, 9. Directorio Aprovechamiento, 02_FACTURAS PENDIENTES, 2020-01-24 UTIDJ-202001114-01-20 CGR-DJ-0080-20 DEVOLUCION FACTURAS C-1401 A C-1403.pdf

³⁴⁹ Anexos a la contestación de la demanda, 9. Directorio Aprovechamiento, 02_FACTURAS PENDIENTES, 2020-01-29 CGR-DJ-0125-19-01-20 RASTA CGR-DJ-0080 DEVOL. FACTURAS C-1401, C-1402 Y C-1403.PDF.

³⁵⁰ Anexos a la contestación de la demanda, 9. Directorio Aprovechamiento, 02_FACTURAS PENDIENTES, 2020-02-06 CGR-DJ-0165-20-02-20 UTIDJ-202002156 DEVOLUCION FACTURAS C-1401 a C-1403

objeto de las facturas rechazadas, así:

“Artículo Quinto. Destinación de Recursos Excedentes de los Esquemas del Servicio Público de Aseo.

(. . .)

Parágrafo 2: Los recursos provenientes de los Excedentes de los Esquemas del Servicio Público de Aseo recibidos por la unidad se pueden destinar al pago de las actividades de recolección, transporte, tratamiento, disposición final y tratamiento de lixiviados de los residuos de demolición y construcción clandestinos y residuos provenientes de puntos críticos en el Distrito Capital, como parte de la prestación integral del servicio público de aseo.”

“Artículo Décimo: Actividades no reconocidas en la regulación.

Las actividades que, aunque no se encuentren reconocidas en la metodología tarifaria, son inherentes a las necesidades del servicio de aseo de la capital de país se financiarán con recursos que para este fin disponga el Distrito Capital -UAESP, es decir, no serán con cargo a la tarifa del servicio público de aseo, ni se dispondrán para ello los recursos voluntarios aportados por cada uno de los prestadores de las Áreas de Servicio Exclusivo – ASE.”

Dada la evidente contradicción en los dichos de las partes respecto de los efectos del cambio en el modelo de aseo ocurridos en 2018, habrá el Tribunal de establecer si dichos cambios conllevaron que la actividad de aprovechamiento de mixtos dejara de considerarse como parte del objeto del Contrato.

Por otro lado, CGR Doña Juana manifiesta en su escrito de demanda que incurrió en gastos adicionales por los siguientes conceptos, que no los facturó, y que los mismos no han sido pagados por la UAESP:

Factura	Detalle	Mes	Valor
S/F	Aprovechamiento residuos puntos críticos	abr-20	\$ 303.739.819,00

S/F	Disposición final puntos críticos	abr-20	\$ 195.615.101,00
S/F	Tratamiento de Lixiviados	abr-20	\$ 85.804.665,00
S/F	Disposición final puntos críticos	may-20	\$ 350.580.392,00
S/F	Tratamiento de Lixiviados	may-20	\$ 153.784.390,00

Al analizar las pruebas de que se vale la Convocante para acreditar dichos gastos, el Tribunal solamente encuentra en el peritaje económico aportado por esta parte³⁵¹ lo siguiente:

“De acuerdo con la información que nos suministró el CGR Doña Juana, los gastos y costos no alcanzados a facturar durante el año 2020 ascienden a un total de \$ 1,089,524,367:

Costos y gastos por residuos mixtos no facturados - 2020	
<i>Aprovechamiento residuos puntos críticos</i>	<i>\$303,739,819</i>
<i>Disposición final puntos críticos</i>	<i>\$195,615,101</i>
<i>Tratamiento de Lixiviados</i>	<i>\$85,804,665</i>
<i>Disposición final puntos críticos</i>	<i>\$350,580,392</i>
<i>Tratamiento de Lixiviados</i>	<i>153,784,390</i>
TOTAL	1,089,524,367

Fuente: CGR Doña Juana y cálculos propios en archivo “insuficiencia del valor por tonelada y reclamaciones adicionales.xlsx”, pestaña “reclamaciones adicionales”, celda B145”

Para el Tribunal, sin embargo, el dicho de los peritos carece del necesario sustento técnico, como quiera que se basa exclusivamente en la información que le suministró la propia Convocante.

³⁵¹ Página 187 de la numeración del dictamen.

6.3. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL.

Habida cuenta de las consideraciones que anteceden y de los hechos probados en el proceso, el Tribunal arriba a las siguientes conclusiones:

La actividad de manejo de Residuos Mixtos en el RSDJ hizo parte del Contrato de Concesión, de manera que no se requería incluirla mediante una modificación de su objeto.

El hecho de que la actividad de manejo de los residuos mixtos no se pudiera remunerar con cargo a la tarifa de aseo a partir de la reforma al sistema de aseo que tuvo lugar en el año 2018, no quiere decir que dicha actividad no haga parte del objeto del Contrato, pues por el contrario, las partes entendieron que sí lo era y por ello suscribieron el Acta No. 1 de 2014, señalando expresamente que lo hacían “en desarrollo del Contrato”; y no solamente eso, sino que además, a partir de 2016, el Concesionario efectivamente llevó a cabo tales actividades y la UAESP se las pagó, en desarrollo de los acuerdos y autorizaciones que al efecto gestionaron. Es decir, que la reforma *ex post facto* mencionada, que eliminó la posibilidad de remunerar la actividad contra la tarifa, no puede entenderse como una exclusión de la misma del objeto del Contrato de Concesión N° 344 de 2010.

Está claro que las actividades de disposición de residuos mixtos, aunque no se encuentren reconocidas actualmente en la metodología tarifaria, son inherentes a las necesidades del servicio público de aseo de Bogotá, como quiera que es obligación de la UAESP propender por la recolección de dichos residuos en los sitios críticos y que, dado que no tenía otra alternativa, porque los mismos no eran recibidos en las escombreras autorizadas por

estar contaminados, la UAESP resolvió depositarlos en el RSDJ y finalmente encomendar a CGR la labor de separación de los residuos mixtos y autorizar la disposición de los escombros resultantes para el afirmado de las vías del relleno, por lo cual, a partir de 2018, pudo y debió remunerarlos con los Excedentes de los Esquemas del Servicio Público de Aseo o con recursos que para este fin disponga el Distrito Capital -UAESP.

A partir de lo anterior, y de las conclusiones que dejó plasmadas el Tribunal en aparte anterior de este capítulo del Laudo, es forzoso concluir que:

6.3.1. El Acta No. 1 de 2014 no se encuentra viciada por ilicitud en su objeto, ya que siendo éste posible, hacía parte del alcance del Contrato de Concesión en desarrollo del cual se celebró, sin que se advierta ninguna violación de normas de orden público, de manera que de dicha Acta se derivaron en favor y en contra de las partes los derechos y obligaciones a los que ya se hizo referencia, unos y otros válidamente exigibles por virtud de la licitud de su objeto, aunado al hecho de que, como también se señaló atrás, reúne todos los requisitos para predicar de ella su existencia, incluyendo la solemnidad del escrito; fue fruto del consentimiento libre de vicios de las partes, ambas capaces para celebrar dicho acto; y su causa fue existente y lícita.

6.3.2. Las facturas que presentó CGR a la UAESP por concepto de actividades de manejo de Residuos Sólidos entre diciembre de 2019 y marzo de 2020 fueron en consecuencia devueltas sin una razón válida que justifique su rechazo. Por lo demás, se encuentra probado su monto y al respecto no existe en el expediente ninguna prueba que

lo desvirtúe.

6.3.3. De otra parte, si bien el Acta No. 1 de 2014 podría entenderse sometida a una condición resolutoria en la medida en que en sus consideraciones se expresó *“revisada la normatividad vigente que regula lo relacionado con este tipo de materiales, descritos en la consideración primera, se encuentra un vacío normativo respecto a la regulación en su manejo y su disposición”* (Cuarta) por lo cual *“se hace necesario encontrar una solución provisional a la disposición de residuos contaminados o mezclados, mientras se clarifica esta situación ante las autoridades ambientales y se obtienen los cambios normativos”* (Quinta), lo cierto es que las actividades de manejo de los Residuos Mixtos se llevaron a cabo de común acuerdo entre las partes, al amparo de las autorizaciones que se obtuvieron al efecto, sin que las disposiciones que regularon lo relativo a la remuneración vía tarifa o mediante otras fuentes constituyeran acaecimiento de la condición resolutoria; prueba de ello -de que era y es posible el manejo de los mixtos al interior del RSDJ-, es que la UAESP celebró un contrato con un tercero con dicho objeto. Vale decir que los acuerdos relativos al manejo de Residuos Mixtos por parte de CGR derivados del Acta No. 1 de 2014 terminaron en virtud de los hechos de que da cuenta el capítulo de análisis probatorio de este capítulo del Laudo.

6.4. EL SENTIDO DE LA DECISIÓN

En vista de lo expuesto, el Tribunal:

Despachará favorablemente la pretensión VIGÉSIMA SÉPTIMA de la

Demanda Reformada y declarará en consecuencia que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP incumplió el Acta No. 01 de 2014 y el Contrato de Concesión 344 de 2010 al desconocer lo pactado en dicha Acta sobre la disposición y la remuneración de los residuos provenientes de demolición y construcción de arrojo clandestino mezclados con residuos sólidos ordinarios.

Acogerá parcialmente la pretensión VIGÉSIMA OCTAVA subsidiaria y condenará en consecuencia a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. las sumas correspondientes a las facturas no pagadas, así:

Facturas residuos mixtos (pesos corrientes)	
Factura C-1401 (dic-2019)	\$251,105,718
Factura C-1402 (dic-2019)	\$717,759,032
Factura C-1403 (dic- 2019)	\$275,584,939
Factura C-1451 (ene-2020)	\$270,123,524
Factura C-1449 (ene-2020)	\$553,558,737
Factura C-1450 (ene-2020)	\$244,818,351
Factura C-1506 (feb-2020)	\$357,926,131
Factura C-1507 (feb-2020)	\$517,596,850
Factura C-1508 (feb-2020)	\$226,975,499
Factura C-1564 (mar-2020)	\$265,590,255
Factura C-1565 (mar-2020)	\$612,015,164
Factura C-1566 (mar-2020)	\$268,419,879
TOTAL	\$4.541.474.079

Rechazará, en cuanto a la misma pretensión, la condena al pago de los gastos y costos incurridos por la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. y no facturados, por falta de prueba.

En cuanto a la solicitud de actualización de la condena con la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, solicitada en la

pretensión vigésima octava principal, será igualmente rechazada por el Tribunal, como quiera que al tratarse de la indemnización por la falta de pago de sumas de dinero, no resulta aplicable la tasa solicitada, que corresponde al coste medio ponderado del capital (la sigla en Inglés WACC es el *Weighted Average Cost of Capital*), el cual es utilizado como tasa de descuento para valorar empresas o proyectos de inversión mediante el método del descuento de flujos de caja esperados, y sirve para determinar la rentabilidad esperada por los accionistas, tasa que por lo demás no fue pactada por las partes para el caso de mora en el pago de obligaciones dinerarias.

Accederá el Tribunal entonces a la actualización de la condena solicitada en la pretensión subsidiaria de la Vigésima octava, y condenará a la UAESP a pagar las sumas correspondientes a las facturas no pagadas en forma actualizada con el IPC desde la fecha de exigibilidad de cada factura hasta la fecha del Laudo, habida consideración de que, como lo tiene bien establecido la jurisprudencia, la inflación es un hecho notorio y su reconocimiento no supone una indemnización sujeta a prueba, sino solamente el reconocimiento de la pérdida de valor adquisitivo de la moneda.

Para efectos de esa actualización, el Tribunal tendrá en cuenta que de conformidad con la parágrafo segundo de la cláusula novena del contrato “forma de pago” la UAESP contaba con 30 días³⁵² para desembolsar las sumas cobradas por el contratista. En ese sentido, considerará que cada factura debía pagarse en el mes siguiente a su presentación y tendrá como IPC inicial el de esa fecha.

³⁵² Folio 85 del cuaderno principal número 1 (físico).

Facturas residuos mixtos (pesos corrientes)		MES VENCIMIENTO	IPC INICIAL (MES FECHA VENCIMIENTO)	IPC FINAL (MARZO 2023)	VALOR ACTUALIZADO (IPC FINAL/ IPC INICIAL * VALOR ACTUALIZAR)
Factura C-1401 (dic-2019)	\$ 251.105.718	Enero 2020	105,91	131,77	\$ 312.418.095
Factura C-1402 (dic-2019)	\$ 717.759.032	Enero 2020	105,91	131,77	\$ 893.013.952
Factura C-1403 (dic-2019)	\$ 275.584.939	Enero 2020	105,91	131,77	\$ 342.874.397
Factura C-1451 (ene-2020)	\$ 270.123.524	Febrero 2020	106,58	131,77	\$ 333.966.755
Factura C-1449 (ene-2020)	\$ 553.558.737	Febrero 2020	106,58	131,77	\$ 684.391.394
Factura C-1450 (ene-2020)	\$ 244.818.351	Febrero 2020	106,58	131,77	\$ 302.680.748
Factura C-1506 (feb-2020)	\$ 357.926.131	Marzo 2020	107,12	131,77	\$ 440.290.574
Factura C-1507 (feb-2020)	\$ 517.596.850	Marzo 2020	107,12	131,77	\$ 636.704.041
Factura C-1508 (feb-2020)	\$ 226.975.499	Marzo 2020	107,12	131,77	\$ 279.206.138
Factura C-1564 (mar-2020)	\$ 265.590.255	Abril 2020	107,76	131,77	\$ 324.766.406
Factura C-1565 (mar-2020)	\$ 612.015.164	Abril 2020	107,76	131,77	\$ 748.378.231
Factura C-1566 (mar-2020)	\$ 268.419.879	Abril 2020	107,76	131,77	\$ 328.226.498
TOTAL	\$ 4.541.474.079				\$ 5.626.917.230

El Tribunal declarará imprósperas las excepciones Vigésima tercera “La improcedencia del reconocimiento de actividades asociadas a los residuos mixtos al ser una actividad ilegal”; Vigésima cuarta, “La improcedencia del reconocimiento de actividades asociadas a los residuos mixtos al haberse configurado la condición resolutoria del Acta 01 de 2014”; Vigésima cuarta, “La improcedencia del reconocimiento de actividades asociadas a los residuos mixtos al ser una actividad amparada en un acto jurídico viciado de nulidad absoluta” y acogerá parcialmente la Vigésima quinta “La improcedencia del reconocimiento de actividades asociadas a los residuos mixtos desde el 3 abril de 2020”, como quiera que uno de los factores determinantes de la terminación de las actividades de manejo de lixiviados fueron las comunicaciones cruzadas entre las partes en el mes de abril de

2020.

Finalmente, el Tribunal rechazará las pretensiones Quincuagésima novena y sus subsidiarias Primera, Segunda y Tercera de la Demanda de Reconvención Reformada; y declarará procedente la excepción N° 20 “Actos Propios”, de la Contestación a la Demanda de Reconvención Reformada

7. APLICACIÓN DE DESCUENTOS CON BASE EN INDICADORES DE CALIDAD IMPROCEDENTES

La Convocante formuló las siguientes pretensiones en relación con la disminución de su remuneración con base en indicadores de calidad que considera improcedentes:

“VIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP aplicó y efectuó descuentos a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. con base en indicadores de calidad improcedentes, sin observancia del debido proceso ni del derecho de audiencia y sin tener en cuenta la afectación derivada de la insuficiencia de la remuneración del Concesionario, con lo cual incumplió la ley y el Contrato de Concesión 344 de 2010 y afectó el equilibrio económico del mismo.

TRIGÉSIMA PRETENSIÓN.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a reembolsar y/o devolver la totalidad de sumas descontadas a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P., actualizadas con la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, desde el momento en que realizó cada descuento y la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

SUBSIDIARIA DE LA TRIGÉSIMA PRETENSIÓN. - Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a reembolsar y/o devolver la totalidad de sumas descontadas a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. actualizadas con aplicación del IPC, desde el momento en que realizó cada descuento y la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.”.

7.1. POSICIONES DE LAS PARTES

7.1.1. POSICIÓN DE LA PARTE CONVOCANTE

La Convocante sostiene en la Demanda Reformada que “(...) la UAESP vulneró el derecho al debido proceso y a la defensa, y defraudó la ley y el Contrato al imponer disminuciones de la remuneración en contra de CGR DOÑA JUANA, por la supuesta falta de cumplimiento de los indicadores de gestión. Estas disminuciones se impusieron sin observar el debido proceso ni el derecho de audiencia, sin ser exigibles los indicadores que aplicó para sancionar y sin que por virtud de la insuficiencia financiera fuera válido exigir al Concesionario el cumplimiento de indicadores, como si se estuviera frente a una situación de normalidad en que las tarifas resultan acordes con lo preceptuado en el artículo 87.4 de la ley 142 de 1994.”.

Según la Convocante, la UAESP habría impuesto “(...) disminuciones de la remuneración al Concesionario sin observar el debido proceso sancionatorio y el derecho de audiencia objeto de regulación en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, concordante con el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y, más grave aún, perdiendo de vista los condicionamientos que al respecto ha precisado la Corte Constitucional al

tratarse de un asunto atado o inescindible al derecho fundamental al debido proceso administrativo.” (H 4.1.4) En ese sentido, agrega que “(...) los descuentos por indicadores realizados por la UAESP han sido completamente desprovistos de un juicio de culpabilidad, por lo que resultan ilegales, totalmente desproporcionados y atentatorios del debido proceso y el derecho a la defensa.”.

Adicionalmente, la Convocante afirma que “A las anteriores irregularidades se suma otra violación al debido proceso por parte de la UAESP, consistente en la falta de transparencia en la aplicación de las sanciones por indicadores de calidad, como quiera que el encargado de estimar el valor de dichas sanciones es la Interventoría, quien, a su vez, tiene interés directo en la cuantía de las mismas, configurándose de esta manera como juez y parte y desconociendo así el debido proceso.”.

Así, para la Convocante, “(...) las disminuciones de la remuneración, en la forma en que fueron impuestas por la UAESP, esto es, sin observancia del procedimiento establecido en la ley y exigido constitucionalmente para la validez de las mismas, al vulnerar la Constitución y la Ley, están viciadas de nulidad y así deberá declararlo este Tribunal de Justicia.”

En relación con las disminuciones de la remuneración con base en la aplicación de indicadores de gestión que no eran exigibles al Concesionario, la Convocante sostiene que “Desconociendo el principio de integralidad y lo estipulado en la Cláusula Segunda, numeral 32, del Contrato de Concesión 344 de 2010, la UAESP continuó aplicando los indicadores de calidad contenidos en el apéndice 11 del Contrato en lugar de aplicar la Resolución CRA 720 de 2015, que fija el marco regulatorio de

carácter general para el servicio público de aseo, la cual en su Capítulo II denominado “De los indicadores de calidad del servicio público de aseo” estableció un único indicador de calidad asociado a la actividad de disposición final realizada por CGR DOÑA JUANA, que es el índice de compactación al tenor de lo señalado en su artículo 59.”.

Explica la Convocante que “(...) existe una gran diferencia entre los indicadores de calidad contenidos en el apéndice 11 y el indicador de la Resolución 720 de 2015, en desfavor del Concesionario. En efecto, mientras que, al aplicar los primeros, la UAESP logró configurar todo tipo de incumplimientos y sanciones, con el indicador de la Resolución 720 de 2015 la UAESP no habría podido configurar ningún incumplimiento de este indicador y, consecuentemente, no habría podido imponer sanción alguna en contra de CGR DOÑA JUANA. No obstante, a la fecha, la UAESP continúa aplicando de forma ilegal los demás indicadores de descuentos no contemplados en dicha resolución.”.

Finalmente anota que “[e]l apéndice 11 del Contrato de Concesión 344 de 2010 constituye, además, una estipulación abusiva en razón de que las sanciones previstas son desproporcionadas y han conllevado a un desequilibrio entre las partes, ocasionando y agravando la insuficiencia financiera de CGR DOÑA JUANA a través de su aplicación.”.

7.1.2. POSICIÓN DE LA PARTE CONVOCADA

La Convocada sostiene que “Las partes pactaron varios descuentos aplicables sobre la remuneración, entre ellos, descuento por aprovechamiento, descuento de porcentaje ofertado durante la licitación

y además los descuentos por no cumplimiento de indicadores de calidad, los cuales se encuentran en la Adenda No 6 de los pliegos de condiciones y hacen parte del contrato.”.

En cuanto a éstos últimos, la Convocada aclara que “Las fórmulas de descuento previstas en la Adenda No 6 hacen parte del cálculo del precio para remunerar la prestación ejecutada y por ello afectan directamente la facturación. Dichos descuentos son parte de los pliegos de condiciones y del contrato estatal. Los descuentos aceptados por la convocante desde la presentación de su propuesta y luego aceptados con la suscripción del contrato, son un mecanismo de corrección de precio, distinto de las sanciones pecuniarias contractuales pactadas en el contrato a título de multa y declaración de incumplimiento con afectación de cláusula penal.”.

Así, para la Convocada, los descuentos por no cumplimiento de indicadores de calidad no son multas o incumplimientos que dan lugar a la aplicación del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011. En su criterio, se trata de “(...) la forma que pactaron las partes para ajustar el precio o remuneración al contratista a la calidad en su desempeño operativo. De este modo, no puede dejar de mencionarse que los contratos estatales en virtud del Artículo 40 de la Ley 80 de 1993 pueden estipular acuerdos de nivel o descuentos por indicadores bajo el principio de la libre configuración contractual.”.

Agrega la Convocada que, “(...) en todos los procedimientos de cálculos de los descuentos que han sido aplicados, se realizó una revisión conjunta entre CGR y la Interventoría, (...) con el objetivo de que el Concesionario presentara sus argumentos técnicos que pudieran ser tenidos en cuenta. Es decir, que los análisis y debates surtidos entre las partes, en aras de escuchar

los argumentos técnicos del contratista sobre las causales de descuento y la participación del concesionario en dichos debates técnicos son espacios que se concertaron en mesas de trabajo para revisar lo relativo a los descuentos por indicador."

En relación con la aplicación de la Resolución CRA 720 de 2015, la Convocante expone que dicha Resolución "(...) dispone una exigencia regulatoria que aplica no a nivel contractual sino de servicio regulado y vigilado por la Superintendencia de Servicios Públicos. Con ello, no es que esta figura se integre al contrato y pueda la UAESP ejercer el descuento regulatorio, (...)".

7.1.3. EXCEPCIONES FRENTE A LAS PRETENSIONES

La Convocada planteó las siguientes excepciones:

"Vigésima sexta excepción: la naturaleza de los descuentos por indicadores de calidad no puede ser equiparadas a sanciones contractuales"

Sostiene la Convocada que "Los descuentos por indicadores de calidad no son sanciones o multas pactados en el contrato. Por el contrario, es la aplicación de una fórmula pactada por las partes al amparo del Artículo 40 de la Ley 80 de 1993, para ajustar el precio o valor a remunerar acorde con la calidad del servicio prestado, mediante criterios objetivamente definidos en los documentos contractuales." Agrega que la Adenda No. 6 de los Pliegos establece la forma de calcular estos descuentos como parte de la fórmula de remuneración al Concesionario, aceptada por el Convocante de la presentación de su propuesta la suscripción del Contrato.

Por otra parte, la Convocada afirma que el cálculo de los descuentos se ha realizado mediante la aplicación de las fórmulas pactadas por las partes, con la participación del Concesionario y brindándole la oportunidad de expresar los argumentos técnicos a tener en cuenta respecto de las causales de descuento.

Añade que las cláusulas de descuento por indicadores de calidad son fruto de la libertad contractual y “(...) *difieren ostensiblemente de las cláusulas sobre imposición de multas, toda vez que las primeras pretenden no reconocer aquello que no se realizó en los términos del contrato, y las segundas, buscan apremiar al concesionario frente a un incumplimiento de sus obligaciones.*”

“Vigésima séptima excepción: CGR Doña Juana desconoce el propio procedimiento para la aplicación de los descuentos por indicadores de calidad – los descuentos se han aplicado como el mismo concesionario lo propuso al inicio del contrato”

La Convocada manifiesta que “Fue el mismo Concesionario quien definiría el trámite para la imposición de los descuentos por indicadores de calidad. En efecto, en comunicación CGR-DJ-1432-11-12-11 COMUNICACION UTDJ-726-11, del 9 de diciembre de 2011 el concesionario definió la manera en la que debían aplicarse los descuentos por indicadores pactados en el contrato: (...).” El procedimiento allí establecido es el que se ha llevado a cabo durante la ejecución contractual.

“Vigésima octava excepción: En los descuentos por indicadores de calidad es contractual y diferente a los descuentos regulatorios”

La Convocada sostiene que *“Los descuentos pactados en el contrato son autónomos e independientes a los regulatorios. Con ello, se debe insistir que son el fruto de la libre configuración del contrato y fueron pactados bajo el amparo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.”*

7.1.4. TRASLADO DE EXCEPCIONES

En relación con las excepciones vigésima sexta, vigésima séptima y vigésima octava la Convocante afirma que los descuentos por indicadores de calidad contemplados en el Contrato *“(…) no son otra cosa que cargas de orden pecuniario impuestas en detrimento de la remuneración de la sociedad concesionaria, erigiéndose, así como sanciones de orden contractual. Esto ha sido precisado por el Consejo de Estado al determinar que una sanción contractual es toda consecuencia adversa, restricción o limitación impuesta al contratista como reacción a una conducta de la ley o de las condiciones del contrato, de ahí que no pueda entenderse que solo son sanciones las que se denominan expresamente multas, la caducidad o, incluso, la cláusula penal pecuniaria -sin perjuicio de su contenido resarcitorio-, sino otras tantas que comulguen de tales características.”*

En ese sentido agrega dicha parte que *“Sin duda en cuanto a la necesidad de adelantar un procedimiento administrativo sancionatorio en los casos en que se impuso o se pretendan imponer descuentos por calidad, el Consejo de Estado clarificó lo relacionado con el procedimiento que con tal propósito habría de tramitarse, indicando al respecto que se trata del previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2001, en concordancia con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, deber legal que no ha sido atendido por*

la UAESP ni por la interventoría y, por ende, sus actuaciones relacionadas con esta situación están viciadas de nulidad y generan una consecuente reparación en favor de CGR Doña Juana."

7.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

7.2.1. PROBLEMAS JURÍDICOS

Las cuestiones jurídicas que plantea el debate consisten en definir si los descuentos a la remuneración que aplicó la UAESP por el incumplimiento de CGR en los indicadores de calidad constituyen un mecanismo de corrección de precio, o una sanción contractual; y si, de ser una sanción contractual, su imposición debía estar precedida del procedimiento sancionatorio previsto en la ley.

7.2.2. ANÁLISIS PROBATORIO Y CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

En el Apéndice 11 del Pliego de Condiciones, en los términos en que fue modificado mediante la Adenda No. 6, se establecieron los indicadores de calidad, en los siguientes términos:

"INDICADORES DE CALIDAD

El Operador deberá garantizar en todo momento el cumplimiento de los indicadores de calidad de la operación del relleno sanitario. Su no cumplimiento, parcial o total, conllevará a la penalización de la remuneración a recibir por parte del Concesionario. Los parámetros a medir con estos indicadores son:

1. COMPACTACIÓN DE LOS RESIDUOS: Busca establecer que el peso específico de los residuos, tras su compactación, es igual al

de diseño.
(...)

2. OPERATIVIDAD DEL ÁREA DE DESCARGUE: El área de descargue debe permanecer sin más de dos (2) vehículos en fila.
(...)

3. COBERTURA: Todas las áreas a excepción del área de descargue y de otras áreas expresamente autorizadas por la UAESP o por quien ésta designe, durante un período de tiempo específico, deberán permanecer cubiertas.
(...)

PENALIZACIÓN POR NO CUMPLIMIENTO DE LOS INDICADORES DE CALIDAD

1. Si IC peso específico <90%, se realizará un descuento por Calidad, resultado de la aplicación de la siguiente fórmula:
(...)

2. Si IC Operatividad Descargue <90%, se realizará un descuento por calidad, resultado de la aplicación de la siguiente fórmula:
(...)

3. Si IC Operatividad Descargue <90%, se realizará un descuento por calidad, resultado de la aplicación de la siguiente fórmula:
(...)

Descuento por Calidad = Penalización por Compactación + Penalización por Operatividad Área de Descargue + Penalización por Cobertura.

Nota 1: A la remuneración a percibir por el operador por concepto de **Disposición Final de los Residuos Sólidos en el RSDJ**, se le descontará el **Descuento por Calidad**.³⁵³ (Subrayado añadido).

La Cláusula Segunda del Contrato de Concesión establece la siguiente

³⁵³ Prueba aportada con la contestación a la demanda inicial, carpeta: 1. Precontractual Licitación 001 de 2010, Adendas, ANEXOSADENDA6.

obligación a cargo del Concesionario:

“35. Presentar ante la UAESP, dentro de los cuarenta y cinco (45) primeros días calendario de operación, un documento que deberá ser evaluado y conceptuado por la UAESP, en el que se especifique el sistema de indicadores para el seguimiento del desempeño y/o avance de todas las actividades objeto de la Concesión, que se definirán de acuerdo con lo establecido en la documentación técnica de los diseños, planes de manejo y cronogramas detallados de trabajo. No obstante, EL CONCESIONARIO deberá cumplir con los indicadores establecidos en el Apéndice 11”.

De las disposiciones transcritas resulta claro que el Concesionario tiene la obligación de cumplir con los tres (3) indicadores de calidad para la operación del relleno previstos en el Apéndice 11; y que su incumplimiento trae como consecuencia la aplicación de una penalidad, cuyo monto se descuenta de la remuneración a percibir por concepto de Disposición Final de Residuos Sólidos.

De la forma en que fue concebida, la penalidad allí prevista tiene la naturaleza de multa, definida, en palabras del Consejo de Estado, “(...) como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual. Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva

*mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista."*³⁵⁴.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia administrativa las multas cumplen una función sancionatoria y no indemnizatoria, pues no tienen como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad ante el incumplimiento, se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual:

*"(...) las multas cumplen una función sancionatoria y no indemnizatoria, pues no tienen como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad ante el incumplimiento. Son medidas **disuasorias destinadas a superar la infracción de las obligaciones contractuales y, por tanto,** su función principal es apremiar al contratista para que dé cumplimiento a las mismas, dado que cuando a un contratista se le aplica una multa por incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación o por cumplirla defectuosamente, las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir, con mayor razón cuando la infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas genera inhabilidad para contratar con el Estado."*³⁵⁵

Adicionalmente, el Tribunal recoge el siguiente planteamiento, expuesto en un laudo arbitral:

³⁵⁴ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, Rad. 68001-23-15-000-1994-09826-01 (28875), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

³⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013) Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157)

*"Bajo esa perspectiva, cualquier sanción de orden pecuniario que la entidad contratante pretenda hacer efectiva en el marco de la ejecución contractual, que tenga como objetivos el redireccionamiento del contrato y la adopción de correctivos ante incumplimientos o retardos parciales, en procura de satisfacer la finalidad trazada con el mismo, reviste un auténtico carácter de multa conminatoria, con independencia de la denominación que por las partes se le haya dado en el texto del contrato."*³⁵⁶.

En relación con la aplicación de descuentos en la remuneración a pagar al Concesionario como consecuencia de su incumplimiento de los indicadores de calidad pactados contractualmente, destaca el Tribunal que el Apéndice 11 del Pliego de Condiciones no contempla ningún procedimiento para la determinación y aplicación de la penalidad (multa) allí prevista.

Por su parte, la actividad sancionatoria en materia de contratación estatal se encuentra regulada en la Ley 1150 de 2007, que en su artículo 17 consagra el derecho al debido proceso como principio rector, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento

³⁵⁶ Laudo arbitral proferido el __ en el trámite arbitral de Organización Suma SAS contra Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio - 4403.

mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva."

Posteriormente, la Ley 1474 de 2011, en el artículo 86, estableció el procedimiento que deben seguir las entidades estatales para la imposición de multas y sanciones, así:

"ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. *Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento."

El procedimiento para la aplicación de multas y sanciones establecido por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en concordancia con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, tiene aplicación inmediata aún sobre los contratos en curso; y es de carácter obligatorio por tratarse de una norma de orden público, que no puede ser modificada o derogada por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad.

Por consiguiente, para el Tribunal es claro que para la imposición de las “penalidades” previstas en el Apéndice 11 del Pliego de Condiciones del Contrato, hasta el momento de la expedición de la Ley 1474 de 2011, era necesario que la UAESP adelantara un procedimiento mínimo que garantizara el debido proceso del Concesionario, con posterioridad y como consecuencia de la expedición de la mencionada ley, el procedimiento que debía adelantar la UAESP quedó reglamentado en el artículo 86 de la citada norma.

Así las cosas, el Tribunal encuentra que no le asiste razón a la UAESP en el planteamiento expuesto bajo la excepción vigesimoséptima según la cual fue CGR quien definió el trámite para la imposición de los descuentos por indicadores de calidad³⁵⁷. No obstante, es preciso aclarar que el procedimiento establecido en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 es de orden público y de obligatorio acatamiento, razón por la cual no puede ser remplazado por un procedimiento distinto, aun mediando la voluntad de las partes.

Por las razones expuestas el Tribunal habrá de negar la excepción vigésima sexta denominada “*La naturaleza de los descuentos por indicadores de calidad no puede ser equiparadas a sanciones contractuales*”.

³⁵⁷ Comunicación CGR-DJ-1432-11-12-11 COMUNICACIÓN UTDJ-726-11 del 9 de diciembre de 2011. Aportada con la contestación a la reforma de la demanda, carpeta “Directorio Indicadores”.

Mediante esta comunicación, teniendo en consideración que el Contrato no establecía un procedimiento para la aplicación de descuentos, el Concesionario manifestó lo siguiente:

“(…) nos permitimos sugerir el siguiente procedimiento (Anexo Procedimiento) para aclarar la cláusula 9ª del contrato de la referencia:

1. Establecer una reunión con la Interventoría el décimo día de cada mes para discutir las diferencias que puedan presentarse en relación con el tema de indicadores, reunión de la cual saldrá un Acta conciliada entre las partes donde se especifique el resultado de indicadores y donde se determinará los descuentos por el no cumplimiento de indicadores si efectivamente son imputables al operador del relleno sanitario.
2. Aplicar a la facturación del mes siguiente los descuentos de indicadores que se hayan presentado en el mes inmediatamente anterior, para lo cual se soportará con el Acta de indicadores suscrita entre las partes”.

También habrá de rechazarse la excepción vigésima octava bajo la cual la UAESP manifiesta que *“Los descuentos pactados en el contrato son autónomos e independientes a los regulatorios”* pues *“son el fruto de la libre configuración del contrato y fueron pactados bajo el amparo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.”* En efecto, la libertad de configuración contractual prevista en la mencionada norma del Estatuto de Contratación Estatal habilitaba a la UAESP a estructurar las penalidades previstas en el Apéndice 11 del Pliego de Condiciones e incorporarlas contractualmente, lo cual no está en tela de juicio en este proceso. Cosa distinta es que para su aplicación se requiriera el cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 86 de la Ley 1474 de 2011.

Visto lo anterior, procederá el Tribunal a determinar conforme a las pruebas recaudadas en el proceso, cuáles fueron las penalidades impuestas por la UAESP, esto es, los descuentos a la remuneración por concepto de Disposición Final de Residuos Sólidos.

De conformidad con el dictamen financiero aportado por el Concesionario, los descuentos por indicadores de calidad efectuados por la UAESP ascienden a la suma de \$13.009.794.304, registrada en pesos constantes a la fecha de entrega del dictamen:

“En la siguiente tabla se presentan los descuentos (y conceptos) por indicadores de calidad que le han sido impuestos al CGR Doña Juana desde el inicio de la Concesión hasta diciembre de 2020. El valor de los descuentos se encuentra expresado tanto en pesos corrientes como en pesos constantes de la fecha de entrega del dictamen.

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Descuentos indicadores (pesos corrientes)											
Cobertura		121.912.157	448.891.803			848.950.725	320.652.158	2.121.320.902	2.727.642.935	587.222.950	347.103.954
Densidades		52.555.846	-			-	-	958.734.914	37.254.534	429.486.742	148.252.888
Operatividad		-	81.898.306			336.482.973	28.912.658	490.166.930	389.465.056	788.302.446	-
Otrosí No. 5											

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	TOTAL
Descuentos indicadores (pesos fecha dictamen)												
Cobertura	-	178.267.928	640.756.384	-	-	1.074.180.582	383.673.686	2.438.468.445	3.038.866.994	630.274.652	366.617.857	8.751.106.527
Densidades	-	76.850.595	-	-	-	-	-	1.102.070.334	41.505.276	460.974.161	156.587.545	1.837.987.911
Operatividad	-	-	116.903.142	-	-	425.753.186	34.595.202	563.449.212	433.903.019	846.096.103	-	2.420.699.865
Otrosí No. 5	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
TOTAL												13.009.794.304

Fuente: Contrato de Concesión, Contar Auditores y cálculos propios en archivo “insuficiencia del valor por tonelada y reclamaciones adicionales.xlsx”, pestaña “reclamaciones adicionales”, celda B50”

Al respecto, el Demandante afirma que para la imposición de las sanciones que se cobraron a CGR mediante los descuentos de la remuneración no se siguió el debido proceso, el cual como se señaló corresponde al determinado en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

Tratándose de una negación indefinida, correspondería a la UAESP acreditar lo contrario. Así las cosas, en virtud de la carga dinámica de la prueba a la UAESP le correspondía demostrar que sí dio cumplimiento a dicho procedimiento legal. No obstante, en el caso en concreto la UAESP incumplió con el mencionado deber, de manera que se tiene por probado que dicho procedimiento no se siguió.

7.3. EL SENTIDO DE LA DECISIÓN

Por las razones expuestas, el Tribunal declarará que la UAESP aplicó y

efectuó descuentos al Concesionario de la remuneración correspondientes a las actividades de disposición de residuos sólidos sin observancia del debido proceso, con lo cual incumplió la ley y el Contrato. Por lo anterior, el Tribunal accederá a la pretensión vigesimonovena de la Demanda Reformada, y, en consecuencia, también accederá parcialmente a la pretensión Trigésima y se condenará a la UAESP a devolver a CGR las sumas descontadas.

Como se analizó en aparte anterior de este laudo, no es procedente la actualización de las sumas que habrá de reconocer el Tribunal con la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, razón por la cual el Tribunal negará la pretensión trigésima de la demanda, y accederá a la pretensión trigésima subsidiaria por medio de la cual se solicitó la devolución de los descuentos debidamente actualizados de conformidad con la variación del IPC.

Respecto de la indemnización a la que tiene derecho CGR por concepto del indebido descuento de su remuneración por parte de la UAESP, el perito EConcept advierte en el dictamen financiero aportado por CGR³⁵⁸ que *“el valor de estos descuentos, hasta octubre de 2018, ya está incluido en el cálculo de la insuficiencia financiera estimada en el capítulo “I. Insuficiencia financiera” de este dictamen. Dicho de otra manera, si se sumaran el déficit financiero y estos descuentos, se estaría contabilizando doblemente estos conceptos”*

Es decir, que el cálculo que hizo el perito de los ingresos percibidos por el Concesionario por las actividades de disposición de residuos sólidos, ya

³⁵⁸ Dictamen EConcept. Pág. 162.

contempla -como un menor valor recibido- los descuentos por incumplimiento de indicadores, de manera que, si se ha de resarcir la insuficiencia tarifaria de las actividades de disposición de residuos, los descuentos por indicadores ya quedarían resarcidos por la forma en que los trató el perito EConcept (teniéndolos como un menor ingreso). Por el contrario, cuando no prosperen las pretensiones resarcitorias por insuficiencia tarifaria de las actividades de disposición de residuos sólidos, si habrá de reconocerse el indebido descuento de esta remuneración con la penalidad por incumplimiento de indicadores.

Así las cosas, teniendo en cuenta las decisiones ya adoptadas por el Tribunal en el análisis que le llevó a negar la pretensión Primera de la Demanda Reformada, en razón de la inexistencia de insuficiencia financiera resarcible para la tarifa contractual para las actividades de disposición de residuos sólidos entre los años 2010 y 2016 (desde que se comenzaron a aplicar los costos de referencia de la Resolución 720 de 2015 a la remuneración contractual), se condenará a la UAESP a reintegrar a CGR las sumas descontadas por concepto de incumplimiento de indicadores en dicho período, actualizadas por inflación desde la fecha del descuento hasta la fecha del presente Laudo.

Por el contrario, respecto de los descuentos efectuados en los años 2017 y 2018, al haber sido reconocido por el Tribunal el derecho de CGR al resarcimiento de los perjuicios derivados de la insuficiencia de la tarifa de disposición de residuos sólidos en el mismo período, tales perjuicios han quedado resarcidos en la condena correspondiente y no se incluirán en esta.

Por último, en cuanto a los descuentos por incumplimiento de los indicadores de calidad aplicados a partir de la aplicación de la Resolución CRA 831 de 2018, habida cuenta de que no se solicitó ni habrá lugar a indemnización por insuficiencia tarifaria en ese período, se condenará a la UAESP pagar a CGR las sumas descontadas por concepto de incumplimiento de indicadores en dicho período, actualizadas por inflación desde la fecha del descuento hasta la fecha del presente Laudo.

Así las cosas, se condenará a la UAESP a pagar la suma de \$5.391.531.023, en pesos constantes a la fecha del dictamen, discriminada así:

- Por el periodo 2010 a 2016, la suma de \$2.930.980.705:

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Descuentos indicadores (pesos fecha dictamen)							
Cobertura	-	178.267.928	640.756.384	-	-	1.074.180.582	383.673.686
Densidades	-	76.850.595	-	-	-	-	-
Operatividad	-	-	116.903.142	-	-	425.753.186	34.595.202

- Por el periodo 2019 a 2020, la suma de \$2.460.550.318:

	2019	2020
Descuentos indicadores (pesos fecha dictamen)		
Cobertura	630.274.651	366.617.856,
Densidades	460.974.161	156.587.545
Operatividad		

846.096.103 -

El Tribunal advierte que en la pestaña “reclamaciones adicionales” del archivo de Excel denominado “insuficiencia del valor por tonelada y reclamaciones adicionales.xlsx”, que hace parte del Anexo W del dictamen pericial aportado por CGR no se discriminan los descuentos aplicados mensualmente para cada año; por consiguiente, para el Tribunal es imposible determinar el valor que pudiera haber sido descontado en el periodo de octubre a diciembre de 2018.

Así las cosas, la suma de \$5.391.531.023, en pesos constantes a la fecha del dictamen, actualizada con el IPC hasta la fecha del laudo, asciende a \$6.376.824.728³⁵⁹

Por último, por las razones ya expuestas, las excepciones vigésima sexta, Vigésima séptima y Vigésima octava no están llamadas a prosperar.

8. PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA EN RELACIÓN CON MULTAS IMPUESTAS POR LA UAESP Y LA SUPER SERVICIOS

“TRIGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN.- Que se declare que los incumplimientos de la ley y del Contrato de Concesión 344 de 2010 por parte de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP y los hechos y circunstancias que rompieron el equilibrio económico del contrato, afectaron la capacidad de CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P. para atender las obligaciones y actividades que fueron motivo de multas por parte de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

³⁵⁹ Valor actualizado = IPC final / IPC inicial * valor a actualizar. Se tuvo en cuenta como IPC inicial el de diciembre de 2021 (111,41) que era el disponible a la fecha del dictamen y como IPC final el de marzo de 2023 (131,77).

TRIGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN.- *Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a reconocer y pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. el valor de las multas impuestas por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP y por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, actualizadas con la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA.*

SUBSIDIARIA DE LA TRIGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN.- *Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP a reconocer y pagar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. el valor de las multas impuestas por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, actualizadas con aplicación del IPC."*

8.1. POSICIONES DE LAS PARTES

8.1.1. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Como fundamento de estas pretensiones la Convocante afirma que "(...) los incumplimientos contractuales y legales por parte de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, afectaron directamente la posibilidad que CGR DOÑA JUANA tenía de atender las obligaciones de manera distinta a como se habrían atendido si los ingresos del Concesionario no estuviesen disminuidos en razón de la insuficiencia de las tarifas, situación que conllevó a la imposición de dos multas por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y seis multas por parte de la propia UAESP, que se precisan en la siguiente tabla:

Sanción	Valor (\$)
<i>Resolución SSPD No. 20124400021795 del 11 de julio de 2012</i>	<i>\$70,000,000</i>
<i>Resolución UAESP No. 374 del 21 de agosto de 2015</i>	<i>\$96,652,500</i>
<i>Resolución UAESP No. 198 del 9 de mayo de 2017</i>	<i>\$110,657,550</i>
<i>Resolución UAESP No. 465 del 23 de agosto de 2017</i>	<i>\$110,657,550</i>
<i>Resolución UAESP No. 658 del 30 de noviembre de 2017</i>	<i>\$110,657,550</i>
<i>Resolución SSPD No. 20174400138665 del 10 de agosto de 2017</i>	<i>\$1,060,837,036</i>
<i>Resolución UAESP No. 845 del 19 de diciembre de 2018</i>	<i>\$124,217,400</i>
<i>Resolución UAESP No. 103 del 11 de marzo de 019"</i>	<i>\$124,217,400</i>

En este sentido el Concesionario agrega en el alegato de conclusión:

"Al igual que sucedió con las obligaciones tributarias con la DIAN y la SHD, los incumplimientos de la UAESP arriba señalados y el desequilibrio económico causado aunados a la afectación derivada de circunstancias imprevisibles, totalmente ajenas a CGR Doña Juana, frente a los cuales la UAESP no adoptó ninguna solución, generaron que CGR Doña Juana tuviera que realizar, como se ha explicado, una compleja gimnasia técnica y financiera para poder garantizar la prestación del servicio. Sin embargo, dado el efecto acumulativo del déficit, las cada vez más exigentes y onerosas actividades a su cargo y la dificultad de poder acceder nuevamente al sistema financiero, afectaron cada vez más la capacidad de CGR Doña Juana de atender la totalidad de actividades ambientales y del Contrato 344 de 2010 en la forma como hubieran sido atendidas si la remuneración hubiera sido suficiente, lo cual conllevó a que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la misma UAESP impusieran multas."

8.1.2. POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La Convocada sostiene en la contestación a la demanda reformada que la Convocante no identifica los supuestos incumplimientos de la UAESP que habría generado la situación descrita, y mucho menos explica la relación de causalidad entre los supuestos incumplimientos y los actos administrativos con los cuales se impusieron las multas en cuestión. Adicionalmente, afirma que si lo que la Convocante quería era controvertirlos ha debido demandarlos.

En cuanto a la Resolución SSPD No 20174400138665 del 10 de agosto de 2017, por la cual se impuso una sanción al Concesionario por el deslizamiento que tuvo lugar el 2 de octubre de 2015, la Convocada sostiene que en el acuerdo conciliatorio celebrado por las partes en el marco del pasado trámite arbitral, el Concesionario se obligó a asumir de manera integral todas las consecuencias ambientales y patrimoniales derivadas de ese evento, razón por la cual resulta improcedente lo que se solicita en la demanda.

8.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

8.2.1. PROBLEMAS JURÍDICOS

El Tribunal habrá de determinar si la UAESP incumplió de la ley y el Contrato o si acaecieron hechos y circunstancias que rompieron el equilibrio económico del mismo, que afectaron la capacidad de CGR para atender las obligaciones y actividades que fueron motivo de multas por parte de la UAESP y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. De ser el

caso, el Tribunal definirá si la UAESP está obligada a reconocer a CGR el valor de las multas impuestas por ella y por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a DOÑA JUANA, junto con la correspondiente actualización

8.2.2. ANÁLISIS PROBATORIO Y CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

Para abordar el análisis de estas pretensiones el Tribunal determinará, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, cuáles fueron las causas o motivos que dieron lugar a cada una de las multas o sanciones impuestas por la UAESP y la Superintendencia de Servicios Públicos.

En cuanto a la Resolución SSPD No. 20124400021795 del 11 de julio de 2012³⁶⁰:

La razón por la cual se multó al Concesionario consistió en una falla del servicio de aseo en el componente de disposición final.

En cuanto a la Resolución UAESP No. 374 del 21 de agosto de 2015³⁶¹:

El motivo para la imposición de la multa consistió en el incumplimiento del Concesionario al no contar con la Certificación de Medio Ambiente ISO 14001: 2004 establecida en la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión.

En cuanto a la Resolución UAESP No. 198 del 9 de mayo de 2017³⁶²:

De conformidad con la citada Resolución la causa que dio lugar a la

³⁶⁰ Aportada con la reforma de la demanda, carpeta MULTAS.

³⁶¹ Aportada con la reforma de la demanda, carpeta MULTAS.

³⁶² Aportada con la reforma de la demanda, carpeta MULTAS.

imposición de la multa obedeció al cumplimiento de obligaciones contractuales relacionadas con la construcción de chimeneas en la fase 1 del RSDJ.

En cuanto a la Resolución UAESP No. 465 del 23 de agosto de 2017³⁶³:

De conformidad con el texto de la Resolución, la razón que dio lugar a la imposición de la multa consistió en el inadecuado mantenimiento de coberturas de las áreas de disposición y control de vectores por parte del Concesionario.

En cuanto a la Resolución UAESP No. 658 del 30 de noviembre de 2017³⁶⁴:

Según se lee en la Resolución, la causa que dio lugar a la imposición de la multa consistió en *"(...) la ausencia de un sistema de suplencia eléctrica en el RSDJ y en especial la PTL y que entre a operar ante fallas o cortes del fluido eléctrico principal. Así, lo relacionado con los daños que puedan generarse en virtud de los cortes de energía en la Planta de Tratamiento de Lixiviados y la no entrada en operación del sistema redundante que supla esta falla se reputan como una consecuencia del incumplimiento que se discute."*

En cuanto a la Resolución SSPD No. 20174400138665 del 10 de agosto de 2017³⁶⁵:

De conformidad con el texto de la Resolución, el cargo formulado por la Superintendencia de Servicios Públicos que dio lugar a la imposición es el

³⁶³ Aportada con la reforma de la demanda, carpeta MULTAS.

³⁶⁴ Aportada con la reforma de la demanda, carpeta MULTAS.

³⁶⁵ Aportada con la reforma de la demanda, carpeta MULTAS.

siguiente:

“El cargo formulado en el pliego de cargos se cita a continuación:

“Cargo único: Presunto incumplimiento al artículo 136 de la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes por falla en la prestación del servicio de aseo en la actividad de disposición final por incumplimiento a especificaciones técnicas previstas en las normas para dicha actividad en el Relleno sanitario Doña Juana.”

Cabe resaltar que, como se evidenció en el pliego de cargos, la Dirección de Investigaciones analizó el asunto teniendo en consideración tres (3) presuntos incumplimientos:

“No se hace cubrimiento diario de los residuos, (...)”

“No se realiza control de gases, (...)”

“El Relleno sanitario no cuenta con un sistema de recolección y evacuación de aguas de escorrentías y lixiviados, (...)””

El supuesto incumplimiento por no realizar control de gases fue desestimado por la Superintendencia. Sin embargo, el incumplimiento del deber de realizar el cubrimiento diario de los residuos y la obligación de garantizar que el Relleno Sanitario contara con un sistema de recolección y evacuación de aguas escorrentías y lixiviados, fueron la razón por la cual la Superintendencia decidió imponer la multa.

En cuanto a la Resolución UAESP No. 845 del 19 de diciembre de 2018³⁶⁶:

La razón por la cual se le impuso una multa al Concesionario consistió en la disposición de residuos sólidos domiciliarios en la zona denominada “Biosólidos” sin contar con el respectivo permiso de la autoridad ambiental,

³⁶⁶ Aportada con la reforma de la demanda, carpeta MULTAS.

incumplimiento las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión y las directrices y actos administrativos emitidos por la autoridad ambiental.

En cuanto a la Resolución UAESP No. 103 del 11 de marzo de 2019³⁶⁷:

En este caso, la razón por la cual se multó al Concesionario consistió en el incumplimiento respecto de la obligación relacionada con realizar obras que permitan garantizar una capacidad de operación por seis meses.

8.3. EL SENTIDO DE LA DECISIÓN

Conforme a lo expuesto, vista la causa o motivos que sustentaron la aplicación de las multas y sanciones que el Concesionario pretende le sean reconocidas o devueltas por la UAESP, encuentra el Tribunal que ninguna de ellas tiene una relación de causalidad directa con los incumplimientos y/o actos o circunstancias que se le imputan a la Convocada, causantes del alegado desequilibrio económico del Contrato.

Así las cosas, no habiéndose probado un actuar doloso de la Convocada, la reclamación bajo estudio resulta improcedente al tenor de lo dispuesto en el artículo 1616 del Código Civil, según el cual, *“Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. (...)”*.

³⁶⁷ Aportada con la reforma de la demanda, carpeta MULTAS.

Finalmente, el Tribunal advierte que la presunción de legalidad de las resoluciones por medio de las cuales se impusieron las multas objeto de la reclamación bajo estudio impide a este Tribunal dejarlas sin efecto por la vía de reintegrar al Concesionario el valor de las mismas.

Por las razones expuestas, el Tribunal negará las pretensiones Trigésima Primera y Trigésima Segunda, incluyendo su subsidiaria, propuestas en la Demanda Reformada.

No habiendo prosperado ninguna de las pretensiones bajo estudio, el Tribunal se abstendrá de pronunciarse en relación con excepciones “Vigésima novena excepción: Improcedencia de reclamación por multas impuestas por la UAESP” y “Trigésima excepción: Improcedencia de reclamación por multas impuestas por la Superintendencia de Servicios Públicos – cosa juzgada por acuerdo conciliatorio”, propuestas por la Convocada.

9. PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA SOBRE LA REPARACIÓN DEL PONDAJE II-2

“TRIGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP tenía a su cargo la responsabilidad de asumir y pagar las actividades y obras de reparación sobre el Pondaaje II-2, como pasivo ambiental rezagado de las contrataciones anteriores al Contrato de Concesión 344 de 2010.

TRIGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. ejecutó actividades y obras de reparación sobre el Pondaaje II-2, a las que no se encontraba contractualmente obligada.

TRIGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a reconocer y pagar en favor de la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. el valor de las actividades y obras de reparación ejecutadas sobre el Pondaje II-2, actualizado con la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, desde el momento en que realizó cada pago o gasto y la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

SUBSIDIARIA DE LA TRIGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a reconocer y pagar en favor de la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. el valor de las actividades y obras de reparación ejecutadas sobre el Pondaje II-2, actualizado con aplicación del IPC, desde el momento en que realizó cada pago o gasto y la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso”.

9.1. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

9.1.1. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Afirma la Convocante que, durante la etapa precontractual, en el curso de las observaciones a los Pliegos de Condiciones, la UAESP precisó el tratamiento de que serían objeto los pasivos ambientales existentes y de los pendientes encontrados al iniciarse la ejecución de la concesión, a lo cual respondió la Entidad que: “(...) las actividades u obras que sea necesario acometer para resolver obligaciones ambientales pendientes, las ejecutará el nuevo operador, y la UAESP remunerará la ejecución de dichas obligaciones pendientes. Esta precisión junto con los procedimientos para hacer efectiva la remuneración por las obras y actividades no ejecutadas por anteriores operadores, se incluirán en próxima adenda.”.

En relación con lo anterior, manifiesta que el 6 de enero de 2011, la UAESP requirió a CGR DOÑA JUANA para que efectuara las obras de mantenimiento y reparación del Pondaje II-2. y que el 23 de marzo de 2011, mediante comunicación CGR-074-11, CGR DOÑA JUANA dejó constancia de varias actividades pendientes para el inicio del término de ejecución del Contrato de Concesión No. 344 de 2010, incluyendo, respecto del Pondaje II, la realización de inversiones, obras o actividades que debieron cumplir los anteriores concesionarios y/o contratistas encargados del relleno sanitario.

Agrega que el 11 de julio de 2011, mediante comunicación 2011EE-5641, la UAESP indicó, expresamente que las actividades de corrección y/o mantenimientos pendientes de ejecutarse en el Pondaje II-2 no eran responsabilidad de CGR DOÑA JUANA, en los siguientes términos: *"El tema es de responsabilidad entre Proactiva y Aguas de Bogotá. Está previsto en un peritazgo. No es responsabilidad de Doña Juana"*.

Finalmente, afirma la Convocante que CGR DOÑA JUANA debió ejecutar las actividades y obras necesarias para habilitar el Pondaje II-2 y garantizar de esta forma su capacidad de almacenamiento (H6.1.6) y que el 26 de febrero de 2013, mediante comunicación CGR-DJ-219-13, presentó Informe de Reparación del Pondaje II-2 a la interventoría y a la UAESP, adjuntando la factura correspondiente (No. 0129), con el siguiente concepto y valor:

Concepto: Remuneración por actividades de reparación desarrolladas en el Pondaje II- en el RSDJ. Valor: \$260.058.174.

Según la Convocante, a la fecha, la UAESP no ha cancelado la remuneración correspondiente a las actividades de reparación del Pondaje II-2, la cual continúa impaga y en mora.

9.1.2. POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La Convocada por su parte admite como cierto lo expresado respecto de su respuesta a las observaciones al Pliego de Condiciones, pero aduce que para cualquier obra que comprometa recursos económicos de la entidad, es indispensable la celebración de una modificación contractual con el lleno de requisitos legales.

Refiere igualmente la Convocada, que en efecto remitió a la Convocante la comunicación del 6 de enero de 2010, pero que mediante ella no se ordenaba nada, sino que se requerían las razones por las cuales no se habían iniciado los trabajos de mantenimiento de los pondaje 2-2. (R. H. 6.1); admite que es cierto que recibió la comunicación de Doña Juana del 23 de marzo de 2010 y señala que no le consta que para el caso del pondaje II estaba pendiente la realización de inversiones, obras o actividades y añade que, en todo caso, fue el concesionario quien decidió acometer unas obras y actividades que debían definirse en una modificación contractual, por lo que la realización de esta actividad fue a su entera responsabilidad.

Admite también la Convocada que en la comunicación del 11 de julio de 2011 la UAESP señaló lo que indica la Convocante respecto del ítem 38 (Pondaje) y que allí se precisa que *"no es responsabilidad de CGR Doña Juana."*

A pesar de que la Convocante afirma haber enviado la comunicación del 26 de febrero de 2013 (informe de reparación del Pondaje II) y la factura N° 129 a la Interventoría y a la UAESP, la convocada afirma que no le consta tal hecho, pero que *“las actividades son constitutivas de hechos cumplidos que como se verá en las respectivas excepciones no es posible reconocer”*.

Finalmente argumenta, respecto de la afirmación de la Convocante en el sentido de que no se la ha remunerado su obra, que *“no existe amparo presupuestal alguno para el pago de esta actividad. Asimismo, se desconoce los costos reales empleados, precisamente porque nunca se consultó de esto antes de iniciar la actividad, por esta razón es de absoluta responsabilidad del contratista.”*

9.1.3. EXCEPCIONES

Como excepciones frente a las pretensiones de la Demanda Reformada, la Convocada opone las que denomina:

“31. Improcedencia de reconocimiento del mantenimiento del pondaje II-2 – Actividad por fuera del contrato”, que sustenta en que se habría debido celebrar una modificación al Contrato en el sentido de adicionar esta actividad, por lo que CGR Doña Juana decidió acometer una serie de obras y gestiones que no eran de su responsabilidad o a las que no estaba legalmente obligada, sin garantías y sin amparo presupuestal.

“32. Falta de competencia del tribunal arbitral para resolver las pretensiones asociadas a la reclamación por el mantenimiento de pondaje II-2”, que las actividades objeto de la pretensión no hacen parte del Contrato, lo que

configura una contravención a la prohibición de ejecutar actividades no amparadas por un contrato estatal debidamente celebrado y perfeccionado, para lo cual este Tribunal carece de competencia.

A este respecto la Convocante, en el escrito de traslado de las excepciones afirma que la interventoría y la UAESP fueron quienes requirieron a la concesionaria para que realizara las actividades de mantenimiento correctivo del pondaje II-2 (oficio 2011-EE-070 de 6 de enero de 2011), justificando dicha solicitud en la evidenciada necesidad de garantizar la capacidad de almacenamiento de los pondajes del relleno, con el propósito de garantizar el manejo y gestión de los pondajes, y que la sociedad concesionaria llevó a cabo las actividades de mantenimiento en mención, corrigiendo con ello un yerro o equívoco de la entidad misma al recibir el pondaje II-2 y entregarlo en concesión, sin verificar su condición malograda en la etapa de estructuración del proyecto.

Añade que sí se trata de una actividad vinculada o atada al objeto contractual, pero, por responsabilidad y omisión de la entidad pública, no se tenía contemplada como actividad técnica a ejecutar, que la UAESP trató de corregir ordenando a la sociedad concesionaria que realizara dichas actividades constructivas, sin que a la fecha se hayan pagado conforme al valor contenido en el título valor que en su momento se radicó y no fue devuelto.

9.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

9.2.1. EL PROBLEMA JURÍDICO

De la controversia planteada entre las Partes el interrogante jurídico que deberá absolver el Tribunal radica en establecer si las labores de reparación

del Pondaje II-2 hacían parte del del Contrato de Concesión y si, en consecuencia, la UAESP tiene la obligación de asumir y pagar las actividades y obras de reparación que haya ejecutado CGR.

9.2.2. ANÁLISIS PROBATORIO Y CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal encuentra probado que, con anterioridad al inicio del Contrato de Concesión, la operación del Relleno Sanitario Doña Juana se encontraba en manos de otros concesionarios y contratistas (Aguas de Bogotá y Proactiva), y que era sabido que de la liquidación de dicho contrato podrían surgir pendientes a cargo de los anteriores operadores, que tendrían que ser ejecutados por el nuevo (CGR Doña Juana) con cargo a los recursos de la UAESP, como se evidencia a continuación:

En la respuesta dada por la UAESP frente a la observación número 103 del pliego de condiciones³⁶⁸ se lee:

“Se reitera lo manifestado en la audiencia de 4 de marzo de 2010 en el sentido de que las actividades u obras que sea necesario acometer para resolver obligaciones ambientales pendientes, las ejecutará el nuevo operador, y la UAESP remunerará la ejecución de dichas obligaciones pendientes. Esta precisión junto con los procedimientos para hacer efectiva la remuneración por las obras y actividades no ejecutadas por anteriores operadores, se incluirán en próxima adenda.”

En la respuesta a las observaciones 117 y 118 la UAESP dijo:

“Observación No. 117.

³⁶⁸ Anexos a la contestación de la demanda, 1. Directorio Licitación 001 de 2010 y Contrato 344 de 2010, Precontractual Licitación 001 de 2010, 5 Respuestas a observaciones al pliego 3.

Respecto a la terminación del contrato con PROACTIVA
Teniendo en cuenta que la UAESP actualmente adelanta la liquidación y terminación del contrato de concesión con PROACTIVA, se plantean los siguientes cuestionamientos:

1.

2. Quien asumirá los costos de las obras y demás intervenciones que se requieran para el manejo del RSDJ como consecuencia del mal manejo de la disposición final de los residuos sólidos en el RSDJ?

Respuesta: Las obras e intervenciones que eventualmente hubiese dejado de realizar el Operador y que hubiesen estado bajo su responsabilidad, no corren a cargo del nuevo Operador. Las realizará éste con cargo a recursos de la UAESP y ésta a su vez los reclamará o repetirá contra el antiguo Operador, si es el caso.

Observación No. 118.

“El contrato actual con Aguas de Bogotá La operación del RSDJ se realiza con fundamento en el actual contrato con Aguas de Bogotá S. A., sobre este particular:

1. Teniendo en cuenta que el contrato vence el próximo 8 de abril de 2010:

(...)

(iv) Quien asumirá los costos de las obras y demás intervenciones que se requieran para el manejo del RSDJ como consecuencia del mal manejo de la disposición final de los residuos sólidos en el RSDJ?

Respuesta: Se reitera que no corren a cargo del nuevo Operador, las obras e intervenciones que eventualmente hubiese dejado de realizar el Operador precedente y que hubiesen estado bajo su responsabilidad, El nuevo Operador las realizará con cargo a recursos de la UAESP y ésta a su vez los reclamará o repetirá contra el antiguo Operador, si es el caso.”

Durante la audiencia de asignación de riesgos, la UAESP se refirió igualmente a los pasivos ambientales, así:

“Hay un tema relacionado con los pasivos ambientales. En la respuesta 138 del documento de las preguntas presentadas a los prepliegos establecimos que los pasivos ambientales que hoy están determinados por la licencia ambiental y aquellos actos

que han precedido la operación del relleno deben ser asumidos, y así se estableció en la respuesta, por los contratistas que debieron cumplirlos en su momento. Eso está definido en esa respuesta.

(...)

El nuevo contratista tiene que asumir la responsabilidad es verdad de la licencia, pero todas las actividades que tenga que desarrollar en relación con los pasivos de esa licencia dejados por los anteriores operadores serán reconocidos económicamente al nuevo contratista es decir nosotros podríamos, no vamos a ir a buscar al operador de hace 10 años por un pasivo, seguramente lo va a tener que asumir usted o va a tener que asumirlo la unidad y nosotros estamos entablado los procesos correspondientes para hacer los cobros económicos, es un tema parte de esta licitación, pero se le reconocerían al nuevo operador."³⁶⁹ (Subrayado fuera de texto).

Está también acreditado en el Anexo 11.1 del Acta de Reunión N° 11 de fecha 04/10/10, a la que asistieron representantes de la UAESP y de Aguas de Bogotá, que el Pondaje II-2 "estaba fuera de servicio por averías de membrana y caja de amortiguamiento (no entregado por Proactiva)"³⁷⁰.

De otra parte, en la cláusula Trigésima Séptima del Contrato de Concesión, se estipuló lo siguiente:

"CLÁUSULA TRIGÉSIMA SÉPTIMA- DOCUMENTOS INTEGRANTES DEL CONTRATO:

Forman parte integrante del contrato los siguientes documentos:
1. El documento del pliego de condiciones Licitación No. 001 de 2010, sus anexos, sus adendas y sus aclaraciones." (Subrayado ajeno al original).

³⁶⁹ Exhibición de documentos de la UAESP el 24 de enero de 2020. "MATRIZ DE RIESGOS".

³⁷⁰ Anexo_11 ACTA DE ENTREGA.PDF Anexos Dictamen pericial técnico de la Convocante "2, Anexos cuestionario pondajes V3".

Dichas manifestaciones y la estipulación contractual determinan que las actividades pendientes del anterior operador del relleno hacían parte de las que debería ejecutar Doña Juana, a cargo de la UAESP.

Así mismo, se encuentra probado que los costes de ejecución de tales actividades no se encontraban incluidos dentro de la remuneración pactada en el literal b) de la cláusula Séptima del Contrato (Remuneración por tratamiento de Lixiviados), pues la estructuración de la tarifa (remuneración) de lixiviados no incluía dentro de sus variables la ejecución de dichas actividades.³⁷¹

Con Oficio 2010EE-10534 del 15 de diciembre de 2010, la UAESP, teniendo en cuenta que el nivel de lixiviados en los pondajes se encontraba al límite, solicitó al Concesionario que *“(...) se tomen las acciones correspondientes para evitar el rebose y la contaminación del terreno natural con lixiviado, (...) aclarando que ustedes son los encargados de la operación y el manejo de las unidades de proceso con las que cuenta el relleno y la responsabilidad de cualquier evento que se presente en los pondajes será de CGR S.A. E.S.P.”*³⁷²

El 6 de enero de 2011 la UAESP remitió a Doña Juana el Oficio 2011-EE_070³⁷³, en el cual se lee:

“Por otro lado solicito se informe la razón por la cual no se han iniciado los trabajos de mantenimiento y recuperación del Pondaje 7 el cual fue entregado a ustedes el día 15 de diciembre

³⁷¹ Dictamen pericial técnico Convocante Parte 1, Págs. 91 y 92

³⁷² Aportada con la demanda reformada, carpeta “Pondajes”.

³⁷³ Pruebas – Reforma de la Demanda, Pondajes, 039 - 2011EE-0070 - Tratamiento de lixiviados y Pondaje 7 +++.

de 2010, sin que a la fecha se haya adelantado actividad alguna en ese frente, lo mismo que las obras de mantenimiento y reparación del pondaje 2-2, el cual fue entregado el 19 de noviembre de 2010."

Si bien la Convocada argumenta que la anterior no es una orden, sino una mera solicitud de información, su tenor literal lleva al Tribunal a la convicción de que, contrario a ello, se trata de un verdadero requerimiento al contratista, pues su texto permite inferir que si le pregunta por qué no ha iniciado unos trabajos, es porque el Contratista estaba obligado a ejecutarlos.

Adicionalmente, obra en el expediente la comunicación del 23 de marzo de 2011 con radicado CGR-074-11³⁷⁴, mediante la cual CGR presentó a la UAESP ciertos pendientes que describió así:

"Los pendientes constituyen las obras y/o actividades que debieron ser entregadas a CGR en forma operativa y/o buen estado, y que requieren acciones de reparación, sustitución (p.e. equipos), elaboración (cuando no se haya adelantado ninguna acción). Los pendientes constituyen obras y/o actividades que se encuentra fuera del alcance de las obligaciones de CGR."

Dentro de la tabla de pendientes adjunta a dicha comunicación, se incluye la N° 38 mencionada por la convocante en el hecho B. 6.1.3. de la demanda principal, en la cual se señala, respecto del Pondaje II-2, que *"tiene fugas en el sistema de impermeabilización"* y que *"No es obligación de CGR realizar esta actividad, ya que al momento de la entrega a CGR, claramente se evidenció que ya se presentaban estas faltas que debieron ser atendidas por el anterior operador, quien debió garantizar la funcionalidad del*

³⁷⁴ Pruebas – Reforma de la Demanda, Pondajes, Pruebas – Reforma de la Demanda, Pondajes, CGR-DJ-074-11 - UAESP - Informe preparatorio para la liquidación de los contratos 359-10.

sistema".

Así mismo, obra como prueba el documento del 11 de julio de 2011³⁷⁵, mediante el cual la UAESP dio a conocer su posición frente a una lista de pendientes actualizada a junio 16 de 2011, según la fecha que aparece al inicio del listado. En relación con el pendiente número 38, la UAESP manifestó: *"El tema es de responsabilidad entre Proactiva y Aguas de Bogotá. Está previsto un peritazgo. No es responsabilidad de Doña Juana"*.

El 20 de agosto de 2011 Doña Juana remitió a la Interventoría UT Inter DJ la comunicación CGR-DJ-942-11, mediante la cual adjuntó para su aprobación el presupuesto para la habilitación del pondaje II-2.

En respuesta a una comunicación de la Interventoría (UTIDJ-054-13), el 26 de febrero de 2013 Doña Juana le remitió la comunicación CGR-DJ-219-13³⁷⁶ a la cual adjunto *"el informe de la reparación del pondaje II-2 (V-2) junto con los APU's y los costos de ejecución de obra, modificados de común acuerdo con la Interventoría en reunión celebrada el 20 de Febrero de 2013"*, así como la factura de venta No. 129, para el cobro correspondiente.

En el Informe referido, Doña Juana afirma, dentro del capítulo de "Conclusiones" lo siguiente:

"Terminada la temporada invernal, se presentó en la Interventoría el presupuesto el presupuesto de los costos que representaban la reparación que dejó pendiente el anterior operador, para que ésta entregara el visto bueno y así dar inicio a las obras, pero

³⁷⁵ Pruebas – Reforma de la Demanda, Pondajes, Pruebas – Reforma de la Demanda, Pondajes, 1422 - 2011EE-05641 - Pend. Ambientales.

³⁷⁶ Pruebas – Reforma de la Demanda, Pondajes, Pruebas – Reforma de la Demanda, Pondajes CGR-DJ-219-13 - Com. UTIDJ-054-13 Reparación Pondaje II-2

como no hubo respuesta por parte de la Interventoría y dadas las buenas condiciones climáticas de inicio de año, la reparación definitiva del pondaje se empezó a ejecutar en febrero del presente año, amparados en la autonomía técnica establecida en el contrato 344 de 2010.

Tanto las obras de reparación del pondaje II-2, como las pruebas y ensayos pertinentes, se realizaron bajo la supervisión permanente de la Interventoría, quien una vez terminadas las obras en el mes de julio, procedió a formalizar la terminación de la reparación mediante el acta de recibo del 10 a agosto de 2012, la cual se adjunta al presente documento."

Así las cosas, el Tribunal encuentra probado que efectivamente el Concesionario realizó las obras y que las mismas fueron recibidas por la Interventoría.

Ha de señalarse que la Factura N° 129 originalmente presentada por Doña Juana a la Interventoría el 26 de enero de 2013, fue reemplazada "dando alcance al acta de reunión efectuada el día 04 de marzo en las oficinas de la UAESP" por la Factura N° A-016, correspondiente a la Reparación del Pondaje II-2, por valor de \$260'058.174, a la cual se adjuntaron, entre otros soportes, la Copia de informe de reparación Pondaje II-2 Versión 2, por un valor total de \$260'058.174³⁷⁷.

Por su parte, no hay prueba en el expediente que acredite la devolución de la Factura A-016, ni de su pago.

Teniendo en cuenta el contenido de las pretensiones, las posiciones de las partes y las probanzas de sus dichos, a la luz de lo demostrado en el proceso, el Tribunal concluye que las obras de reparación del Pondaje II-2, si bien no

³⁷⁷ Ver Anexos Dictamen pericial técnico de la Convocante.

se encontraban puntalmente determinadas en el Contrato de Concesión, ni su remuneración contenida en la cláusula Séptima; si debían, de conformidad con las aclaraciones de los Pliegos de Condiciones que forman parte de él, ser realizadas por el Contratista, a cargo de la UAESP -con cargo a repetir su costo frente a los anteriores operadores del Relleno o a sus propios recursos-, de manera que no es dable afirmar que no estuvieran dentro del alcance contractual.

Quedó probado así mismo que tales obras quedaron pendientes de ejecución por los anteriores operadores; que la UAESP requirió a CGR Doña Juana para que las ejecutara; que éste efectivamente las llevó a cabo y fueron recibidas por la Interventoría; y que la factura que al efecto emitió y presentó a la Interventoría, adjuntando los soportes de la obra realizada, no fue rechazada ni tampoco pagada por la UAESP.

9.3. EL SENTIDO DE LA DECISIÓN

Por las anteriores consideraciones, no están llamadas a prosperar las excepciones “31. *Improcedencia de reconocimiento del mantenimiento del pondaje II-2 – Actividad por fuera del contrato*” y “32. *Falta de competencia del tribunal arbitral para resolver las pretensiones asociadas a la reclamación por el mantenimiento de pondaje II-2*”, no solamente como consecuencia de lo probado en el proceso, sino también porque reconocerlas supondría de parte del Tribunal convalidar una violación del principio de las expectativas legítimas del Contratista y un obrar contrario a la doctrina de los propios actos por parte de la Contratante.

Habida cuenta de lo expuesto, el Tribunal accederá a las pretensiones

Trigésima Tercera y Trigésima Cuarta.

Respecto de las pretensiones Trigésima Quinta y su subsidiaria, el Tribunal encuentra suficientemente acreditado el valor a cargo de la UAESP por concepto de la reparación del Pondaje II-2, por lo que condenará a esta parte a pagar a CGR Doña Juana la suma incorporada en la Factura N° A-016 por valor de **\$260'058.174**, IVA incluido.

La Convocante pretende, en la pretensión trigésima quinta, que además se le reconozca la actualización sobre dicho valor calculada con la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, desde el momento en que realizó cada pago o gasto y la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso, pretensión que será rechazada por cuanto ante el no pago de una factura, en su condición de título valor, no es legalmente procedente una remuneración como la solicitada, ni tampoco el Contrato contempla dicha tasa para el caso de mora en el pago de las obligaciones a cargo de la Concedente.

Se accederá, en cambio, al pedimento de la pretensión Trigésima Quinta subsidiaria, por lo que la suma objeto de la condena será actualizada con aplicación del IPC, desde la fecha de pago de la Factura A-016 hasta la fecha del Laudo Arbitral que pone fin al presente proceso, así:

Factura Pondaje II-2		MES PAGO	IPC INICIAL (MES FECHA PAGO)	IPC FINAL (MARZO 2023)	VALOR ACTUALIZADO (IPC FINAL/ IPC INICIAL * VALOR ACTUALIZAR)
Factura A-016 (mar-2014) con IVA	\$ 260.058.174	Abril 2014	81,14	131,77	\$ 422.330.116

10 PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA RESPECTO DEL INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE MAQUINARIA

"TRIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP incumplió el Contrato de Concesión No. 344 de 2010, al no entregar completa la maquinaria identificada en el Apéndice No. 1 del Pliego de Condiciones que regentó la Licitación Pública No. 01 de 2010.

TRIGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN.- Que se declare que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP incumplió el Contrato de Concesión No. 344 de 2010 al entregar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. maquinaria que no era operativa y no tenía vida útil aprovechable para la ejecución del Contrato de Concesión No. 344 de 2010.

TRIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN.- Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que la ejecución del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 resultó afectada o alterada en su normal desarrollo al no poder utilizarse ni disponerse para el proyecto la maquinaria que debía entregar la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP, conforme a lo estipulado en el numeral 1 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Concesión No. 344 de 2010, en concordancia con el Apéndice No. 1 del Pliego de Condiciones que regentó la Licitación Pública No. 01 de 2010.

TRIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a entregar a la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. todas las máquinas enlistadas en el Apéndice No. 1 del Pliego de Condiciones que regentó la Licitación Pública No. 01 de 2010, nuevas y en condiciones de operatividad y normal utilización.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA TRIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a reconocer y pagar en favor de la sociedad

CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. los perjuicios materiales causados por la no entrega completa ni en condiciones de operatividad de la maquinaria enlistada en el Apéndice No. 1 del Pliego de Condiciones que regentó la Licitación Pública No. 01 de 2010, en la suma que se demuestre en el proceso, actualizada con la tasa correspondiente al WACC de la regulación de la CRA, desde el momento en que la UAESP tenía que entregar la maquinaria y hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA TRIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN.-
Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a reconocer y pagar en favor de la sociedad CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P. los perjuicios materiales causados por no entrega completa ni en condiciones de operatividad de la maquinaria enlistada en el Apéndice No. 1 del Pliego de Condiciones que regentó la Licitación Pública No. 01 de 2010, en la suma que se demuestre en el proceso, actualizada con la tasa correspondiente al IPC, desde el momento en que la UAESP tenía que entregar la maquinaria y hasta la fecha del Laudo Arbitral que ponga fin al presente proceso."

10.1. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

10.1.1. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Como fundamento de estas pretensiones, la Convocante sostiene en la demanda que "De acuerdo con el Apéndice No. 1 del Pliego de Condiciones que regentó la Licitación Pública No. 01 de 2010, la UAESP se comprometió expresamente a entregar al adjudicatario de dicho procedimiento de selección, la siguiente maquinaria en condiciones de normal funcionamiento y vida útil suficiente para acometer las actividades propias del proyecto".

No.	MAQUINARIA	PLACA UAESP
1	TRACTOR AGRÍCOLA FORD 6610. DOBLE TRANSMISIÓN	1177
2	TANQUE DE 805 GALONES PARA CARGUE DE ACPM MOTOR HONDA 360 CON BOMBA DE COMBUSTIBLE DE UNA PULGADA Y SU PISTOLA	1178
3	EXCAVADORA SOBRE GRÚAS KOBELCO SERIE SK200LCMORC3, MODELO 1996	1171
4	CARGADOR CATERPILAR SERIE 9660 MODELO 1989	1165
5	COMPACTADOR CATERPILAR 826H MODELO 2006	1153
6	CAMIÓN DUMPER CARTEPILAR MODELO 1988 ARTICULADO D250	1154
7	CAMIÓN DUMPER D250 MODELO 1988	1155
8	BULLDOZER CATERPILAR D8H MODELO 1976 CON TOPADORA	1156
9	RETROEXCAVADORA CARGADORA JOHNDEERE 6100	1157
10	BULLDOZER CATERPILAR D8R MODELO 2002	1166
11	BULLDOZER CATERPILLAR D8T, MODELO 2005	1167
12	CAMIÓN DUMPER CATERPILLAR D250, MODELO 1988	1168
13	COMPACTADOR CATERPILLAR 826G, MODELO 2002	1170

Señala igualmente que: “La UAESP no efectuó la entrega de la maquinaria conforme a lo prometido en la cláusula cuarta, numeral 1, del Contrato de concesión No. 344 de 2010 y en el Apéndice No. 1 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 01 de 2010.” (H 6.2.3), y precisa que al inicio del Contrato, CGR Doña Juana no pudo recibir de la UAESP cuatro de las máquinas por encontrarse inoperativas (Bulldózer Caterpillar D8H; Buldózer Caterpillar D8R -siniestrado por incendio ocurrido el 29 de septiembre de 2010-; Retroexcavadora Cargadora John Deere 510D y Camión Dumper Caterpillar Modelo 1988 articulado D25D) y da cuenta de otras que, según señala, Doña Juana nunca operó (excavadora sobre orugas Kobelco serie SK200LCMORC3, modelo 1995 Placa 1171; Camión Dumper D25d Modelo 1988 Placa 1155; Camión Dumper Cartepillar D25D, Modelo 1988, Placa

1168).

Refiere la demanda reformada que esta maquinaria correspondía con la que la UAESP esperaba recibir del anterior concesionario, Proactiva Doña Juana E.S.P., el cual no la revirtió en las condiciones debidas, lo que dio lugar a que la UAESP declarase incumplida su obligación de reversión y como compensación ordenase su plena reposición a nuevo, según Resolución N° 677 del 20 de septiembre de 2010 mediante la cual esa entidad liquidó unilateralmente el contrato con Proactiva y estimó el valor a nuevo de la maquinaria no revertida en la suma de \$17.748'065.173; y agrega que el mal estado de la maquinaria también fue puesto de presente en la liquidación del Contrato Interadministrativo N° 398 de 2009 celebrado con Aguas de Bogotá S.A. E.S.P.

La Convocante agrega que esa misma maquinaria fue la que pretendió entregar a CGR para cumplir lo pactado en el numeral 1 de la cláusula Cuarta del Contrato de Concesión.

En el capítulo de la estimación de perjuicios, CGR indica que por no recibir completa ni en óptimas condiciones de funcionamiento la maquinaria enlistada en el Apéndice No. 1 al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 01 de 2010, los perjuicios causados se estiman, conforme a los avalúos hechos por la misma UAESP, en la suma de \$47,035,197,147.

10.1.2. POSICIÓN DE LA PARTE CONVOCADA

La Convocada sostiene en la Contestación a la Demanda Reformada que en el Pliego de Condiciones la UAESP no se comprometió a entregar la

maquinaria: "en condiciones de normal funcionamiento y vida útil suficiente para acometer las actividades propias del proyecto", sino en las condiciones en que ésta se encontrara; y agrega que "(...) en el Apéndice 1 indicó claramente el modelo de la maquinaria que podría entregarse al futuro Concesionario y además se incluían los informes mensuales de los Concesionarios y la Interventoría de su momento reportando el estado de la maquinaria para cada periodo. En todo caso, era claro que eran maquinas usadas."

Señala que de conformidad con el Pliego de Condiciones, modificado por la Adenda 6, la Maquinaria para la Operación, esto es, la descripción y cantidades de maquinaria que utilizarían para cumplir el objeto contractual era un requisito habilitante para participar en la licitación cuyo criterio de verificación era únicamente su presentación y que para ello podían incluir la dispuesta por la UAESP, sirviéndose de la revisión de los documentos y de la visita de los proponentes; y agrega que:

"Conforme lo dispone el parágrafo primero de la cláusula décima EQUIPOS Y MAQUINARIA del Contrato de Concesión no. 344 de 2010, cumplidos 6 meses desde la suscripción del acta de inicio, el concesionario se obliga a tener la maquinaria ofertada cero (0) horas en la operación del RSDJ y año de fabricación no anterior al año 2009".

Anota que la misma Convocante precisó en su oferta:

"(...) que las pocas maquinas que usaría de la UAESP tendrían un uso aproximado de "seis meses". (R al H 6.2.4). Añade la Convocada que "(...) a los seis meses del inicio del contrato la misma tenía que ser dispuesta como nueva y año de fabricación no anterior al año 2009", y que, de las máquinas

relacionadas en el Apéndice 1 que podrían ser usadas provisionalmente por el adjudicatario en los primeros meses de ejecución del Contrato, CGR indicó que haría uso de 7 máquinas.

Frente a los hechos relacionados con las maquinarias de los anteriores operadores que deberían revertir a la UAESP, advierte esta entidad que ni en las condiciones de Licitación ni en el Contrato de Concesión se dispuso que las máquinas del Apéndice 1 estarían asociadas a ningún contrato con terceros y que no se pueden confundir las condiciones de dichos contratos con las de Contrato de Concesión, según el cual, al decir de la Convocada, a lo único que se obligó la UAESP fue a entregar las máquinas en el estado en que se encontraban.

10.1.3. EXCEPCIONES

La Convocada propuso las siguientes excepciones:

“Trigésima tercera excepción: La improcedencia de las reclamaciones y declaraciones asociadas a la maquinaria permanente - cosa juzgada”

Sostiene la Convocada que lo pretendido en la demanda en cuanto a que se declare el incumplimiento de la UAESP en la entrega de la maquinaria al inicio del contrato, contradice lo dispuesto por el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018, en el cual se declaró que el Concesionario incumplió las Cláusulas Segunda y Tercera del Contrato al no disponer de la maquinaria permanente para la operación del Relleno desde la fecha en que suscribió el acta de inicio, hasta la fecha del laudo.

Así mismo, sostiene dicha parte que la maquinaria de que trata el Apéndice No. 1 del Pliego de Condiciones es de absoluta responsabilidad del Concesionario.

“Trigésima cuarta excepción: La improcedencia de las reclamaciones y declaraciones asociadas a la maquinaria permanente - En la Licitación 001 de 2010 la UAESP no se obligó a entregar maquinaria nueva”

La Convocada afirma que en ninguna parte del Pliego de Condiciones la UAESP se comprometió a entregar maquinaria en condiciones de normal funcionamiento y vida útil suficiente para acometer las actividades del proyecto:

“(…) es más, en el Apéndice 1 indicó claramente el modelo de la maquinaria que podría entregarse al futuro Concesionario y además se incluían los informes mensuales de los Concesionarios y la Interventoría de su momento reportando el estado de la maquinaria para cada periodo. En todo caso, era claro que eran máquinas usadas.”

Por el contrario, se pactó en el parágrafo de la cláusula Séptima del Contrato que cumplidos seis meses desde el acta de inicio, el Concesionario se obligaba a tener la maquinaria ofertada cero horas en la operación del Relleno y año de fabricación no anterior al 2009.

“Trigésima quinta excepción: La improcedencia de las reclamaciones y declaraciones asociadas a la maquinaria permanente - la relatividad del contrato y la imposibilidad de extender la discusión arbitral a otros contratos”

La Convocada sostiene como fundamento de esta excepción lo siguiente:

"1. Las razones asociadas a los trámites de liquidación de los contratos celebrados con terceros para la operación de RSDJ no pueden ser discutidas en el presente trámite. En razón a que el mismo contrato de concesión 344 de 2010 no coligó o generó relaciones de dependencia o subordinación con otros contratos.

2. No lo es tampoco, porque se trata de relaciones jurídicas autónomas que no pueden afectar su condición de una con otra. En el caso de la maquinaria es claro que no se estipuló ninguna clase de reposición al inicio del contrato. En realidad se estableció que el nuevo concesionario (CGR Doña Juana) a bien, podría utilizar o no las maquinas existentes en su estado actual (para la fecha del inicio del contrato).

3. La UAESP no dio ninguna garantía, sobre el estado de las mismas. Por ello, la decisión de usar maquinas usadas (que podrían o tendrían que ser adecuadas para seguir operando por 6 meses) era de absoluta autonomía del proponente. En efecto, el alcanzar la eficiencia operativa parte precisamente de esta clase de decisiones empresariales."

10.1.4. TRASLADO DE EXCEPCIONES

Frente a las excepciones trigésima tercera, trigésima cuarta y trigésima quinta la Convocante manifiesta que todas las diferencias resueltas por el Tribunal Arbitral anterior giraron en torno a la definición de la denominada "maquinaria permanente" y a la obligación de disponer de la misma para el proyecto y la controversia que se plantea ante este Tribunal: "(...) *está relacionada con la maquinaria que la UAESP se comprometió a entregar para la ejecución del proyecto, conforme a lo estipulado en el numeral 1 de la cláusula 4 del Contrato de Concesión 344 de 2010 y en el Anexo 1 del pliego de condiciones de la Licitación 001 de 2010.*" Es decir, el objeto de las pretensiones que se formulan en este proceso es distinto del anterior.

10.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

10.2.1. PROBLEMA JURÍDICO

Los asuntos jurídicos que deberá resolver el Tribunal en este acápite, se circunscriben a determinar el alcance de las obligaciones a cargo de la UAESP en materia de entrega de Maquinaria, en particular, si maquinaria que debía entregar tenía que estar operativa y con vida útil aprovechable para la ejecución del Contrato; determinado el alcance, el Tribunal deberá establecer si la UAESP incumplió esa obligación y, de ser el caso, habrá de definir la indemnización de perjuicios correspondiente.

10.2.2. ANÁLISIS PROBATORIO Y CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

De conformidad con el Apéndice No. 1 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 01 de 2010, la UAESP se comprometió a entregar al adjudicatario la siguiente maquinaria:

No.	MAQUINARIA	PLACA UAESP
1	TRACTOR AGRÍCOLA FORD 6610. DOBLE TRANSMISIÓN	1177
2	TANQUE DE 805 GALONES PARA CARGUE DE ACPM MOTOR HONDA 360 CON BOMBA DE COMBUSTIBLE DE UNA PULGADA Y SU PISTOLA	1178
3	EXCAVADORA SOBRE GRÚAS KOBELCO SERIE SK200LCMORC3, MODELO 1996	1171
4	CARGADOR CATERPILAR SERIE 9660 MODELO 1989	1165
5	COMPACTADOR CATERPILAR 826H MODELO 2006	1153
6	CAMIÓN DUMPER CARTEPILAR MODELO 1988 ARTICULADO D250	1154

7	CAMIÓN DUMPER D250 MODELO 1988	1155
8	BULLDOZER CATERPILAR D8H MODELO 1976 CON TOPADORA	1156
9	RETROEXCAVADORA CARGADORA JOHNDEERE 6100	1157
10	BULLDOZER CATERPILAR D8R MODELO 2002	1166
11	BULLDOZER CATERPILLAR D8T, MODELO 2005	1167
12	CAMIÓN DUMPER CATERPILLAR D250, MODELO 1988	1168
13	COMPACTADOR CATERPILLAR 826G, MODELO 2002	1170

El numeral “3.3.5 Maquinaria para la Operación” del Pliego de Condiciones³⁷⁸, de la manera en que quedó modificado por su adenda 6³⁷⁹ en relación con la maquinaria, dispuso:

“La Maquinaria para la Operación, es un requisito habilitante para participar en el Proceso de Selección y el criterio para su verificación es únicamente su presentación. Los proponentes deberán presentar la descripción y cantidades detalladas de la maquinaria que utilizarán para cumplir con el objeto contractual. El listado debe contener claramente la siguiente información para cada tipo de máquina propuesta:

- 1. Tipo de máquina*
- 2. Descripción de la máquina*
- 3. Criterio para seleccionar la cantidad de maquinaria necesaria para comenzar la operación.*
- 4. Indicación de si se trata de maquinaria permanente o temporal.*
- 5. Indicación clara de si la máquina ha sido entregada por la UAESP como parte de la maquinaria devuelta por los actuales operadores o si se trata de maquinaria aportada por el nuevo concesionario.*

Este listado debe estar discriminado para los siguientes procesos:

³⁷⁸ Anexos a la contestación de la demanda, Directorio Licitación 001 de 2010 y Contrato 344 de 2010, 1 Precontractual Licitación 001 de 2010, 2 Pliegos definitivos Licitación 001-2010.

³⁷⁹ Anexos a la contestación de la demanda, Directorio Licitación 001 de 2010 y Contrato 344 de 2010, 1 Precontractual Licitación 001 de 2010, ADENDA-6LP001-2010.

- a. Operación de la disposición de residuos
- b. Tratamiento de lixiviados, incluido el transporte y disposición de lodos
- c. Monitoreo geotécnico
- d. Manejo ambiental, incluido monitoreo y control de vectores y olores
- e. Aprovechamiento
- f. Operación y mantenimiento general
- g. Otras

(...)"

Entre los documentos que hacen parte del DATA ROOM de la Licitación y que se refieren al estado de las maquinarias, se encuentran los siguientes:

DR. 18 – “Peritaje maquinaria RSDJ”:

Este documento se denomina “EVALUACIÓN CON INSTRUMENTOS DE 23 EQUIPOS CATERPILLAR EN LA CONCESIÓN DEL RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA POR PARTE DEL OPERADOR PROACTIVA” de fecha 19 de mayo de 2008, el cual contiene, como su nombre lo indica, una evaluación técnica de la flota de equipos Caterpillar al servicio del Relleno Doña Juana. Se incluye dentro de esta evaluación un informe del estado de las siguientes nueve máquinas que hacen parte de las trece máquinas del Apéndice 1:

No. INTERNO	MAQUINA	ESTADO
9	CARGADOR ARTICULADO CON CUCHARÓN PARA 3 M3	Operativo
128	COMPACTADOR CATERPILLAR	Operativo
74	CAMIÓN DUMPER CATERPILLAR ARTICULADO	No operativo
74	CAMIÓN DUMPER CATERPILLAR ARTICULADO	No operativo
44 (46)	BULLDOZER CATERPILLAR CON TOPADORA	Operativo
127	BULLDOZER CATERPILLAR	Operativo
75	CAMIÓN DUMPER CATERPILLAR ARTICULADO	Operativo
107	COMPACTADOR CATERPILLAR	Operativo
106	Bulldozer B&R	Operativo

En desarrollo de lo previsto en el Pliego de Condiciones, el Concesionario presentó con la propuesta técnica, la siguiente relación y descripción de la maquinaria ofrecida para la operación de disposición de residuos:

Tabla 3 Equipos compactadores				
Tipo de máquina	Descripción de la máquina	Criterio para seleccionar la cantidad de maquinaria	Maquinaria permanente o temporal.	Máquina ha sido entregada por la UAESP
Compactador de residuos	CAT 826G equipado para relleno sanitario	Ver sección 4.1.2.	Permanente	Si. Se utilizará y repondrá acorde al plan de uso de la Tabla 6
Compactador de residuos	CAT 826H equipado para relleno sanitario.	Ver sección 4.1.2.	Permanente	Si. Se utilizará y repondrá acorde al plan de uso establecido en la Tabla
				6
Compactador de residuos	CAR 826 o equivalente	Ver sección 4.1.2.	Permanente	No. Maquinaria a aportar por el concesionario.

Tabla 4 Equipos de arrastre y disgregación de residuos:				
Tipo de máquina	Descripción de la máquina	Criterio para seleccionar la cantidad de maquinaria	Maquinaria permanente o temporal.	Máquina ha sido entregada por la UAESP
Tractor de orugas (Bulldózer) (1)	CAT D8R equipado para relleno sanitario	Ver sección 4.1.3.	Permanente	Si. Se utilizará y repondrá acorde al plan de uso de la Tabla 6
Tractor de orugas (Bulldózer) (1)	CAT D8T equipado para relleno sanitario.	Ver sección 4.1.3.	Permanente	Si. Se utilizará y repondrá acorde al plan de uso establecido en la Tabla 6
Tractor de orugas (Bulldózer) (1)	CAT D8T equipado para relleno sanitario	Ver sección 4.1.3.	Permanente	No. Maquinaria a aportar por el concesionario.
Tractor de orugas (Bulldózer) (1)	CAT D8T, D7E ó D7R 2 equipado para relleno sanitario	Ver sección 4.1.3.	Permanente	No. Maquinaria a aportar por el concesionario.

Tabla 5 Equipos complementarios para el manejo de frente

<i>Tipo de máquina</i>	<i>Descripción de la máquina</i>	<i>Criterio para seleccionar la cantidad de maquinaria</i>	<i>Maquinaria permanente o temporal.</i>	<i>Máquina entregada por la UAESP</i>
Retroexcavadora de orugas (1)	CAT 325 o equivalente	Requerimientos de manejo de material en el frente: Mantenimiento de vías, mantenimiento de taludes, adecuación de filtros etc.	Permanente	Si. Se requiere evaluación adicional sobre vida útil remanente.
Moto-niveladora (1)	CAT 12E	Mantenimiento de vías secundarias. Debido a la carga	Temporal	Si.

<i>Tipo de máquina</i>	<i>Descripción de la máquina</i>	<i>Criterio para seleccionar la cantidad de maquinaria</i>	<i>Maquinaria permanente o temporal.</i>	<i>Máquina entregada por la UAESP</i>
		relativamente baja en actividades de frente, se requiere evaluación adicional sobre vida útil remanente.		
Camión articulado off-road	725	Transporte de material para adecuación de vías temporales, chimeneas, etc.	Permanente	No,
Volquetas (1)	7 m3	Transporte de material sobrante del proceso de aprovechamiento	Permanente	No
Cargador de combustible + apero (1)	Capacidad de >100 Galones	Se requiere un vehículo para la carga de combustible en	Permanente	Si
Generador eléctrico	>30 kVa	Contingencias en la operación nocturna	Permanente	No.

En relación con la maquinaria para la operación, CGR incluyó en su propuesta técnica³⁸⁰ lo siguiente en relación con la maquinaria a entregar por la UAESP:

“4.1.5 Utilización de la maquinaria frente de disposición entregada por la UAESP

Conforme a la información presentada en el anexo DR-18 del pliego de condiciones, relativa al peritaje de la maquinaria propiedad de la UAESP, se prevé el plan de uso de la maquina propiedad de la UAESP que se presenta en la Tabla 6. Dicho plan será sujeto de revisión acorde a los rendimientos, eficiencia y

³⁸⁰ Anexos a la contestación de la demanda, Precontractual Licitación 001 de 2010, 17 Propuesta Unión Temporal CGR Doña Juana (CGR-DJ). Propuesta Técnica, Pág. 50.

confiabilidad de la maquinaria que se observen durante los primeros 6 meses de la ejecución del contrato.

Tabla 6 Programa de utilización y sustitución de la maquinaria de operación de frente de disposición entregada por la UAESP

MAQUINA	PROGRAMA DE USO Y SUSTITUCIÓN
COMPACTADOR 826G. No. Interno 107	Mantenimiento y utilización 2000 horas. (Aprox. 6 meses).
COMPACTADOR 826H. No. Interno 128	Mantenimiento y utilización 2000 horas. (Aprox. 6 meses).
BULDOZER D8R. No. Interno 107	Mantenimiento y utilización 2000 horas. (Aprox. 6 meses).
BULDOZER D8T. No. Interno 128	Mantenimiento y utilización 2000 horas. (Aprox. 6 meses).
MOTONIVELADORA 12E	Mantenimiento y utilización 600 horas. (Vida útil por determinar)

Debe precisarse, sin embargo, que dentro de la maquinaria listada en el Apéndice N° 1 no se encontraba una "MOTONIVELADORA 12E".

Por su parte, la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión establece las siguientes obligaciones a cargo del Concesionario:

"5. Tener disponible y operativa la maquinaria necesaria para operar el RSDJ, en el número y las condiciones que se señalan en la oferta, de manera permanente. (...).

6. Mantener en adecuado estado de operación la maquinaria y los equipos que le sean entregados por la UAESP, contenidos en el Apéndice 1, los que se entreguen como producto del plan de choque del STL y los que entregue el actual operador y que no hagan parte del Apéndice 1. Cuando de común acuerdo su deterioro no permita una operatividad eficiente, estos deberán ser regresados a la UAESP para ser dados de baja.

7. (...)

8. Presentar para revisión y concepto de la UAESP, dentro de los primeros sesenta (60) días calendario siguientes a la suscripción del acta de inicio del Contrato, el Plan de Mantenimiento de la maquinaria, los equipos y la infraestructura entregados por la UAESP y los provistos por el Concesionario para la operación del RSDJ. En el mes de enero de cada año de ejecución del contrato, el Concesionario presentará un reporte que dé cuenta del cumplimiento del Plan de Mantenimiento, soportes y su actualización"³⁸¹. (Subrayado añadido).

Por su parte, la cláusula Cuarta, numeral 1 del Contrato de Concesión, cuyo incumplimiento alega el Concesionario, dispone:

"CLÁUSULA CUARTA – OBLIGACIONES DE LA UAESP: Además de las previstas de manera general en el artículo 4º de la ley 80 de 1993 y las que le corresponden de acuerdo con la naturaleza del contrato de concesión, **LA UAESP** asume por el presente contrato las siguientes obligaciones:

1. Entregar al **CONCESIONARIO** las instalaciones, equipos y bienes del RSDJ, incluyendo el Sistema de Tratamiento de Lixiviados mediante inventario, en el cual se indique el estado en que estos se encuentren. (...)."

La Cláusula Décima, por su parte, establece:

"CLÁUSULA DÉCIMA- EQUIPOS Y MAQUINARIA: EL CONCESIONARIO se obliga a utilizar en la concesión todos los equipos y maquinaria que sean necesarios para garantizar una técnica eficiente, oportuna y adecuada prestación del servicio en el RSDJ. (...).

Parágrafo Primero: En lo que se refiere a la maquinaria para

³⁸¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 68 vuelto y 69.

labores de adecuación, disposición y mantenimiento de tendrán dos categorías. La primera, corresponde a **maquinaria permanente que estará compuesta por la maquinaria establecida en el apéndice 1 del pliego de condiciones que corresponde a la entregada por la UAESP, sumada a aquella adicional considerada como permanente en la propuesta del CONCESIONARIO.** La segunda categoría, correspondiente a la maquinaria no permanente que trabajará en los predios del RSDJ. De acuerdo con las necesidades de la programación de actividades no permanentes a desarrollar.

La maquinaria permanente y no permanente mínima exigible al concesionario al momento de iniciar la operación, será aquella que EL CONCESIONARIO ofreció en el esquema técnico operativo y en el listado de máquinas que hacen parte de su propuesta; esas cantidades y especificaciones técnicas propuestas, podrán variar durante el desarrollo del contrato, en función de los cambios en las necesidades de la operación, siempre y cuando dichos cambios sean plenamente justificados por EL CONCESIONARIO, y aprobados por la UAESP.

Será obligación del concesionario garantizar que desde el primer día del séptimo mes, contado a partir de la suscripción del acta de inicio, toda la maquinaria que sea ofrecida como maquinaria permanente, será maquinaria nueva, con 0 (cero) horas de funcionamiento y año de fabricación no anterior al año 2009. Una vez transcurridos (8) años, contados a partir de la fecha de adquisición de esta maquinaria por parte del CONCESIONARIO, deberá ser reemplazada por maquinaria nueva, con 0 (cero) horas de funcionamiento y año de fabricación no anterior a un (1) año, del momento de realizar dicho reemplazo.

Parágrafo Segundo. La maquinaria permanente que oferte EL CONCESIONARIO deberá ser de propiedad del CONCESIONARIO y tendrá dedicación exclusiva al cumplimiento del objeto del contrato. Al finalizar el plazo de la concesión, la maquinaria permanente será revertida a LA UAESP en los términos y condiciones establecidos en el presente contrato.

No serán objeto de reversión los bienes, maquinaria y/o equipos inherentes a la actividad de aprovechamiento de residuos sólidos, siempre y cuando el retiro de los mismos se realice sin producir

detrimiento del predio, entendido éste como el inmueble y su infraestructura básica.

Parágrafo Tercero. Para toda la maquinaria permanente, el concesionario está obligado a contratar y presentar anualmente un peritaje técnico desarrollado por el representante en Colombia del fabricante de la maquinaria. Dicho peritaje será presentado a la UAESP y debe incluir como mínimo la siguiente información para cada máquina: (i) evaluación del estado de todos los componentes, (ii) reparaciones requeridas; y (iii) evaluación de desgaste del equipo. Como anexo a este peritaje, EL CONCESIONARIO adjuntará la hoja de vida de todas las máquinas, la cual debe contar como mínimo con la siguiente información: (i) marca, (ii) modelo, (iii) placa, (iv) número de chasis, (v) propietario, (vi) horas trabajadas totales y (vii) horas trabajadas en el Relleno Sanitario discriminadas por meses, (viii) reparaciones efectuadas con duración y costo de las mismas, (ix) costos de operación, (x) depreciación y (xi) valor actual del equipo.

Parágrafo Cuarto. La maquinaria no permanente podrá tener un título diferente al de propiedad. Sin embargo, deberá cumplir con las normas de operación y seguridad y estar amparada por las garantías establecidas en el presente contrato.

Parágrafo Quinto. Previo a la iniciación de las actividades, la UAESP hará entrega al CONCESIONARIO de un inventario de equipos y maquinaria con los que cuenta actualmente para la administración, operación y mantenimiento del RSDJ.

Parágrafo Sexto. Toda la maquinaria suministrada por EL CONCESIONARIO independiente de su condición de permanente o no permanente y de la actividad que vaya a desarrollar dentro del RSDJ, será inspeccionada y aprobada por la Interventoría a su ingreso y salida teniendo en cuenta las normas de seguridad industrial y las demás disposiciones consignadas en este contrato y en los demás documentos que hacen parte del mismo.

Parágrafo Séptimo. Todos los equipos y maquinaria que EL CONCESIONARIO emplee, deberán someterse a mantenimientos periódicos, de acuerdo con las especificaciones del fabricante, con la frecuencia y alcance necesarios para que se mantengan

siempre en óptima calidad de servicio.

Parágrafo Octavo. *La maquinaria establecida como permanente, deberá estar siempre operativa y disponible en el RSDJ, a excepción de los mantenimientos rutinarios a que haya lugar. Cuando se trate de reparaciones mayores, EL CONCESIONARIO suministrará un reemplazo de similares condiciones durante el tiempo en que la máquina se encuentre en reparación. En todo caso, EL CONCESIONARIO deberá garantizar la existencia de la maquinaria requerida en el RSDJ, para que no se interrumpa en ningún momento la operación del servicio en el mismo.*

Para los efectos de esta cláusula se consideran reparaciones mayores aquellas que se estime que superan una semana de permanencia en el taller de la máquina.

Parágrafo Noveno. *EL CONCESIONARIO deberá tomar una póliza contra todo riesgo para todos y cada uno de los equipos entregados por la UAESP al concesionario, así como para los equipos que destine a la administración, operación y mantenimiento del RSDJ, por un periodo igual a la vigencia del presente contrato.”³⁸². (subrayado y resaltado añadidos).*

Está probado en el expediente, en relación con esta última estipulación contractual, que ninguna de las máquinas enlistadas en el Apéndice N° 1 de los Pliegos, de las cuales tenía el adjudicatario el derecho a utilizar para la ejecución del objeto contractual, cumplía con las condiciones para ser dejada como Maquinaria Permanente después del sexto mes de ejecución del Contrato, como quiera que, de las seleccionadas por CGR en su Propuesta Técnica, ninguna tenía como fecha de fabricación el año 2009 o posteriores, lo que lleva de suyo que, en todo caso, las tendría que haber reemplazado al primer día del séptimo mes desde el Acta de Inicio, de conformidad con el Parágrafo Primero de la cláusula Décima.

³⁸² Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 85 vuelto.

También encuentra acreditado el Tribunal, de conformidad con el contenido de la Propuesta Técnica de CGR, que el proponente adjudicatario contempló en su propuesta la utilización y mantenimiento por un plazo de seis meses, aproximadamente.

Por otra parte, el Tribunal no encuentra en el expediente prueba que acredite el dicho de la Convocante en el sentido de que la maquinaria a entregar por la UAESP listada en el Apéndice 1 del Pliego debería estar “en condiciones de normal funcionamiento y vida útil suficiente para acometer las actividades propias del proyecto”, lo único que se precisa al respecto es en la cláusula Cuarta, según la cual la obligación de la UAESP era “1. Entregar al CONCESIONARIO las instalaciones, equipos y bienes del RSDJ, incluyendo el Sistema de Tratamiento de Lixiviados mediante inventario, en el cual se indique el estado en que estos se encuentren”.

Tampoco existe evidencia alguna de que dicha maquinaria debería ser entregada por la UAESP al Concesionario en las condiciones contractuales de reversión de los anteriores operadores, siendo evidente que, en virtud del principio de la relatividad contractual, las estipulaciones de los contratos celebrados con dichos terceros no le son oponibles a la entidad por parte de CGR; ni mucho menos hay rastro de obligación alguna a cargo de la UAESP de reconocer a CGR el valor a nuevo de los equipos objeto de reversión por los anteriores operadores.

De los elementos probatorios recabados en el proceso, el Tribunal arriba a las siguientes conclusiones en relación con este grupo de pretensiones de la Demanda Reformada, vistas las posiciones de las Partes:

La UAESP estaba obligada a poner a disposición del adjudicatario de la Licitación la maquinaria listada en el Apéndice 1 del Pliego de Condiciones, mediante inventario, en el cual se indique el estado en que estos se encontraran.

No estaba obligada a entregarlos en condiciones de normal funcionamiento y vida útil suficiente para acometer las actividades propias del proyecto, ni tampoco en las condiciones en que las mismas deberían ser revertidas por los anteriores operadores; mucho menos tenía la obligación de entregar al Concesionario máquinas nuevas y en condiciones de operatividad y normal utilización, ni su valor de reposición a nuevo.

De la lectura de los documentos contractuales el Tribunal interpreta que tampoco le era dable a la UAESP entregar maquinaria o equipos absolutamente inservibles, ni dejar de entregar los que relacionó en el Apéndice N° 1.

El propósito de este entramado contractual era que la entidad contratante pusiera a disposición de quien resultara adjudicatario en la Licitación cierta maquinaria de su propiedad, a fin de que cada proponente determinara en su Propuesta Técnica cuáles de esas máquinas utilizaría para ejecutar el objeto contractual, pero siempre teniendo en cuenta los términos y condiciones de los Pliegos y del Contrato.

En este sentido, aún si las cláusulas del contrato no fueren lo suficientemente claras o no reflejaren la genuina intención de los contratantes, acudiendo a los métodos de interpretación lógica y sistemática de las estipulaciones

contractuales³⁸³, se concluye que la hermenéutica que ha de dársele al Contrato de Concesión, y de contera la legítima expectativa que CGR podía derivar del mismo, era que la UAESP haría entrega de las máquinas del Apéndice N° 1 del Pliego en condiciones aptas para ser utilizadas durante los primeros seis meses de ejecución contractual, corriendo a cargo del Concesionario su mantenimiento en dicho período.

Dicho lo anterior, el incumplimiento de tal obligación contractual tendría como efecto, al tenor del artículo 1616 del Código Civil³⁸⁴, la indemnización de los perjuicios ciertos que se derivan de manera directa o inmediata del incumplimiento, y dentro de ellos, únicamente los que fueran previsibles al momento de contratar, como quiera que en el caso presente no se alegó, ni mucho menos se probó, el dolo de la entidad demandada.

Esta situación ha sido pacíficamente acogida por la jurisprudencia civil desde los años cuarenta del siglo pasado³⁸⁵:

“El incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratante incumplido, en todo o en parte, de los perjuicios que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante y por estos deben entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como su efecto necesario y lógico. Esos perjuicios directos se clasifican y nuestra ley no es ajena a esa clasificación, en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese mismo momento. De los primeros sólo es responsable el deudor cuando no se le puede

³⁸³ Código Civil, artículos 1620 y 1622.

³⁸⁴ “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. (...)”.

³⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, sala Civil, sentencia de 29 de octubre de 1945, G.J. T. LIX, pág. 748.

imputar dolo en el incumplimiento por su parte de las obligaciones, y de estos y de los segundos, es decir, tanto de los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte.»

Ahora bien, dicho resarcimiento, tratándose de los perjuicios previsibles, o de ambos, cuando hay dolo, comprende los perjuicios generados por la mora en la satisfacción de las obligaciones y, en general, abarca todos aquellos consecuenciales al incumplimiento, dado que el propósito es reparar el daño causado, bien atendiendo la prestación en la forma inicialmente pactada, o sustituyendo el objeto de la misma por una suma de dinero”.

En el caso presente, a la luz de las pruebas recaudadas, el alcance de la obligación indemnizatoria a cargo de la UAESP sería el valor correspondiente al perjuicio que habría sufrido CGR Doña Juana como consecuencia de no haber podido disponer de las máquinas que ofreció la entidad en el Pliego de Condiciones, y que seleccionó en su propuesta técnica para ejecutar el objeto del Contrato, durante el plazo de seis meses contados a partir de la fecha del Acta de Inicio, fecha para la cual, en todo caso, las debería haber reemplazado por otras máquinas en condiciones de cero horas y con fecha de fabricación no anterior al año 2009.

No obstante, la prueba de este perjuicio brilla por su ausencia en el expediente y, como quedó establecido, no tiene asidero jurídico ni fáctico alguno el pedimento de la Convocante en el sentido de que se le debe resarcir mediante la entrega de las máquinas enlistadas en el Apéndice 1, nuevas y en condiciones de operatividad y normal utilización, ni mediante del pago de su valor a nuevo.

Al respecto, vale la pena recordar que de acuerdo con la jurisprudencia del

Consejo de Estado, *"Causar un daño, como ya se dijo, genera la obligación de repararlo pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente condene al deudor a su pago, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía."*³⁸⁶

10.3. EL SENTIDO DE LA DECISIÓN

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal no accederá a las pretensiones Trigésima Sexta a Trigésima Novena de la Demanda Reformada, ni a sus subsidiarias, lo que le releva del análisis de las excepciones trigésima tercera a trigésima quinta de la Contestación a la Demanda Reformada.

Por las mismas razones, el Tribunal declarará próspera la excepción Trigésima Cuarta de la Convocada: *"La improcedencia de las reclamaciones y declaraciones asociadas a la maquinaria permanente - En la Licitación 001 de 2010 la UAESP no se obligó a entregar maquinaria nueva"*, por lo que no habrá de pronunciarse sobre las excepciones Trigésima Tercera y Trigésima Quinta.

3. SOBRE EL PLAZO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 344 DE 2010

Le compete ahora al Tribunal, desatar las discrepancias surgidas con ocasión de la interpretación de la Cláusula Sexta del contrato de concesión No. 344 de 2010 referidas al plazo. Al respecto, tanto la Convocante como la Convocada formularon pretensiones solicitando al Tribunal una determinada interpretación judicial de la Cláusula. Se presentarán las posiciones de cada parte y luego, se estudiarán en conjunto todos los temas

³⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de enero de 2011, Expediente 73001-23-31-000-2001-01937-01(15800), C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio.

que se desprenden de los argumentos planteados que apuntan en síntesis, a la aplicación de los métodos y reglas de interpretación de los contratos. Finalmente, el Tribunal concluirá con el pronunciamiento sobre las pretensiones de formuladas.

11.1 LAS PRETENSIONES DE LAS DEMANDAS

11.1.1. PRETENSIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA EN RELACIÓN CON EL PLAZO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN C - 344 DE 2010

Corresponde a la Cuadragésima Pretensión de la Demanda Reformada:

***“CUADRAGÉSIMA PRETENSIÓN.-** Que se declare que el plazo del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 va hasta cuando se cope o alcance la capacidad adicional que sea licenciada para la disposición de residuos sólidos mediante la ampliación o modificación de la licencia ambiental contenida en la Resolución CAR 1351 del 18 de junio de 2014, por gestiones del concesionario sobre los terrenos de propiedad de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP, de conformidad con lo pactado por las partes en la cláusula Sexta del contrato 344 de 2010.”*

11.1.2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA EN RELACIÓN CON EL PLAZO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN C – 344 DE 2010

Corresponden a las pretensiones Primera y Segunda de la Demanda de Reconvención Reformada:

“PRIMERA PRETENSIÓN: Interpretar por la vía judicial que la Cláusula Sexta del contrato C-344 de 2010, las partes pactaron respecto al plazo de ejecución, término de ejecución o condición, que la concesión termina cuando se haya copado la capacidad del área licenciada al inicio de la concesión y la capacidad adicional que se logró mediante la modificación a la licencia ambiental contenida en la Resolución 1351 del 18 de junio de 2014, sin que la concesión pueda extenderse más allá, por nuevas o distintas modificaciones posteriores a la licencia ambiental.”

“SEGUNDA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la PRIMERA PRETENSIÓN, se declare que en la Cláusula Sexta del contrato 344 de 2010, las partes pactaron que el plazo de ejecución del contrato de concesión termina cuando se haya copado la capacidad del área licenciada al inicio de la concesión y la capacidad adicional que logró mediante la modificación a la licencia ambiental contenida en la Resolución 1351 del 18 de junio de 2014, sin que la concesión pueda extenderse más allá, por nuevas o distintas modificaciones posteriores a la licencia ambiental.”

11.2. FUNDAMENTOS DE LAS DEMANDAS Y SUS CONTESTACIONES

Como se observa, las partes, dentro de este proceso litigioso, han expuesto un entendimiento diverso y opuesto al contenido de la cláusula sexta del contrato de concesión y, consecuentemente han solicitado al Tribunal que señale un plazo según el sentido y entendimiento que cada una de ellas presentan en sus libelos. Dicha controversia se resolverá en el siguiente orden:

11.2.1. LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA

En síntesis, CGR DOÑA JUANA, partiendo del texto de la cláusula sexta del contrato, sostiene que el contrato se termina en el momento en que se cope la capacidad máxima que sea autorizada sobre los terrenos de propiedad

de la UAESP ya adquiridos a la fecha de suscripción del Contrato, mediante la ampliación o modificación de la licencia ambiental por gestiones del concesionario, sin que se pueda entenderse limitado a la sola capacidad adicional que fue autorizada en la modificación de la licencia ambiental proferida mediante la Resolución CAR 1351 de 2014.

Sostiene que la cláusula sexta del Contrato no establece una única modificación contractual, razón por la cual el concesionario se encontraba facultado para solicitar la modificación de la licencia cuantas veces fuera necesario, con el propósito de lograr el licenciamiento de los terrenos de propiedad de la UAESP entregados a CGR Doña Juana al momento del inicio de ejecución del Contrato.

Indica por último que la Subdirección de Asuntos Legales de la UAESP, a través de memorando de fecha 25 de enero de 2019, acogió el concepto emitido por un asesor de la entidad, en donde se concluyó frente al plazo, que este se podía extender en el tiempo, si CGR lograba obtener la licencia ambiental sobre todos los terrenos de propiedad de la UAESP al momento de suscribir el Contrato, de manera que el plazo no se circunscribía al licenciamiento obtenido mediante la Resolución CAR 1351 de 2004.

11.2.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA

En lo que concierne a la Cláusula Sexta del Contrato, la UAESP sostiene que el plazo del Contrato de Concesión se termina cuando se haya copado la capacidad del área que estaba licenciada al inicio de la concesión y la capacidad adicional que se logró mediante la modificación a la licencia ambiental, contenida en el Resolución CAR 1351 del 18 de junio de 2014, ya

que el contrato solamente posibilita una única modificación a tal licencia.

Por tanto, afirma que la concesión no puede extenderse más allá de los límites de la Resolución CAR 1351 de 2014 por nuevas o distintas modificaciones posteriores. Por tanto, sostiene que la Cuadragésima Pretensión de la demanda principal reformada, no está llamada a prosperar, por lo que formula la siguiente excepción:

“TRIGÉSIMA SEXTA EXCEPCIÓN: EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO SE LIMITA A LA MODIFICACIÓN DE UNA ÚNICA LICENCIA AMBIENTAL”

Los argumentos de la excepción propuesta, en síntesis, son los mismos que se exponen como fundamento de las pretensiones primera y segunda de la demanda de reconvención reformada, los cuales serán descritos en detalle en seguidamente.

11.2.3. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

La demandante en reconvención reitera su tesis sobre el plazo del Contrato, afirmando que este se termina cuando se haya copado la capacidad del área licenciada al inicio de la concesión y la capacidad adicional que se logró mediante la modificación a la licencia ambiental contenida en el Resolución CAR 1351 del 18 de junio de 2014, ya que solo es posible bajo el amparo contractual una única modificación a la licencia ambiental y por tanto la concesión no puede extenderse más allá de los límites de dicha Resolución, por nuevas o distintas modificaciones posteriores.

Respecto de la literalidad de la cláusula, la Convocada manifiesta que el

plazo del Contrato está claramente definido en la cláusula Sexta y se refiere a *“una única modificación a la licencia”*, lo cual ya ocurrió con la expedición de la Resolución CAR 1351 de 18 de junio de 2014.

Analiza la literalidad de la cláusula y concluye sobre ella así:

- i. El plazo inicia una vez se suscriba el acta de iniciación previa aprobación de las *garantías establecidas en el contrato* y el cumplimiento de la totalidad de los requisitos de legalización del contrato.
- ii. El plazo tiene como término una condición asociada hasta cuando se haya copado la capacidad de disposición de residuos sólidos incorporada a este proceso. Para determinar esta capacidad, la cláusula sexta dispone que;
- iii. La capacidad de residuos sólidos que se usará para definir el plazo del contrato, corresponde a: (i) la capacidad licenciada que encuentre el operador seleccionado a la fecha de inicio de sus labores y; (ii) a la capacidad adicional que, a través de una ampliación o modificación de la licencia ambiental actual, logre el operador sobre los terrenos de propiedad de la UAESP, ya adquiridos a la fecha de suscripción del contrato para tal efecto por la UAESP, en desarrollo de lo planeado en el PMIRS vigente y acorde con el POT vigente.
- iv. El trámite de la única modificación a la licencia ambiental está a cargo del Concesionario a su cuenta y riesgo.
- v. La cláusula, por si quedaran dudas, estableció para claridad de las partes que *“La capacidad actualmente licenciada por la Corporación Autónoma Regional CAR corresponde a 8.400.964*

m3 con corte a 31 de octubre de 2009. La zona adicional a ser desarrollada corresponde a la Zona de Optimización Fase II,"
vi. Y no en vano, para evitar expectativas y malos entendimientos, *procedió a precisar que: "La suma de las anteriores capacidades, en estimaciones de la UAESP permite una operación de once años. Este valor puede variar y no genera ninguna responsabilidad con cargo a la UAESP"*³⁸⁷

Así mismo, la Convocada analiza varios aspectos de la etapa precontractual como los numerales 1.5 y 1.6 del Pliego de Condiciones y la propuesta presentada por CGR Doña Juana, la cual proyectó las actividades a realizar en un horizonte de 10 años hasta el 2020, para concluir en el mismo sentido que desde la etapa precontractual era evidente que la estimación de la vigencia del contrato estuvo presupuestada para un periodo de tiempo aproximado de 11 años, por lo que se entiende que solo era posible una única modificación a la licencia ambiental.

11.2.4. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

A pesar de no denominar medio exceptivo alguno en el escrito de contestación, la demandada en reconvención presenta argumentos que controvierten las Pretensiones Primera y Segunda de la Demanda de Reconvención reformada y solicita que sean desestimadas. Los argumentos corresponden a los que se plantearon como fundamento de la pretensión Cuadragésima de la demanda principal reformada.

³⁸⁷ Demanda de Reconvención Reformada. Pág.24.

Adicionalmente a tal reiteración, CGRDJ, agrega que su entendimiento del plazo se respalda por otras cláusulas del mismo contrato en las que se autoriza al Concesionario a realizar el licenciamiento sobre todos los terrenos de propiedad de la UAESP, sin limitar a una sola vez dicho trámite. Al punto se refiere y transcribe el contenido de las Cláusulas Segunda y a los numerales 1,2 y 4 de la Cláusula Tercera del Contrato.

11.3. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

A continuación, se desarrollan con detalle los argumentos y pruebas que cada una de las partes presentan a consideración del Tribunal en los alegatos de conclusión, para sustentar sus correspondientes pretensiones.

11.3.1. LOS ALEGATOS DE CGR DOÑA JUANA

Al paso que reitera los diferentes puntos planteados en la demanda y en la contestación de la demanda de reconvención reformada, la Convocante estructura su alegato en el análisis de las diferentes reglas de interpretación de los contratos consagradas en los artículo 1618 a 1624 del Código Civil y realiza una explicación de cómo, desde su punto de vista, la aplicación de cada criterio lleva a la conclusión de que la forma de interpretar la cláusula sexta del Contrato no puede ser otra que la de entender que la finalización de la Concesión será cuando se cope la capacidad de disposición de residuos sólidos sobre todos los terrenos de propiedad de la UAESP que le fueron entregados, siempre que sobre ellos se logre el licenciamiento por parte de la autoridad ambiental.

Analiza en primera medida otras cláusulas del contrato como la Primera que

contiene el objeto, las cláusulas Segunda y Tercera que contienen las obligaciones generales y específicas del Concesionario respectivamente, para llegar a la conclusión de que la operación, administración y mantenimiento integral del Relleno es general para todos los terrenos y por lo mismo, en ninguna parte del Contrato se limita a solo uno el trámite de la licencia ambiental.

Trae a colación que el testimonio solicitado por CGR del señor Carlos Rangel, indicando que en el mismo sentido, el testigo señaló que las obligaciones del Concesionario comprenden la totalidad del RSDJ y no solamente las áreas licenciadas por la licencia ambiental. Concluye sobre este argumento, “de conformidad con el Contrato 344 de 2010, CGR Doña Juana recibió en concesión todo el RSDJ y sus funciones de administración, operación y mantenimiento se enmarcan sobre la totalidad del RSDJ”. En tal razón, CGR Doña Juana ha tenido que atender brotes de lixiviados en todo el RSDJ, ha realizado podas, mantenimiento de cunetas y canales, siembras, inventario de siembra, mantenimiento de vías, vigilancia, entre otras, en todo el RSDJ.”³⁸⁸

Así mismo, se vale del análisis de las obligaciones 1, 2, 4 y 17 en materia de Autorizaciones Licencias y Permisos de la Cláusula Tercera del Contrato, para concluir que en ninguna parte se limita a “una única modificación” de la licencia ambiental, por lo que el plural que utilizan las cláusulas transcritas denota que es perfectamente posible en el marco del contrato, el trámite de las licencias que son necesarias sobre los terrenos de propiedad de la UAESP al momento de la celebración del contrato para aumentar la capacidad de disposición de residuos sólidos y que por ello, realizar estos

³⁸⁸ Alegatos de Conclusión CGR Doña Juana. Tomo III. Pág. 262.

trámites es su obligación y correlativo derecho.

Señala que la Resolución CRA 843 de 2018 incluye en el ajuste de la tarifa, el costo de los estudios técnicos y ambientales, por lo que CGR Doña Juana es el único legitimado para tramitar la licencia ambiental, pues ya le está siendo reconocido el pago no solo de los trámites, sino de la elaboración del EIA. En apoyo a este argumento, trae a colación una comunicación de la Contraloría General de la República, en la cual, a juicio de la Demandada en reconvención, se expresa que el concesionario es el que tiene la competencia y la obligación de realizar todos los trámites para solicitar las modificaciones o una nueva licencia ambiental, de manera que si los estudios y trámites son remunerados a través de la tarifa, el EIA, ya estarían siendo pagados al contratista.

Igualmente, la Convocante establece que en la etapa precontractual nunca se especificó que fuera posible solamente una modificación a la licencia ambiental, trayendo como fundamento el numeral 1.5 de los pliegos de condiciones de la licitación pública 001 de 2010, que tiene idéntica redacción con la cláusula sexta del Contrato, y la transcripción de algunas preguntas y observaciones al pliego de condiciones, relacionadas con el plazo.

Menciona la existencia del concepto jurídico emitido por la firma Suarez Beltrán S.A.S., reiterando lo que en la demanda ya había expresado en relación con que la UAESP acogió la tesis del concepto e y la hizo parte de los considerandos del Otrosí número 4 del Contrato. Agrega la Convocante que de conformidad con las conclusiones del concepto, el objeto del contrato es la operación de todo el relleno y no solamente de la fase II del

mismo.

Adiciona el argumento relacionado con la naturaleza del contrato, indicando que la concesión de un relleno sanitario implica un horizonte de mínimo 20 años de vida útil para que el concesionario pueda recuperar la inversión. Así, manifiesta que la UAESP en la etapa de observaciones a los pliegos reconoce que las características especiales del relleno hacen que *“la Disposición Final de residuos sea considerada por la CRA en su resolución 351 de 2005 en proyectos de horizonte de vida de 20 años de operación y 10 de clausura y postclausura en los cuales el operador (Concesionario en este caso), pueda recuperar su inversión”*.

Igualmente, trae como respaldo de esta misma tesis, las consideraciones de la Resolución CRA 843 de 2018 sobre el horizonte del proyecto, que concibe en un periodo adicional de 20 años de operación y 15 de postclausura y manifiesta que de acuerdo con la Resolución de la CRA 843 de 2018, CGR Doña Juana solo podrá recuperar en ese horizonte de tiempo las distintas inversiones que efectúe, por lo que, de terminarse el contrato 344 de 2010 antes de dicho término, quedaría despojada de parte de sus efectos la modificación de costos económicos solicitada a la CRA.

Finalmente, la Convocante señala que ante la existencia de dificultades en la interpretación de la cláusula sexta del Contrato se debe aplicar el sentido que le favorezca al deudor en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1624 del Código Civil ya que la UAESP fue quien redactó las cláusulas del contrato objeto de la presente controversia.

11.3.2. LOS ALEGATOS DE LA UAESP

La Demandante en reconvención enfatiza en los argumentos y razones expuestas en sus escritos anteriores sobre el plazo del contrato. En ese sentido realiza un análisis de varias preguntas y respuestas al Pliego de Condiciones sobre aspectos que tuvieron que ver con el plazo del Contrato, de lo cual concluye que el entendimiento siempre fue que el plazo estimado con relación a las capacidades determinadas en el pliego, fue de 11 años y que por tanto no se autorizó en ningún momento varias modificaciones a la Licencia, pues *“al tenor el Pliego, sólo se estimó para las partes una única modificación a la licencia, lo cual ya ocurrió con la expedición de la Resolución CAR 1351 del 18 de junio de 2014.”*³⁸⁹

Analiza adicionalmente las tres propuestas presentadas en el proceso de licitación 001 de 2010: Sociedad Futura Ecoparque Bogotá S.A. E.S.P., Unión Temporal Gestión Ambiental y Unión Temporal CGR Doña Juana, concluyendo que todas tuvieron claro que el plazo de la concesión era de 10 años, pues calcularon todas las variables y actividades de la operación teniendo en cuenta ese horizonte de tiempo.

La Convocada en su alegato, se refiere también al dictamen técnico aportado por CGR sobre el asunto, estimando que contiene errores graves y hace consideraciones de tipo jurídico en relación con el plazo del contrato, razón por la cual no debe ser considerado por el Tribunal. Apoya estas consideraciones en las conclusiones que a su vez, realiza el dictamen presentado por ACODAL sobre el mismo punto. Adicionalmente, concluye refiriéndose al interrogatorio de contradicción de la perito Martha Liliana Ramírez que i) no tuvo en cuenta la totalidad de los documentos que hacen

³⁸⁹ Alegatos de Conclusión presentados por la UAESP. Pág. 19

parte de la licitación 001 de 2010, pues "jamás revisaron el pliego de Condiciones documento clave para la presente discusión"; ii) se eludió la respuesta a la pregunta concreta sobre las áreas de las fases del proyecto a licenciar; y iii) el dictamen hace una interpretación indebida del Contrato, por cuanto llega a conclusiones sin haber revisado las repuestas al Pliego de Condiciones, ni verificado el mismo, ni realizado un análisis técnico de lo estimado por el Convocante en la propuesta a la licitación pública 001 de 2010.

Respecto del concepto jurídico emitido por la firma Suarez Beltrán S.A.S., la Convocada señala que no tiene fuerza vinculante a la luz del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, pues de acuerdo con la norma jurídica los conceptos no tienen esa fuerza y no constituyen decisiones administrativas, y, por tanto, aunque este haya sido referenciado en algún documento contractual no son de obligatorio cumplimiento. Además, la Convocada indica que el concepto jurídico debe estudiarse en armonía con el Pliego de Condiciones de la Licitación 001 de 2010 y el entendimiento de la entidad y los proponentes participantes de la licitación; por tanto, en su criterio, contiene una interpretación equivocada sobre la cláusula sexta del Contrato.

Finalmente, la Convocada presenta junto con los alegatos de conclusión, un concepto jurídico de una firma de abogados -Pombo Caballero Abogados-, quienes realizaron un análisis respecto de la vigencia y plazo del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 de conformidad con su Cláusula Sexta. El mencionado concepto concluye que el Contrato se termina cuando se haya copado la capacidad del área licenciada al inicio de la concesión y la capacidad adicional que se logró mediante la modificación a la licencia ambiental contenida en el Resolución CAR 1351 del 18 de junio

de 2014.

11.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Como se anunció, procederá el Tribunal a desarrollar los temas que se desprenden de los argumentos planteados por las partes. Por tratarse sustancialmente de solicitudes de interpretación de una cláusula del Contrato, la metodología empleada tendrá en cuenta las normas que rigen la contratación pública en este aspecto, las cuales obligan por remisión a la aplicación de las reglas y criterios de interpretación contractual del Código Civil. El análisis de suyo implica la construcción de los hechos relevantes a efectos de la aplicación de tales normas, con las pruebas obrantes dentro del expediente. Finalmente, el Tribunal concluirá explicando el sentido del entendimiento correcto de la cláusula Sexta del Contrato de Concesión 344 de 2010 y en consecuencia decidirá sobre las solicitudes realizadas por las partes.

11.4.1. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Las solicitudes realizadas por las partes al Tribunal en este punto, exigen que se realice una interpretación judicial de la cláusula Sexta del Contrato de Concesión 344 de 2010 y que, en consecuencia, se declare su sentido, logrando así certeza en la forma en que se debe determinar el plazo contractual. Vale recordar que esta tarea involucra no solo la interpretación en sentido estricto -asignar un sentido o significado a la cláusula mediante la determinación de la intención común de las partes o la utilización de los diferentes criterios dispuestos por el legislador al efecto- sino además, las subsiguientes etapas de encuadramiento del negocio en un determinado

tipo -calificación- y con base en ello, la asignación de las consecuencias y obligaciones derivadas de la ley, usos o costumbres aplicables a la convención -integración-³⁹⁰, todo de acuerdo con el cardinal principio de la buena fe.

Pues bien, para emprender esta tarea en materia de interpretación de los contratos estatales, el artículo 28³⁹¹ de la Ley 80 de 1993 señala que se tendrán en consideración los fines y los principios de la contratación pública y la buena fe, igualdad y equilibrio de las prestaciones y derechos propios de los contratos conmutativos; sin embargo, en tanto que esa ley no desarrolla ni señala criterios específicos de interpretación de las cláusulas de los contratos, en concordancia con el artículo 13³⁹² del mismo estatuto, resultan aplicables también las reglas contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil.

Ha de reconocerse que al interpretar, el juez está atado en primer lugar al sentido que las partes les han dado a las cláusulas contractuales, representado en la *intención común*, tal como lo ordena el artículo 1618 del Código Civil: *conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*. Es por eso que se afirma

³⁹⁰ Sobre la integración en materia de interpretación de los contratos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2011, expediente 18837, C.P. Danilo Rojas Betancourth, ha afirmado que: “En general, con el término “integración” se hace referencia a formas de intervención sobre el contrato que van más allá del amplio desarrollo de la lógica de la declaración de los contratantes y que se agregan a su actividad en la construcción definitiva de sus obligaciones y derechos. En otros términos, el fenómeno de la integración debe ser entendido como el medio de intervención de la voluntad pública en las relaciones contractuales, lo cual significa que al lado de las determinaciones convencionales que tienen fundamento en el acuerdo de las partes, es necesario considerar las prescripciones que tienen título en la ley o en las otras fuentes externas a su acuerdo”

³⁹¹ **Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales.** En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

³⁹² **Artículo 13. De la aplicable a los contratos estatales.** Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

que nuestra legislación en cuanto a la interpretación de los contratos, privilegia el criterio subjetivo por sobre el objetivo, es decir, el criterio general de interpretación es la intención común de los contratantes, por sobre el significado literal de las palabras o el sentido que puedan tener estas en la realidad negocial.³⁹³

Por lo anterior, el Tribunal iniciará con el análisis de la etapa previa al Contrato con el fin de establecer la voluntad real de las partes desde el inicio. Para este propósito se tendrán en cuenta los antecedentes contractuales que en este caso incluyen todos los documentos que hicieron parte de la Licitación Pública No. 001 de 2010. Seguidamente y por haber identidad entre el texto que definía el plazo en el pliego de condiciones y en el Contrato, el Tribunal complementará el análisis de esa intención de las partes desde el texto mismo de la cláusula, entendiendo que allí ha quedado incorporado el querer genuino de los contratantes.

De igual manera y para abordar todos los tópicos planteados por las partes, corresponderá también realizar la fijación del sentido de las cláusulas contractuales con apoyo en los demás criterios de interpretación que nuestra legislación civil integra al ordenamiento, que son pautas objetivas relacionadas con el contexto del contrato o con la materia regulada por la convención; criterios estos que no tienen un orden de prelación o aplicación y que por tanto se estudian y proceden en adecuación al principio de la buena fe.

11.4.2. EL ENTENDIMIENTO DEL PLAZO EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

³⁹³ "la búsqueda del <<sentido>> enfrenta dos poderosas corrientes doctrinales. Una de ellas estima que lo que el intérprete ha de indagar es la voluntad de los contratantes (interpretación subjetiva), o, en otras palabras, su intención; otra, por el contrario, cree que el intérprete cumple su misión dando a la declaración el significado que tiene en el tráfico, en la vida social (interpretación objetiva)." DIEZ-PICAZO, Luis. Sistema de Derecho Civil. Vol II. Pág. 86.

Se procederá enseguida a establecer con apoyo en las pruebas obrantes en el expediente, el sentido dado al texto en la etapa precontractual. Al tener claras las conclusiones sobre la voluntad de las partes en la formación del contrato, el Tribunal tendrá, para los siguientes tópicos a desarrollar, un punto de partida referente que acompañará los análisis que correspondan.

11.4.2.1. Los Estudios Previos y el Pliego de Condiciones

Considerando que en la fase precontractual se dejaron sentados y establecidos los elementos del negocio a través de, al menos: i) los estudios previos que viabilizaron técnica y financieramente el proceso de contratación; ii) el Pliego de Condiciones, con sus anexos, adendas y aclaraciones; y iii) la propuesta presentada por el Concesionario, tales documentos serán tenidos en cuenta en razón a que hacen parte integral del Contrato, no solo porque así se desprende del numeral 2 del artículo 30³⁹⁴ de la Ley 80 de 1993 y de la regla uniforme y pacífica de la jurisprudencia del Consejo de Estado al respecto³⁹⁵, sino además, porque

³⁹⁴ **ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN.** La licitación o **concurso** se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...)

2o. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones ~~o términos de referencia~~, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas. (Apartes tachados declarados inexecutable por la Corte Constitucional).

³⁹⁵ Sobre la importancia del pliego de condiciones como ley del contrato, el Consejo de Estado ha sostenido que "Es por esto que el pliego de condiciones-incluyendo sus adendas, cuando ellas son procedentes-, con sujeción al cual deben formularse las ofertas y realizarse la adjudicación, se erige en la ley del contrato, del cual, en rigor, aquel forma parte integral e inescindible, cuestión que pone en evidencia que dicho contrato se encuentra condicionado y permeado plenamente por el procedimiento administrativo previo que determinó su celebración y, especialmente, por las bases de la licitación o del concurso que le dieron origen, bases y condiciones que no se podrán desconocer, modificar o variar, sino acaso complementar para una mayor claridad y precisión del alcance del contrato y de los derechos y obligaciones de las partes.

Las orientaciones jurisprudenciales precedentes permiten concluir que el verdadero contenido y alcance de las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las partes, se obtiene no solo del contrato formalizado entre ellas, sino fundamentalmente del pliego de condiciones, de los términos de referencia o de las bases de la contratación directa." Sección Tercera, Sentencia del 31 de octubre de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Rad.

las mismas partes así lo dispusieron en la cláusula Trigésima Séptima del contrato, numerales 1, 2 y 5:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA SÉPTIMA- DOCUMENTOS INTEGRANTES DEL CONTRATO: *Forman parte integrante del contrato los siguientes documentos:*

- 1. El documento del pliego de condiciones Licitación No. 001 de 2010, sus anexos, sus adendas y sus aclaraciones.*
- 2. La propuesta del CONCESIONARIO. (...)*
- 5. Los estudios previos, diseños conceptuales, diseños de detalle, memorias de cálculo, informe de diseño, especificaciones técnicas, manual de operación y mantenimiento, el estudio de impacto ambiental, el plan de manejo ambiental, plan de salud ocupacional y seguridad industrial, planos de diseño, plan de Gestión Socioeconómico y los demás documentos que elabore el concesionario para la disposición técnica y adecuada de residuos sólidos en las zonas nuevas por disponer, y aquellos que elabore en general para la adecuada administración, operación y mantenimiento del RSDJ.”*

Corresponde sobre esta base, determinar si existió en la etapa precontractual claridad sobre el asunto relacionado con el plazo del contrato y si procede establecer que los terrenos que conforman la capacidad a la que está atada la finalización de la concesión, fueron establecidos y delimitados con suficiencia.

En el documento de los estudios previos³⁹⁶ del proceso de la licitación pública No. 001 de 2010, que culminó con la suscripción del Contrato de Concesión número 344 objeto del presente litigio, existen varios elementos

15475. En el mismo sentido, entre muchas otras, se encuentran: Sección Tercera, Sentencia del 3 de febrero de 2000, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Rad. 10399; Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2001, C.P. Alirio Eduardo Henríquez Hernández, Rad. 12037; Sección Tercera, Sentencia de 13 de febrero de 2002, C.P. Ricardo Hoyos Exp.10339, C.P. Ricardo Hoyos.

³⁹⁶Los estudios previos obran en el expediente en la siguiente ruta: Carpeta Pruebas/exp físico/1.Demanda principal/pruebas 1 folio 1-400. Páginas 46 a 122: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpvpr/AACFL7RkrpHkXegP9J66gQK2a/Pruebas/1.%20Exp%20f%C3%ADsi co/1.%20Demanda%20principal%20inicial?dl=0&preview=PRUEBAS+1+FOLIO+1-400.pdf&subfolder_nav_tracking=1

que dan lugar a un primer entendimiento sobre la duración del contrato. Como punto de partida, resulta relevante indicar que en el acápite correspondiente al análisis técnico y económico del valor del contrato, los estudios previos elaborados por la UAESP reconocen que *"La estructuración financiera que soporta el proceso de contratación fue adelantada por la firma CERINO S.A. quien ejecuta el contrato de prestación de servicio No. 399 cuyo objeto es "Prestar los servicios profesionales de asesoría financiera, económica y regulatoria en la licitación 003 de 2009 o cualquiera relacionada con la concesión para la administración, operación, mantenimiento integral del RSDJ y en el proceso de estructuración de la licitación de las nuevas concesiones del servicio público de aseo y de recolección de residuos hospitalarios en el Distrito Capital"."*.

Lo anterior indica que la estructuración financiera que realizó la firma especializada CEFINCO S.A. fue tenida en cuenta para establecer algunos de los elementos del proceso de contratación, como lo son el precio y la duración del contrato. Así aparece por ejemplo, en el acápite número 7 "ASPECTOS TÉCNICOS", numeral 4 de los estudios previos, en el que la UAESP justificó la cuantía del contrato de acuerdo con la modelación financiera, estimando que tal cuantía es indeterminada pero determinable teniendo en cuenta dos variables: la remuneración que percibirá el concesionario y el término de duración del contrato:

"Pese a que el contrato de concesión resultante es de cuantía indeterminada pero determinable, la modelación financiera ha permitido aproximar una cifra equivalente a la remuneración que percibirá el concesionario por el término de duración del contrato, que equivale en valor presente neto, utilizando una tasa de descuento del 13.92% real anual, que es la utilizada por la Comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico para el

servicio público de aseo, como se mencionó en estos estudios previos. El valor es de 229,742,099,647 = (Doscientos veintinueve mil setecientos cuarenta y dos millones noventa y nueve mil seiscientos cuarenta y siete pesos moneda legal colombiana)”

A su vez, “el término de duración del contrato” de acuerdo con el informe de CEFINCO S.A.³⁹⁷, se estableció a partir de una vida útil estimada de la concesión de 11 años. Ese plazo, según la firma especializada, está determinado por la capacidad licenciada en ese momento para la zona de optimización de Fase I (5,12 años) y por la capacidad de la Zona de Optimización fase II (5,88 años) que aún sin licencia y sin diseño, se contempló como parte de la operación para la estructuración financiera de los estudios previos del contrato, de acuerdo con la información técnica que la UAESP proporcionó al consultor. En ese documento si bien el consultor hace mención a una zona denominada “zona de expansión RSDJ” que cuenta con una extensión de 1,306E+07 m³, capacidad de 1,29E+07 y 60,2 meses en tiempo, no se calculó sobre ella factor de ocupación y no se incluyó por tanto para efectos de todos los cálculos realizados relacionados con costos, ingresos y demás remuneraciones que determinaron la estructura financiera de la Licitación Pública. Por lo anterior, el informe concluye que el marco temporal que delimita el modelo financiero elaborado es de 11 años de operación. Estima adicionalmente un periodo de clausura y post clausura de 10 años más, así:

³⁹⁷ La firma entregó a la UAESP un informe en el mes de diciembre de 2009 denominado “Estructuración financiera de la concesión para la administración, operación y mantenimiento integral del relleno sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C. en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados con alternativas de aprovechamiento. Resultados y Conclusiones”. En este documento se desarrolla detalladamente el modelo financiero construido para la contratación que realizaría la entidad en la modalidad de concesión; obra en el expediente: Pruebas/ 180. Dictamen financiero convocante/ 2022 01 24 dictamen relleno Doña Juana – econcept.zip/ Anexo N. https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpvpr/AADeFAyMvMvOhUt4J4vzMdza/Pruebas/180.%20Dictamen%20financiero%20convocante?dl=0&file_subpath=%2Fanexo+N&preview=2022+01+24+-+dictamen+relleno+do%C3%B1a+juana+-+econcept.zip&subfolder_nav_tracking=1

“Como resultado se estima que en su totalidad, el concesionario tendrá la responsabilidad de realizar actividades de disposición final durante 11 años. Esta información permite delimitar de forma clara el marco temporal dentro del cual se desarrolló el modelo financiero.

Además de realizar la operación del relleno sanitario, el concesionario debe también hacerse responsable de realizar el cierre del relleno así como las actividades de clausura y post clausura. Para efectos del modelo se supone que las actividades de clausura y post clausura se extienden por diez años a partir del momento en que se termina la disposición final en cada una de las dos etapas mencionas anteriormente.

Se supone que la operación comenzaría en el mes de Abril de 2010 y se extendería hasta marzo de 2021 y las etapas de clausura y post clausura comenzarían en abril de 2021 hasta marzo de 2031.”

Por todo lo anterior, para el Tribunal es claro que la UAESP conoció y entendió desde los estudios previos, que el modelo financiero aplicado para calcular los valores relacionados con los ingresos, tarifas, costos y demás remuneraciones del Contrato, se edificó con la variable *plazo del contrato* calculada en torno a las capacidades de las denominadas Zonas de Optimización fase I y fase II (11 años). En otras palabras, la entidad incorporó el modelo financiero referido para fundamentar la licitación pública a realizar, fijando la cuantía del contrato con base en los cálculos sobre la duración de la concesión contenidos en el referido estudio.

También es cierto que la entidad, en cumplimiento del artículo 8 de la Ley

1150 de 2007³⁹⁸ y el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008³⁹⁹ vigentes en ese momento, publicó junto con el Pliego de Condiciones, los estudios previos y los documentos técnicos que sirvieron de soporte a la estructuración de los mismos y de ahí, los oferentes conocieron entre otros aspectos, la descripción de la necesidad, el objeto a contratar y el análisis que soporta el valor estimado del contrato, con las variables utilizadas para calcular el presupuesto y los costos asociados al mismo.⁴⁰⁰

En consecuencia de todo lo anterior, el Pliego de Condiciones confeccionado posteriormente y que da apertura formal al concurso de la

³⁹⁸ **Artículo 8o. De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones, y estudios previos.** Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna. La publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección. Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración. Las Entidades deberán publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos.

³⁹⁹ **Artículo 3º. Estudios y documentos previos.** En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.

Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos:

1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
2. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.
3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.
4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.
5. La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto.
6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.
7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular. (...)

⁴⁰⁰ En las consideraciones del Contrato de Concesión, la UAESP reseña en el numeral 7, que el día 24 de enero de 2010 se publicó el proyecto de pliego de condiciones correspondiente a la licitación pública No. 001 de 2010. Así mismo, en el numeral 8, indica que mediante Resolución No. 103 del 1 de marzo de 2020, se ordenó la apertura y publicación del pliego de condiciones definitivo del proceso licitatorio No. 001 de 2010.

licitación pública No.001 de 2010⁴⁰¹, estipula en el numeral 1.6., lo que más adelante será la Cláusula Sexta del Contrato, de la siguiente manera:

"1.6. PLAZO DEL CONTRATO

El plazo del contrato de concesión resultante del presente proceso de selección, iniciará una vez se suscriba el acta de iniciación previa aprobación de las garantías establecidas en el contrato y el cumplimiento de la totalidad de los requisitos de legalización del mismo.

El plazo terminará cuando se haya copado la capacidad de disposición de residuos sólidos incorporada a este proceso. En el evento en que no se otorgue la modificación a la Licencia actualmente vigente, la Concesión terminará cuando se cope la capacidad del área actualmente licenciada. La capacidad de residuos sólidos que se usará para tal efecto, corresponde a la capacidad licenciada que encuentre el operador seleccionado a la fecha de inicio de sus labores y a la capacidad adicional que a través de una ampliación o modificación de la licencia ambiental actual logre el operador sobre los terrenos de propiedad de la UAESP, ya adquiridos a la fecha de suscripción del contrato para tal efecto en desarrollo de lo planeado en el PMIRS vigente y acorde con el POT vigente. Este trámite deberá ser gestionado por el Concesionario a su cuenta y riesgo.

La capacidad actualmente licenciada por la Corporación Autónoma Regional CAR corresponde a 8.400.964 m³ con corte a 31 de Octubre de 2009. La zona adicional a ser desarrollada corresponde a la Zona de Optimización Fase II, la cual en

⁴⁰¹ Pliego de condiciones de fecha marzo de 2010 correspondiente al proceso para "contratar mediante la modalidad de concesión la Administración, Operación y Mantenimiento integral del Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C.- Colombia, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, con alternativas de aprovechamiento de los residuos que ingresen al RSDJ, provenientes del servicio ordinario de aseo." El Pliego de Condiciones obra en el expediente: Doña Juana 1195557/ Pruebas/ 1. Exp Físico/ 2. Contestación principal PRUEBAS 2 CD fl260/Anexos a la contestación de la demanda 2019-119557/1. Directorio Licitación 001 de 2010 y 344 de 2010/1 Precontractual Licitación 001 de 2010 https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AADMyXjHG1o7BR4ldApl-yjZa/Pruebas/1.%20Exp%20f%C3%ADsico/2.%20Contestaci%C3%B3n%20principal%20PRUEBAS%202%20CD%20fl260/Anexos%20a%20al%20contestaci%C3%B3n%20de%20la%20demanda%202019-119557/1.%20Directorio%20Licitaci%C3%B3n%20001%20de%202010%20y%20Contrato%20344%20de%202010/1%20Precontractual%20Licitaci%C3%B3n%20001%20de%202010?dl=0&preview=2++Pliegos+definitivos+Licitaci%C3%B3n+001-2010.pdf&subfolder_nav_tracking=1

estimaciones preliminares de la UAESP a ser ajustadas por el operador a su cuenta y riesgo para todo lo relacionado con su oferta, corresponde a 10.192.674 m3.

La suma de las anteriores capacidades, en estimaciones de la UAESP permite una operación de once años. Esta duración puede variar y no genera ninguna responsabilidad con cargo a la UAESP.”

11.4.2.1.1. Las Observaciones, Preguntas y Respuestas al Pliego De Condiciones

En la subsiguiente etapa precontractual en la que los interesados formularon observaciones y preguntas al Pliego de Condiciones de la licitación pública No.001 de 2010 y sus fundamentos técnicos y financieros, se plantearon varias inquietudes -observaciones y preguntas- relacionadas con el plazo, que para el Tribunal resultan pertinentes para desentrañar el sentido que las partes le dieron en esta etapa a la estimación de la duración del Contrato y las cuales, junto con las respuestas proporcionadas por la UAESP, se transcriben a continuación para su análisis integral y sistemático:

1) “PREGUNTA 7 PRESENTADA POR EL PORTAL DE CONTRATACIÓN EL DÍA 10 DE FEBRERO DE 2010 A LAS 13:37:09 Y A LAS 13:37:09

“La UAESP Va a comprar predios en Doña Juana para ampliar la capacidad del relleno y aumentar la vida útil?

Respuesta: *no. Los predios considerados en la licitación 01 2010 para adecuación y disposición de residuos son actualmente propiedad de la UAESP*

Puede el futuro concesionario comprar terrenos alrededor de Doña Juana para ampliar la capacidad y prolongar el periodo de concesión?

Respuesta.: *No. El plazo del contrato de concesión resultante del*

presente proceso de selección, finalizará una vez se haya copado la capacidad de disposición de residuos sólidos correspondiente a la actualmente licenciada y a la modificación de la Licencia Ambiental que logre el operador sobre los terrenos de propiedad de la UAESP, ya adquiridos para tal efecto.

2) "PREGUNTA 8 PRESENTADA POR EL SEÑOR FERNANDO CAJAMARCA EN EL PORTAL DE CONTRATACIÓN EL DÍA 11 DE FEBRERO DE 2010 A LAS 14:33:37:

"En el numeral 1.6. "Plazo del contrato" se establece lo siguiente: La capacidad actualmente licenciada por la Corporación Autónoma Regional CAR corresponde a 8.400.946 m³ con corte a 31 de Octubre de 2009. La zona adicional a ser desarrollada corresponde a la Zona de Optimización Fase II, la cual en estimaciones preliminares de la UAESP a ser ajustadas por el operador a su cuenta y riesgo para todo lo relacionado con su oferta, corresponde a 10.192.674 m³. Lo anterior significa que en total se cuenta con aproximadamente 18.593.683 m³ para disponer los residuos sólidos que lleguen al RSDJ, volumen que de acuerdo a los prepliegos es suficiente para once años de operación. Solicitamos que se nos informe la fórmula mediante la cual se estimó este tiempo, las tasas de incremento de la población, de producción per cápita de los residuos y de volúmenes estimados de residuos aprovechados por separación en la fuente, los cuales no ingresarán al RSDJ.

Respuesta: *La estimación del tiempo se realizó con base en la capacidad de las zonas disponibles a las cuales se les aplicó el factor de ocupación conforme a la relación de toneladas dispuestas y el volumen de las mismas.*

CAPACIDAD RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA (Estimada octubre 31 de 2009)

ZONA	DISEÑADA	LICENCIADA	INTERVENIDA	CAPACIDAD			
				m³	Ton	meses	Factor de Ocupación
Z VIII + Terraza 8	X	Res. 2791/08 Res. 2133/00	X	1.120.964	1.637.728,4	9,1	1,46
Zonas de Contingencia	Z VII fase II	Res. 2211/08	No	300.000	358.313	2,07	1,19
	Acopio I	Res. 2211/08	No	300.000	358.313	2,07	1,19
	Biosólidos	Res. 2211/08	No	330.000	394.145	2,28	1,19
Zona de Optimización Fase I	X	Res. 2211/08	No	6.350.000	9.300.000	49,9	1,46
Zona de Optimización Fase II	No	No	No	10.192.674	14.087.258	70,6	1,38

Resaltamos que las capacidades son estimadas tanto en los diseños definitivos como en las proyecciones previas, por lo que los valores reales que solo se conocerán en el futuro podrán variar.

Las tasas de incremento de población y producción per cápita de residuos se encuentran incluidas en las proyecciones del modelo con series de tiempos validadas estadísticamente y basadas en los históricos de la producción de los residuos.

A partir del año 2012 se estimó un aprovechamiento adicional al existente del 4%.⁴⁰²

- 3) "PREGUNTA No. 11 PRESENTADA POR EL SEÑOR FERNANDO CAJAMARCA EN EL PORTAL DE CONTRATACIÓN EL DÍA 11 DE FEBRERO DE 2010 A LAS 14:33:37:

"En el momento en que la vida útil del relleno sea menor a los 11 años debido al incremento en la producción de residuos en la Ciudad, o por la necesidad de recibir residuos de otros municipios, que pasa con el contrato? Se da por finalizado y se procedería a su liquidación? o en el caso contrario, que la vida útil se extienda más allá de los once años, el contrato sería prorrogado?"

Respuesta: El plazo del contrato de concesión, resultante del

⁴⁰² Página 5 del documento. Las respuestas a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones de la licitación No. 001 de 2010 obran en el expediente: Pruebas/180. Dictamen financiero convocante/2022 01 24 – dictamen relleno Doña Juana – econcept.zip/Anexo M https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AADeFAyMvMvOhUt4J4vzMldza/Pruebas/180.%20Dictamen%20financiero%20convocante?dl=0&file_subpath=%2Fanexo+M%20FRESPUESOBSPROYPLIEGLP001-2010.pdf&preview=2022+01+24+-+dictamen+relleno+do%C3%B1a+juana+-+econcept.zip&subfolder_nav_tracking=1

presente proceso de selección, finalizará una vez se haya copado la capacidad de disposición de residuos sólidos correspondiente a la actualmente licenciada y a la adicional que logre el operador sobre los terrenos de propiedad de la UAESP, ya adquiridos para tal efecto por la Unidad; esto último siempre y cuando el operador seleccionado obtenga la ampliación o modificación de la Licencia Ambiental.⁴⁰³

4) PREGUNTA 93 PRESENTADA POR AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. A TRAVÉS DEL RADICADO UAESP 01816 DEL 12 DE FEBRERO DE 2010.

"Si la licencia ambiental de la zona de optimización cubija solo la operación de la fase I, no es claro si las pólizas son exigidas para toda la zona de optimización (fase I y fase II). Dado que es complejo obtener pólizas de una fase no licenciada a la fecha de adjudicación del contrato"

Respuesta: Independientemente de las zonas que se encuentren o no licenciadas ambientalmente, las garantías que se exigen son para amparar el contrato de concesión y por lo tanto éstas se deben constituir conforme a lo requerido en el pliego de condiciones y en la minuta del contrato⁴⁰⁴.

5) PREGUNTA 110 PRESENTADA POR ATESA S.A. E.S.P. A TRAVÉS DE RADICADO UAESP 01831 DEL 12 DE FEBRERO DE 2010
"Favor hacer claridad sobre el estado actual de la zona de optimización Fase II, su capacidad, como se entregan las obras al concesionario y la vida útil estimada para el mismo"

Respuesta: La UAESP cuenta con el predio donde se prevé la

⁴⁰³ Página 7 del documento. . Las respuestas a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones de la licitación No. 001 de 2010 obran en el expediente: Pruebas/180. Dictamen financiero convocante/2022 01 24 - dictamen relleno Doña Juana - econcept.zip/Anexo M https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpvpr/AADeFAyMvMvOhUt4J4vzMldza/Pruebas/180.%20Dictamen%20financiero%20convocante?dl=0&file_subpath=%2Fanexo+M%2FRESPUESOBSPROYPLIEGLP001-2010.pdf&preview=2022+01+24+--+dictamen+relleno+do%C3%B1a+juana+-+econcept.zip&subfolder_nav_tracking=1

⁴⁰⁴ Página 65 del documento. . Las respuestas a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones de la licitación No. 001 de 2010 obran en el expediente: Pruebas/180. Dictamen financiero convocante/2022 01 24 - dictamen relleno Doña Juana - econcept.zip/Anexo M https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpvpr/AADeFAyMvMvOhUt4J4vzMldza/Pruebas/180.%20Dictamen%20financiero%20convocante?dl=0&file_subpath=%2Fanexo+M%2FRESPUESOBSPROYPLIEGLP001-2010.pdf&preview=2022+01+24+--+dictamen+relleno+do%C3%B1a+juana+-+econcept.zip&subfolder_nav_tracking=1

*adecuación de la Zona de Optimización Fase II. El concesionario que resulte del presente proceso de selección deberá realizar todos los estudios, diseños, trámites y obtención de la ampliación o modificación de la Licencia Ambiental, ejecución de las obras y demás requisitos que sean necesarios para desarrollar el proyecto. Respecto de la vida útil de esta Zona, las estimaciones de la UAESP señalan que cuenta con capacidad para albergar 10.192.674 m³. No obstante, este es un valor preliminar, la capacidad real de la Zona de Optimización Fase II responderá a los diseños elaborados por el concesionario a su cuenta y riesgo."*⁴⁰⁵

6) PREGUNTA NO. 136 PRESENTADA A TRAVÉS DEL PORTAL DE CONTRATACIÓN EL DÍA 12 DE FEBRERO DE 2010 A LAS 18:47:18

"El plazo del contrato está estimado en 11 años, sin embargo los diseños de la licencia ambiental presupuestaron solo capacidad para siete años cuales con las razones técnicas, financieras y jurídicas para establecer este nuevo plazo en donde caben los residuos favor publicar información de estimados años vrs. Capacidad"

Respuesta: La estimación del tiempo se realizó con base en la capacidad de las zonas disponibles a las cuales se les aplicó el factor de ocupación conforme a la relación de toneladas dispuestas y el volumen de las mismas.

⁴⁰⁵ Página 74 del documento. Las respuestas a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones de la licitación No. 001 de 2010 obran en el expediente: Pruebas/180. Dictamen financiero convocante/2022 01 24 – dictamen relleno Doña Juana – econcept.zip/Anexo M https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AADeFAyMvMvOhUt4J4vzMldza/Pruebas/180.%20Dictamen%20financiero%20convocante?dl=0&file_subpath=%2Fanexo+M%20FRESPUESOBSPROYPLIEGLP001-2010.pdf&preview=2022+01+24+--+dictamen+relleno+do%C3%B1a+juana+-+econcept.zip&subfolder_nav_tracking=1

CAPACIDAD RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA (Estimada octubre 31 de 2009)

ZONA	DISEÑADA	LICENCIADA	INTERVENIDA	CAPACIDAD			
				m³	Ton	meses	Factor de Ocupación
Z VIII + Terroza 8	X	Res. 2791/08 Res. 2133/00	X	1.120.964	1.637.728,4	9,1	1,46
Zonas de Contingencia	Z VII fase II	Res. 2211/08	No	300.000	358.313	2,07	1,19
	Acopio 1	Res. 2211/08	No	300.000	358.313	2,07	1,19
	Biosólidos	Res. 2211/08	No	330.000	394.145	2,28	1,19
Zona de Optimización Fase I	X	Res. 2211/08	No	6.350.000	9.300.000	49,9	1,46
Zona de Optimización Fase II	No	No	No	10.192.674	14.087.258	70,6	1,38

Las tasas de incremento de población y producción per cápita de residuos se encuentran incluidas en las proyecciones del modelo con series de tiempos validadas estadísticamente y basadas en los históricos de la producción de residuos.

A partir del año 2012 se estimó un aprovechamiento adicional al existente del 4%.

De acuerdo con lo señalado en el proyecto de pliego de condiciones, el pago al Operador se hará con base en el número de toneladas dispuestas, para lo cual el concesionario deberá realizar la adecuación y los trámites pertinentes.

El término de operación de once (11) años es estimado y de referencia. La duración del contrato está sujeta a que se copen las capacidades de las áreas actualmente licenciadas y aquellas que son de propiedad de la UAESP al momento de la suscripción del contrato objeto del presente proceso de selección y en el futuro sean licenciadas como resultado de la gestión que deberá adelantar el nuevo operador del RSDJ. En el evento que no se otorgue la modificación a la ciencia actualmente vigente, el contrato de concesión termina cuando se cope la capacidad del área actualmente licenciada.”⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ Página 90 del documento. Las respuestas a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones de la licitación No. 001 de 2010 obran en el expediente: Pruebas/180. Dictamen financiero convocante/2022 01 24 – dictamen relleno Doña Juana – econcept.zip/Anexo M https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AADeFAyMvMvOhUt4J4vzMldza/Pruebas/180.%20Dictamen%20financiero%20convocante?dl=0&file_subpath=%2Fanexo+M%2FRESPUESOBSPROYPLIEGLP001-2010.pdf&preview=2022+01+24+-+dictamen+relleno+do%C3%B1a+juana+-+econcept.zip&subfolder_nav_tracking=1

7) "OBSERVACIÓN No. 3 PRESENTADA POR JORGE MARIO TORO SANTAMARÍA a través del portal de Contratación el día 3 de marzo de 2010 a las 11:36 a.m. (Se citan los apartes pertinentes)

"(...) Esta única oportunidad que tiene el Distrito para cumplir el cometido estatal de que trata el artículo 365 de la C.P concordante con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 142 de 1994 resulta casi obligatoria. No puede seguirse insistiendo en que la disposición final de residuos se concentre en el relleno sanitario de Doña Juana, generando mayores e injustificables costos en el transporte de los mismos, a más de los altísimos traumatismos que este esquema genera en el ambiente y movilidad de la ciudad. Es perentorio que quien aspire a operar Doña Juana deba proponer al Distrito la viabilidad de ejecutar un proyecto cierto de disposición final en los términos ya referidos, para lo cual deberá por lo menos evidenciar en su propuesta la existencia bajo su control de un predio que cuente con su incorporación en el respectivo POT o EOT, entre otras condiciones que deberán preverse para el efecto. Esto garantiza que además de la necesaria operación del relleno sanitario de Doña Juana para atender la recepción de los residuos que sean económica y ambientalmente eficiente disponerlos en el mismos, entre en breve en operación otro relleno que atienda más eficientemente desde el punto de vista económico pero fundamentalmente ambiental -dentro de lo que se cuenta la movilidad en la ciudad - otras zonas de la misma. Respecto a esta petición solicito que en caso de ser negativa la respuesta del Distrito, se me explique las razones para ello y se me informe entonces como el Distrito Capital pretende dar una verdadera solución de mediano y largo plazo en lo que a la disposición final de residuos se refiere, y que no se reduzca a la simpleza de concentrar en el sur de la ciudad la disposición de los residuos en el relleno sanitario Doña Juana"

Respuesta: (...) En cuanto a la capacidad de recepción de residuos del RSDJ, como se ha expresado en otras respuestas, esta es suficiente para operar varios años. Se ha planteado, acorde con el POT y el PMIRS, el que el nuevo operador tramite una modificación a la Licencia Ambiental existente para el RSDJ, en la que se logre una ampliación en la capacidad que permita contar con espacio para disponer los residuos en el plazo estimado en los pliegos de condiciones.

Para estudiar opciones de nuevos sitios de disposición final, los cuales deben cumplir no solamente con todos los requerimientos de ordenamiento territorial y de los planes de gestión integral de residuos sólidos, sino también con las exigencias del Decreto 838 de 2005 y de las políticas de regionalización de residuos sólidos, esta Unidad ha suscrito con el Departamento de Cundinamarca el Convenio Interadministrativo No. 291 de 2006 cuyo objeto es realizar un "ESTUDIO DE FACTIBILIDAD PARA LA ESTRUCTURACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE UNA GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS A TRAVÉS DE SISTEMAS REGIONALES DE APROVECHAMIENTO, TRANSFORMACIÓN Y DISPOSICIÓN FINAL EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA".

Sin haber concluido este estudio de factibilidad mal puede la Unidad incorporar predios o permitir incorporar predios al proceso de esta Licitación 01 de 2010 pues no se cuenta aún con ninguna evaluación técnica, económica y financiera de alternativas que permita tomar decisiones de fondo. Más adelante, en el momento adecuado y dependiendo del trámite de la ampliación de la Licencia Ambiental del RSDJ y del resultado del estudio resultado del convenio interadministrativo, la Unidad evaluará nuevas acciones."⁴⁰⁷

- 8) OBSERVACIÓN No. 4 PRESENTADA POR JORGE MARIO TORO SANTAMARÍA a través del portal de Contratación el día 3 de marzo de 2010 a las 11:46 a.m.

"Solicito se indique porque -sic- en el numeral "1.6 PLAZO DEL CONTRATO" se indica que sumadas las capacidades de 8.400.964 m³ con corte a 31 octubre de 2009 y la zona adicional o fase II corresponde a 10.192.674 m³, la capacidad de recepción de residuos es proyectada a 11 años?

Respuesta. Como ya había informado esta unidad en respuestas dadas en la etapa de pre pliegos, la estimación del tiempo se realizó con base en la capacidad de la zona disponibles a las

⁴⁰⁷ Página 4 del documento. Las respuestas a las observaciones presentadas en el pliego de condiciones obran en el expediente: Pruebas/180. Dictamen financiero convocante/2022 01 24 – dictamen relleno Doña Juana - econcept.zip/Anexo L
https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AADeFAyMvMvOhUt4J4vzMldza/Pruebas/180.%20Dictamen%20financiero%20convocante?dl=0&file_subpath=%2Fanexo+L%2F2010+03+30+-+respuestas+observaciones+al+pliego.pdf&preview=2022+01+24+-+dictamen+relleno+do%C3%B1a+juana+-+econcept.zip&subfolder_nav_tracking=1

cuales se les aplicó el factor de ocupación conforme a la relación de toneladas dispuestas y el volumen de las mismas. Una estimación de esta unidad de la capacidad y sus principales características está resumida en el siguiente cuadro:

CAPACIDAD RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA (Estimada octubre 31 de 2009)

ZONA		DISEÑADA	LICENCIADA	INTERVENIDA	CAPACIDAD			
					m³	Ton	meses	Factor de Ocupación
Z VIII + Terraza 8		X	Res. 2791/08 Res. 2133/00	X	1.120.964	1.637.728,4	9,1	1,46
Zonas de Contingencia	Z VII fase II		Res. 2211/08	No	300.000	358.313	2,07	1,19
	Acopio 1		Res. 2211/08	No	300.000	358.313	2,07	1,19
	Biosólidos		Res. 2211/08	No	330.000	394.145	2,28	1,19
Zona de Optimización Fase I		X	Res. 2211/08	No	6.350.000	9.300.000	49,9	1,46
Zona de Optimización Fase II		No	No	No	10.192.674	14.087.258	70,6	1,38

Resaltamos que las capacidades son estimadas tanto en los diseños definitivos como en las proyecciones previas, por lo que los valores reales que sólo se conocerá en el futuro podrán variar.

Las tasas de incremento de población y producción per cápita de residuos, se encuentran incluidas en las proyecciones del modelo con series de tiempos validadas estadísticamente y basados en los históricos de la producción de los residuos.

A partir del año 2012 se estimó un aprovechamiento adicional al existente del 4%.⁴⁰⁸

9) OBSERVACIÓN No. 5 PRESENTADA POR JORGE MARIO TORO SANTAMARÍA A TRAVÉS DEL PORTAL DE CONTRATACIÓN EL DÍA 03 DE MARZO DE 2010 A LAS 11:46 A.M:

"cúal -sic- es la denominada fase II, esta zona ya cuenta con licencia ambiental?"

Respuesta: La fase II o denominada Zona de Optimización Fase II

⁴⁰⁸ Páginas 4 y 5 archivo Respuesta a las observaciones al pliego 2. Las respuestas a las observaciones presentadas en el pliego de condiciones obran en el expediente: Pruebas/180. Dictamen financiero convocante/2022 01 24 – dictamen relleno Doña Juana - econcept.zip/Anexo L https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpvpr/AADeFAyMvMvOhU4J4vzMldza/Pruebas/180.%20Dictamen%20financiero%20convocante?dl=0&file_subpath=%2Fanexo+L%2F2010+03+30+-+respuestas+observaciones+al+pliego.pdf&preview=2022+01+24+-+dictamen+relleno+do%C3%B1a+juana+-+econcept.zip&subfolder_nav_tracking=1

*se encuentra localizada contigua a la Zona de Optimización fase I, por el costado sur. El adjudicatario del contrato de concesión estará obligado a preparar toda la documentación necesaria y tramitar la modificación de la Licencia Ambiental ante la Autoridad Ambiental, con el propósito de obtener la autorización para la adecuación y operación de esta zona"*⁴⁰⁹

10) OBSERVACIÓN NO.13 PRESENTADA POR LUIS HERNÁN GOENAGA a través de oficio radicado con el No. 0858 del día 05 de marzo de 2010 a las 9:11 am

"E. RIESGO DE PLAZO

El segundo párrafo del numeral 1.6. "Plazo del contrato" del pliego de condiciones reza:

"El plazo terminará cuando se haya copado la capacidad de disposición de residuos sólidos incorporados a este proceso. En el evento en que no se otorgue la modificación a la Licencia actualmente vigente, la Concesión terminará cuando se cope la capacidad del área actualmente licenciada. La capacidad de residuos sólidos que se usará para tal efecto, corresponde a la capacidad licenciada que encuentre el operador seleccionado a la fecha de inicio de sus labores y a la capacidad adicional que a través de una ampliación o modificación de la licencia ambiental actual logre el operador sobre los terrenos de propiedad de la UAESP, ya adquiridos a la fecha de suscripción del contrato para tal efecto en desarrollo de lo planeado en el PMIRS vigente y acorde con el POT vigente. Este trámite deberá ser gestionado por el Concesionario a su cuenta y riesgo"

No puede asumir el Concesionario la totalidad de este riesgo por cuanto la consecución, depende de que la UAESP coadyuve en este propósito y en la voluntad de la corporación ambiental, adicionalmente se ha previsto una cláusula de reversión, por lo cual se solicita establecer un mecanismo para fijar el valor de rescate de los bienes afectos al servicio objeto de la reversión y

⁴⁰⁹ Página 5 del documento Respuesta a las observaciones al pliego 2. Las respuestas a las observaciones presentadas en el pliego de condiciones obran en el expediente: Pruebas/180. Dictamen financiero convocante/2022_01_24 - dictamen relleno Doña Juana - econcept.zip/Anexo L https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AADeFAyMvMvOhUt4J4vzMldza/Pruebas/180.%20Dictamen%20financiero%20convocante?dl=0&file_subpath=%2Fanexo+L%2F2010+03+30+-+respuestas+observaciones+al+pliego.pdf&preview=2022+01+24+-+dictamen+relleno+do%C3%B1a+juana+-+econcept.zip&subfolder_nav_tracking=1

cuyo valor no podrá ser recuperado por el CONCESIONARIO al igual que el protocolo de coordinación con la UAESP para la consecución de la ampliación de la licencia ambiental existente para los terrenos adquiridos por la UAESP"

Respuesta: *El riesgo derivado de la terminación anticipada del contrato de concesión, como consecuencia de la no modificación o renovación de la licencia por parte de la autoridad ambiental para la operación de la zona de optimización fase II, ha sido asignado al contratista por cuanto a éste le serán cedidas las licencias ambientales conforme a las normas legales según las cuales, el operador del relleno sanitario es quien debe cumplir los compromisos y requerimientos establecidos en los actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental. En consecuencia, es el operador quien tendrá el manejo y administración de esta gestión en todos los aspectos derivados de la ejecución del contrato de concesión que le sea adjudicado. Esto significa, que según el criterio de asignación del riesgo consistente en que éste se le debe entregar a quien esté en la capacidad de administrarlo y mitigarlo, sin duda alguno, el riesgo indicado debe estar en cabeza del contratista.*

Lo anterior, no impide que dentro de las actividades y obligaciones que asumirá la UAESP, esté incluida la colaboración y apoyo en los trámites ambientales a cargo del operador, pero dejando claro que esta responsabilidad y el riesgo es del operador.

Igualmente, está previsto según la matriz de riesgos, que si el futuro concesionario cumplió a satisfacción de la Unidad con sus obligaciones de la ciencia, en virtud de que actuó con diligencia y cuidado en el trámite de la solicitud de la misma, no habrá lugar a solicitar indemnización por parte de la UAESP.

Por el contrario, en el evento que el futuro concesionario no sea diligente y cuidadoso en que el trámite y cabal atención de los trámites de las licencias ambientales a su cargo, éste debe correr con las consecuencias de la no modificación de la licencia, incluida la obligación de indemnizar a la UAESP, si le causa perjuicios con su conducta imperita, sin perjuicio de las demás

*acciones que se originen por dicha actuación."*⁴¹⁰

11.4.2.2. Conclusiones del Análisis del Pliego de Condiciones, Observaciones, Preguntas y Respuestas

De un análisis conjunto de las observaciones, preguntas realizadas en su momento al Pliego de Condiciones de la Licitación No. 001 de 2010 y de las respuestas entregadas por la UAESP, referidas al asunto del plazo del Contrato y su relación con la capacidad del RSDJ, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- a. A las preguntas y observaciones que solicitaron especificar la forma - criterios técnicos y jurídicos- para establecer el término de duración del Contrato (numerales 2), 6) y 8) de la transcripción), la UAESP respondió de manera uniforme aclarando que la estimación del plazo del Contrato en 11 años, se realizó con base en la **capacidad de las zonas disponibles** a las cuales se les aplicó el factor de ocupación conforme a la relación de toneladas dispuestas y el volumen de las mismas.

Así mismo, la entidad señaló las zonas disponibles que conformaban la "capacidad del relleno" a través de una tabla que tituló **"CAPACIDAD RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA (Estimado octubre 31 de 2009)"** en donde consignaron las especificaciones de las zonas

⁴¹⁰ Página 13 del documento R Respuesta a las observaciones al pliego 2. Las respuestas a las observaciones presentadas en el pliego de condiciones obran en el expediente: Pruebas/180. Dictamen financiero convocante/2022_01_24 - dictamen relleno Doña Juana - econcept.zip/Anexo L https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AADeFAyMvMvOhUt4J4vzMldza/Pruebas/180.%20Dictamen%20financiero%20convocante?dl=0&file_subpath=%2Fanexo+L%2F2010+03+30+-+respuestas+observaciones+al+pliego.pdf&preview=2022+01+24+-+dictamen+relleno+do%C3%B1a+juana+-+econcept.zip&subfolder_nav_tracking=1

que corresponden a la capacidad del relleno relacionada directamente con la determinación del plazo del contrato. Como se observa de la tabla que se reitera de manera uniforme en las tres respuestas (las de los numerales 2), 6) y 8), estas zonas corresponden a:

- i) Z VIII + Terraza 8 con 1.120.964 m³;
 - ii) Zona de Contingencia de Z VII fase II, de acopio y de biosólidos (300 m³ cada una);
 - iii) Zona de Optimización Fase I (6.350.000 m³) y
 - iv) Zona de Optimización Fase II (10.192.674 m³).
- b. La delimitación de estas zonas disponibles para efectos de la licitación pública, se justificó por parte de la UAESP en la respuesta a la observación transcrita en el numeral 7). Si se observa con detenimiento esta respuesta, se entiende que la UAESP contempla una modificación a la licencia ambiental a efectos de poder operar el relleno en el plazo estimado de 11 años y dentro de este contexto, excluye la incorporación de otros predios al proceso, por la ausencia de evaluación técnica, económica y financiera, postergando la decisión de nuevas acciones relacionadas con áreas de operación del relleno, al resultado del trámite de la ampliación de la Licencia y a los estudios derivados del convenio que ha suscrito con el Departamento de Cundinamarca para tales propósitos.
- c. Resulta claro que para la UAESP, el plazo estimado del contrato está directamente relacionado con las zonas especificadas en la tabla
- “CAPACIDAD RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA (Estimado octubre 31**

de 2009)". Extender el plazo de acuerdo con la capacidad de otra zona diferente a las que de manera reiterada se señaló en el pliego como criterio para su determinación, contradice la voluntad manifestada de manera clara por la entidad al respecto y conocida así por los futuros oferentes entre los cuales está el hoy demandante CGRDJ.

- d. Es cierto que la respuesta a la pregunta transcrita en el numeral 6), indica en el último párrafo de manera general que *"La duración del contrato está sujeta a que se copen las capacidades de las áreas actualmente licenciadas y aquellas que son de propiedad de la UAESP al momento de la suscripción del contrato objeto del presente proceso de selección y en el futuro sean licenciadas como resultado de la gestión que deberá adelantar el nuevo operador del RSDJ"*,⁴¹¹ sin embargo, no se puede pasar por alto que esa explicación se ofrece a continuación de la especificación de las zonas que se delimitaron como *"capacidad del relleno"* presentadas a través de la tabla ya mencionada. Es decir, una lectura integral de la respuesta da cuenta de que el futuro licenciamiento al que se refiere este aparte y que es precisamente el que determinará la duración del contrato, debe ser sobre las áreas que hacen parte de la capacidad del relleno establecida por la entidad y que en su momento se calcularon con una capacidad total de 18.593.638 m3.

⁴¹¹ Esta misma redacción se encuentra en la respuesta de la UAESP transcrita en los numerales 1 y 11, sobre las cuales es posible igualmente concluir que es necesario realizar una lectura integrada con todas las respuestas sobre las áreas que determinarían la capacidad del relleno y que debían ser objeto de licenciamiento en el contrato de concesión.

- e. Ninguna pregunta versó sobre la necesidad de aclarar si otras zonas diferentes a las zonas de optimización de las fases I y II tenían relación o debían incidir en la estimación del plazo del Contrato. Para el Tribunal, este hecho es indicador de que los futuros oferentes no tuvieron dudas acerca de que la capacidad del relleno relacionada con el plazo del contrato se circunscribía a las zonas de optimización de las fases I y II, como reiteradamente fue indicado por la UAESP en las respuestas reseñadas.

- f. Se realizaron preguntas y observaciones solicitando información específica sobre los terrenos que comprenden las zonas de optimización de la fase II (numerales 5) y 9) de la transcripción), en específico, sobre las condiciones en que se entregaba el terreno; la capacidad y la vida útil; y la existencia y el estado de la licencia ambiental para esa específica zona. Se echa de menos la formulación de interrogantes o inquietudes relacionadas con otras áreas diferentes que en su momento se pensara hacían parte del terreno a concesionar para la disposición de residuos sólidos en la operación del relleno. Esta circunstancia, en concordancia con las referencias ya analizadas de la delimitación de los terrenos para la operación del relleno, hacen posible concluir que el sentido que se le dio por parte de los oferentes a la estimación del plazo de la concesión, fue el mismo que explicó suficientemente la UAESP en la etapa precontractual, es decir, que la duración de la concesión dependía de que se copara la capacidad licenciada sobre los terrenos delimitados por la UAESP correspondientes a las zonas de optimización presentadas en la tabla “*Capacidad Relleno Sanitario Doña Juana*”.

g. Estas conclusiones a las que arriba el Tribunal se soportan además por el hecho de que los futuros oferentes tuvieron conocimiento y analizaron los estudios previos y los informes técnicos y financieros que lo soportaron, los cuales como ya se revisó, delimitaron la operación del relleno a la capacidad de las Zonas de Optimización de las fases I y II y excluyeron cualquier otra zona posible a efectos del cálculo de la vida útil de la concesión, como por ejemplo la denominada "zona de expansión RSDJ" caracterizada con una extensión de 1,306E+07 m3, capacidad de 1,29E+07 y 60,2 meses en tiempo.

Se resalta que ninguna de las preguntas a los pliegos solicitó aclaración sobre las razones de exclusión de esta zona de expansión y su impacto en la determinación del plazo del contrato; o sobre la metodología o cualquier vicisitud relacionada con el licenciamiento ambiental requerido para operar esa zona u otra adicional a las que indicó la UAESP que determinaban la duración de 11 años aproximados de la concesión y que corresponden a las denominadas Zona de Optimización Fase I y Fase II del proyecto.

Por el contrario, la única observación relacionada con la capacidad y magnitud de los terrenos, se realizó desde una perspectiva de cuestionamiento frente a la incorporación de estos con base en el POT y a que pudiesen resultar insuficientes para el relleno que requería y merecía la ciudad. Esta observación, aquí transcrita en el numeral 7), fue contestada por la UAESP afirmando que no era posible incluir más terrenos de los ya dispuestos para la Licitación 01 de 2010, por la carencia de evaluación técnica, económica y financiera de otras

alternativas que pudieran ser viables. Trae a colación el Convenio Interadministrativo No. 291 de 2006 suscrito con el Departamento de Cundinamarca, que le permitirá establecer las opciones de nuevos sitios de disposición final. En este mismo punto, la UAESP también aclara que tal como lo ha expresado en otras respuestas, de acuerdo con el POT y el PMIRS, el operador tramitará una modificación a la Licencia Ambiental existente que le permitirá ampliar la capacidad de disposición de residuos en el plazo estimado en el pliego de condiciones, es decir en el plazo estimado de 11 años.

- h. En el marco de las observaciones y preguntas al pliego de condiciones, no se cuestionó ni evidenció la ausencia de evaluación de riesgos asociados a la falta de licenciamiento de otras áreas diferentes a la zona de optimización fase II, que afectarían o modificarían el plazo estimado de la concesión. Así por ejemplo, ante la observación relacionada con el riesgo de la terminación anticipada del plazo (numeral 10) de la transcripción), la UAESP explicó que aquel sería consecuencia de *“la no modificación o renovación de la licencia por parte de la autoridad ambiental para la operación de la zona de optimización fase II”*, por lo que fue asignado al contratista quien sería cesionario de las licencias ambientales y quien debía cumplir los compromisos y requerimientos establecidos en los actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental.

11.4.2.2.3 Conclusiones del Tribunal sobre el entendimiento del plazo en el Pliego de Condiciones

Por todo lo anterior, este Tribunal deja establecido que las variables para

calcular el tiempo estimado de duración del contrato y que aparecen con claridad del análisis de los documentos precontractuales, fueron **i)** la capacidad de las zonas disponibles del relleno y **ii)** el factor de ocupación conforme a las toneladas dispuestas y al volumen de las mismas. A su vez, las zonas disponibles del relleno para el año 2009 y su capacidad, se precisaron en la tabla titulada "**Capacidad Relleno Sanitario Doña Juana (Estimado octubre 31 de 2009)**", así:

- Z VIII + Terraza 8 con 1.120.964 m³;
- Zona de Contingencia de Z VII fase II, de acopio y de biosólidos (300 m³ cada una);
- Zona de Optimización Fase I (6.350.000 m³) y
- Zona de Optimización Fase II. (10.192.674 m³).

En concordancia con las anteriores conclusiones, las ofertas presentadas y habilitadas por la UAESP dentro del procedimiento precontractual previo a la adjudicación del contrato, estructuraron sus proyecciones tanto de costos como de ingresos, en un horizonte de tiempo equivalente y proporcionado al plazo estimado de los 11 años señalado en el pliego de condiciones.⁴¹² En otras palabras, las ofertas atendieron a la planeación de la Concesión por el periodo concebido desde los estudios previos y el pliego de condiciones, incluyendo la oferta de CGRDJ, como pasa a detallarse.

⁴¹² Las ofertas presentadas se pueden observar en el siguiente link del expediente https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpvpr/AADMxjHG1o7BR4ldApl-yjZa/Pruebas/1.%20Exp%20f%C3%ADsico/2.%20Contestaci%C3%B3n%20principal%20PRUEBAS%202%20CD%20fl260/Anexos%20a%20al%20contestaci%C3%B3n%20de%20a%20demanda%202019-119557/1.%20Directorio%20Licitaci%C3%B3n%20001%20de%202010%20y%20Contrato%20344%20de%202010/1%20Precontractual%20Licitaci%C3%B3n%20001%20de%202010?dl=0&subfolder_nav_tracking=1

11.4.2.3 Análisis de la oferta presentada por CGR Doña Juana en relación con el entendimiento del plazo del contrato

Se analizará para el propósito de este acápite el contenido de la propuesta técnica y económica presentada por CGR Doña Juana dentro del proceso de Licitación Pública No. 001 de 2010, mostrando la información relativa al horizonte de tiempo en el que se proyectaron las actividades que se ofertaron y mostrando su estructura conforme tal proyección.

Al efecto, la propuesta técnica que se encuentra incluida en el numeral de la oferta **3.1. Planeación y Diseño⁴¹³** en el cual plantea que la elaboración de *“todos los diseños y especificaciones, y programas de los trabajos a realizar en el relleno sanitario (...) Las actividades incluidas en el alcance de este numeral se precisan en la sección 6, numeral 1 del presente documento.”* Consecuente con ello, la sección 6 del numeral 1 del documento describe el **Plan de Obras e Inversiones⁴¹⁴** a ejecutar de acuerdo con lo definido en el alcance del proyecto. Esta sección presenta el detalle y desglose de las obras e inversiones por cada actividad planeada, presentando un horizonte de ejecución, sin excepción, de 11 años, que comprende desde junio de 2010 hasta el año 2020.

La oferta de CGRDJ, presenta seis tablas que detallan las actividades de

⁴¹³ El acápite de la Propuesta Técnica se encuentra en la página 301 del documento de la Oferta presentada por CGRDJ y en específico el numeral 3.1. sobre la planeación y diseño, se encuentra desde la página 311 (319 del archivo PDF). El documento se encuentra en la siguiente ruta: 1.Exp Físico/2.Contestación principal PRUEBAS 2CD FL 260/ Anexos a la Contestación de la Demanda 2019-119557/ 1. Directorio Licitación 001 de 2010 y contrato 344 de 2010/Precontractual Licitación 001 de 2010/17. Propuesta Unión Temporal CGR Doña Juana: [https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpvpr/AADMyXjHG1o7BR4ldApl-yjZa/Pruebas/1.%20Exp%20f%C3%ADsico/2.%20Contestaci3n%20principal%20PRUEBAS%202%20CD%20fl260/Anexo s%20a%20al%20contestaci3n%20de%20la%20demanda%202019-119557/1.%20Directorio%20Licitaci3n%20001%20de%202010%20y%20Contrato%20344%20de%202010/1%20Precontr actual%20Licitaci3n%20001%20de%202010?dl=0&preview=17+Propuesta+Uni3n+Temporal+CGR+Doña+Juana+\(CGR-DJ\)\(1\).pdf&subfolder_nav_tracking=1](https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpvpr/AADMyXjHG1o7BR4ldApl-yjZa/Pruebas/1.%20Exp%20f%C3%ADsico/2.%20Contestaci3n%20principal%20PRUEBAS%202%20CD%20fl260/Anexo s%20a%20al%20contestaci3n%20de%20la%20demanda%202019-119557/1.%20Directorio%20Licitaci3n%20001%20de%202010%20y%20Contrato%20344%20de%202010/1%20Precontr actual%20Licitaci3n%20001%20de%202010?dl=0&preview=17+Propuesta+Uni3n+Temporal+CGR+Doña+Juana+(CGR-DJ)(1).pdf&subfolder_nav_tracking=1)

⁴¹⁴ El Plan de Obras e Inversiones se encuentra desarrollado desde la página 358 y hasta la 261 de la Oferta.

cada uno de los siguientes procesos (desde el numeral 6.1.1. hasta el 6.1.5 de la sección mencionada):

- 6.1.1. *Adecuación y operación de las zonas de disposición de residuos sólidos y elaboración de estudios, diseños y trámite ante la autoridad ambiental, para la modificación de la licencia.*
- 6.1.2. *Tecnología a implementar para la operación, control y seguimiento de las actividades a ejecutar.*
- 6.1.3. *Manejo del lixiviados: capacitación, conducción, almacenamiento y tratamiento, y disposición final de lodos.*
- 6.1.4. *Sistema de aprovechamiento de residuos sólidos.*
- 6.1.5. *Cumplimiento de requerimientos ambientales, obras complementarias y otras obligaciones.*

De esta información, el Tribunal llama la atención sobre la Tabla del numeral 6.1.1. denominada “*Adecuación y operación de las zonas de disposición de residuos sólidos y elaboración de estudios, diseños y trámites ante la autoridad ambiental, para la modificación de la licencia*”, en la cual se describen los procesos de diseño y gestión para la modificación/ampliación de la licencia ambiental y la construcción y operación de la “*Optimización ZVIII FASE II*” sin incluir una actividad que previera un trámite de licencia para adecuación de una zona adicional y diferente a la mencionada Optimización de la Fase II y en el mismo sentido de todas las demás actividades, con una proyección hasta el año 2020.

En coherencia con las actividades técnicas propuestas en los numerales 6.1.1

a 6.15 de la Oferta, se incorporó en el mismo documento la Tabla 11 dentro del numeral 6.2. **Programa de Inversiones**, en la cual *“se especifican las inversiones del proyecto en relación con los componentes de: adecuación de celdas de disposición de residuos, maquinaria de frente de disposición, equipos aprovechamiento, maquinaria y equipos complementarios y tecnologías de información, sistemas de control e instrumentalización”*. La tabla describe la inversión anual en millones de pesos para estos componentes, desde junio de 2010 y hasta el año 2020, sin que se incorpore dentro de la propuesta la metodología o procedimiento para la estructuración de un plan de inversiones con un horizonte de tiempo superior y para actividades de adecuación de otras zonas diferentes a las definidas en la misma oferta como Zona de Optimización Fase II.

En concordancia con este diseño de la oferta, se encuentra en el expediente el documento denominado **“Análisis de la tarifa por componentes de AOM”⁴¹⁵**, elaborado por CGRDJ con fecha 16 de febrero de 2011, que se explica en su introducción como un *“complemento del documento titulado Propuesta Técnica V1, presentado como parte integrante de la oferta presentada por CGR Doña Juana durante el proceso licitatorio, y tiene por objetivo desarrollar el análisis del modelo económico que sustenta la propuesta elaborada por CGR Doña Juana en abril de 2010”*. En este documento se incorpora la **Figura 1-1 Cronograma general de las principales actividades realizadas durante la concesión**, el cual se proyecta igualmente en un periodo que va desde junio de 2010 hasta el año 2020 y contiene las actividades: ZVIII SUR (operación), OPTIMIZACIÓN ZVIII

⁴¹⁵ El documento Análisis de la tarifa por componentes de AMO obra en el expediente en la siguiente ruta: Carpeta 4. Anexos plazo del contrato v3/ Anexo 4.2 / Anexo 4.2.5/ DCTO CGR AOM/ <https://onedrive.live.com/?authkey=%21AEI01iI0ryWELWE&id=54DF43C0C007BA37%2153800&cid=54DF43C0C007BA37>

FASE 1 (Construcción y Operación); OPTIMIZACIÓN ZVIII FASE 2 (Diseño, obtención de licencia ambiental, construcción y operación); MANTENIMIENTO GENERAL; EJECUCIÓN DEL PMA; ADMINISTRACIÓN; OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO PTL Y PROYECTOS DE MEJORAMIENTO DEL RELLENO.

Seguidamente, el documento indica:

“En el periodo de la concesión, se estima que ingresan al relleno un total de 20.5 millones de toneladas, hasta completar la capacidad del relleno en las zonas de Optimización 1 y 2, así como la capacidad remanente de la Zona VIII.

Como puede notarse en la tabla que antecede, la distribución no uniforme en el tiempo de las diferente actividades desarrolladas y a desarrollar por el operador conlleva a una estructura de costos variable a lo largo del proyecto, alcanzando los mayores desembolsos durante los primeros años” (Subrayado fuera de texto)

El documento presenta una estructura de costos con un enfoque metodológico que consistió en “la cuantificación dentro del periodo de la concesión de los costos anualizados de la operación, administración y mantenimiento de los componentes de disposición de residuos y tratamiento de lixiviados.”

Resulta claro para este Tribunal que el entendimiento de CGRDJ, tanto en el momento en que era un participante en la Licitación Pública, como cuando ya era contratista y presentó un documento que complementaba su propuesta técnica, es que las proyecciones para la ejecución del contrato tenían, todas, un horizonte de 10 años y medio y además que su metodología para establecer la estructura o el modelo de costos no incluyó

una fase de operación diferente a las ya mencionadas.

Esta estructuración de la oferta de CGRDJ, en materia económica, deja sin fundamento los argumentos traídos por la Convocante relacionados con que solamente la interpretación de que el plazo del contrato finaliza cuando se cope la capacidad de disposición de residuos sólidos que el operador logre licenciar sobre la totalidad de los terrenos de la UAESP *“es la que permite que el concesionario cumpla con las inversiones a su cargo que demanda el contrato, con su correlativa recuperación”* pues *“Un Plazo menor hará nugatorias todas las estipulaciones que reglan esa materia...”*.⁴¹⁶ De suyo, el único modelo económico que presentó CGRDJ en su oferta, contempló para un horizonte de 10 años y medio, un plan de inversiones y una estructura de costos que consideraban y garantizaban en sus cálculos, el retorno de las inversiones precisamente en ese lapso. Lo anterior, al margen del desarrollo y vicisitudes posteriores que pudo tener el contrato.

11.4.2.4 Conclusiones del Tribunal sobre el entendimiento del plazo en la etapa precontractual

Bajo estas consideraciones sobre el sentido de la estipulación del plazo del Contrato, dada desde la etapa precontractual, el Tribunal concluye sobre la Cláusula Sexta que: **i)** El plazo está ligado a la capacidad de residuos sólidos incorporada al proceso; **ii)** esta capacidad incorporada al proceso se conforma por la capacidad licenciada al momento de inicio de las

⁴¹⁶ Documento de Contestación a la Demanda de Reconvención Reformada. Página 6. El documento se encuentra en la siguiente ruta: Doña Juana 119557/ 90. Contestación a la demanda de reconvención reformada <https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpvpr/AACR5497HmgoObCUzuN3TDnpa?dl=0&preview=90.+Contestaci%C3%B3n+a+la+demandade+reconvenci%C3%B3n+reformada.docx>

labores del operador (Resolución CAR 2211 de 2008 modificada por la Resolución CAR 2133 de 2000) y por la capacidad adicional que se logre a través de la ampliación o modificación de la licencia ambiental sobre los terrenos de la UAESP adquiridos a la fecha de suscripción del contrato, que se hayan dispuesto para el efecto de determinar el plazo de acuerdo con el PMIRS -Plan Maestro de Manejo Integral de Residuos Sólidos- y el POT -Plan de Ordenamiento Territorial- vigente; **iii)** la zona adicional a ser licenciada dispuesta a efectos de determinar el plazo de la concesión, corresponde a la denominada Zona de Optimización Fase II conforme se estableció en los estudios técnicos de factibilidad con los que contaba la UAESP para el año 2009, lo que coincide con los presupuestos de las normas del POT y el PMIRS vigentes en ese momento; **iv)** Esta determinación de la capacidad de residuos sólidos incorporada al proceso, se soporta en hechos posibles jurídicamente, lo que efectivamente reviste del grado de certeza necesario y suficiente la determinación del horizonte de tiempo de la Concesión en el momento de la suscripción del Contrato.

Tales conclusiones serán contrastadas enseguida con el análisis del texto de la mencionada cláusula, principalmente en razón a que tratándose de un contrato de concesión para un servicio público precedido de las reglas de la licitación pública y celebrado entre una entidad especializada y un profesional experto en la ejecución del mismo, en su texto se vierte la voluntad formada en el negocio⁴¹⁷. Adicional a ello, porque especialmente

⁴¹⁷ En este sentido, MESSINEO, Franceso, enseña que: "En efecto, a veces o muchas veces podrá basta que la indagación interpretativa se limite al "sentido literal de las palabras". Eso ocurre cuando en la redacción del contrato ha intervenido la obra de técnicos del derecho (notarios, abogados, asesores etc.) o cuando las partes son versadas en la materia del contrato y, por consiguiente, emplean una terminología correcta, no susceptible de dudas o cuando el contrato ha sido preparado con formularios, y en otros casos análogos. En cambio, la ley se refiere en el art. 1362 - del Código Civil Italiano que privilegia la intención de las partes por sobre la literalidad de las cláusulas en el mismo sentido que el artículo 1618 del Código Civil Colombiano- (aunque no lo diga) a los casos en que el contrato fuese obra de profanos en el derecho (o en la materia específica del

el texto de la cláusula Sexta del Contrato, tiene identidad con lo que se dispuso sobre el asunto en el Pliego de Condiciones (numeral 1.6.), a tal punto que como se verá adelante, la redacción ya del negocio como tal, tiene expresiones propias de la etapa precontractual.

Antes de proceder con lo indicado, el Tribunal considera importante advertir que a estas conclusiones se ha arribado, de acuerdo con el análisis jurídico que de manera integral y consecuente con los hechos probados dentro del proceso, el Panel ha realizado de los diferentes momentos de la etapa previa al contrato; por tanto, las consideraciones de orden interpretativo y las conclusiones sobre el alcance de las disposiciones precontractuales y contractuales que tanto el peritaje técnico aportado por el CGR Doña Juana como el dictamen de contradicción entregado por la UAESP realizan, no son constitutivas de prueba de ningún hecho o perjuicio que provenga de un conocimiento especializado científico, técnico o artístico ajeno a este Tribunal, pues precisamente determinar la hermenéutica para interpretar el contrato es la labor que le ha sido encomendada en virtud de las pretensiones planteadas en la demanda principal y en la demanda de reconvención reformadas.⁴¹⁸

11.4.3 LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL TEXTO DE LA CLÁUSULA.

Como se anunció, procederá el Tribunal a examinar el contenido de la

contrato) hubiese sido redactado apresuradamente y sin preocuparse por la exactitud, de modo que las expresiones empleadas no traduzcan adecuadamente el pensamiento de las partes, etc." Doctrina General del Contrato. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires. 1952. Pág. 98.

⁴¹⁸ Por ejemplo, las respuestas a las preguntas 1 a 3 del Dictamen técnico aportado por CGR Doña Juana, analizan el pliego de condiciones y citan apartes de su contenido de manera selectiva para plantear conclusiones sobre la forma en que se estableció allí el plazo del contrato y las variables utilizadas al efecto. De igual manera, las respuestas a las preguntas 17 y 18 tienen como objetivo que el perito concluya el alcance de la cláusula segunda referida al objeto del contrato de acuerdo con las definiciones técnicas que se le piden que realice y finalmente presenta sus consideraciones sobre la forma en que debe entenderse la cláusula sexta del contrato integrada con la interpretación de la cláusula segunda del mismo, cuestión que precisamente es la que se solicita al Tribunal definir a partir de la interpretación de la cláusula del plazo de la concesión.

Cláusula Sexta del Contrato de Concesión, desde la literalidad del texto de la misma. Con el fin de ubicar el objeto de interpretación, se transcribe la Cláusula y se seguirá su estudio en el orden mismo de la redacción, separando cada una de las preceptivas que la conforman:

CLÁUSULA SEXTA. PLAZO DE LA CONCESIÓN: *El plazo del contrato de concesión resultante del presente proceso de selección, iniciará una vez se suscriba el acta de iniciación previa aprobación de las garantías establecidas en el contrato y el cumplimiento de la totalidad de los requisitos de legalización del contrato. El plazo terminará cuando se haya copado la capacidad de disposición de residuos sólidos incorporada a este proceso. En el evento en que no se otorgue la modificación a la Licencia actualmente vigente, la concesión terminará cuando se cope la capacidad del área actualmente licenciada. La capacidad de residuos sólidos que se usará para tal efecto, corresponde a la capacidad licenciada que encuentre el operador seleccionado a la fecha de inicio de sus labores y a la capacidad adicional que a través de una ampliación o modificación de la licencia ambiental actual logre el operador sobre los terrenos de propiedad de la UAESP, ya adquiridos a la fecha de suscripción del contrato para tal efecto por la UAESP, en desarrollo de lo planeado en el PMIRS vigente y acorde con el POT vigente. Este trámite deberá ser gestionado por el Concesionario a su cuenta y riesgo.*

La capacidad actualmente licenciada por la Corporación Autónoma Regional CAR corresponde a 8.400.964 m3 con corte a 31 de Octubre de 2009. La zona adicional a ser desarrollada corresponde a la Zona de Optimización Fase II, la cual en estimaciones preliminares de la UAESP a ser ajustadas por el operador a su cuenta y riesgo para todo lo relacionado con su oferta, corresponde a 10.192.674 m3.

La suma de las anteriores capacidades, en estimaciones de la UAESP permite una operación de once años. Este valor puede variar y no genera ninguna responsabilidad con cargo a la UAESP.

Sobre la fecha de iniciación del plazo no existe discrepancia alguna, en la

medida en que se tiene un acta de inicio suscrita por las partes de fecha 16 de diciembre de 2010, que delimita sin dificultad ese extremo temporal. Advierte el Tribunal que la redacción de estos primeros renglones de la cláusula, hace referencia a *"el presente proceso de selección"* lo que denota la identificación de sus términos y determinaciones con el proceso mismo de la Licitación Pública.

Seguidamente la cláusula indica el tiempo en que se termina la concesión, sin señalar al efecto una fecha cierta y determinada, sino un hecho cierto que hará determinable tal momento. Se dispuso así que *"El plazo terminará cuando se haya copado la capacidad de disposición de residuos sólidos incorporada a este proceso."* Por la misma coincidencia que ha tenido la redacción del texto de la cláusula con el del pliego de Condiciones, debe entenderse que el proceso al que se refiere incorporada la capacidad, es al proceso de selección -licitación pública- que ha sido mencionado antes. Esta primera referencia ya establece una conexión relevante con lo definido sobre la capacidad en la etapa precontractual, como se verá adelante.

A continuación, la cláusula dispone que *"En el evento en que no se otorgue la modificación a la Licencia actualmente vigente, la concesión terminará cuando se cope la capacidad del área actualmente licenciada"*, lo que da cuenta de un primer momento en el que podría finalizar el contrato en caso de que no se otorgue un licenciamiento adicional al existente en ese entonces.

Esta última cuestión, de manera literal se explica seguidamente en la cláusula a efectos de entender ciertamente cuál es la capacidad incorporada al proceso y objeto del licenciamiento. En este orden, la

cláusula desagrega la capacidad incorporada al proceso en dos partes: **i)** la capacidad que el operador encuentre licenciada al momento de iniciar el contrato y **ii)** la capacidad adicional que a través de una ampliación o modificación de la licencia ambiental logre el operador sobre los terrenos de propiedad de la UAESP, ya adquiridos a la fecha de suscripción del contrato para tal efecto por la UAESP, en desarrollo de lo planeado en el PMIRS vigente y acorde con el POT vigente.

Sobre la primera, no existen diferencias ni dificultad entre las partes para entender que se trató de los terrenos que en el momento del inicio de las actividades del contrato estaban licenciados para el funcionamiento del Relleno a través de la Resolución de la CAR 2133 de 2000 modificada por las Resoluciones CAR 2211 de 2008 y CAR 2791 de 2008, que corresponden a las denominadas *Zona VIII-Terraza 8* y *Zona de Optimización Fase I*. La real discrepancia en este punto surge de la definición de los terrenos que corresponden a la capacidad adicional de disposición de residuos sólidos, sobre la que puede obtenerse la licencia ambiental, cuyo agotamiento determina la finalización del Contrato.

El Tribunal considera de la mayor relevancia que el estudio del sentido de la cláusula del plazo sea abordado desde la anterior perspectiva, es decir, determinando la capacidad adicional de disposición de residuos sólidos que puede ser licenciada y que marcará la finalización de la concesión. Con esto, se logra trascender la discusión del número de veces que puede adelantarse el trámite de ampliación o modificación de la licencia ambiental derivado de si la palabra "una" -ampliación o modificación- se utiliza como un adjetivo o artículo indeterminado, como un pronombre indeterminado o como un numero cardinal femenino, que pueda denotar

singularidad o pluralidad. Reducir la discusión solo a la semántica de la palabra “una” menoscaba de manera notable el debate de fondo que merece un asunto tan relevante como la determinación del plazo de un contrato de concesión como el que origina la presente controversia.

Por lo anterior, al margen de que pueda establecerse que la capacidad de residuos sólidos a licenciar se tramite a través de una o varias licencias expedidas por la autoridad ambiental, lo procedente será establecer precisamente cuál resulta ser el sentido más razonable de lo que significa *capacidad de disposición de residuos sólidos incorporada al proceso*.

Los caminos de entendimiento que se han planteado en el presente litigio para determinar tal capacidad, están dados por dos tesis: **i)** la que sostiene que la capacidad incorporada al proceso está delimitada por la totalidad de los terrenos que se incorporan a la concesión representados en aquellos que fueron entregados al operador al inicio del Contrato; y **ii)** la que afirma que la capacidad está determinada por los terrenos que hacen parte de las Zonas de Optimización de las Fases I y II, ya que estas fueron las mencionadas en el Pliego de Condiciones y sirvieron como referencia para estructurar el proceso de licitación pública.

Para el Tribunal resulta absolutamente concluyente que sea la misma cláusula, seguidamente en su párrafo segundo, la que disponga de manera detallada cuáles son las capacidades al efecto de establecer el plazo del Contrato; es decir, si alguna duda surgiera de cuál es la capacidad adicional que debe tenerse en cuenta para dar certeza a la finalización, no puede más que recurrirse a las definiciones que la misma Cláusula Sexta contiene sobre ese tema.

De esta manera y con la pertinencia debida, en la misma disposición contractual, el párrafo segundo describe con detalle que la capacidad licenciada al momento en que se suscribió el contrato, corresponde a 8.400.964 m³, con corte a 31 de octubre de 2009 y además que la “zona adicional” a ser desarrollada corresponde a la “Zona de Optimización Fase II, la cual en estimaciones preliminares de la UAESP a ser ajustadas por el operador a su cuenta y riesgo para todo lo relacionado con su oferta, corresponde a 10.192.674m³.”

Se subraya también el lenguaje que se utiliza para la Zona de Optimización Fase II, pues se le califica como “zona adicional a ser desarrollada”; es decir, es la zona que se suma o se añade a la que estaba licenciada al momento de suscribirse el Contrato. Este lenguaje indica una clara delimitación de las zonas a desarrollar dentro de la concesión: una inicial (la que contaba con licencia) y una adicional (la zona de optimización Fase II), sin que, desde la misma literalidad de la cláusula del plazo, se deje abierta la posibilidad de integrar otras zonas para sumar o adicionar más capacidad de operación.

Por último, la cláusula analizada dispone que las sumas de las capacidades que se han descrito permiten una operación de *once años*, y que ese valor puede variar sin generar ninguna responsabilidad con cargo a la UAESP. Sobre este apartado resulta relevante evidenciar que, si bien no existe un plazo del contrato determinado y concreto, la cláusula estima una operación de once años, cálculo al que es necesario darle alguna significación contractual, pues no puede resultar irrelevante su inclusión precisamente en la estipulación sobre el plazo del Contrato.

Ciertamente, el Tribunal considera que la referencia de once años de operación no es para nada al azar, pues tiene como fundamento las proyecciones en tiempo de lo que tardarán en coparse unos terrenos específicos dispuestos para los residuos sólidos. Este tiempo está asociado directamente con la capacidad establecida a través del cálculo del volumen de residuos que las zonas o terrenos incorporados al proceso pueden almacenar en metros cúbicos: 8.400.964m³ y adicionalmente 10.192.674m³. En otras palabras, el término de los once años es estimado y puede variar, no porque dependa de que se cope la capacidad de otras zonas que la cláusula no menciona, sino por la forma en que se dispongan los residuos en la operación misma del Relleno, cuestión que el Concesionario asumió con los riesgos propios que una estimación conlleva.

Por último, es menester hacer referencia a la mención que trae el texto analizado, sobre la necesidad de que la planeación de la capacidad a licenciar se soporte en las normas del POT y el PMIRS vigentes. En efecto, se dispone que la capacidad adicional a licenciar será *"sobre los terrenos de propiedad de la UAESP, ya adquiridos a la fecha de suscripción del contrato para tal efecto por la UAESP, en desarrollo de lo planeado en el PMIRS vigente y acorde con el POT vigente. Este trámite deberá ser gestionado por el Concesionario a su cuenta y riesgo."*.

Conforme a lo anterior, el Contrato de Concesión 344 de 2010, incluye en sus fundamentos el Decreto Distrital 190 de 2004, que contiene el POT vigente al momento de desarrollarse el proceso y suscribirse el contrato. Las consideraciones 1 a 4 del Contrato, referencian los artículos 146, 425 y 213 del POT, que disponen sobre los terrenos del Relleno Sanitario Doña Juana lo siguiente:

ARTÍCULO 146. SUELO DE PROTECCIÓN. Es una categoría de suelo construido por las zonas y áreas de terrenos localizados dentro de cualquiera de las anteriores clases, que por sus características geográficas, paisajísticas o ambientales, o por formar parte de la zona de utilidad pública para la ubicación de infraestructuras para la provisión de servicios públicos domiciliarios o de las áreas de amenazas y riesgos no mitigables para la localización de asentamientos humanos, tiene restringida la posibilidad urbanizarse. Corresponden a esta categoría las siguientes áreas:
(...)

4. Las 130 hectáreas para la expansión del actual relleno sanitario de doña Juana."

"Artículo 425. Zonas reservadas para el manejo y disposición final de residuos sólidos. Las zonas reservadas para el manejo y disposición final de residuos sólidos son las porciones del suelo rural localizadas como aparece en el plano número 16, denominado saneamiento básico, con una extensión de 500 hectáreas, las cuales se reservan para estudiar su posible adecuación futura como ampliación del relleno sanitario doña Juana, de conformidad con los resultados del plan maestro para el manejo integral de los residuos sólidos, que adelanta la administración distrital. Para estos efectos su uso será el correspondiente al área de actividad dotacional, definida en el componente urbano del presente plan.

PARÁGRAFO 1. Las decisiones sobre la utilización y manejo de estas áreas se sujetarán a los resultados del plan maestro para el manejo integral de residuos sólidos, a las disposiciones que sobre el particular se establecen en el presente plan y a las exigencias que defina la autoridad ambiental de conformidad con la legislación vigente.

ARTÍCULO 213. OBJETIVOS DE INTERVENCIÓN EN EL SISTEMA. (...)

2. Con base en los resultados del plan maestro para el manejo integral de residuos sólidos de Santa Fe de Bogotá PMIRS definir la localización de zonas para la ubicación de sitios de transferencia, acopio, separación, tratamiento y disposición final de residuos sólidos dentro del perímetro del distrito como complemento

indispensable para el actual Relleno Sanitario Doña Juana y como garantía para la disposición de residuos más allá de la vigencia del plan de ordenamiento territorial.

Adicionalmente, es pertinente a la discusión el artículo 214 del mismo Decreto:

ARTÍCULO 214. SUELO PARA LA UBICACIÓN DE ÁREAS PARA EL TRATAMIENTO Y DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS. *Se asigna el uso dotacional servicios urbanos básicos a los predios requeridos para la disposición de residuos. Estos predios aparecen geo referenciados en los planos número 28 y 29 denominados Clasificación del suelo: Distrito Capital y clasificación del suelo, los cuales hacen parte integral del presente plan.*

El área aproximada de la ampliación del Relleno Sanitario Doña Juana es de 300 hectáreas alrededor del mismo para su adecuación futura y para la construcción de la infraestructura necesaria. De este total, la zona A corresponde al área de amortiguamiento ambiental y la zona B corresponde a las áreas adicionales para la disposición final y el tratamiento. (Subrayado fuera de texto)

De las anteriores disposiciones se puede concluir que el POT vigente al momento de la celebración del contrato: **i)** reservó 500 hectáreas para el manejo y disposición final de residuos sólidos en el Relleno Sanitario Doña Juana y dicha reserva se hizo con el fin de **estudiar su posible adecuación futura** como ampliación de relleno de conformidad con el PMIRS; **ii)** Asignó un uso dotacional servicios urbanos básicos⁴¹⁹ a un área aproximada de 300 hectáreas para la ampliación del Relleno Sanitario Doña Juana; de esas 300 hectáreas, solamente una parte denominada Zona B, se destina a áreas adicionales tanto para disposición final, como para tratamiento y construcción de infraestructura y **iii)** el suelo de protección, es decir, el suelo

⁴¹⁹ **Decreto 190 de 2004. Artículo 343. Área de Actividad Dotacional.** Es la que designa un suelo como lugar para la localización de los servicios necesarios para la vida urbana y para garantizar el recreo y esparcimiento de la población, independientemente de su carácter público o privado.

en el que se limita el urbanismo, definido como tal para la expansión del relleno, corresponde a 130 hectáreas.

Al punto de la discusión que hoy se resuelve, al Tribunal le resulta evidente que el POT vigente al momento de la celebración del Contrato de Concesión, no habilitaba a la totalidad de los terrenos del Relleno Sanitario Doña Juana para efectos de la disposición final de residuos. Por el contrario, delimitaba los terrenos de futuras expansiones a muchas menos hectáreas de las entregadas físicamente al Concesionario, sometiendo el establecimiento exacto de las zonas de disposición final al PMIRS, elaborado por el Distrito.

Sobre el PMIRS vigente a la fecha de suscripción del contrato, contenido en el Decreto Distrital 312 de 2006, se tiene que su fundamento específico para todos los efectos de la ampliación del RSDJ fue el artículo 214 del Decreto 190 de 2004 ya transcrito, es decir, la asignación del uso dotacional a 300 hectáreas para la expansión del Relleno, que se recuerda, se repartieron a su vez en dos zonas: la A de amortiguamiento ambiental⁴²⁰ y la B de operación del relleno, esta última incluye la disposición final de residuos, las actividades de tratamiento y la construcción de la infraestructura necesaria para ello. Bajo esta delimitación, el PMIRS fija un horizonte de ejecución de sus mandatos que debía además obligatoriamente coincidir con el POT de Bogotá y que se marcaron en el tiempo de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 6. HORIZONTE Y PERÍODOS DE EJECUCIÓN. Este Plan Maestro tiene para su aplicación los mismos periodos del Plan de

⁴²⁰ De la definición misma de Zona de Amortiguamiento Ambiental, se deduce que no constituye un área que pueda ser utilizada para la expansión del relleno, en particular para la disposición final de residuos sólidos. De acuerdo con el artículo 425 del Decreto 190 de 2004 esta es una zona de aislamiento donde se busca distanciar la disposición final de los residuos de las comunidades aledañas del relleno y mitigar el impacto ambiental.

Ordenamiento Territorial de Bogotá y organiza los programas y proyectos así:

Corto Plazo: entre 2006 y 2008.

Mediano plazo: entre 2009 y 2014.

Largo plazo: entre 2015 y 2019."

En consecuencia, sobre la expansión del relleno y atendiendo el horizonte de ejecución, el artículo 120 del PIMRS, fijó las siguientes metas:

"A corto y mediano plazo:

1.5. De disposición final de residuos. *Ampliar la vida útil del relleno sanitario Doña Juana por 7 años más a partir de 2008."*

"A largo plazo:

1.22. De disposición final: *Contar con un relleno regional partir de 2016 o cuando la vida útil del relleno sanitario Doña Juana llegue a su fin."*

En síntesis, para el Tribunal es concluyente que un razonable entendimiento de la cláusula del plazo del Contrato de Concesión, fundado en las normas del POT y el PMIRS vigentes al momento de la celebración del Contrato, no puede darse sobre una operación del Relleno en una extensión que implique la totalidad del terreno entregado al concesionario -594,9 hectáreas⁴²¹-, con una duración que pueda proyectarse más allá del horizonte razonable del mediano y largo plazo trazado en su momento por el PMIRS.

El anterior supuesto además, revelaría que al momento de estructurarse la Licitación Pública No. 001 de 2010 y posteriormente al suscribirse el Contrato, era imposible tener certeza de cuáles zonas o áreas del terreno comprendido por las 594,9 hectáreas entregadas al operador, pudieran ser

⁴²¹ Según consta en el Acta de Entrega y Recibo suscrita por las partes el día 13 de octubre de 2010 y Enel Anexo 25 Acta de entrega de Planos AS Built de fecha. 04/10/10

útiles y viables para la disposición de residuos, y bajo qué condiciones especiales y particulares se debería realizar tal operación, situación que envuelve un grado de incertidumbre tal, que haría nugatorio cualquier ejercicio de planeación contractual a cargo de la UAESP.

En otras palabras, una interpretación a través de la cual se afirme que el área del terreno de 594,9 hectáreas es la procedente para determinar “*la capacidad de disposición de residuos sólidos incorporada al proceso*”, tornaría a la cláusula Sexta del Contrato en violatoria del principio de planeación con las consecuencias jurídicas que de ello se derivarían, inclusive generando que la cláusula no se pudiese hacer efectiva o no pudiese producir ningún efecto jurídico, lo que la dejaría en el plano de la ineficacia.

En consecuencia y desde el texto mismo de la cláusula, el Tribunal descarta la razonabilidad de la primera tesis expuesta, que considera que la capacidad de disposición de residuos sólidos incorporada al proceso está dada en función de las 594,9 hectáreas que hacen parte del RSDJ que fueron entregadas al concesionario; y da prevalencia a la interpretación que se desprende del contenido literal de la misma.

Pese a la claridad que ofrece el análisis ya realizado, el Tribunal procederá enseguida a contrastar la Cláusula Sexta con otras estipulaciones del Contrato, con el fin de descartar cualquier tipo de incoherencia extrínseca de este entendimiento.

11.4.4 LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA SEXTA EN EL CONTEXTO DE LAS DEMÁS CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 344 DE 2010

El ejercicio sistemático propuesto resulta necesario en la medida en que, como lo enseña doctrina autorizada, *“la intención de las partes, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiéndose encontrar en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye.”*⁴²² Este tipo de interpretación tiene su fundamento normativo en el artículo 1622 del Código Civil, que establece:

Artículo 1622. Interpretaciones sistemáticas, por comparación y por aplicación práctica. *Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.*

Se estudiará así la cláusula sexta en armonía con aquellas otras cláusulas que tienen relación estrecha o cuyo contenido es consecuencia lógica de un determinado entendimiento del plazo del contrato, lo que permitirá hallar esa *indivisible* intención de las partes.

En primer lugar, y en lo que tiene que ver con el objeto del contrato, uno de los argumentos principales de CGRDJ es que el objeto consignado en la Cláusula Primera, no limita la operación del relleno a una determinada zona, pues, al contrario, lo que se estableció allí fue la operación integral de todo el relleno. La cláusula es del siguiente tenor:

CLÁUSULA PRIMERA – OBJETO DEL CONTRATO: *Por el presente contrato **EL CONCESIONARIO** asume por su cuenta y riesgo, mediante la modalidad de concesión, la Administración,*

⁴²² DIEZ-PICAZO, Luis. Sistema de Derecho Civil. Tomo II. Editorial Tecnos. 1988. Pág.88

Operación y Mantenimiento Integral del Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C. — Colombia, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento del lixiviados, con alternativas de aprovechamiento de los residuos que ingresen al RSDJ, provenientes del servicio ordinario de aseo.

La primera precisión que hace el Tribunal es que la sistematicidad se predica de todas las cláusulas del contrato, por lo que en particular la que contiene el objeto de la convención, no debe ser entendida de manera aislada, con auto referencia a su propio texto, sino a través de las demás obligaciones y derechos y en general, de las demás estipulaciones del contrato y de los documentos que hagan parte de él. El Consejo de Estado recientemente ha recordado esta regla de la siguiente manera:

“Así las cosas, con el propósito anunciado la Sala parte de precisar que, según lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, sin perjuicio de que en el Código Civil no se hubiera incorporado una definición acerca del objeto de un contrato, por tal debe entenderse lo estipulado, no solo en la cláusula que por regla general suele llevar su nombre, sino en todos aquellos acuerdos de contenido obligacional que lo integran, las prestaciones de dar, hacer y no hacer a cuyo cumplimiento recíprocamente se obligan los extremos del negocio, indistintamente de que estén contenidas en la previsión identificada bajo el título “OBJETO” o en otra de diferente denominación.

En ese orden de idea, esta Subsección ha señalado lo siguiente [transcripción literal]:

“Así para establecer el objeto de un contrato e identificarlo no basta con remitirse a la lectura de la cláusula que dice contenerlo, por manera que es indispensable estudiar la totalidad del texto contractual en su integridad, al tiempo que debe extenderse su análisis a todos los demás documentos que tienen la virtualidad de incorporarse al mismo, que en materia de contratación estatal

serán tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia, adendas, documentos modificatorios o aclaratorios, entre otros; con todo, esto último constituye un aspecto que más adelante será abordado con mayor detenimiento.

Ello se refuerza aún más si se tiene en cuenta que en materia de contratación estatal resultan de plena aplicación las reglas de interpretación de los contratos recogidas en el Código Civil, cuyos dictados establecen que “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad” [...].”⁴²³ (subrayado fuera de texto)

Así, frente al objeto del Contrato, si bien se señala que le corresponde al concesionario la Administración, Operación y Mantenimiento Integral del Relleno, sin limitar tales acciones a alguna zona o terreno específico, el Tribunal considera que ello no puede entenderse como una autorización general para que el concesionario opere el Relleno hasta expandir la capacidad de disposición de residuos sólidos a todos los terrenos que le fueron entregados y que eran de propiedad de la UAESP al momento de suscribir el contrato, que valga recordar, ascienden a 594,9 hectáreas. Lo anterior, al menos por las siguientes razones:

Los verbos rectores que utiliza la redacción del objeto del Contrato, indican que las acciones del Concesionario además de la *operación*⁴²⁴ del relleno, son las de *administración*⁴²⁵ y *mantenimiento*⁴²⁶. Lo anterior implica que existen diversas actividades que no son la operación misma del relleno, es

⁴²³ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 21 de noviembre de 2022. Radicación: 25000-23-36-000-2018-01193-01, expediente 68.616, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico Bogotá D.C.

⁴²⁴ Operar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española -RAE-, significa en su acepción de dicho de una cosa: Producir el efecto para el cual se destina. En este caso, la operación del relleno sanitario implica la ejecución de las actividades propias de la disposición de los residuos.

⁴²⁵ Administrar, según la tercera acepción definida por la RAE, es ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes.

⁴²⁶ Mantenimiento según la segunda acepción de la RAE, es el conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones, edificios, industrias, etc., puedan seguir funcionando adecuadamente.

decir, que no son directamente las de realizar la disposición de los residuos, pero que tienen que ver con cuestiones adicionales, complementarias o necesarias al efecto. Estas actividades son obligaciones del concesionario adquiridas a partir del contrato -como por ejemplo la poda de césped o el mantener aseado todo el terreno,⁴²⁷ o la vigilancia y seguridad de toda la infraestructura⁴²⁸- y el realizarlas sobre la totalidad de los terrenos del denominado RSDJ -las 594,9 hectáreas- no convierte ni puede convertir a dichos terrenos, automáticamente, en zonas utilizables o aptas para la disposición de residuos.

Como fue explicado con anterioridad, la habilitación de una determinada área para que se proyecte como zona de disposición de residuos, no está garantizada para toda la extensión de los terrenos que conforman el relleno, sino que debe obedecer a estudios técnicos de factibilidad realizados atendiendo las disposiciones del POT y el PMIRS y al licenciamiento por parte de la autoridad ambiental.

Dentro de toda la extensión de los terrenos que hacen parte del relleno,

⁴²⁷ Estas obligaciones están definidas en los numerales 13 y 14 de la Cláusula Tercera del Contrato. Obligaciones Específicas. Así:

"SOBRE LA OPERACIÓN DEL RSDJ

13. Realizar las actividades de poda y corte de césped de la totalidad de los predios que conforman el RSDJ, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento Técnico del RSDJ (Apéndice 3). Cuando esta actividad corresponda a postclausura, aplicarán las previsiones contenidas en el numeral 12 de la Cláusula Segunda.

14. Mantener el aseo en la totalidad el predio, en las instalaciones a su cargo y en aquellas no asignadas a otro concesionario."

⁴²⁸ Esta obligación está consignada en el numeral 16 de la Cláusula Segunda así: "16. Garantizar la seguridad y vigilancia permanente de toda la infraestructura, obras, instalaciones y predios del RSDJ no asignados a otro concesionario, incluyendo aquellos que sean adquiridos por la UAESP durante la vigencia del contrato." El Contrato C-244 de 2010 obra en el expediente/ Pruebas/ 2. Contestación principal PRUEBAS 2 CD fl260/ Anexos a la contestación de la demanda 2019-119557/ 2. Directorio Laudo Arbitral 2015-3958 CGR Doña Juana vs UAESP/2. Contractual C-244 de 2010/
https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpvpr/AAAHs2eosfu5TeeSeNJDuysba/Pruebas/1.%20Exp%20f%C3%ADsi%20co/2.%20Contestaci%C3%B3n%20principal%20PRUEBAS%202%20CD%20fl260/Anexos%20a%20al%20contestaci%C3%B3n%20de%20la%20demanda%202019-119557/1.%20Directorio%20Licitaci%C3%B3n%200001%20de%202010%20y%20Contrato%20344%20de%202010/2%20Contractual%20344%20de%202010?dl=0&preview=1+Contrato+de+concesi%C3%B3n+C-344-2010+CGR+DO%C3%91A+JUANA+S+A++E+S+P.pdf&subfolder_nav_tracking=1

existen áreas diferentes a las que pueden ser utilizadas para la disposición de residuos, como por ejemplo, aquellas ocupadas para las vías e infraestructura necesaria para el funcionamiento del relleno, las destinadas al funcionamiento de las plantas de tratamiento de lixiviados y de biogás, las zonas de amortiguamiento ambiental, las zonas en las que están ubicados los pondajes, la zona de aprovechamiento de residuos, entre otras. No resulta razonable entender que todas esas zonas hacen parte de la concesión con el propósito de ser utilizadas para la disposición de residuos sólidos.

El cumplimiento del objeto contractual además, se debe concretar ajustado a las obligaciones generales y específicas que están reguladas en las cláusulas Segunda y Tercera del Contrato, por lo que la Operación, Administración y Mantenimiento integral del Relleno, deben realizarse conforme los parámetros jurídicos, técnicos y financieros contenidos en el Pliego de Condiciones y sus anexos, tal como lo establece el numeral 1 de las obligaciones generales contenidas en la Cláusula Segunda del Contrato:

CLÁUSULA SEGUNDA – OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO: *Además de las obligaciones que de manera general establece el Artículo 5° de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, EL CONCESIONARIO deberá cumplir las siguientes obligaciones generales: 1. Realizar con autonomía técnica, administrativa, económica y financiera la Administración, Operación y Mantenimiento Integral del Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C. – Colombia, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, con alternativas de aprovechamiento de los residuos que ingresen al RSDJ, provenientes del servicio ordinario de aseo; todo lo anterior, de conformidad con los parámetros jurídicos, técnicos y financieros contenidos en el pliego de condiciones y sus anexos técnicos, sin perjuicios de sus obligación de coordinar, actividades*

con los concesionarios de recolección, transporte, barrido y limpieza y con el concesionario de biogás y cualquier otro que se presente. (Subrayas fuera de texto)

Así las cosas y para el punto del que se ocupa ahora el Tribunal, el correcto entendimiento del objeto del Contrato, es decir, la Administración, Operación y Mantenimiento Integral del Relleno Sanitario Doña Juana, es que se debe desplegar sobre todos los terrenos entregados por la UAESP, hasta cuando se cope la capacidad de disposición de residuos sólidos determinada de acuerdo con los criterios técnicos y normativos vigentes en ese momento, con el Pliego de Condiciones y el Contrato; capacidad que está asociada con las denominadas Zonas de Optimización de las Fases I y II, como ya quedó expuesto.

Otro de los argumentos que con más énfasis fue utilizado por CGRDJ para fundamentar su pretensión sobre el plazo del Contrato, tiene que ver con el grupo de estipulaciones contractuales que hacen referencia a la obligación de tramitar las licencias o modificaciones de la licencia ante la autoridad ambiental. Principalmente, el argumento va dirigido a que la construcción gramatical de esas obligaciones se hizo en plural y no en singular, por lo que concluye que es posible el trámite de más de una licencia al efecto, en el marco del Contrato.⁴²⁹

En específico, se citan las obligaciones generales de los numerales 5 y 6 de la Cláusula Segunda del Contrato y de los numerales 1, 2, 4 y 17 de la

⁴²⁹ Se lee en los Alegatos de Conclusión presentado por CGRDJ. Que "Tal como se ve en las citas anteriores, en el Contrato 344 de 2010 se señaló que CGR Doña Juana debe obtener las "adiciones" o "modificaciones" de la licencia ambiental. Se determinó en forma plural y por ninguna parte aparece la restricción de "una única modificación" a la licencia ambiental, como lo pretende argüir ahora la UAESP" Página 268. Los alegatos de conclusión se encuentran incorporados al expediente en la siguiente ruta: 290. Alegatos Convocante/Alegatos Convocante.zip / Versión PDF/

Cláusula Tercera sobre obligaciones específicas en materia de Autorizaciones, Licencias, Permisos y otros Aspectos:

"CLÁUSULA SEGUNDA - OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO: Además de las obligaciones que de manera general establece el Artículo 5° de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, EL CONCESIONARIO deberá cumplir las siguientes obligaciones generales: (...)

5. Cumplir con todas las obligaciones previstas en la Licencia Ambiental Resolución de la CAR 2133 de 2000, todas sus modificaciones, adiciones, complementaciones o sustituciones y aquellas que en adelante profiera la Autoridad Ambiental competente. Además, deberá acatar lo dispuesto en las normas ambientales vigentes, y las que las reformen, adicionen, complementen, modifiquen o sustituyan. Así como todos los actos administrativos proferidos por la CAR o la autoridad ambiental competente, que contemplen obligaciones ambientales inherentes a cualquiera de los componentes del RSDJ.

"6. Adelantar, bajo su propio riesgo y exclusiva responsabilidad, dentro del primer año de ejecución del presente contrato, contado a partir de la suscripción del acta de inicio, el trámite requerido ante la autoridad ambiental, para obtener el licenciamiento de aquellos terrenos del RSDJ que son de propiedad de la UAESP a la fecha de suscripción del contrato, y que no se encuentren autorizados para la disposición final. Este trámite corresponde a la ampliación o modificación de la Resolución CAR 2133 de 2000, la cual ha sido modificada, entre otros actos administrativos, mediante la Resolución CAR 2211 de 2008. En el evento en que la autoridad ambiental no le otorgue al CONCESIONARIO la licencia ambiental requerida para este propósito, el presente contrato de concesión finalizará de conformidad con su cláusula sexta, cuando se cope la capacidad de disposición de residuos sólidos legalmente licenciada."

CLÁUSULAS TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS. Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, **EL**

CONCESIONARIO deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas.

EN MATERIA DE AUTORIZACIONES, LICENCIAS, PERMISOS Y OTROS ASPECTOS AMBIENTALES

1. Aceptar la cesión de la licencia ambiental del RSDJ, de las resoluciones 3359 de 1990 y 166 de 2008 y demás actos administrativos cuya titularidad es de la UAESP y/o del Distrito Capital y realizar los trámites ante las Autoridades Ambientales para obtener la licencia o sus modificaciones, los planes de manejo ambiental y permisos requeridos para la construcción y operación de las distintas etapas de la operación integral del RSDJ y de sus instalaciones, incluido el sistema integral de tratamientos del lixiviados. Con este fin la UAESP redactará el documento de cesión y lo tramitará ante la autoridad ambiental; asimismo aportará la información, estudios y documentos que se encuentren disponibles.

2. **EL CONCESIONARIO** debe entregar a la UAESP y a la CAR todos los estudios, diseños y toda la información necesaria, para adelantar los trámites que se requieran con el fin de obtener la modificación de la licencia ambiental, o una nueva si así lo exige la Autoridad Ambiental, para la operación de la fase II de la zona de Optimización del RSDJ y de las zonas que se considere necesarias para garantizar la prestación del servicio, así como también para continuar con la disposición final de lodos derivados del sistema de tratamiento de lixiviados y de los residuos del tratamiento de los residuos hospitalarios atendidos dentro del servicio especial de aseo.

"4. Obtener a su costa las licencias, autorizaciones y permisos, y las modificaciones, adiciones, complementaciones o sustituciones de éstos que fueren necesarias para el cumplimiento de sus labores en concordancia con las normas pertinentes y lo señalado en el Plan de Ordenamiento Territorial – POT, para el desarrollo de las infraestructuras requeridas."

"17. Cumplir plenamente durante todo el periodo de ejecución del Contrato y bajo su entera responsabilidad, los requerimientos de la Autoridad Ambiental competente.

(...)

Como quiera que corresponde a la Autoridad Ambiental decidir si debe obtenerse una modificación de la Licencia Ambiental vigente o tramitarse una nueva Licencia ambiental, **EL CONCESIONARIO** deberá adelantar los trámites requeridos con la anticipación suficiente para lo cual contará con la colaboración de la UAESP. Esta colaboración consiste en la entrega de la información y documentación disponible en la UAESP, soporte de los trámites adelantados.

En todo caso, **EL CONCESIONARIO**, deberá adelantar, bajo su propio riesgo y exclusiva responsabilidad, dentro del primer año de ejecución del presente contrato, contado a partir de las suscripción del acta de inicio, el trámite requerido ante la autoridad ambiental, para obtener el licenciamiento de aquellos terrenos del RSDJ que son propiedad de la UAESP disposición final. Este trámite corresponde a la ampliación o modificación de la Resolución CAR 2133 de 2000, la cual ha sido modificada, entre otros actos administrativos, mediante la Resolución CAR 2211 de 2008. En el evento en que la autoridad ambiental no le otorgue al **CONCESIONARIO** la licencia ambiental requerida para este propósito, el presente contrato de concesión finalizará de conformidad con la cláusula sexta, cuando se cope la capacidad de deposición de residuos sólidos legalmente licenciada, sin que se genere ningún tipo de derecho a reclamación o indemnización por parte del CONCESIONARIO, en razón a que este es un riesgo previsible, que le fue asignado en la audiencia de riesgos como consta en el acta respectiva."

Al respecto de este grupo de disposiciones contractuales, si bien se entiende que el Contrato posibilita adelantar trámites de licencias y permisos ante la autoridad ambiental varias veces -no solo una-; el Tribunal también entiende que estas disposiciones contractuales se refieren a la obligación del Concesionario de realizar cualquier trámite ante la autoridad ambiental, incluido por supuesto el licenciamiento para la operación del Relleno en la Zona de Optimización Fase II, conforme estaba previsto en el Contrato, pero también, cualquier otro licenciamiento o permiso adicional que en razón a

alguna contingencia o vicisitud particular ocurrida, deba adelantarse para garantizar la operación y el servicio mismo; o para el desarrollo de las infraestructuras requeridas; o cualquier otro permiso de carácter ambiental como los permisos de vertimientos. Ello justifica precisamente el uso del plural.

Para el Tribunal resulta también claro, que el trámite específico relacionado con el licenciamiento de la Zona de Optimización Fase II definida en el Contrato, debió adelantarse ante la autoridad ambiental en las condiciones pactadas, siendo esa autoridad la que definiera si se concretaba a través de una modificación a la licencia que existía en su momento o de la expedición de una nueva, o si la expedía en un acto administrativo o en varios, etc. Ello precisamente porque la obligación de obtener el licenciamiento a efectos de ampliar el plazo del contrato, se debía hacer por el Concesionario dentro del primer año de ejecución del mismo y sobre la zona incorporada al proceso de contratación, a juicio del Tribunal, sin importar el número de veces que tuviera que iniciar o complementar el trámite.

Este entendimiento se desprende de lo pactado en la obligación general del numeral 6 de la Cláusula Segunda y de la Obligación específica del numeral 17 en materia de Autorizaciones, Licencias, Permisos y otros aspectos ambientales de la Cláusula Tercera, ya transcritas.

Con respecto a este límite temporal establecido contractualmente para iniciar los trámites ante la autoridad ambiental con el fin de obtener el licenciamiento de la capacidad de disposición de residuos sólidos incorporada al proceso, el pliego de condiciones también previó de la

misma manera esta condición, consignándola en el título **1.5 Alcance del objeto del contrato**, numeral 15 así:

1.5 ALCANCE DEL OBJETO DEL CONTRATO

Formarán parte de la concesión que se adjudique, los residuos sólidos urbanos generados en el distrito capital -sic- y los provenientes de terceros señalados por la UAESP. La administración, operación y mantenimiento del RSDJ implica para el adjudicatario de la presente licitación, entre otras obligaciones, las siguientes:

(...)

15. Adelantar, bajo su propio riesgo y exclusiva responsabilidad, la elaboración de los estudios y diseños requeridos para el trámite ante la autoridad ambiental, para obtener el licenciamiento de aquellos terrenos del RSDJ que no se encuentran autorizados para la disposición final. Éste trámite corresponde a la modificación de la CAR 2133 de 2000 modificada por la Resolución 2211 de 2008, entre otras. Este trámite deberá iniciarse dentro del primer año de ejecución del contrato objeto del presente proceso, contado a partir de la suscripción del acta de inicio. (subrayado fuera de texto)

El Tribunal resalta que el límite temporal que el Contrato establece a efectos de iniciar el trámite ante la autoridad ambiental, coincide con el entendimiento que se ha expuesto sobre la delimitación de los terrenos que conforman la capacidad de disposición de residuos sólidos incorporada al proceso. Lo anterior, por cuanto se podía razonablemente disponer de la información en el tiempo establecido (un año) para iniciar el trámite, debido a que esa era la única zona que la UAESP referenció que contaba estudios de factibilidad al efecto.

Ahora bien, si en gracia de discusión se tomara en consideración el argumento de la Convocante de que es posible realizar el licenciamiento

para la disposición final de residuos, sobre la totalidad de los terrenos entregados por la UAESP al Concesionario, ello debería haberse realizado teniendo en cuenta las condiciones y limitaciones que el Contrato estableció al efecto, es decir, dentro del primer año de ejecución contractual.

En esta última hipótesis, se generaría además una serie de posibilidades que el Tribunal no encuentra respaldadas en el Contrato, como el mismo límite temporal o al menos las condiciones temporales que debían tenerse en cuenta para iniciar las solicitudes posteriores ante la autoridad ambiental de licenciamiento de los demás terrenos. Además, se daría por sentado que cualquier área diferente a las denominadas Zonas de Optimización Fase I y Fase II, tuviese la aptitud para ser destinada para la disposición de residuos sólidos, sin que esa situación se corresponda con una regulación concreta dentro de las obligaciones generales y/o específicas del contrato y mucho menos con las disposiciones del POT y el PMIRS.

En este sentido, el Tribunal llama la atención sobre la estructuración de las numerosas obligaciones específicas estipuladas en la Cláusula Tercera, que agrupa las obligaciones del Concesionario por temáticas que tienen que ver con el desarrollo integral del Contrato y con las diferentes zonas en las que debe desplegar sus actuaciones, sin que exista referencia alguna a diseños, delimitaciones, obras requeridas, actualización de planes de inversión, de mantenimiento, etc., de zonas adicionales a las denominadas de Optimización Fase I y Fase II. Las temáticas desarrolladas en la Cláusula Tercera son las siguientes:

- Sobre la Operación del RSDJ

- Sobre las Zonas Clausuradas en el RSDJ
- Sobre la Zona VI de emergencia del RSDJ
- Sobre la Zona VIII
- En la Zona de Optimización Fases I y II
- Sobre la ejecución de las obras
- Sobre los Lixiviados
- En materia de Autorizaciones, Licencias, Permisos y Otros Aspectos Ambientales.

Para el Tribunal es relevante la ausencia absoluta de disposiciones contractuales relacionadas con todas las cuestiones que se desprenderían de entender que el horizonte, la duración de la Concesión, estuviere dado en función de la vida útil del universo de las 594,9 hectáreas que fueron entregadas al Concesionario. No es difícil establecer que la diferencia de perspectiva que se genera con una duración estimada de once años, calculada sobre la capacidad adicional de disposición de residuos sólidos en 41,5 hectáreas⁴³⁰ es notable y exigiría al menos unas bases claras dentro de la relación contractual que permitieran una ejecución normal y planeada, en un escenario que sería drásticamente diferente.

La convocante ha indicado que hoy existe una nueva solicitud de ampliación de la licencia ambiental en trámite, la cual proyecta una capacidad de disposición de residuos que se agotará en un periodo de 25

⁴³⁰ Según datos del peritaje técnico presentado por la Convocante, en respuesta a la pregunta número 14 sobre las medidas del área del polígono por la cual se obtuvo la modificación de la licencia ambiental para el proyecto fase II de Optimización de la Zona VII y VIII y que es apta para la operación con residuos. El peritaje técnico se encuentra en la siguiente ruta: Carpeta pruebas/ 183. Dictamen técnico/ 183.1 Dictamen técnico convocante parte I /https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&preview=183.1+dictamen+t%C3%A9cnico+convocante+Parte+1.pdf&subfolder_nav_tracking=1

años de operación y 15 de post-clausura, finalizando en el año 2055⁴³¹. Tal estimación resulta incongruente con la planeación que orientó la propuesta presentada por el Operador -y ciertamente por todos los oferentes- quien estructuró financiera y técnicamente su oferta en un horizonte que se corresponde con el plazo estimado de 11 años de duración de la concesión, como quedó explicado en el análisis que el Tribunal ya realizó de la oferta presentada por CGRDJ.

Estas nuevas estimaciones de tiempo, que se tratan de respaldar en el dictamen técnico aportado por CGR Doña Juana, (respuesta a las preguntas 4, 5 y 6 del informe) además de aparecer totalmente novedosas para el contrato, contemplan un licenciamiento ante la autoridad ambiental que el Tribunal no encuentra referenciado ni fundamentado en la cláusula sexta que exige que este sea “en desarrollo de lo planeado en el PMIRS vigente y acorde con el POT vigente” para la época de suscripción del contrato.

Resulta igualmente evidente que la Cláusula Tercera en el numeral 2 del capítulo “SOBRE LA EJECUCIÓN DE OBRAS” integra la obligación específica “2. Diseñar y construirlas (sic) las obras necesarias para garantizar siempre un tiempo de operación de seis meses, las obras deben corresponder al Plan de Obras e Inversiones descrito en la oferta, para lo cual presentará el cronograma de actividades a la UAESP. Los diseños detallados de estas obras e inversiones serán revisados y conceptuados por la UAESP, antes del inicio de su ejecución.” (subrayado fuera de texto). Este Plan de Obras e inversiones está descrito en los numerales 6.1 y 6.2 de la oferta presentada

⁴³¹ La información está contenida en las alegaciones de la convocante y en las consideraciones de la Resolución expedida por la CRA 843 de 2018.

por CGRDJ y como ya fue revisado por el Tribunal, corresponde a un único modelo económico y técnico presentado por el oferente en un horizonte de tiempo que abarca desde junio de 2010 hasta el año 2020, es decir, 10 años y seis meses.

Resalta el Tribunal, que dentro de las obligaciones a cargo del Concesionario no existe ninguna que esté relacionada con la presentación, sustentación o diseño, en alguna etapa de la ejecución contractual, de un plan de obras e inversiones adicional que recoja o prevea la adecuación y operación del relleno luego de que se cope la capacidad de la Zona de Optimización de la Fase II y tampoco, con la definición de nuevas variables, condiciones, requisitos y especificidades técnicas y económicas para la operación, en un escenario que se prolongue más allá de la vida útil de la Zona de Optimización de las Fases I y II.

Por todo lo anterior, también desde la perspectiva del análisis sistemático de las cláusulas del contrato, el Tribunal concluye que no existe fundamento para acoger la tesis interpretativa que define a la capacidad de disposición de residuos sólidos en relación con la totalidad de los terrenos entregados al Concesionario al inicio del Contrato.

Ahora bien, no ignora el Tribunal que esta tesis fue considerada posible por parte de la UAESP, en alguna oportunidad y al parecer en una etapa específica de la ejecución del Contrato, cuestión que se tiene como uno de los fundamentos de la pretensión de la Convocante. Por tanto, es necesario que el Tribunal examine cuál es el alcance del comportamiento de las partes en la ejecución del contrato y si por vía interpretativa de las partes, puede considerarse modificado el plazo del Contrato.

11.4.5 EL COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. LA POSIBILIDAD DE INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA DEL CONTRATO ESTATAL

Como está acreditado dentro del proceso, el 19 de diciembre del año 2018, la firma SUAREZ BELTRÁN S.A.S., emitió un concepto jurídico a la UAESP, a instancias de esa entidad, cuyo objetivo fue determinar “*el entendimiento del plazo de ejecución del Contrato de Concesión No. 344 de 2010, suscrito entre la UAESP y la SOCIEDAD CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. ESP-CGR DOÑA JUANA*”. En dicho concepto se concluye que el plazo del Contrato está determinado por la posibilidad de modificar cuantas veces sea necesario la licencia ambiental para incluir en la operación del relleno los terrenos que eran de propiedad de la UAESP al momento de la firma. El siguiente apartado sintetiza la conclusión al respecto:

“(...) en nuestro entender, el Contrato de Concesión 344 de 2010, suscrito entre la UAESP y CGR Doña Juana, además de comprender ciertos residuos sólidos y cierto margen de aprovechamiento, tiene como objeto (material) el Relleno Sanitario Doña Juana, entendido este como la extensión de terreno conformada por los predios de propiedad de la UAESP a la fecha de la suscripción del Contrato de Concesión. Por este motivo, no consideramos que el objeto (jurídico) se agote o circunscriba exclusivamente a la explotación de la zona denominada FASE II de optimización del relleno sanitario. A esta conclusión se arriba con facilidad si se le da una lectura completa y sistemática, tanto al texto del Contrato como de los correspondientes pliegos de condiciones, en atención tanto a las reglas de interpretación subjetiva o principales, como de las objetivas o subsidiarias. Así por extenderse el objeto del contrato más allá de lo que la referida Fase II, consideramos jurídicamente viable que el concesionario, en cumplimiento de sus obligaciones contenidas en la Cláusula segunda, tercera y sexta del Contrato

de Concesión, pueda solicitar ante la autoridad ambiental -CAR- la ampliación o modificación, total o parcial, de la Licencia Ambiental única para el Relleno Sanitario Doña Juana (Res CAR 2133 de 2000), o la expedición de una nueva licencia ambiental, con el fin de obtener el licenciamiento para disposición final de residuos sólidos de aquellos terrenos de propiedad de la UAESP, adquiridos previo a la suscripción del contrato, y que hacen parte del Relleno Sanitario Doña Juana".⁴³²

Así mismo, la Subdirección de Asunto Legales de la UAESP, manifestó acoger este concepto jurídico, a través del Memorando de fecha 25 de enero de 2019, enviado por esa dependencia a la Dirección General de la entidad.⁴³³ Y la Directora de la UAESP, a través de memorial del mismo 25 de enero de 2019, remite a CGRDJ, el concepto de la Subdirección de Asuntos Legales de la entidad en los siguientes términos:

"Respetado Doctor Bernal:

Atendiendo las diferentes reuniones sostenidas y la solicitud expresa por parte de la Sociedad Centro de Gerenciamiento Doña Juana S.A. E.S.P en relación con el Plazo del Contrato de Concesión No. 344 de 2010, Atentamente me permito remitirle el concepto de la Subdirección de Asuntos Legales de la entidad el cual fue acogido mediante Memorando No. 20196000011773 del 25 de enero de 2019, que se adjunta a la presente.

Esperamos haber resuelto su inquietud"⁴³⁴.

Posteriormente, las conclusiones del concepto emitido por la firma Suarez

⁴³² El concepto emitido por la firma Suarez Beltrán el día 19 de diciembre del año 2018 obra en el expediente, en la siguiente ruta: Pruebas /185.Doc adicionales exhibidos por Inte y UAESP.zip/Documentos exhibición para incorporar 2/Archivo 19218-3 Proyecto de concepto UAESP – Plazo ejecución C 344-10/https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAAYk6AyYWJ1GenxLQmM137ra/Pruebas?dl=0&file_subpath=%2FDocumentos+exhibici%C3%B3n+para+incorporar+2%2F19218-3+Proyecto+de+concepto+UAESP+-+Plazo+ejecuci%C3%B3n+C+344+-10.docx&preview=185.+Doc+adicionales+exhibidos+por+Inte+y+UAESP.zip

⁴³³ El memorando de fecha 25 de enero de 2019 obra en el expediente, en la siguiente ruta: Pruebas/ 4. Contestación de demanda de reconvenición.zip/ Pruebas – Contestación de demanda de reconvenición/

⁴³⁴ Ibíd.

Beltrán S.A.S. hicieron parte de dos considerandos del Otrosí número 4 del Contrato, firmado el 28 de marzo de 2019, así:

"Que la Cláusula Sexta del Contrato de Concesión No. 344 de 2010, en lo que respecta al plazo del contrato, estipuló textualmente lo siguiente: "... El plazo terminará cuando se haya copado la capacidad de disposición de residuos sólidos incorporada a este proceso..."

Que en lo que refiere al plazo del Contrato de Concesión, mediante Concepto con Radicado UAESP No. 20187000462242 de 2018, la firma Suarez Beltrán S.A.S. concluyó textualmente lo siguiente: "Con base en las consideraciones anteriores entendemos que el termino de duración del contrato está sujeta a un plazo indeterminado, pero determinable, que, de llegar a acaecer, implicaría la terminación del contrato, por ser, asimismo, un plazo extintivo. Este plazo no es otro que la capacidad de disposición de residuos sólidos del Relleno Sanitario Doña Juana, cuyo límite no puede exceder la altura de cota de 2.999 msnm. De igual manera, tal término de duración se podría extender, siempre y cuando el concesionario (CGR Doña Juana) adelante, en la oportunidad correspondiente ante la autoridad ambiental (CAR), la solicitud de modificación o ampliación de la Resolución CAR 2133 de 2000, en el sentido de la necesidad de disponer de terrenos del Relleno Sanitario Doña Juana que no se encuentren licenciados. Por su parte, la CAR, en atención a lo establecido en la resolución atrás descrita, podrá decidir si modifica total o parcialmente la licencia otorgada; asimismo, podrá decidir expedir una nueva, o podrá determinar que no concede autorización alguna. En los dos primeros eventos, el concesionario tendría derecho a continuar con la ejecución del contrato, en el marco de las condiciones establecidas por la autoridad ambiental; mientras que en el último caso, deberá sujetarse, a nuestro entender, al plazo indeterminado, tal y como fuera explicado renglones atrás."

Finalmente, en la parte resolutive del Otrosí No. 4, se dispuso el siguiente acuerdo:

"CLÁUSULA PRIMERA: *El concesionario CGR realizará el pago de la Interventoría del Contrato de Concesión No 344 de 2010, hasta por la suma mensual de DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CINCO MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS M/CTE (\$243.805.805,00) el cual se ajustará en los siguientes años conforme a la misma fórmula de actualización pactada en el contrato de interventoría. El valor restante a pagar por concepto de la interventoría se realizará con cargo a los recursos derivados de los descuentos pactados en el Contrato de Concesión No 344 de 2010 por los indicadores de calidad de responsabilidad del mismo Concesionario o en su defecto, se realizarán los pagos con cargo a los recursos del esquema general de aseo o la UAESP adoptará las medidas presupuestales pertinentes, para lo cual Interventor del Contrato deberá realizar un seguimiento con el fin que en los caso (sic) que sea requerido previamente a la realización de la actividad, notificará de tal circunstancia para efectos de suscribir un acta para el ajuste de la fuente de pago.*

PARÁGRAFO: El concesionario CGR realizará el pago del contrato de Interventoría a partir de la fecha de la provisión económica destinada para tal fin por parte de la UNIDAD y deberá asumir el pago de la interventoría hasta dos (2) meses posteriores a la terminación del contrato de concesión, para efectos de su liquidación."

Estos hechos hacen que CGRDJ alegue que *"[e]n un aspecto en el que el entendimiento de lo pactado por las partes resulta cardinal, lo dicho por la empresa contratada por la UAESP, por su subdirector de Asuntos Legales, por su misma Directora y lo estipulado en el Otrosí No.4 demuestra, de manera clara el entendimiento común de ambas partes y particularmente de la UAESP."*⁴³⁵. Acusa seguidamente a la UAESP de ir en contra de sus propios actos, por la posición que hoy asume, indicando que *"Pone en evidencia que cuando se le demanda, la UAESP, contrariando sus propios*

⁴³⁵ Alegatos de Conclusión presentados por CGRDJ. Página 281. Los alegatos de conclusión se encuentran incorporados al expediente en la siguiente ruta: 290. Alegatos Convocante/Alegatos Convocante.zip / Versión PDF/https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpvpr/AACR5497HmgoObCUzuN3TDnpa?dl=0&file_subpath=%2FVersi%C3%B3n+PDF&preview=Alegatos+convocante.zip

actos, se retracta"⁴³⁶.

Por su parte, la UAESP sobre este punto manifiesta principalmente que el concepto emitido por la firma de abogados Suárez Beltrán no es vinculante por su misma naturaleza, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 y que *"aunque haya sido referenciado en algún documento contractual, no hay que perder de vista que el asunto no es pacífico y que precisamente es el Tribunal el único capaz de emitir un juicio con fuerza vinculante y definitivo para las parte sobre la duración de la Concepción (sic)"*⁴³⁷

Planteado así este específico asunto, el Tribunal considera necesario determinar si el acogimiento del concepto por parte de la Subdirección de Asuntos Legales de la UAESP y la incorporación de éste en un considerando de una modificación contractual, constituyen una interpretación o una modificación del Contrato y si ello resulta posible jurídicamente dentro del marco normativo de la contratación estatal.

El análisis propuesto requiere partir de las conclusiones sobre la voluntad de las partes en la etapa previa a la celebración del contrato y de las disposiciones contractuales que le permitieron al Tribunal llegar al convencimiento de que, desde la génesis misma del proceso de contratación y desde la intención de las partes vertida en el texto de la Cláusula Sexta, se estableció que la duración de la Concesión está determinada por la capacidad de disposición de residuos sólidos

⁴³⁶ Ibid.

⁴³⁷ Alegatos de Conclusión presentados por la UAESP. Página 32. Los alegatos de conclusión se encuentran incorporados al expediente en la siguiente ruta: 291. Alegatos Escritos UAESP <https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AACR5497HmgoObCUzuN3TDnpa?dl=0&preview=291.+Alegatos+escritos+UAESP.pdf>

incorporada al proceso, que se corresponde con la capacidad de la Zona de Optimización de la Fase I licenciada al momento de suscribirse el Contrato y adicionalmente, con la de la Zona de Optimización Fase II, cuyo trámite de licencia ambiental ante la autoridad correspondiente, debía iniciarse por el operador dentro del primer año de ejecución.

En consecuencia, huelga expresar que si en el año 2019 las partes le dieron otro significado y alcance de la Cláusula Sexta del Contrato, contrariando lo que desde el inicio estaba claro con relación a la condición que determinaba la finalización del Contrato de Concesión, se tratará de una hipótesis que bajo el ropaje de la interpretación de la cláusula, real y ciertamente constituye una modificación contractual.

11.4.5.1. La Interpretación Auténtica y la Modificación del Contrato

El Tribunal considera necesario aclarar lo que desde la teoría significa la interpretación auténtica de los contratos y la importancia de distinguirla de una modificación de la voluntad de las partes manifestada en la etapa de formación del contrato.

En efecto, la interpretación auténtica posibilita que las partes del negocio puedan llevar a cabo, *“a través de un nuevo negocio, la labor interpretativa, esto es, a través de una nueva declaración de voluntad dirigida a fijar el sentido y el valor de las declaraciones contenidas en el negocio anterior o en algunas de sus cláusula o disposiciones.”*⁴³⁸. El artículo 1622 del Código Civil en su inciso tercero define a la interpretación auténtica como aquella forma de interpretar el contrato *“por la aplicación práctica*

⁴³⁸ DIEZ-PICAZO, Luis. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. 5ª ed. Editorial Tecnos. Madrid. 1988. Pág. 90

que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.”.

Aunque el resultado de este ejercicio resulte ser un nuevo negocio, para seguir en los terrenos de la hermenéutica, se requiere precisamente que este resultado se obtenga a través de la interpretación que se haga del contrato ya celebrado y en ejecución. Una interpretación auténtica exige pues congruencia entre la etapa de formación, la celebración y la de ejecución del contrato.

En este sentido la doctrina ha precisado que: *“Cuándo se habla de comportamiento interpretativo se hace referencia especial al conjunto de actos realizados por las partes en ejecución del negocio. Su indudable valor como medio hermenéutico radica precisamente, según MOSCO, “en el principio de coherencia y de continuidad de la voluntad negocial en la fase de formación y en la fase de ejecución del negocio”. Resulta así, por ejemplo, que si el lugar de cumplimiento de la obligación no aparece determinado con claridad, la conducta del deudor cumpliendo en el domicilio del acreedor tiene un claro carácter interpretativo”*⁴³⁹ (Subrayado fuera de texto).

Solo de esta manera se entiende la eficacia que reviste el negocio interpretado y la vinculación que tiene este como *acto propio*, a efectos de proscribir una contradicción posterior, como se verá más adelante.

En el caso, para el Tribunal resulta claro que el comportamiento descrito de las partes con relación a la consideración del plazo del contrato, en realidad

⁴³⁹ DIEZ-PICAZO, Luis. La Doctrina de los Actos Propios. Editorial Bosh. Barcelona 1963. Pág.154.

no tiene el alcance de llenar un vacío o fijar el sentido oscuro que pudiera tener la cláusula. De lo que se trataría con este supuesto, es de una modificación al contenido del negocio, que a la luz del análisis que se hizo, estaba claro para las partes en el momento de la formación y suscripción del Contrato.

11.4.5.2 Examen de la Eficacia del Supuesto de Modificación del Contrato

A juicio del Tribunal, si se entendiera que se ha modificado la estipulación primigenia de la cláusula Sexta del Contrato, con las actuaciones de las partes antes descritas, ello no superaría un examen sobre su eficacia y aún su validez, en razón a que se contraviene de manera abierta normas y principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico y especialmente la contratación estatal, por las siguientes razones:

11.4.5.2.1. Incumplimiento del Requisito la Solemnidad del Contrato Estatal

El artículo 39 de la Ley 80 de 1993, dispone que cualquier modificación al contrato estatal debe realizarse por escrito. El Tribunal considera que el oficio a través del cual la Subdirección Jurídica de la UAESP manifiesta que acoge el concepto elaborado por la firma de abogados sobre el plazo del contrato, no cumple con tal solemnidad, pues no fue un documento conjunto emanado de las partes; tampoco es posible considerarlo como una decisión unilateral que se desprenda de las facultades contractuales de la UAESP, para interpretar sus cláusulas.

Al respecto, la Cláusula Vigésima Quinta del Contrato establece sobre la interpretación unilateral, en concordancia con el artículo 15 de la Ley 80 de

1993⁴⁴⁰, que: “Cuando surjan discrepancias entre las partes sobre la interpretación de las cláusulas del contrato que puedan conducir a su parálisis o a la afectación grave de la prestación del servicio, **LA UAESP** convocará al **CONCESIONARIO** y le expondrá su criterio sobre la mejor manera de adelantar el cumplimiento del contrato. Si no se llega a acuerdo con el **CONCESIONARIO**, **LA UAESP** interpretará unilateralmente las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia; la entidad contratante deberá en el mismo acto administrativo reconocer y ordenar las compensaciones e indemnizaciones a favor del concesionario que resulten pertinentes. Igualmente, **LA UAESP** solicitará al **CONCESIONARIO** la actualización o la revisión de precios cuando se produzca en fenómenos que alteren en contra **LA UAESP** el equilibrio económico o financiero del contrato.”.

Si en gracia de discusión se considerara que los documentos a que ha hecho referencia la Convocante, que acogen el concepto jurídico de un tercero sobre el plazo del Contrato, pretenden contener una especie de interpretación unilateral de la Cláusula Sexta, la UAESP no estaría autorizada para realizarla, en razón a que por esa vía, se estaría haciendo una modificación a la cláusula contractual, sin el requisito solemne de la escrituralidad y habiendo obviado además el procedimiento prescrito en el Contrato al efecto.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado sobre la imposibilidad de modificar el contrato a través de la facultad conferida a las entidades

⁴⁴⁰ ARTÍCULO 15. DE LA INTERPRETACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.

públicas en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, que: *"Habida consideración de la falta del documento escrito para dar solemnidad a la modificación en el objeto del contrato, y de la interpretación restrictiva que se imponía hacer a la primera cláusula del contrato, la Sala concluye que la entidad no estaba legalmente habilitada para modificar el contrato mediante la utilización de la figura de la interpretación unilateral, comprendida en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993. Esta norma fue declarada exequible por parte de la Corte Constitucional, en el entendido de que, como el propio sentido literal lo precisa, se trata de una prerrogativa concedida a favor de la entidad estatal para interpretar la voluntad de las partes, pero no para modificarla en contra de las prescripciones legales que exigen la formalidad del documento escrito"*⁴⁴¹ (subrayado fuera de texto).

Por último, si las partes hubiesen dado un nuevo entendimiento al plazo del contrato, resultaría que, además de haber tenido que ser por escrito, ello debería haber activado toda una serie de previsiones relacionadas con la planeación a todo nivel de la ejecución contractual, que como ya se revisó, no estuvo prevista en la formación del contrato, sino para un periodo estimado de 11 años.

11.4.5.2.2. Vulneración de los Principios de Libre Concurrencia, Igualdad, Imparcialidad, Prevalencia del Interés General y Transparencia

Amén de las consideraciones ya realizadas sobre la vulneración del principio de planeación, resulta también que si durante la ejecución del Contrato se entiende que el plazo está asociado a que se cope la capacidad de

⁴⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2011, expediente 18837, C.P. Danilo Rojas Betancourth

residuos sólidos que se logre licenciar sobre todos los terrenos entregados al operador, ello burlaría adicionalmente los principio de libre concurrencia, trato igualitario, imparcialidad, prevalencia del interés general y transparencia, por las siguientes razones:

- a. Porque someter el contrato a varias ampliaciones del plazo, que están determinadas por el licenciamiento de una capacidad de disposición de residuos sólidos que no pudo haberse fijado, conocido y/o proyectado técnica ni jurídicamente en el momento de la suscripción del contrato, implica que la operación del RSDJ se extienda en un horizonte de tiempo que no ofrece certeza y que de cualquier manera excede con creces el estimado sobre el cual todos los oferentes que no resultaron elegidos, presentaron sus ofertas y entendieron -tal como lo hizo la UAESP y CGRDJ- que la operación de Relleno estaría a cargo del ganador hasta que se copara la capacidad definida en el Pliego de Condiciones.
- b. Para el Tribunal, resultaría de lo anterior un trato injustificadamente privilegiado de la entidad pública hacia el particular que compitió con otros oferentes y resultó elegido; es decir, si a quien con una única oferta económica y técnica que se proyectó, al igual que todas las demás ofertas, para un horizonte de tiempo que no superó los 11 años, se le otorga el derecho a Operar, Administrar y Mantener el Relleno por un tiempo considerablemente superior y que se proyecta teniendo en cuenta unas variables que no fueron las establecidas en la Licitación Pública, y tampoco las consideradas para la presentación de las ofertas, ello es, evidentemente, violatorio del principio de igualdad.

Como lo ha sostenido la Jurisprudencia del Consejo de Estado, “Salvo aquellos casos que expresamente autoricen las normas legales, hay lugar a destacar que por regla general la Administración no cuenta con facultad constitucional o legal alguna que le permita inventar, establecer o poner en práctica, en modo alguno, preferencias o ventajas a favor de unos determinados contratistas y en perjuicio de otros interesados o menos aun que mediante prórrogas automáticas o cláusulas de exclusividad pueda generar una especie de monopolio de hecho a favor de determinados particulares, generando con ello limitaciones en contra de los demás (...)”⁴⁴².

- c. De la misma manera, este escenario supone que aquellas personas que tienen la expectativa legítima y la capacidad para competir libremente con el fin de concesionar la prestación del servicio público, no puedan hacerlo, pues este estaría concesionado de manera privativa y exclusiva por CGRDJ por un periodo de tiempo incierto, que limitaría el derecho de los demás actores del mercado a concurrir y participar en los negocios del Estado.

En este caso, para el Tribunal la indeterminación del número de veces en que puede obtenerse el licenciamiento ambiental de la capacidad de disposición de residuos sólidos, que está dada a su vez por la indeterminación misma de la extensión de los terrenos que hacen parte del RSDJ que pueden ser aptos o habilitados al efecto, lleva latente la posibilidad de que la Concesión se prolongue a muy

⁴⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 04 de diciembre de 2006, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Rad. 76001-23-31-000-1994-00507-01 (15239)

largo plazo⁴⁴³, situación que no fue jamás lo que la entidad buscó en el momento en que tomó la decisión de abrir el proceso licitatorio. Al punto, caben las mismas reflexiones que la jurisprudencia constitucional hizo con relación las prórrogas sucesivas en los contratos de concesión portuaria:

*"La Corte estima que las prórrogas sucesivas resultan violatorias del derecho a la participación en condiciones de igualdad y a la libre competencia económica, pues benefician en términos desproporcionados al concesionario parte en el contrato inicial, al privar de su ejercicio efectivo a quienes no participaron o no resultaron escogidos en el proceso que culminó con su otorgamiento, así como a nuevos oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria, además que la indeterminación del número de prórrogas puede derivar en una especie de perpetuidad del término efectivo de una concesión, y convertir en permanente la ocupación de bienes de uso público, que por mandato constitucional ha de ser temporal"*⁴⁴⁴.

- d. Porque el derecho que se le otorgaría al Concesionario de operar, administrar y mantener el Relleno por un tiempo que resultaría, a pesar de su falta de certeza, muy superior al que inicialmente estaba estimado y con el que se planeó y estructuró el proceso de licitación, limitaría a la entidad pública para evaluar en el marco de otras posibilidades y ofertas, la conveniencia y estrategia de operación a mediano y largo plazo del RSDJ y por tanto, se menguaría sin razón

⁴⁴³ Hay que recordar que el plazo máximo de 30 años incluidas las prórrogas, para los contratos de Asociación Público Privada, dentro de los cuales está la Concesión, lo dispuso el artículo 6 de la Ley 1508 de 2012, de suerte que conforme el artículo 2 de la misma Ley, las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la ley se siguen rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración. Se concluye entonces que no existiría impedimento legal para que el plazo del Contrato de Concesión firmado entre CGRDJ y la UAESP en el año 2010, pueda ampliarse sin esta restricción legal.

⁴⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-068 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

suficiente, el ejercicio de planeación y direccionamiento en la prestación del servicio público, todo en desmedro de la prevalencia del interés general.

- e. Porque a pesar de las condiciones establecidas en el etapa precontractual, la administración cambiaría de criterio frente a la determinación del plazo del Contrato de Concesión, faltando a su deber de transparencia en la definición de reglas objetivas y claras que hubieran permitido la confección y presentación de ofertas que respondieran a esos otros criterios, lo que a la postre dejaría mermado también, el principio de selección objetiva.

11.4.5.2.3. Violación del Principio de la Buena Fe en la Fijación de los Elementos del Contrato

El principio de la buena fe es cardinal en la celebración y ejecución de los contratos y bajo su égida, las partes están obligadas a actuar de manera leal con las responsabilidades emanadas del contrato y conforme con la naturaleza de las obligaciones a las que se comprometen. Así se desprende de la formulación consagrada en los artículos 1603⁴⁴⁵ del Código Civil y 871⁴⁴⁶ del Código de Comercio.

En el punto específico de la fijación del plazo como elemento del contrato, se considera que un actuar respetuoso de la buena fe implica acordar un

⁴⁴⁵ **ARTÍCULO 1603. EJECUCIÓN DE BUENA FE.** Los Contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

⁴⁴⁶ **ARTÍCULO 871. PRINCIPIO DE BUENA FE.** Los Contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

término de duración del contrato que no suponga esfuerzos desproporcionados e injustificados para las partes y que garantice los objetivos mismos de la naturaleza del contrato⁴⁴⁷. La modificación del contrato en el sentido expuesto, resultaría ciertamente en un plazo que coloca a la UAESP en una condición que no fue la que previó al momento en que decidió iniciar el proceso licitatorio y suscribir el Contrato, quebrando la lealtad propia de su compromiso contractual; tampoco fue la que consideró para tomar las decisiones sobre la expansión del RSDJ en su momento, ni para acotar las necesidades y la planeación de su proceso contractual. Precisamente de esta realidad es que se entienden vulnerados los principios de libre concurrencia y prevalencia del interés general como ya fue explicado. Finalmente, tampoco fue el término bajo el cual se elaboró la oferta del proponente que resultó ganador, que tuvo en cuenta para todos sus aspectos, un horizonte de tiempo que pretende desatender con el fin de solventar las vicisitudes de la ejecución del contrato.

Por lo demás, para el Tribunal no resulta aceptable, proteger una interpretación sobre la determinación del plazo del Contrato de Concesión que va en desmedro de los principios de igualdad, imparcialidad, transparencia, libre concurrencia y prevalencia del interés general, que como ya se revisó, resultarían trasgredidos con el entendimiento que la Convocante pretende que se le dé a la Cláusula Sexta del Contrato.

⁴⁴⁷ En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús afirma que: "Aquí, como en otras ocasiones, se impone una delimitación entre lo que sería contrario a la norma jurídica positiva o al acto constituido y lo que sería contrario a las exigencias de la buena fe. Este sólo operará cuando, siendo posible la prestación, tal posibilidad sería a costa de unos esfuerzos y sacrificios cuya imposición no cabe esperar de un compartimiento leal" El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas. Madrid, 1989. Pág.115.

11.4.6. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Es necesario en este punto analizar el argumento relacionado con la doctrina de los actos propios, que la Convocante ha expuesto en sus alegatos, al indicar que:

"El hecho de que la UAESP en el año 2019 haya acogido este concepto -se refiere al concepto rendido por la firma de abogados Suarez Beltrán S.A.S. en diciembre de 2018- y le haya dado plena validez demuestra que la entidad en este proceso arbitral está desconociendo sus propios actos, ya que en la actualidad está intentando dar una interpretación distinta, por lo demás errónea, a la cláusula sexta del Contrato 344 de 2010. Esto deja en evidencia la mala fe de la UAESP en el presente trámite.

*La UAESP no solo acogió el concepto mencionado anteriormente, sino que, la duración del Contrato de Concesión fue objeto del Otrosí No. 4 suscrito por las partes el 28 de marzo de 2019, lo que constituye una muestra más del común entendimiento que ha tenido las partes acerca del plazo del contrato"*⁴⁴⁸.

En primer lugar y como anteriormente se expresó, el efecto jurídico que se desprende de que el concepto tantas veces mencionado se encuentre como fundamento del Otrosí número 4 del Contrato de Concesión, no constituye ciertamente una modificación del plazo del Contrato de Concesión, pues el objeto de la novedad versó sobre el reconocimiento de unos montos para el pago de la interventoría del contrato, sin que en la parte resolutive, Concedente y Concesionario hubiesen manifestado expresamente cuestión alguna sobre el término o plazo de la Concesión. Así, ningún derecho u obligación surge del mencionado Otrosí en lo que respecta al plazo del contrato. El Consejo de Estado a través de su Sala de

⁴⁴⁸ Alegatos de conclusión presentados por CGRDJ. Tomo III. página 279.

Consulta y Servicio Civil, ha hecho referencia a un análisis muy similar al presente, en los siguientes términos: *“Además, cabe llamar la atención de que se trata solamente de un considerando del otrosí 2, pues en la parte resolutive de éste no se hizo ningún pacto contractual en relación con el plazo o la prórroga del contrato; por tanto, de dicho otrosí no surgieron nuevos derechos para el contratista en esos aspectos”*⁴⁴⁹.

Corresponde entonces examinar la actuación de la UAESP concretada en “acoger” el concepto emitido por un tercero sobre el plazo de la Concesión y haberlo incorporado como una consideración en un documento modificadorio del mismo contrato. Los análisis deben establecer si dicha actuación revela la intención o la voluntad contractual de la UAESP de que el plazo del contrato finaliza cuando se cope la capacidad de residuos sólidos que logre licenciar sobre todos los terrenos entregados en el marco de la Concesión y que tal posición no pueda desconocerse ni contradecirse sin lesionar los derechos de CGRDJ. En otras palabras, si contradecir la aceptación del criterio expuesto en el concepto jurídico acogido sobre el plazo del contrato, es ir contra de la doctrina de los actos propios y si ello se adecúa al principio de la buena fe que rige a las partes.

La doctrina de los actos propios en la teoría de las obligaciones y los contratos, tiene fundamento en nuestro sistema jurídico en el artículo 1603 del Código Civil ya citado, bajo el amparo de la ejecución del contrato de buena fe; se concreta en la máxima *“A nadie le es lícito venir contra sus propios actos”*⁴⁵⁰. La obligatoriedad que envuelven los actos de una

⁴⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 19 de mayo de 2010. C.P. William Zambrano Cetina. Rad. No. 11001-03-06-000-2010-00005-00.

⁴⁵⁰ GONZÁLEZ PÉREZ. Jesús. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas. Madrid, 1989. Pág. 136.”

persona, radica en la necesidad de proteger la confianza generada en otra persona de buena fe. En nuestro sistema jurídico, tal protección se deriva además del mandato constitucional contenido en el artículo 83:

ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

La teoría general ha enseñado que la buena fe se representa también en las condiciones y requisitos que debe tener el acto previo para que pueda ser obligatorio, es decir para que no pueda contradecirse ni desconocerse. Tal acto tiene que ser eficaz, en el sentido que pueda ser aplicado desplegando sus efectos válidamente:

“Para que una conducta sea vinculante de la actuación ulterior del sujeto, es necesario que esté formada por actos que sean jurídicamente eficaces(...) para que este famoso principio “venire contra factum proprium non valet” tenga carácter normativo, debe ser jurídicamente eficaz, o sea válido en derecho; porque entonces es cuando produce un efecto jurídico recibido por la otra parte interesada, de ahí su ineficacia cuando dichos actos violan preceptos legales cuya inobservancia no puede subsanarse por el mero consentimiento.”⁴⁵¹.

En específico sobre la eficacia que genera el comportamiento interpretativo de las partes a efectos de la aplicación de la teoría de los actos propios en materia contractual, resulta relevante retomar lo que ya ha quedado expuesto sobre la necesidad de que para que se constituya en una verdadera interpretación, esta debe honrar la voluntad y la intención establecida en la fase de formación del contrato; así “la interpretación

⁴⁵¹ Ibidem. Pág. 154

dada por las partes a su propio negocio jurídico, dice Betty, puede adoptar la forma de una nueva declaración complementaria de la anterior y alcanzar así el carácter de interpretación auténtica del negocio, apta para olvidar toda inteligencia del negocio distinta de la expresada por este medio. Se produce entonces lo que puede denominarse una “eficacia declarativa del negocio”. De una eficacia declarativa del negocio jurídico puede hablarse, cuando la finalidad del negocio tiende exclusivamente a constatar o a aclarar la existencia o el significado de la relación jurídica existente entre las partes, o bien a constatar o aclarar el significado de las declaraciones contenidas en un negocio anterior”.⁴⁵² (subrayado fuera de texto)

Este marco, lleva a que el Tribunal valore la actuación desplegada por la UAESP y de la cual el Concesionario reclama hoy efectos, como un acto que no tiene las condiciones para que de él pueda predicarse la doctrina del acto propio, en razón a que i) no constituye una interpretación auténtica del Contrato, pues se aparta de lo que claramente había sido su voluntad, su intención como contratante a lo largo de toda la etapa de la formación, constituyéndose así en una modificación del negocio la cual ii) vulneraría de manera abierta normas y principios aplicables a la contratación pública, como la solemnidad que debe revestir, los principios de planeación, libre concurrencia, igualdad, imparcialidad, transparencia y prevalencia del interés general y buena fe en la fijación de los elementos del contrato, tal como ya quedó explicado.

Por tanto, la aplicación adecuada del principio de la buena fe en el caso, debe ser la exigencia de protección del cumplimiento de los compromisos

⁴⁵² DIEZ-PICAZO. Pág. 153.

contractuales adquiridos claramente desde la formación misma del contrato y no dar cabida a las pretensiones de reivindicar actos contrarios a lo pactado y que vulneran otros principios que informan el ordenamiento jurídico y en especial, la contratación pública. Con esta conclusión, el Tribunal considera que no le asiste razón a la Convocante cuando solicita que se le dé efectos a la mencionada actuación de la UAESP, en el marco de la aplicación de la doctrina de los actos propios.

11.4.7. LA RESOLUCIÓN CRA 843 DE 2018 Y EL PLAZO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 344 DE 2010

El Tribunal considera pertinente pronunciarse sobre los argumentos de la Convocante relacionados con las decisiones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) que trae como apoyo a los argumentos de su entendimiento sobre el plazo del Contrato de Concesión. En específico indica que la Resolución CRA 843 de 2018, tuvo en cuenta para tomar la decisión de ajustar la tarifa del servicio público que *“el RSDJ tenía una particularidad asociada al “periodo del proyecto” que consta de 25 años de operación y 15 de postclausura”*⁴⁵³.

Por lo anterior, afirma la Convocante que *“como consecuencia de los términos de la solicitud presentada y apoyada por la UAESP, el regulador determinó que las inversiones efectuadas se recuperarían en un plazo de 25 años de operación y 15 años de postclausura, finalizando las respectivas actividades de operación en el año 2040 y postclausura en el año 2055”*. Agrega que *“esto significa que, según la decisión tomada por la CRA, CGR Doña Juana solo podrá recuperar en ese horizonte de tiempo las distintas*

⁴⁵³ Alegatos de Conclusión presentados por la Convocante. Tomo III. Pág. 283.

*inversiones que efectúe, por lo que de terminarse el Contrato 344 de 2010 antes de dicho universo o término, quedaría despojada de parte de sus efectos la modificación de costos económicos solicitada a la CRA y determinada por ese ente y burlando nuevamente al Concesionario"*⁴⁵⁴.

Frente a estos argumentos, el Tribunal resalta que la CRA a través de la Resolución 843 de 2018, no resolvió asuntos que tuvieran que ver con el Contrato de Concesión 344 de 2010 suscrito entre la UAESP y CGR Doña Juana. Las decisiones contenidas en la parte resolutive del mencionado acto administrativo, responden afirmativamente, es decir, acceden, a la solicitud de modificación del Costo Económico de Referencia para los componentes de Disposición Final (CDF) y Tratamiento de Lixiviados, (CTL) que CGR Doña Juana realizó invocando la causal de mutuo acuerdo contenida en la Resolución CRA 151 de 2001⁴⁵⁵

Por lo anterior, a juicio del Tribunal, los argumentos sobre la incidencia de la Resolución CRA 843 de 2018 en el plazo del Contrato no son de recibo, pues ese acto administrativo no tiene la virtualidad, ni podría tenerla, de modificar las cláusulas del Contrato de Concesión, que con relación al plazo, como ya se ocupó el laudo de explicar ampliamente, tuvo para las partes la claridad suficiente desde la etapa de formación del negocio.

Adicionalmente, se precisa que si bien la Resolución CRA 843 de 2018, manifestó a efectos de ajustar el costo económico de referencia para Disposición Final y Tratamiento de Lixiviados, que *"tanto el diseño del relleno sanitario como el horizonte del proyecto que presentó CGRDJ, constituyen*

⁴⁵⁴ Ibidem. Pág. 284

⁴⁵⁵ Específicamente la causal está contenida en el literal a) del artículo 5.2.1.1 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 2o de la Resolución CRA 271 de 2003,

una particularidad a reconocer"⁴⁵⁶ y que tal horizonte incluye además de la Zona de Optimización de la Fase II, la denominada Zona de Optimización Fase III proyectada para un periodo de 17,3 años que finalizarían en el año 2040, las actividades de adecuación y las inversiones a realizar, así como la especificidad de las obligaciones de las partes que implicaría la operación sobre esa zona, no están contempladas en el Contrato de Concesión C-344 de 2010 y no pueden ser incluidas por la decisión de la autoridad regulatoria, so pena de haber modificado el acuerdo de voluntades en abierta vulneración de los principios que orientan la contratación pública y de los mínimos deberes que a las entidades estatales les corresponde. En otras palabras, para el Tribunal es claro que no puede entenderse que la CRA haya tomado una decisión implícita de modificar el plazo pactado en el contrato – a todas luces *contra legem*- en razón a que además de no tener legitimidad para hacerlo, tal decisión unilateral se tornaría ineficaz de pleno derecho por las razones ya expuestas, a más de ser evidente que fácticamente ello nunca fue solicitado por las partes y mucho menos fue objeto de una decisión resolutoria contenida en el referido acto administrativo.

Este Panel subraya que la decisión de la CRA no se profirió para regular aspectos específicos del Contrato de Concesión, sino para regular la operación del Relleno, tomando un modelo económico de carácter general aplicándole variables para un horizonte útil del proyecto, que en este caso y por diversas razones como quedó expuesto, no guarda relación

⁴⁵⁶ Página 60 de la Resolución CRA 843 de 2018. En una de las consideraciones de la Resolución en la misma página se lee: "Que en relación con el horizonte del proyecto, el Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P., estructura su solicitud de modificación del Costo de Disposición Final (CDF) en un período de operación de 25 años (2015 a 2040), y uno de posclausura de 15 años (2041 a 2055). Explica que los 25 años de operación están compuestos por 7,6 años asociados a la Fase II de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 3 de la Resolución 1351 del 18 de junio de 2004, más 17,3 años por la Fase III."

con el horizonte del Contrato de Concesión celebrado en el año 2010. Precisamente por ello, las inversiones que deben realizarse para la adecuación y operación de nuevas fases no contempladas en el Contrato de Concesión 344 de 2010, son las que se recuperarían en el término de 25 años (disposición final) y 20 años (Tratamiento de Lixiviados), por lo que resulta coherente que esta proyección inmersa en el modelo económico universal, no esté contemplada ni prevista en el Contrato estudiado.

Por último y sobre los argumentos que expone la Convocante relacionados con lo que a su entender implica para la determinación del plazo del contrato que la Resolución CRA 843 de 2018 incluya en la tarifa ajustada, la remuneración para realizar el Estudio de Impacto Ambiental y sobre el pronunciamiento que al respecto hizo la Contraloría General de la República, según el memorando que indica, como integrante del Consejo Estratégico de la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá-CECH, este Tribunal considera que devienen inocuos, ya que estos no se refieren, ni determinan, ni pueden variar ni modificar la duración del Contrato de Concesión 344 de 2010 pactada, por lo que no pueden servir de fundamento para las conclusiones sobre la interpretación de la Cláusula Sexta.

11.4.8. CONCLUSIONES. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES Y LAS EXCEPCIONES SOBRE EL PLAZO DEL CONTRATO

El Tribunal considera que una vez analizada la Cláusula Sexta del Contrato "*Plazo de la Concesión*" la interpretación de la misma es como a continuación se establece, no sin antes advertir que tal interpretación, a pesar de tener algunos puntos en común con la forma en que se solicitó en las pretensiones primera y segunda de la demanda de reconvención

reformada, no son del todo coincidentes, por lo que accederá parcialmente a tales pretensiones:

- a. Habiendo estudiado i) los antecedentes del Contrato, integrados por los estudios previos, el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 001 de 2010 y las ofertas presentadas, ii) el texto de la cláusula Sexta en su literal expresión, iii) la relación de dicha cláusula con las demás del Contrato y iv) descartando la posibilidad de una interpretación auténtica en el caso, se llega a uniformes conclusiones sobre el entendimiento de la cláusula Sexta del Contrato.
- b. Aplicando las anteriores metodologías, con apoyo en los criterios de interpretación de los contratos del Código Civil, el entendimiento de la Cláusula Sexta es como sigue:

El Plazo del Contrato de Concesión 344 de 2010 terminará cuando se haya copado la capacidad de residuos sólidos incorporada al proceso de contratación realizado a través de la Licitación Pública 001 de 2010. Esta capacidad está definida y delimitada en la misma cláusula en concordancia con el POT y el PMIRS vigentes en el momento del proceso licitatorio, de la siguiente manera: **i)** la capacidad de la denominada Zona I ya licenciada en la época de la suscripción del contrato sobre la que se calculó en su momento una disposición de 8.400.964 m³; y por **ii)** la capacidad adicional a licenciar por cuenta del operador, sobre la que se calculó en su momento una disposición de 10.192.674m³ y que corresponde a la denominada Zona de Optimización Fase II del relleno.

La estimación de un plazo de duración de la Concesión de 11 años, aunque es de referencia y puede variar, estuvo determinada por el tiempo en que las capacidades antes descritas tardarían en coparse, de acuerdo con la cantidad de residuos, los índices de compactación y el volumen en metros cúbicos.

- c. Por lo anterior, una vez se cope la capacidad licenciada a través de la Resolución CAR 1351 de 2014, correspondiente a la denominada Zona de Optimización Fase II, el Contrato habrá terminado. Sobre este punto, de acuerdo con los cálculos a título de ejercicio académico realizados por la Interventoría y registrados en el oficio UAESP 20213000156081 del 20 de agosto de 2021 dirigido al representante legal de CGR Doña Juana, se estima en el escenario más amplio, que esta capacidad se copará en el mes de enero de 2026⁴⁵⁷

Por lo anterior, el Tribunal encuentra no probada la Excepción Treinta y Seis de la contestación de la demanda principal reformada, niega la pretensión Cuadragésima de la demanda principal reformada y accederá parcialmente a las pretensiones Primera y Segunda de la demanda de reconvención reformada.

⁴⁵⁷ El cálculo de la interventoría se realiza como un ejercicio académico y estima los siguientes escenarios:
"1. Capacidad sin contemplar la medida preventiva de la Resolución ANLA 763 de 2018 (Ejercicio Académico UT Inter DJ):
Capacidad proyectada Domo Final Fase II: 8'329.891,18m3:
Fecha estimada ocupación Optimización Fase II Total (Modificado): 05/07/2025 con densidad=1,07 Ton/m3
Fecha estimada ocupación Optimización Fase II Total (Modificada) 21/01/2026 con densidad = 1.20Ton/m3
2. Capacidad contemplando la medida preventiva de la Resolución ANLA 763 de 2018 (Ejercicio Académico UT Inter DJ):
Fecha estimada ocupación Optimización Fase II Total (Modificado): 22/03/2025 con densidad=1,07 Ton/m3
Fecha estimada ocupación Optimización Fase II Total (Modificada) 23/09/2025 con densidad = 1.20Ton/m3"

C. ESTUDIO DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Antes de emprender el estudio y decisión de las pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada, es pertinente recordar que, en auto No. 28 del 6 de octubre de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió los recursos de reposición interpuestos por las Partes en contra del auto 26 a través del cual el Panel había resuelto en relación con su propia competencia para decidir de fondo la controversia.

Producto de dicha decisión, el Tribunal resolvió *“acceder parcialmente al recurso de reposición formulado por la parte convocada respecto del auto que resolvió la competencia”* y en consecuencia revocar parcialmente el numeral 1 del auto 26 el cual quedó así:

“Declararse no competente para conocer de las siguientes pretensiones de la demanda de reconvención reformada: tercera, primera y segunda subsidiarias a la pretensión tercera principal, vigésima primera, vigésima quinta, vigésima séptima, vigésima novena, trigésima primera, cuadragésima primera, cuadragésima quinta y quincuagésima tercera”

Por lo tanto, el Tribunal Arbitral, únicamente se pronunciará sobre aquellas pretensiones de la demanda de reconvención reformada respecto de las cuales se declaró competente para decidir de fondo.

Sin perjuicio de lo anterior, y comoquiera que subsisten algunos cuestionamientos de las Partes respecto de la competencia de este Panel Arbitral para resolver determinadas pretensiones de la demanda de reconvención reformada, y respecto de las cuales este Tribunal ya asumió competencia; a fin de resolver estos planteamientos subsistentes, el Tribunal

en su oportunidad habrá de analizar de nuevo los argumentos que en concreto y específico realiza el Concesionario en relación con dichas pretensiones.

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA EN RELACIÓN CON LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN C – 344 DE 2010 RELACIONADAS CON EL TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS AL INTERIOR DEL RSDJ

El Tribunal ha decidido agrupar las pretensiones tercera subsidiaria de la tercera principal, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décima primera, décima segunda, décima tercera, décima cuarta, décima quinta, décima sexta, décima séptima, décima octava, décima novena y vigésima a fin de que sean resueltas en el presente capítulo del laudo arbitral, por encontrar que todas ellas guardan conexidad fáctica y jurídica con un mismo asunto en controversia, a saber, el presunto incumplimiento de las obligaciones del Concesionario en relación con el componente de tratamiento de lixiviados.

1.1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA EN RELACIÓN CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE OPTIMIZACIÓN DEL SISTEMA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvencción reformada:

TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL:
Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP incumplió la CLÁUSULA 3 LIXIVIADOS numeral 1- del contrato de Concesión

C-344 de 2010 asociada a la optimización del sistema de tratamiento de lixiviados del Relleno Sanitario Doña Juana, asumiendo los costos de dichas actividades, descontando los CUATRO MIL CIENTO MILLONES DE PESOS [\$4.100.000.000] entregados como aporte por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, para cumplir con lo dispuesto en la Resolución 631 de 2015 expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, o la norma ambiental aplicable según el diseño aprobado por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS tal como fue resuelto en el Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018, al no presentar los diseños de optimización del STL dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la condena novena del mencionado Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018. Una vez estos diseños de optimización fueran aprobados por parte de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP en un plazo de cinco (5) meses debió haber culminado las actividades de optimización.

CUARTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la prosperidad de la TERCERA PRETENSIÓN o de las PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LA TERCERA PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

1.1.1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

1.1.1.1. La Demanda de Reconvención Reformada de la UAESP

En el capítulo de hechos de su escrito de demanda de reconvención reformada, la UAESP manifestó que el Concesionario había sido condenado en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 a realizar la optimización del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, y que no obstante lo anterior, CGR no había dado cumplimiento a lo ordenado en aquel laudo (hechos 36 y 37).

De igual forma, la UAESP señaló que el plazo otorgado en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 al Concesionario para la ejecución de las actividades de optimización del Sistema de Tratamiento de Lixiviados coincidía con el plazo originalmente estipulado en la cláusula 3 numeral 1 del Contrato de Concesión C – 344 de 2010, y que dicho plazo fue incumplido, pues la fecha límite para que CGR hubiese ajustado su conducta a lo dispuesto en el Contrato y lo ordenado en la laudo era el 11 de enero de 2019 (hechos 40 y 41).

Agrega la demandante en reconvención que el 16 de octubre de 2018, el Concesionario entregó el documento denominado *“propuesta de plan de acción para el cumplimiento del laudo arbitral expediente 3958 – CGR Vs UAESP”*, con el cual CGR pretendía ejecutar las obligaciones contractuales incumplidas y dar cumplimiento a lo ordenado en el laudo del 27 de septiembre de 2018; no obstante señaló que *“la propuesta claramente excede el plazo dispuesto en la condena para el cumplimiento de esta obligación, además de no precisar dentro de esta gestión la ingeniería de detalle de la fase III de su proyecto, con lo cual resulta además insuficiente en su planteamiento”* (hecho 42).

Adujo la UAESP que el incumplimiento de la obligación de optimización del STL a cargo de CGR se evidenciaba en la comunicación con número de radicado UTIDJ-20190161 del 17 de enero de 2019 de la Interventoría, en la cual, se señala, que *“se pone en conocimiento de la UAESP que, para la fecha no se allegaron los respectivos diseños en los términos de ingeniería necesarios para la realización de las obras”*. Agregó que en lo sucesivo CGR entregó cuatro versiones más de su propuesta del plan de acción, ninguna

de las cuales fue aprobada por la UAESP tal como consta en la comunicación con radicado 20190000317911 del 18 de diciembre de 2019 (hechos 45, 46, 47, 48, 49 y 50).

En igual orden de ideas sostuvo que la Resolución No. 00158 de 2019 de la ANLA no puede implicar el desconocimiento de las obligaciones contractuales a cargo del Concesionario ni mucho menos puede “derogar” la orden del laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018; además de que no guarda relación ni incide en el cumplimiento de la obligación de optimización del STL a cargo de CGR, y que en todo caso, conforme a concepto de la Interventoría, los documentos entregados por el Concesionario no pueden ser considerados como una ingeniería básica completa (hechos 51 y 52).

Por todo lo anterior considera la UAESP que se debe ordenar la terminación del Contrato de Concesión C – 344 de 2010 (hecho 53).

1.1.1.2. La Contestación a la Demanda de Reconvención Reformada por parte del Concesionario

Por su parte, la convocada en reconvención se opuso a los hechos así enunciados por la UAESP. En primer término hizo un recuento de las situaciones ocurridas a lo largo de la ejecución contractual alegando que “no hay incumplimiento de CGR Doña Juana respecto de la optimización del sistema de tratamiento de lixiviados” y que “CGR Doña Juana ha realizado todo cuanto está a su alcance de acuerdo con los desarrollos que se han ido logrando, que dependen de las autoridades y que no han estado inmersos en el hecho de haber tenido que ejecutar el Contrato en medio

de las dificultades económicas y financieras ocasionadas por la insuficiencia tarifaria, y de los incumplimientos y obstáculos de la UAESP”.

Agregó el Concesionario que no había certeza sobre cuál de las Resoluciones proferidas por las autoridades ambientales era la que debía observarse para la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados (PTL), ni cuáles los parámetros de los vertimientos al Río Tunjuelo que se debían cumplir, luego no era posible determinar bajo qué condiciones se debía realizar la optimización del STL.

Sobre esto señaló que *“determinar la normativa correctamente aplicable resulta fundamental, no solamente para establecer el diseño de la Planta de Tratamiento dado que su diseño y construcción se deben realizar en función de la calidad y estándares de los vertimientos, sino porque sin aplicar la normativa correcta, los vertimientos al Río Tunjuelo no serán autorizados”.*

Además, la demandada en reconvención sostuvo que cuando se encontraba realizando las labores necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución CAR 827 de 2015, la ANLA expidió la Resolución 1181 de 2020, cambiando los parámetros máximos permisibles de calidad del vertimiento para el RSDJ, lo que implicó realizar una *“reestructuración en el tratamiento y en la operación”*.

Señaló que la actividad del Contrato de Concesión 344 de 2010 que se vio más afectada por la insuficiencia tarifaria y las inexactitudes de la información suministrada por la UAESP durante la licitación pública fue, en su criterio, la correspondiente al tratamiento de lixiviados. Sobre la optimización de la PTL manifestó que *“se ha visto que las inversiones*

correspondientes a la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados según cálculos realizados por el Grupo Suez eran del orden de 89 mil millones de pesos”, de lo que colige que “realmente, la UAESP nunca estimó el valor del riesgo que asignó al Concesionario” y que dicho riesgo “sobrepasó toda alea normal”, por lo que, sostiene, no es responsable de ninguna manera de tener que realizar las inversiones que demanda optimizar la PTL.

También señaló el Concesionario como defensa frente a los planteamientos de la UAESP, que para realizar la optimización del STL primero se requiere contar con el permiso de vertimientos al río Tunjuelo, pues sin este permiso no podría hablarse de optimización del sistema, siendo claro que el RSDJ no contaba con dicho permiso de vertimientos. Añadió que una vez obtenido el permiso de vertimientos al río Tunjuelo se podría efectuar el diseño de la optimización de la PTL, pues *“el diseño de la planta de tratamiento no es un diseño abstracto, es un diseño que depende del tamaño del relleno, del volumen de lixiviados, la composición de esos lixiviados y las exigencias de cómo se deben verter esos lixiviados”.*

Acto seguido, el Concesionario hizo referencia al trámite de permiso de vertimientos presentado a la CAR el 13 de diciembre de 2013 y las vicisitudes de dicho trámite administrativo que finalizó con la expedición de la Resolución ANLA 158 de 2019 mediante la cual se resolvieron los recursos interpuestos en el marco del trámite de permiso de vertimientos al Río Tunjuelo, normatividad que indica *“se vio prontamente modificada por la Resolución 1181 de 2020”.*

Sumado a lo anterior, CGR agregó que la UAESP afirmó en el trámite de la Licitación Pública No. 001 de 2010 que la capacidad de tratamiento de la

PTL era de 21,5 l/s, pero que dicha capacidad nunca se alcanzó y que ello se ve demostrado a través del acta de acuerdo del 27 de diciembre de 2011 en donde se estableció que el caudal máximo que podía tratar la PTL era de 14 l/s y no de 21,5 como lo había manifestado la UAESP.

De igual manera, el Concesionario en su contestación de demanda señaló que “ *los pliegos definitivos de la Licitación Pública UAESP 001 de 2010 incluyeron como parte de la información suministrada, la modelación cuantitativa de producción de lixiviados realizada en el año 2006, según la cual el volumen promedio de lixiviados era de 14 l/s indicando a los proponentes que ese volumen era similar a la capacidad de tratamiento de la Planta en aquel momento*”.

Señaló el Concesionario que el déficit de la PTL se ve agravado por el hecho de que en el año 2011 se encontró un *byapss* de salida directa de lixiviados al río Tunjuelo, sin pasar por la PTL, lo que agregaba la situación en la medida que se trataba de un caudal adicional que no llegaba al Sistema de Tratamiento de Lixiviados y que no había sido cuantificado, lo que ocasionó “*un incremento ostensible en los costos de operación y mantenimiento del sistema*”.

Una vez obtenida la modificación tarifaria del año 2018, dice CGR, se dio inicio a la implementación de las fase I de optimización del STL, con una inversión que a la fecha asciende aproximadamente a los 10.000 millones de pesos.

Cumplido el anterior recuento fáctico, CGR se pronunció sobre cada uno de los hechos de la demanda de reconvención. En cuanto a los hechos

relacionados con el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018, el Concesionario señaló que por tratarse de la referencia a un documento, a su contenido se atenía (hecho 36).

Sin perjuicio de lo anterior, insistió en que no existía incumplimiento alguno de su parte y que ello se sustentaba tanto en el incumplimiento la UAESP, así como en la fuerza mayor, ausencia de responsabilidad, riesgo no asignado, hecho de autoridad, imprevisión, principio de confianza legítima, cosa no juzgada, imposibilidad material, mora del acreedor, entre otras.

Agregó que los términos y plazos plasmados en el laudo del año 2018 eran de imposible cumplimiento y no eran viables técnicamente (hechos 37 y 38).

En adición a lo anterior, la demandada en reconvención manifestó que este Tribunal carecía de competencia en la medida no era dable pretender la ejecución de un laudo arbitral anterior a través de otro tribunal de arbitraje, pues ello comportaba una escogencia de la vía procesal equivocada (hecho 40).

Agregó CGR que la primera versión de la ingeniería conceptual de la optimización del STL se entregó en diciembre de 2019, la cual no fue aprobada por la UAESP, lo que ha afectado sin culpa de CGR la entrega del diseño detallado (hecho 41). Insistió en que sí entregó la denominada *“propuesta de plan de acción para el cumplimiento del laudo arbitral expediente 3958”*, y que esa era la forma en que debía haberse presentado la propuesta en términos técnicos, regulatorios y financieros, pues los términos plasmados en el laudo arbitral de 2018, eran, en su criterio, de imposible cumplimiento (hecho 42).

Sostuvo que todo lo dicho en el proceso -haciendo referencia al tribunal arbitral anterior- era *“susceptible de ser controvertido y revisado”* pues *“en eso consiste precisamente un proceso declarativo”* y que de aceptarse la posición de la demandante en reconvención se trataría *“entonces de un proceso eminentemente ejecutivo frente al cual los árbitros carecen de competencia”* (hecho 45).

En cuanto a la comunicación del 17 de enero de 2019 (radicado No. UTIDJ-20190161) señaló que no le constaba en tanto la misma no aparecía en su sistema de correspondencia, pero manifestó en todo caso que la UAESP y la Interventoría faltaban a su deber de colaboración al negarse a entregar su concepto solo cuando se tuviera el diseño detallado. En adición a lo anterior adujo que los constantes cambios normativos implicaban *“realizar un nuevo diseño, en cuanto es necesario diseñar y aplicar trenes de tratamiento que permitan cumplir con la norma”* (hecho 45).

Sostuvo que era cierto que CGR había presentado cuatro (4) versiones más del plan de cumplimiento, y que ello *“demuestra la diligencia, responsabilidad, pundonor de CGR Doña Juana”*. Iteró que la ejecución del contrato en punto de la optimización del tratamiento de lixiviados se había visto afectada por fuerza mayor, ausencia de responsabilidad, riesgo no asignado, hecho de autoridad, imprevisión, principio de confianza legítima, cosa no juzgada, imposibilidad material, mora del acreedor, entre otras circunstancias.

También sostuvo en oposición a lo señalado por la demandante en reconvención en los hechos que el Concesionario había realizado

inversiones en la optimización del STL por valor superior a 10.000 millones de pesos, por lo que dijo que ha cumplido *“a pesar de todas las dificultades e impedimentos”* (hecho 46).

Por lo demás señaló que lo narrado por el demandante eran *“alegaciones del peculio del reconviniente”* y se reafirmó en cuanto a las circunstancias que habían afectado la ejecución del Contrato en el componente de optimización del STL y del hecho de que la UAESP y el Interventor se negaran aprobar el diseño presentado por CGR (hechos 48, 49 y 50).

En punto de la terminación del contrato señaló que *“ante el tribunal que alegó el incumplimiento no pretendió la terminación. La dejó pasar y renunció a ella. Ahora por el supuesto incumplimiento no resulta procedente la aplicación de dicha cláusula de terminación”*. Manifestó una vez más que la UAESP insistía en aspectos que no eran ciertos y que *“con la misma ligereza que esa entidad realizó la Licitación Pública 001 de 2010 y suministró informaciones que no correspondieron a la realidad sobre tarifas y su suficiencia, vertimientos, estado de la Planta, inversiones suficientes, estado de equipos, etc., lanza ahora aseveraciones según las cuales la definición de los estándares del vertimiento no se requieren para elaborar el diseño definitivo de la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados y ejecutarlo, pues a su modo de ver las cosas, la obligación impuesta por el laudo “radica en optimizar el sistema de tratamiento de lixiviados cumpliendo con el 100% de los parámetros ambientales”* (hecho 52).

Por último, alegó que lo único incontrovertible era el incumplimiento mismo de la UAESP y se cuestionó por qué entonces la UAESP no había demandado antes *“si tan persuadida estaba de los incumplimientos”* de CGR (hecho 53).

Ahora bien, en cuanto al capítulo de "oposición a las pretensiones", el Concesionario manifestó que se oponía porque *"el supuesto incumplimiento cuya declaración se pretende ya fue sometido con anterioridad al juez del Contrato y fallado, como lo pone en evidencia la pretensión misma, por lo que no puede sometido a la decisión del presente Tribunal de Arbitraje"*.

Señaló que los términos establecidos por el tribunal arbitral *"no se encuentran establecidos en el contrato de concesión 344 de 2010..., sino en la parte resolutive del laudo"*. Además, dijo que el cumplimiento de una orden proferida en un laudo arbitral no es materia arbitrable. Señaló que la pretensión tercera subsidiaria de la tercera principal no es una pretensión de contenido contractual sino que emana o deriva del laudo arbitral, para lo cual las Partes no habilitaron al Tribunal Arbitral. Preciso que el término de tres meses de que la trata la pretensión en comento no está establecido en la cláusula 3.1 del Contrato, por lo que *"no estando el término supuestamente incumplido en la cláusula 3 numeral 1, no podrá haber incumplimiento respecto de dicha cláusula, lo que condena al fracaso la pretensión"*.

Para el Concesionario la condición resolutoria tácita aplica únicamente en el evento de incumplimiento de obligaciones contractuales, y lo que pretende la UAESP no es el incumplimiento de una obligación contractual sino de un laudo arbitral. Señaló que lo procedente frente al incumplimiento de una sentencia o laudo es un ejecutivo de hacer, no la aplicación de la condición resolutoria tácita.

Sostuvo además la demandada en reconvención que no había incurrido en

incumplimiento alguno teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 1609 del Código Civil que establece que ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte.

Manifestó que ninguno de los incumplimientos que le achaca la UAESP son tales, sino que todo son *“efectos de una misma causa”* que es el *“sinnúmero de incumplimientos gravísimos de la UAESP de la ley y del contrato mismo, que han afectado de manera generalizada y severa las obligaciones a cargo del Concesionario desquiciando por completo la ejecución contractual”*.

Señaló finalmente que la pretensión se ve enervada por el hecho de que el juez del contrato ya fallo el asunto sin que hubiese decretado la terminación, por lo que pretenderlo ahora no resulta procedente

1.1.2. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

1.1.2.1. Los Alegatos de la UAESP

A modo de resumen de lo dicho por la UAESP, se señaló en el escrito de alegatos conclusivos que el incumplimiento por parte del Concesionario ya había sido declarado por el tribunal de arbitraje anterior en el mencionado laudo del 27 de septiembre de 2018, en el cual se condenó a CGR al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, tal como se puede apreciar en los numerales 8, 9, 10 y 11 de la parte resolutive de aquel laudo. Adujo la UAESP en sus alegaciones que el Concesionario no cumplió con sus obligaciones en el plazo establecido y que sólo se limitó a entregar cinco

versiones del documento denominado *“planes de cumplimiento del laudo arbitral”* sin que ninguna satisficiera lo ordenado en el contrato y en el laudo arbitral. De igual forma, señaló que la conducta de CGR era temeraria al *“reabrir un debate clausurado y que hizo tránsito a la cosa juzgada”*.

Así mismo, señaló que el testimonio del ingeniero Carlos Niño Bustamante - Director Técnico y Operativo del RSDJ- era malicioso, temerario y contrario a lo resuelto en el laudo del 27 de septiembre de 2018.

En adición de lo anterior, la UAESP planteó que la tesis de CGR era que (i) la información suministrada por la UAESP en la licitación pública en relación con el estado del STL resultó no ser exacta y que (ii) dadas las constantes modificaciones normativas y la falta de seguridad jurídica en las normas que fijan los parámetros sobre vertimientos, había sido imposible el cumplimiento de estas.

A lo anterior sostuvo que en cambio la tesis de la UAESP consistía en que ya existía un fallo de un tribunal de arbitraje que declaró el incumplimiento en cabeza de CGR y que el plazo para efectuar las actividades de optimización había vencido el 11 de enero de 2019, sin que el Concesionario las hubiese ejecutado.

Sobre el particular manifestó que, en su opinión, el asunto ya quedó resuelto por la decisión del laudo del año 2018 y que las afirmaciones del demandado en reconvención parecen un *“réquiem que busca hacer verdad una mentira solo con repetirla muchas veces”*. Manifestó que la misma CGR ha aceptado no haber realizado ninguna de estas actividades por lo que toda circunstancia sobrevenida al plazo establecido en el laudo

del año 2018 son de entera responsabilidad y a riesgo del Concesionario.

Para la UAESP el Concesionario abusó del derecho a litigar al pretender suspender sus obligaciones contractuales a través de un arbitraje, y que ello quedó corroborado en la medida que el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 declaró probada la excepción buena fe propuesta en aquel momento por la UAESP.

También alegó la UAESP en su favor el testimonio del ingeniero Estrada quien declaró sobre el concepto y alcance de la obligación de optimización. Adujo que plan de choque y plan de cumplimiento no eran lo mismo. En su criterio el plan de cumplimiento es un plan acordado entre UAESP y la CAR que se desarrollaría en 6 etapas. En cambio, el plan de choque hacía parte del plan de cumplimiento. Explicó la UAESP que de las 6 etapas del plan de cumplimiento, el anterior concesionario ejecutó 5 quedando pendiente solo 1 correspondiente al tratamiento de lixiviados la cual correspondió a CGR como actual concesionario. Como prueba de lo anterior, la UAESP hace alusión a los testimonios del ingeniero Estrada y de la ingeniera Cristancho. Resultado de lo cual, para la UAESP resulta probado en el presente caso el incumplimiento del Concesionario.

Aunado a lo anterior, sostuvo que CGR había incumplido la entrega de la ingeniería de detalle para la optimización del STL pues la propuesta que entregó a la UAESP excedía ampliamente los términos establecidos para el efecto en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018. La prueba además de que CGR incumplió la entrega de diseño -según la UAESP- es el dictamen de contradicción presentado por ACODAL donde se ponen en evidencia las falencias de la ingeniería básica entregada por el concesionario.

De igual forma, puso de presente la declaración de la señora Martha Liliana Ramírez (perito CGR) durante la diligencia de contradicción del dictamen pericial técnico y el testimonio del señor José Alberto Estrada como pruebas del incumplimiento del Concesionario respecto de la obligación de entregar la ingeniería de detalle del STL. En lo que respecta a la declaración testimonial de aquella, adujo que se desprende que la ingeniería entregada por CGR era una ingeniería apenas conceptual, que no de detalle. En ese mismo orden de cosas, sostuvo que refuerza como pruebas del mentado incumplimiento las distintas comunicaciones de la Interventoría UT Inter DJ del año 2020 que daban cuenta de la no ejecución de las obligaciones a cargo del Concesionario.

En cuanto a las normas de vertimiento, la demandante en reconvención señaló en su escrito de alegatos que el cambio de regulación no era más que *“una estrategia del Concesionario para no cumplir el contrato”*. Desde una perspectiva técnica señaló, con apoyo en el dictamen pericial de contradicción elaborado por ACODAL, que había quedado demostrado que no hubo cambio en los parámetros fijados por cada una de las resoluciones expedidas. Sostiene, con base en el mencionado dictamen que en la Resolución No. 827 de 2015 que entró en vigencia a través de la Resolución No. 158 de 2019 solo se incorporaron 2 parámetros que eran más exigentes frente a la Resolución anterior (631 de 2015). Además, que la Resolución No. 1181 de 2020 no incorporó parámetros nuevos o más exigentes.

En adición a lo anterior, sostuvo la UAESP que en todo caso, en el laudo arbitral del año 2018 ya se había declarado el incumplimiento de CGR en

relación con las tasas retributivas, multas y sanciones impuestas con ocasión del incumplimiento de la norma de vertimientos y que existen reportes de incumplimiento de parámetros de vertimiento conforme a resultados de laboratorio aportados al proceso.

Teniendo en cuenta lo anterior, la UAESP sostiene que *“se tiene por demostrado que CGR Doña Juana incumplió la totalidad de las disposiciones contenidas en el Laudo anterior. Por lo anterior, se encuentran llamadas a prosperar las pretensiones TERCERA, PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL, SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL, TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL”*.

Finalmente, frente a la declaratoria de nulidad deprecada por el Concesionario en la demanda principal respecto de la obligación de optimización del STL por indebida estimación, cuantificación y asignación del riesgo, la UAESP señaló que *“no hay en toda la demanda una referencia en los antecedentes o hechos asociados a este punto. No hay tampoco una sola prueba de la convocante dirigida a analizar la estimación de riesgo. De hecho, no hay un desarrollo jurídico que permita establecer el concepto de la violación de la disposición contractual”*. Incluso, agregó la UAESP que conforme al laudo arbitral del año 2018 y la providencia que resolvió las solicitudes de aclaración y complementación de las partes se había dejado en claro que el tema de la asignación de riesgos era un tema que ya había sido analizado y que se encontraba resuelto en cuanto en el mencionado laudo se decidió que *“las obligaciones del concesionario no tienen un tope financiero como lo solicita CGR”*.

1.1.2.2. Los Alegatos del Concesionario

A modo de resumen, en sus alegatos de conclusión CGR solicitó que se declarara la no prosperidad de las pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada toda vez que en su sentir (i) no se configura la institución jurídica de la cosa juzgada y (ii) porque el Concesionario no conocía la deficiencia en la remuneración al momento de presentar su oferta.

Planteó el Concesionario ocho (8) argumentos puntuales en relación con la controversia sobre las pretensiones de optimización del STL a saber: la cosa no juzgada; riesgo no asignado; inexistencia de obligación contractual; excepción de contrato no cumplido; fuerza mayor, imprevisión, nadie está obligado a lo imposible, inexistencia de nexo causal, alea extraordinaria y hechos y actos de las autoridades; inexistencia de incumplimiento contractual - CGR Doña Juana cumplió; falta de colaboración de la UAESP y falta de daño e inexistencia de incumplimiento esencial.

Sobre la “cosa no juzgada” sostuvo que no existe cosa juzgada frente a la controversia relativa insuficiencia financiera, sus efectos y secuelas en la ejecución del Contrato de Concesión. Al respecto citó un artículo académico de autoría del apoderado de la UAESP.

En relación con el argumento de “riesgo no asignado” señaló que la UAESP en el marco del proceso de Licitación Pública No. 001 de 2010, y en especial durante la audiencia el proceso de tipificación, asignación y estimación de los riesgos, delimitó el riesgo frente a la optimización de la PTL como un riesgo “casi improbable” y sobre el cual, los \$4.100 millones de pesos aportados por

la UAESP serían más que suficientes para optimizar la PTL, cosa que finalmente quedó demostrado que no fue así. Adujo que su obligación era de invertir no más de 50 millones de pesos.

Dicho lo anterior, CGR alegó la *“inexistencia de obligación contractual”* la cual sustentó en que la obligación cuyo incumplimiento pretendía la UAESP se derivaba del laudo arbitral del año 2018, que no del Contrato de Concesión No. 344 de 2010.

Alegó además la *“excepción contrato no cumplido”* con base en que la remuneración contractual para el componente de tratamiento de lixiviados había resultado insuficiente, lo cual configuraba un incumplimiento que imposibilitaba a CGR para realizar la optimización de la PTL. Reiteró que conforme a los documentos precontractuales la obligación de CGR en cuanto a la optimización del STL no podía ser mayor de 50 millones de pesos, lo que hace que esa obligación no sea exigible al Concesionario.

En cuanto a la *“fuerza mayor, imprevisión, nadie está obligado a lo imposible, inexistencia de nexo causal, alea extraordinaria y hechos y actos de las autoridades”* sostuvo que el valor actual de construcción de la planta de 89 mil millones de pesos supera el monto previsible, proporcional equitativo y razonable. De igual forma alegó que en un periodo de no más de 12 años se emitieron más de 6 normas ambientales diferentes, situación que alegó CGR como imprevisible pues los cambios en materia ambiental se dan cada 30 años normalmente.

En cuanto a la *“inexistencia de incumplimiento contractual – CGR Doña Juana cumplió”*, lo que sostuvo el Concesionario en sus alegatos fue que a

la fecha se ha mejorado sustancialmente el sistema de tratamiento de lixiviados, puesto que se ha reducido en gran medida la contaminación por carga orgánica del efluente, medida en términos de reducción de DQO y DBO. En suma, CGR alega haber cumplido con todos los requerimientos ambientales y regulatorios sobre el STL.

Ahora, la *“falta de colaboración de la UAESP”*, gravita básicamente en la no aceptación por parte de la UAESP del Plan de Cumplimiento del laudo arbitral del año 2018. En criterio del Concesionario, la falta de cumplimiento de la UAESP al deber de colaboración y a sus obligaciones derivadas de la ley, de administrar, coordinar y dirigir el contrato, han afectado el adecuado avance de la optimización de la PTL. Sostiene que *“pareciera que la UAESP y su interventoría quisieran que CGR Doña Juana avanzara en los diseños detallados para después obstaculizar y torpedear lo realizado”*.

Finalmente, en relación con la *“falta de daño e inexistencia de incumplimiento esencial”*, sostuvo el Concesionario que no ha existido ningún daño para la UAESP, no ha existido ningún daño para la operación y tampoco para con el medio ambiente. Sin daño no puede haber responsabilidad y mucho menos resolverse el contrato de tal complejidad como lo es el Contrato C - 344 de 2010.

1.1.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.1.3.1. La Competencia del Tribunal Arbitral Respecto de la Tercera Pretensión Subsidiaria de la Tercera Principal

Para empezar el Tribunal ratifica su competencia únicamente en lo que tiene que ver con la tercera pretensión subsidiaria de la tercera principal y

ratifica igualmente su incompetencia para decidir y conocer de las pretensiones tercera principal y primera y segunda subsidiarias de la tercera principal.

Sin perjuicio de lo anterior, y comoquiera que en sus alegaciones las partes han planteado argumentos relativos a cuestionar o defender la competencia de este Panel, se considera oportuno hacer unas breves consideraciones en relación con el ámbito de competencia de este Tribunal para decidir de fondo sobre los presuntos incumplimientos de la obligación de optimización del STL.

Al respecto vale la pena recordar que conforme al artículo 116 de nuestra Constitución Política, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la calidad de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho, en los términos que determine la ley.

En tal sentido, el arbitraje ha sido entendido por la jurisprudencia y la doctrina como un mecanismo alternativo de solución de conflictos que hunde sus raíces en el postulado de la autonomía de la voluntad de las partes, y en consecuencia en los principios de habilitación y voluntariedad.

Sobre estos principios, la Corte Constitucional ha señalado que:

*“La realización de funciones jurisdiccionales por los árbitros requiere por exigencia constitucional de la habilitación por las partes en conflicto para que puedan proferir, en cada caso en concreto, los fallos en derecho o en equidad en los términos legalmente establecidos; **lo que indica que para que sea procedente la utilización de este mecanismo en la misión esencial de administrar***

justicia por particulares investidos transitoriamente de dicha facultad, se requiere indefectiblemente del consentimiento o la habilitación por parte de aquellos que han optado por someter sus conflictos a la decisión arbitral. Debe darse a través de un acuerdo interpartes de escoger el mecanismo del arbitramento como el instrumento adecuado y competente para resolver sus diferencias, a causa de la espontánea y libre voluntad de someterse al proceso arbitral, a cambio del conocimiento de las mismas por la jurisdicción ordinaria.”⁴⁵⁸ . (Énfasis agregado).

En pronunciamiento posterior, esta misma Corte reiteró los principios de habilitación y voluntariedad como pilares del arbitraje al decir que:

“El arbitramento se rige por el principio de voluntariedad o habilitación, el cual establece como requisito sine qua non para su procedencia, que las partes hayan manifestado previa y libremente su intención de deferir a un grupo de particulares la solución de sus diferencias. Para la Corte, la celebración de dicho negocio supone no solamente la decisión de someter una determinada controversia a consideración de un grupo de particulares, en los cuales depositan su confianza de que la decisión que adopten – cualquiera que ella sea – se ajuste al orden constitucional y legal; sino también la obligación de acatarla plenamente”⁴⁵⁹.

En este sentido, los mencionados principios se concretan en la decisión libre y voluntaria de las partes de deferir la solución de sus controversias a la resolución de árbitros. Esta decisión se materializa a través de un pacto arbitral que puede revestir la modalidad de un compromiso o de una cláusula compromisoria (art. 3 L. 1563/12).

En el caso concreto, el Tribunal observa que el Contrato de Concesión C – 344 de 2010 contiene una cláusula compromisoria así:

⁴⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C – 242 de 1997. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara.

⁴⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia T – 511 de 2011. M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA NOVENA — CLAUSULA COMPROMISORIA:

En caso que las partes no se pongan de acuerdo sobre controversias surgidas con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del Contrato, acuerdan que estas controversias se resolverán por un Tribunal de Arbitramento el cual tendrá como sede de funcionamiento el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y en todos sus aspectos se regirá por la normatividad aplicable al mismo. Este Tribunal se sujetará a las siguientes reglas:

1. Estará integrado por tres (3) árbitros designados por las partes de común acuerdo. En caso de que no fuere posible, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes.

2. El Tribunal decidirá en derecho”.

Como se puede apreciar de la cláusula transcrita, las partes ajustaron una cláusula compromisoria en la cual habilitaron de manera amplia a los árbitros para conocer de controversias “surgidas con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación del Contrato”.

Esta habilitación permite al Tribunal conocer de toda clase de conflictos que hayan surgido durante la ejecución del Contrato, incluido claro está, cualquier controversia relativa al presunto incumplimiento de las obligaciones a cargo de las Partes.

Habiendo dicho lo anterior, corresponde entonces verificar el contenido de la tercera pretensión subsidiaria de la tercera principal, que aquí se analiza, para determinar si la misma encuadra o no dentro del ámbito de habilitación (competencia) otorgada por las Partes al presente Panel Arbitral. Veamos pues lo pretendido por la UAESP en su demanda de reconvención:

“TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL:

Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP incumplió la CLÁUSULA 3 LIXIVIADOS numeral 1- del contrato de Concesión C-344 de 2010 asociada a la optimización del sistema de tratamiento de lixiviados del Relleno Sanitario Doña Juana, asumiendo los costos de dichas actividades, descontando los CUATRO MIL CIEN MILLONES DE PESOS [\$4.100.000.000] entregados como aporte por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, para cumplir con lo dispuesto en la Resolución 631 de 2015 expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, o la norma ambiental aplicable según el diseño aprobado por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS tal como fue resuelto en el Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018, al no presentar los diseños de optimización del STL dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la condena novena del mencionado Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018. Una vez estos diseños de optimización fueran aprobados por parte de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP en un plazo de cinco (5) meses debió haber culminado las actividades de optimización.

De la lectura de la pretensión antes referida, observa el Tribunal que las controversias planteadas en la demanda de reconvención reformada, y sus excepciones, respecto a la optimización del STL corresponden a asuntos de carácter patrimonial y de libre disposición de las partes, razón por la cual el asunto tiene carácter arbitrable en los términos del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, que dispone que serán susceptibles de ser arbitradas todas las controversias relativas a “asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”.

Ahora bien, visto una vez más el *petitum* de la demanda de reconvención reformada, en el punto que ahora se analiza, para el Tribunal no queda duda que lo planteado por la UAESP corresponde únicamente a la declaratoria de incumplimiento por parte del Concesionario de una

obligación de naturaleza contractual, como lo es aquella contenida en el numeral 1 de la cláusula tercera sobre los lixiviados.

Así las cosas, para el Tribunal no es de recibo el argumento del Concesionario de que lo pretendido por la UAESP no corresponde a la declaratoria de incumplimiento de una obligación propia del Contrato de Concesión C – 344 de 2010, sino que lo pretendido es la mera ejecución de lo decidido en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018.

En efecto, el Tribunal se aparta de dicha interpretación en tanto que, independientemente de lo resuelto en el laudo del año 2018, lo cierto es que lo pretendido por la demandante en reconvención no corresponde a la ejecución de una decisión judicial, como lo hace ver el Concesionario, pues si bien es cierto el laudo del año 2018 impartió una condena al Concesionario en relación con el STL, ello lo único que hizo fue modular las condiciones de tiempo en que se debía cumplir la prestación a cargo de CGR, nada más.

Incluso a riesgo de ser reiterativos, advierte el Tribunal que lo pretendido por la UAESP es la declaratoria de incumplimiento por parte del Concesionario, que no la ejecución de una obligación o de una decisión judicial, ni está pidiendo en momento alguno que se libre mandamiento ejecutivo en los términos del artículo 430 del C.G.P.; muy por el contrario, de las cuestiones fácticas y jurídicas puestas en consideración del Tribunal, lo que se debate en este escenario es el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales de CGR entre el año 2018 y el día de hoy, asunto que a todas luces no se corresponde con la ejecución del laudo anterior, como equivocadamente lo aduce la demandada en reconvención.

Así las cosas, comoquiera que la controversia deferida a decisión del Panel Arbitral corresponde a un asunto de libre disposición de las partes y que es propio de la ejecución contractual (su incumplimiento), tema que hace parte de la habilitación conferida al Tribunal en la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Concesión C – 344 de 2010, el Tribunal ratificará su competencia para decidir de fondo las controversias relativas a la optimización del Sistema de Tratamiento de Lixiviados en el periodo comprendido entre la fecha ejecutoria del laudo arbitral del 27 de septiembre del año 2018 y la de expedición del presente laudo.

Ahora bien, desde el punto de vista de la arbitrabilidad subjetiva resulta evidente que tanto la UAESP como el Concesionario son sujetos signatarios del pacto arbitral, razón por la cual desde la óptica de los sujetos que intervienen en el presente litigio, el Tribunal sí tiene competencia para decidir con carácter vinculante para las Partes la controversia relativa a la optimización del Sistema de Tratamiento de Lixiviados en los precisos términos de la tercera pretensión subsidiaria de la tercera principal.

1.1.3.2. El Fondo de la Controversia

La pretensión tercera de la demanda de reconvención reformada tiene por objeto que se declare el incumplimiento del Concesionario respecto del contenido obligacional de la cláusula 3.1 sobre los lixiviados del Contrato de Concesión C – 344 de 2010, asociada a la optimización del STL del RSDJ.

La cláusula que la demandante en reconvención estima incumplida es del siguiente tenor:

“CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS. Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, **EL CONCESIONARIO** deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas.

SOBRE LOS LIXIVIADOS

1. Una vez se suscriba el Acta de Inicio, **EL CONCESIONARIO** entrará a operar el Sistema de Tratamiento de Lixiviados. Iniciada la operación del Sistema y antes de cuatro (4) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio en forma conjunta entre **EL CONCESIONARIO** y la **UAESP**, se evaluará para los caudales totales de lixiviados a tratar, si con las obras del plan de choque y las alternativas de proceso y condiciones de operación que proponga **EL CONCESIONARIO** y que eventualmente sugiera la **UAESP**, se logra el cumplimiento de los parámetros contenidos en las Resoluciones CAR 3358 de 1990, modificada por la 166 de 2008 y lo dispuesto en el Decreto 1594 de 1984 o en las normas y/o actos que los sustituyan o modifiquen y las que en adelante profieran las autoridades ambientales competentes.

Para esta evaluación **EL CONCESIONARIO deberá presentar dentro de los primeros tres (3) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio, un estudio que contenga su propuesta de optimización del proceso operativo y ambiental para el adecuado manejo, tratamiento y control de la totalidad de los lixiviados que se generan y generarán en el RSDJ,** teniendo en cuenta que no se podrá exceder la capacidad actual aprobada para los pondajes de almacenamiento de lixiviados, más la capacidad adicional que permita la ampliación del pondaje 7, de acuerdo con lo aprobado en los diseños de la Zona de Optimización Fase I.”

Vista los precisos términos de la cláusula, resulta claro que la obligación cuyo incumplimiento se deprecia, consistía en tratar la totalidad de lixiviados cumpliendo los parámetros impuestos en las normas ambientales aplicables, y presentar una propuesta para la optimización del proceso operativo y ambiental para el adecuado manejo, control y tratamiento de los lixiviados que se generasen con ocasión de la operación del RSDJ.

Pues bien, en línea con lo decidido por este Panel Arbitral frente a las pretensiones vigésima quinta y vigésima sexta de la demanda principal reformada, en donde se declaró la nulidad de la cláusula 2.8, y de algunos apartes de las cláusulas 2.9 y 3.1 del Contrato de Concesión C – 344 de 2010, por violación del deber de transparencia consagrado en el numeral 5 del artículo 24 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública⁴⁶⁰, en concordancia con lo previsto en el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007⁴⁶¹, en tanto los Pliegos de Condiciones contenía reglas que no eran objetivas, justas, claras y completas que permitieran a los proponentes la confección de ofrecimientos de la misma índole, además de contener el Contrato estipulaciones contentivas de ofrecimientos de extensión ilimitada al no haber estimado adecuadamente el valor del riesgo de optimización de la PTL.

Sin ánimo de incurrir en innecesarias repeticiones el Tribunal sólo manifestará que del análisis efectuado respecto del Pliego de Condiciones de la

⁴⁶⁰ **Ley 80 de 1993, Artículo 24. Del principio de transparencia.**

“En virtud de este principio:

(...)

5o. En los pliegos de condiciones:

- a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.*
- b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.*
- c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.*
- d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.*
- e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.*
- f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.*

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados. (...).”

⁴⁶¹ **Ley 1150 de 2007, Artículo 8.** De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones, y estudios previos. *Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna”.*

Licitación Pública No. 001 de 2010, que dio origen al Contrato objeto de este litigio, no se incluyeron reglas claras, completas, justas y objetivas, ni se definieron de forma precisa las condiciones de costo de los bienes, obras y servicios necesarios para la ejecución del objeto contractual, particularmente en lo que tiene que ver con la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados, lo que conllevó a la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada.

En concreto, sobre la optimización de la PTL, este Panel Arbitral observa que a partir del Pliego de Condiciones, sus Adendas, Apéndices, y demás documentos anexos no era posible estimar razonablemente el costo de las obras necesarias para adelantar dicha actividad, más aún cuando el estado real en que se entregó la PTL no correspondía con el que se había descrito en la Licitación. Ello implicó que en el Pliego de Condiciones -y posteriormente en el Contrato- se determinaran exenciones de responsabilidad derivadas de la información y documentos suministrados a los interesados, trasladando así al Concesionario el riesgo del costo de la optimización de la PTL en todo aquello que excediera los \$4.100.000 que aportaría como monto máximo la UAESP, sin importar cualquier otra consideración.

Así las cosas, como ya se explicó por el Tribunal al declarar la nulidad de la cláusula 2.8 y los respectivos apartes de las cláusulas 2.9 y 3.1 del Contrato, las circunstancias antes enunciadas hicieron que el objeto del Contrato, en lo que respecta a la optimización de la PTL dependiera de situaciones indefinidas o inciertas, como lo eran las condiciones reales en que se recibía la Planta una vez ejecutado el Plan de Choque por parte del anterior operador, el resultado de la evaluación conjunta que realizaran las Partes

para determinar las condiciones de operación y las necesidades de optimización y la incertidumbre sobre el costo de las obras necesarias para lograr dicha optimización, todo lo cual se estima violatorio del principio de transparencia consagrado en los artículos 24 de la Ley 80 de 1993 y 8 de la Ley 1150 de 2007.

En este sentido, comoquiera que la nulidad así declarada recae sobre aquellas estipulaciones que establecen la obligación de realizar la optimización del STL asumiendo todos los costos que excedan de \$4.100 millones de pesos, es evidente que, al ser nula la estipulación contractual de la que surge la obligación cuyo incumplimiento se demanda (cláusula 3.1 sobre los lixiviados), por sustracción de materia, no hay objeto sobre el cual pueda recaer pronunciamiento alguno en relación con el presunto incumplimiento de la cláusula 3.1 del Contrato. Por lo tanto, la tercera pretensión subsidiaria de tercera principal, y su consecuencial pretensión cuarta, serán desestimadas.

Finalmente, el Tribunal considera apropiado precisar, en relación con la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados, que los estudios allegados por CGR a la CRA para efectos de su solicitud de modificación de los costos de referencia en relación con las actividades de tratamiento de lixiviados incluyeron los costos de la optimización de la PTL, los cuales fueron tenidos en cuenta por la autoridad regulatoria para la definición de los nuevos costos de referencia, como consta en el texto de la mencionada Resolución. Lo anterior, aunado al acogimiento que ambas partes expresaron de manera voluntaria y por escrito a los términos y condiciones de dicho acto regulatorio⁴⁶² supone, en el entender del Tribunal, que no

⁴⁶² Aportada con la contestación a la demanda reformada.

obstante las decisiones que el Tribunal ha adoptado en este apartado del Laudo, las mismas formularon su manifestación de voluntad formal de incorporar al Contrato dichos términos y condiciones en relación con la optimización de la PTL.

1.2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA EN RELACIÓN CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE TRATAMIENTO INTEGRAL DE LIXIVIADOS Y VERTIMIENTOS

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“QUINTA PRETENSIÓN: *Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP incumplió las cláusulas 2 y 3 del Contrato de Concesión C-344 de 2010 y demás disposiciones que hacen parte integral del mismo, por no haber cumplido con las normas de vertimientos exigibles para el tratamiento integral de los lixiviados, en el periodo posterior a la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018.*

SEXTA PRETENSIÓN: *Como consecuencia de prosperidad de la QUINTA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993”.*

1.2.1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

1.2.1.1. La Demanda de Reconvención Reformada de la UAESP

Para la UAESP el Concesionario está obligado (cláusula 2.5 y cláusula 3.9 sobre los lixiviados) a realizar el tratamiento del 100% de los lixiviados que se

generen en la operación del RSDJ, garantizando el cumplimiento de la totalidad de las normas sobre vertimientos, para lo cual CGR debía realizar la optimización del STL (hecho 54 y 55).

Sostuvo la demandante en reconvención que en el numeral décimo primero de la parte resolutive del laudo arbitral del año 2018 se declaró el incumplimiento del Concesionario en relación con este mismo punto, y que pese a ello CGR está siendo remunerado por este concepto conforme a la Resolución CRA 843 de 2018 (hecho 56).

Según la UAESP, el Concesionario ha recibido la remuneración correspondiente vía tarifa y no ha cumplido con los estándares de calidad en cuanto a DBO y SST. Manifestó la entidad Concedente que otros de los indicadores están por encima de los niveles máximos permitidos por la regulación ambiental, tales como la DQO, nitrógeno total y cloruros (hechos 57 y 58).

Afirmó la UAESP, que con base en la muestra del 24 de enero de 2020 sólo 18 de los 55 parámetros regulados por la normatividad ambiental reportaron un cumplimiento de los límites permitidos, lo que sumado a un mayor caudal de lixiviados transitados por el STL (34 l/s) sin que se hubiesen hecho por parte del Concesionario las mejoras correspondientes al STL hace que haya una menor calidad de tratamiento de las mayores cantidades de lixiviados ingresadas a la PTL, por lo que los vertimientos están “*generando un impacto ambiental mucho mayor*” (hechos 59 y 60).

De igual forma, sostuvo la reconviniente que la Resolución CRA 843 de 2018 generó “incentivos perversos” por lo que “*CGR Doña Juana no tiene*

ninguna intención de cumplir el contrato” , lo que en su criterio es “razón suficiente para declarar terminado el contrato de concesión” (hecho 62).

1.2.1.2. La Contestación a la Demanda de Reconvención Reformada por parte del Concesionario

Por su parte, la convocada en reconvención se opuso a los hechos así enunciados por la UAESP. En primer término, hizo un recuento de las situaciones ocurridas a lo largo de la ejecución contractual alegando que *“no hay incumplimiento de CGR Doña Juana”* y que *“CGR ha cumplido a pesar de la UAESP, de la interventoría y de las demás causas”*.

En este recuento señaló que la PTL nunca ha contado con permiso de vertimientos pues nunca ha cumplido con los estándares y parámetros de vertimientos establecidos en la normatividad aplicable, y que ello se debe al *“actuar negligente e irresponsable de la UAESP”*.

Agregó que la PTL desde su construcción en 2003 nunca ha estado en capacidad de tratar el total de lixiviados generados en el RSDJ y que CGR Doña Juana ha tenido que operar una PTL que desde sus inicios ha tenido una *grave insuficiencia técnica* que la UAESP nunca informó al Concesionario, al punto que la PTL nunca alcanzó a tratar 21,5 l/s sino apenas 14 l/s, lo que *“incrementa los costos de operación y mantenimiento del sistema para garantizar el tratamiento de los correspondientes volúmenes adicionales, sino que también reduce la calidad del vertimiento”*. Adujo que todo esto era de conocimiento de la UAESP por lo que en estas condiciones era imposible cumplir con la totalidad de los parámetros exigidos en la normatividad ambiental.

También señaló que otro hecho determinante en relación con la calidad de los vertimientos eran los constantes cambios en las normas que regulan la materia lo que en su criterio ha generado incertidumbre *“durante la ejecución contractual a cargo de las diferentes autoridades ambientales”*, al punto que en un lapso de 10 años se han expedido 5 normas distintas por parte del Ministerio del Medio Ambiente, la CAR, la ANLA, y las autoridades ambientales locales. Sostuvo que con los cambios normativos se ha pasado de 24 a 55 parámetros a controlar.

Señaló que las nuevas exigencias *“implican reestructuración en el tratamiento y en la operación, todo lo cual implica tiempo y recursos”* por lo que exigir el inmediato cumplimiento una vez entra en vigencia una nueva norma *“es un desconocimiento de la regulación ambiental, una muestra de mala fe, una falta de colaboración y un garrafal desconocimiento de la legislación en servicios públicos”*.

De igual forma señaló que solo hasta el año 2019 hubo certeza por parte de la UAESP de la normativa aplicable en materia de vertimientos y que de inmediato en 2020 a través de la Resolución ANLA 1181 de 2020, dicha normatividad fue nuevamente modificada, advirtiendo que ya se encuentra adelantando la *“planeación, estudios y ejecución de obras complementarias correspondientes para su cumplimiento”*.

A todo ello, agregó, se le debe sumar *“la mala situación financiera que venía arrastrando el Concesionario por la indebida estructuración tarifaria”* que no es *“una cuestión que se subsana de la noche a la mañana”*, siendo el hecho más grave que la UAESP en la estructuración de la tarifa

contractual dejó por fuera de la fórmula del Costo de Tratamiento de Lixiviados (CTL) el valor del plan de obras e inversiones necesario para adecuar la PTL.

El Concesionario colige que *“los hechos esgrimidos en este capítulo guardan estrecha relación con la insuficiencia tarifaria que se presentó en esta actividad”* al no haberse incorporado recursos para ejecutar el plan de obras e inversiones que permitiera adecuar el STL.

Concluyó el Concesionario alegando que es equivocado jurídicamente acusar al Concesionario de incumplimiento contractual, pues *“todas las vicisitudes y obstáculos”* ocurridos en ejecución del Contrato han configurado las excepciones de contrato no cumplido por la UAESP, de fuerza mayor, de hecho de autoridad, imposibilidad material, *mora creditoris*, falta absoluta al deber de colaboración, principios de buena fe y de confianza legítima, *“que excluyen que CGR Doña Juana esté incurso en cualquier incumplimiento”*.

Cumplido el anterior recuento fáctico, CGR se pronunció sobre cada uno de los hechos de la demanda de reconvención. En cuanto a los hechos 55 y 56 sostuvo que no se trataba de hechos sino de *“aspectos que constan en documentos”* por lo que a su contenido literal se atenía.

En cuanto a la decisión adoptada en el laudo arbitral del año 2018 señaló que tampoco se trataba de un hecho como tal, pero agregó que la decisión del anterior tribunal se profirió sin conocimiento del nuevo marco tarifario autorizado por la CRA a finales del año 2018, lo que demuestra de por sí la insuficiencia tarifaria que existió entre el inicio del Contrato y la

expedición de la Resolución CRA No. 843 de 2018, por lo que aduce no existe incumplimiento alguno de su parte.

Señaló que *“en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 jamás analizó si el esquema tarifario fijado por la UAESP había tenido en cuenta los costos asociados al cumplimiento de todas las obligaciones y si en consecuencia era suficiente o no para atender la magnitud de las inversiones necesarias”*. Añadió que *“tampoco tuvo en cuenta el hecho de que no existía para ese momento certeza de cuál era la normativa aplicable”* ni pudo apreciar *“Los avances realizados por CGR a partir de la aplicación de la Resolución CRA 843 de 2018”*. Insistió en que no ha incumplido el Contrato y que incluso la nueva tarifa fijada en la Resolución CRA 843 de 2018 no cubre los costos actuales dado que hoy ya existe la Resolución ANLA 1181 de 2020, en tanto que la tarifa fijada en el año 2018 tuvo en cuenta fue la Resolución CAR 827 de 2015 (hecho 55 sic).

Agregó que no son ciertos los resultados indicados para la muestra de febrero de 2020 pues los indicadores estaban por debajo de las cifras señaladas por la UAESP y manifiesta que no es posible tomar en cuenta un único muestreo pues sus resultados no son confiables conforme a estándares internacionales. En cuanto a los demás parámetros (como pH, cloruros y DQO) señaló que el hecho hace un ejercicio de mala fe al combinar los parámetros más restrictivos de distintas resoluciones, e itera que un muestreo puntual no resulta confiable (hechos 57 y 58).

En punto de los resultados de la muestra del 24 de febrero de 2020 indicó que se trata de *“alegaciones del peculio del reconviniente”* e insiste en que se trata de *“mala fe procesal y contractual”* al comparar monitoreos

tomados en febrero de 2020 con una resolución que no estaba vigente para ese momento. Adicionó que en el último informe semestral de junio a diciembre de 2020 se informó a la UAESP y al Interventor que *“CGR Doña Juana cumplió con 32 parámetros de los 38 vigentes para ese momento”* y que algunos parámetros son de medición rápida y otros no, por lo que *“no es posible incluirlos dentro del informe mensual”*, por lo que el solo hecho de no entregar los resultados en el informe mensual no implica incumplimiento (hecho 59).

Manifestó que la PTL nunca ha estado en capacidad de operar la totalidad de lixiviados producidos en la operación del RSDJ y que la UAESP tenía conocimiento de esta circunstancia, la cual no fue informada oportunamente al Concesionario y que en todo caso los hechos relativos a la acción popular que cursa ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca datan de fechas anteriores a la operación del RSDJ por parte de CRG Doña Juana y que todo lo que se debate en dicho proceso es resultado de la negligencia de la UAESP (hechos 60 y 61).

Por lo demás, señaló que si la UAESP tiene alguna inconformidad respecto de la Resolución CRA 843 de 2018 debía alegarla por las vías procesales correspondientes, que no a través del presente arbitraje, pero que en todo caso lo que pretende la entidad Concedente es *“desviar la atención del Tribunal acerca de sus gravísimos incumplimientos”*.

Señaló que la sola expedición de la Resolución CRA 843 de 2018 no significa *“que los recursos para ejecutar las inversiones se fueran a recaudar en el mes siguiente”* y reiteró que el actual esquema de remuneración *“no está retribuyendo el tratamiento de la legislación vigente”*. El Concesionario

concluyó en este punto, que la situación de los vertimientos es resultado fundamentalmente del mal estado de la PTL (que no fue informado por la UAESP), los constantes cambios normativos que han incrementado los parámetros a controlar y por la mala estructuración e insuficiencia de las tarifas (hecho 62).

Ahora bien, en cuanto a la “*oposición a las pretensiones*” quinta y sexta de la demanda de reconvención reformada, el Concesionario manifestó que se oponía a ellas porque en su opinión no ha incumplido en momento alguno con las normas de vertimientos. Señaló que cumplió aún a pesar de la UAESP, de la Interventoría y las demás causas que debió afrontar en la ejecución del contrato y las dificultades económicas y financieras ocasionadas por la insuficiencia tarifaria.

Adujo que la capacidad de operación de la PTL siempre ha estado por debajo de los reales requerimientos del RSDJ y que si bien debía tratar 21,5 lts/s, su capacidad real es de apenas 14 lts/s, siendo la operación actual alcanza hasta los 23 lts/s, y que dicha situación era de conocimiento de la UAESP, la cual no lo advirtió en la Licitación Pública No. 001 de 2010, por lo que la baja capacidad de la PTL hacía “*imposible cumplir con la totalidad de los parámetros que exige la normatividad ambiental*”.

Otra circunstancia fue el cambio constante de la regulación. Al respecto, señaló que entre 2008 y 2015 se han expedido nuevas regulaciones en virtud de las cuales se pasó de controlar 24 parámetros iniciales a controlar 55 hoy en día.

Por último, sostuvo que CGR no ha incurrido en incumplimiento teniendo en

cuenta lo preceptuado en el artículo 1609 del Código Civil que establece que ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte. En este sentido, manifestó que ninguno de los incumplimientos que se le achaca por la UAESP son tales, sino que todos son *“efectos de una misma causa”* que es el *“sinnúmero de incumplimientos gravísimos de la UAESP de la ley y del contrato mismo, que han afectado de manera generalizada y severa las obligaciones a cargo del Concesionario desquiciando por completo la ejecución contractual”*.

1.2.2. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

1.2.2.1. Los Alegatos de Conclusión de la UAESP

A modo de resumen de lo dicho por la UAESP, se señaló en el escrito de alegatos conclusivos que bajo la tesis del Concesionario se afirmaba que se habían dado constantes cambios normativos en relación con los parámetros para el tratamiento de lixiviados y que la incertidumbre sobre la normatividad aplicable había dificultado su cumplimiento. En cambio, la UAESP sostuvo que, su posición se basaba en que en realidad no existían cambios normativos sustanciales, pues las normas proferidas por las autoridades competentes tan solo habían *“perseguido unificar los requisitos y/o parámetros ambientales exigidos”* y que la inexistencia de cambio en los parámetros fijados en las resoluciones estaba probado a través del dictamen de contradicción técnico de ACODAL.

Así mismo, señaló que la obligación del Concesionario en materia de cumplimiento de parámetros de vertimientos era una obligación de

resultado por lo que no resultaba serio que CGR pretendiera alegar que *“hacen lo que pueden”*.

En adición a lo anterior, sostuvo que la operación del RSDJ por parte de CGR ha causado *“serios daños ambientales, sociales y operativos”* que son objeto de investigaciones de carácter penal, disciplinario y fiscal, y que todo ello es consecuencia de la no optimización del STL por parte del Concesionario.

Por último señaló que los incentivos para el Concesionario son perversos pues está percibiendo la remuneración completa aún a pesar de incumplir los indicadores (parámetros) en materia de vertimientos, razón por la cual *“el Concesionario no tiene ningún incentivo para optimizar el sistema de tratamiento de lixiviados”*.

1.2.2.2. Los Alegatos del Concesionario

A modo de resumen, en sus alegatos de conclusión, CGR solicitó que se declarara la no prosperidad de las pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada toda vez que en su sentir (i) no ha incumplido el Contrato y (ii) porque el Concesionario ha cumplido a pesar de los múltiples incumplimientos de la UAESP y las demás *“vicisitudes presentadas durante la ejecución del Contrato”*.

El Concesionario planteó seis (6) argumentos de defensa puntuales en relación con la controversia sobre los vertimientos, a saber: la excepción de contrato no cumplido; hecho de tercero, fuerza mayor, nadie está obligado a lo imposible e imprevisión; riesgo no asignado; falta de prueba y falta de

daño.

Sobre la *“excepción de contrato no cumplido”* señaló que CGR siempre garantizó la prestación del servicio aún a pesar de los múltiples incumplimientos de la UAESP, entre los que relaciona una PTL con una capacidad de tratamiento menor a la anunciada, una producción de lixiviados mucho mayor a la anunciada, un plan de choque incompleto, una PTL en mal estado y una remuneración insuficiente por lo que concluyó que *“nada puede reprochársele a CGR Doña Juana quien pese a múltiples incumplimientos de la UAESP siempre ha sido un contratista diligente que ha garantizado la prestación del servicio”*.

En relación con el argumento *“hecho de tercero, fuerza mayor, nadie está obligado a lo imposible e imprevisión”* señaló que en un lapso de solo 12 años de concesión la normatividad en materia de calidad de vertimientos ha cambiado 6 veces afectando sustancialmente los parámetros de cumplimiento de los vertimientos. Lo anterior además de constituir un alea anormal ha generado incertidumbre jurídica de qué normativa es la que se debe cumplir lo que *“constituye un hecho imprevisible e irresistible para CGR Doña Juana e implica un imposible materialmente al cual nadie está obligado”*.

Dicho lo anterior, CGR expuso el *“riesgo no asignado”* lo cual sustentó en que la expedición de actos por parte de autoridades ambientales con nuevas exigencias en materia de vertimientos condujeron a que las actividades de optimización de la PTL *“aumentara de valor de forma ostensible”* lo que no constituye un riesgo asumido por CGR que no debe soportar.

Alegó además la *“falta de prueba”* con base en que la UAESP no había demostrado que el Concesionario estuviese incumpliendo la norma ambiental. Señaló que los nuevos parámetros establecidos por la Resolución ANLA 1181 de 2020 no alcanzan a ser informados por el laboratorio para la fecha de presentación del reporte de cumplimiento mensual, lo que no significa que CGR esté en incumplimiento sus obligaciones.

En cuanto a la *“inexistencia de incumplimiento contractual”* sostuvo que a la fecha se ha mejorado sustancialmente el STL, puesto que se ha reducido en gran medida la contaminación por carga orgánica del efluente, medida en términos de reducción de DQO y DBO.

Finalmente, en relación con la *“falta de daño”*, sostuvo el Concesionario que no ha existido ningún daño para la UAESP, no ha existido ningún daño para la operación del RSDJ y tampoco para con el medio ambiente y que el 100% de los lixiviados ha sido tratado. Por lo tanto, no puede resolverse el Contrato.

1.2.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La pretensión quinta de la demanda de reconvención reformada tiene por objeto que se declare el incumplimiento del Concesionario respecto del contenido obligacional de las cláusulas segunda y tercera del Contrato de Concesión C - 344 de 2010, asociadas al cumplimiento de normas de vertimiento de lixiviados con posterioridad a la ejecutoria del laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018.

Las estipulaciones contenidas en el Contrato de Concesión C - 344 de 2010,

relacionadas con el cumplimiento de normas de vertimientos en las cláusulas segunda y tercera, son del siguiente tenor:

“CLÁUSULA SEGUNDA - OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO: Además de las obligaciones que de manera general establece el Artículo 5° de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, **EL CONCESIONARIO** deberá cumplir las siguientes obligaciones generales: 1. **Realizar con autonomía técnica, administrativa, económica y financiera la Administración, Operación y Mantenimiento Integral del Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C- Colombia, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados,** con alternativas de aprovechamiento de los residuos que ingresen al RSDJ, provenientes del servicio ordinario de aseo; **todo lo anterior, de conformidad con los parámetros jurídicos, técnicos y financieros contenidos en el pliego de condiciones y sus anexos técnicos,** sin perjuicio de su obligación de coordinar actividades con los concesionarios de recolección, transporte, barrido y limpieza y con el concesionario de biogás y cualquier otro que se presente.

(...)

5. **Cumplir con todas las obligaciones previstas en la Licencia Ambiental** Resolución de la CAR 2133 de 2000, todas sus modificaciones, adiciones, complementaciones o sustituciones y aquellas que en adelante prefiera la Autoridad Ambiental competente. **Además, deberá acatar lo dispuesto en las normas ambientales vigentes, y las que las reformen, adicionen, complementen, modifiquen o sustituyan. Así como todos los actos administrativos proferidos por la CAR o la Autoridad Ambiental competente, que contemplen obligaciones ambientales inherentes a cualquiera de los componentes del RSDJ.**

(...)

7. Evaluar conjuntamente con la UAESP la funcionabilidad de la infraestructura recibida de la Planta de Lixiviados y de común acuerdo establecer, previo diseño a efectuar por el operador, sujeto a la aprobación de la UAESP y si es necesario, las obras adicionales necesarias para la optimización del tratamiento de la totalidad de los lixiviados que se producen, produzcan y almacenen en el Relleno Sanitario Doña Juana **en aras de garantizar el cumplimiento de la normatividad ambiental aplicable.**

(...)

9. Una vez se suscriba el Acta de Inicio, EL CONCESIONARIO entrará a operar el Sistema de Tratamiento de Lixiviados. Iniciada la operación del Sistema y antes de cuatro (4) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio, en forma conjunta entre **EL CONCESIONARIO** y la **UAESP**, se evaluará para los caudales totales de lixiviados a tratar, si con las obras del plan de choque y las alternativas de proceso y condiciones de operación que proponga **EL CONCESIONARIO** y que eventualmente sugiera la UAESP, se logra el cumplimiento de los parámetros contenidos en las Resoluciones CAR 3358 de 1990, modificada por la 166 de 2008 y lo dispuesto en el Decreto 1594 de 1984 o en las normas y/o actos que los sustituyan o modifiquen y las que en adelante profieran las autoridades ambientales competentes. Para esta evaluación **EL CONCESIONARIO** deberá presentar dentro de los primeros tres (3) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio un estudio que contenga su propuesta de optimización del proceso operativo y ambiental para el adecuado manejo, tratamiento y control de la totalidad de los lixiviados que se generan y generarán en el RSDJ teniendo en cuenta que no se podrá exceder la capacidad actual aprobada para los pondajes de almacenamiento de lixiviados, más la capacidad adicional que permita la ampliación del pondaje 7, de acuerdo con los diseños autorizados de la Zona de Optimización Fase I. Este estudio será la base para la determinación conjunta y podrá ser ajustada y/o modificado hasta que haya común acuerdo entre las partes. **No obstante, el Concesionario en el periodo de tiempo establecido para la determinación conjunta está obligado a operar el Sistema en las mejores condiciones ambientales y sanitarias posibles, lo que será vigilado por la UAESP.** Si de la determinación conjunta se define que no se requiere inversión adicional se deberá operar el Sistema de Tratamiento de Lixiviados a partir de la fecha en que esto se acuerde, fecha que no podrá exceder el primer día del quinto mes de la suscripción del Acta de Inicio, cumpliendo con la norma establecida por la Autoridad Ambiental. **En caso de requerirse de inversión adicional, el Sistema de Tratamiento de Lixiviados deberá a partir del primer día del octavo mes, cumplir con la totalidad de los parámetros exigidos por la Autoridad Ambiental. Desde las fechas establecidas, EL CONCESIONARIO está en la obligación de garantizar el vertimiento de lixiviados cumpliendo con la norma de vertimiento hacia los cuerpos de agua.**

(...)

18. Realizar los ajustes tecnológicos para optimizar la operación de RSDJ, de la planta actual de tratamiento de lixiviados, para tomar las previsiones pertinentes sobre seguridad y cumplimiento de las normas legales aplicables.

(...)

CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS. Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, **EL CONCESIONARIO** deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas.

(...)

SOBRE LOS LIXIVIADOS

1. Una vez se suscriba el Acta de Inicio, **EL CONCESIONARIO** entrará a operar el Sistema de Tratamiento de Lixiviados. Iniciada la operación del Sistema y antes de cuatro (4) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio, en forma conjunta entre **EL CONCESIONARIO** y la **UAESP**, se evaluará para los caudales totales de lixiviados a tratar, si con las obras del plan de choque y las alternativas de proceso y condiciones de operación que proponga **EL CONCESIONARIO** y que eventualmente sugiera la **UAESP**, se logra el cumplimiento de los parámetros contenidos en las Resoluciones CAR 3358 de 1990, modificada por la 166 de 2008 y lo dispuesto en el Decreto 1594 de 1984 o en las normas y/o actos que los sustituyan o modifiquen y las que en adelante profieran las autoridades ambientales competentes.

Para esta evaluación **EL CONCESIONARIO** deberá presentar dentro de los primeros tres (3) meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio, un estudio que contenga su propuesta de optimización del proceso operativo y ambiental para el adecuado manejo, tratamiento y control de la totalidad de los lixiviados que se generan y generarán en el RSDJ, teniendo en cuenta que no se podrá exceder la capacidad actual aprobada para los pondajes de almacenamiento de lixiviados, más la capacidad adicional que permita la ampliación del pondaje 7, de acuerdo con lo aprobado en los diseños de la Zona de Optimización Fase I.

Este estudio será la base para la determinación conjunta y podrá ser ajustado y/o modificado hasta que haya común acuerdo entre las partes. No obstante, **EL CONCESIONARIO** en el periodo de tiempo establecido para la determinación conjunta, está obligado a operar el Sistema con las mejores prácticas de ingeniería, sin disminuir la calidad del vertimiento realizado en los

tres (3) meses anteriores al recibo del Sistema.

Si de la determinación conjunta se define que no se requiere inversión adicional, se deberá operar el Sistema de Tratamiento de Lixiviados a partir de la fecha de la determinación cuya fecha máxima será hasta el primer día del quinto mes de la suscripción del Acta de Inicio, cumpliendo con la norma establecida por la Autoridad Ambiental.

En caso de requerirse de inversión adicional, el Sistema de Tratamiento de Lixiviados se deberá operar a partir del primer día del octavo mes, cumpliendo con la totalidad de los parámetros exigidos por la Autoridad Ambiental.

Desde las fechas establecidas, EL CONCESIONARIO está en la obligación de garantizar el vertimiento de lixiviados cumpliendo con la norma de vertimiento hacia los cuerpos de agua.

(...)

8. Asumir a partir de la entrega oficial del operador actual del STL y hasta la terminación de la presente Concesión, la operación integral del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, la cual está compuesta por la planta de tratamiento de lixiviados, las estructuras de regulación y pretratamiento de la planta actual, las que se construyan y las redes de conducción desde las estructuras de almacenamiento a la planta de tratamiento, dando cumplimiento a las obligaciones ambientales y las demás que le sean aplicables.

9. Realizar el vertimiento de los líquidos resultantes de tratar los lixiviados en el sitio que autorice la CAR, cumpliendo como mínimo las exigencias normativas del Decreto 1594 de 1984, y las de la Autoridad Ambiental - CAR, establecidas en la Resolución 3358 de 1990, y 166 de 2008 y aquellas normas que las complementen modifiquen o sustituyan.

10. Realizar en un plazo máximo de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la suscripción del acta de entrega del STL (Sistema de Tratamiento de Lixiviados), el diseño de la línea de conducción de lixiviados tratados desde la planta existente hasta el río Tunjuelo, que es el cuerpo de agua receptor del vertimiento de las aguas resultantes del tratamiento de los lixiviados, y de su estructura hidráulica de entrega y tramitar la obtención de los permisos y autorizaciones respectivos ante la autoridad competente, previa revisión y observaciones por parte de la UAESP

11, construir, en un plazo máximo de noventa (90) días calendario contados a partir de la obtención de los permisos y autorizaciones

respectivos de la autoridad competente, la estructura hidráulica y el sistema de conducción hasta el río Tunjuelo, de que trata la obligación anterior.

12. Realizar los análisis de laboratorio para garantizar la correcta operación de los sistemas de tratamiento, para estos análisis de autocontrol el concesionario puede operar el laboratorio del STL para evaluar las variables concernientes al tratamiento de lixiviados.

El laboratorio de referencia para la respectiva contramuestra será el que la UAESP elija de la lista de laboratorios debidamente acreditados de conformidad con la NTC 17025 de 2006 expedida por el ICONTEC seleccionados por la **UAESP**; el costo de los muestreos y análisis de autocontrol y de evaluación corren por cuenta del concesionario, teniendo en cuenta que son **verificaciones necesarias para establecer el cumplimiento de la normatividad de vertimientos**. La **UAESP** podrá tomar hasta una contramuestra por semana para analizar todos los parámetros incluidos en la Resolución CAR 166 de 2008 o aquella que la complemente o sustituya y verificar los resultados obtenidos por el Concesionario. Igualmente los análisis fisicoquímicos y demás análisis serán realizados semanalmente.

El concesionario deberá presentar a la **UAESP** un análisis fisicoquímico semanal del efluente del tratamiento de lixiviados que comprenda la totalidad de los parámetros requeridos por la autoridad ambiental, en la Resolución 166 de 2008, o la que la modifique, adicione o sustituya. La **UAESP** se reserva el derecho a realizar muestreos extraordinarios". (negrita y subrayado añadido a toda la cita).

A la luz de las estipulaciones contractuales citadas, resulta indudable que CGR Doña Juana debía operar y optimizar el STL, y que como parte de dicha operación se encontraba obligado a realizar el tratamiento de la totalidad de lixiviados generados y almacenados en el RSDJ, a fin de que los vertimientos que se hicieran al río Tunjuelo -afluente receptor-, cumplieran los parámetros exigidos por la normatividad ambiental.

Pues bien, al respecto el Tribunal encuentra probado que desde el inicio de ejecución del Contrato, la PTL no se encontraba en capacidad de tratar la

totalidad de los volúmenes de lixiviados producidos en el RSDJ lo que hacía que de contera la calidad de los vertimientos no se ajustara a las normas ambientales aplicables.

De ello da cuenta el dictamen pericial técnico aportado por CGR a cargo de la perito Martha Liliana Ramírez Monsalve, en el cual la perito señaló que la PTL tenía una capacidad de tratamiento de lixiviados de sólo 14 l/s y no de 21,5 l/s como se había señalado en la Licitación Pública No. 001 de 2010, lo que comportaba la necesidad de realizar inversiones en la optimización del STL para mejorar la calidad del vertimiento:

*“De acuerdo con información dispuesta para el equipo de peritaje técnico, **se pudo verificar que, desde el inicio del contrato 344 de 2010, la PTL no contaba con las características estipuladas por la UAESP en los pliegos de licitación 001 de 2010. Por ejemplo, el caudal de operación debía ser de 21.5 LPS, sin embargo, la PTL contaba con capacidad máxima de tratamiento de 14 LPS,** representando esto un 34% aproximadamente por debajo de lo establecido y existían deficiencias en los equipos entregados por STL para la PTL.*

***Así las cosas, el sistema requería inversiones para la optimización y mejoramiento de la calidad del vertimiento, teniendo en cuenta que este nunca ha contado con permiso por parte de la autoridad ambiental.** Sin embargo, los recursos recibidos hasta antes de la entrada en vigencia de la Resolución CRA 843 de 2018, no permitieron destinar recursos para asumir tales inversiones, por lo tanto, el concesionario CGR, hizo inversiones y operó hasta donde las condiciones financieras se lo permitieron”.*

En igual sentido, en el dictamen técnico de CGR se señala que la situación de incumplimiento de los parámetros de vertimientos se venía presentando desde tiempo atrás cuando la empresa STL S.A. E.S.P., tenía a su cargo la operación del RSDJ:

"13. Sírvase indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, ¿si los anteriores concesionarios cumplían con las normas de vertimientos y si realizaron actividades de optimización, actualización y mantenimiento de la planta?

Respuesta: **No. Respecto al cumplimiento de las normas de vertimiento, como se indicó en la pregunta anterior los parámetros no se cumplieron en el periodo de operación de STL (anterior y único operador) y por tal motivo el RSDJ nunca tuvo permiso de vertimiento.**

Adicionalmente; no se puede entrar a establecer la realidad de estos datos, dado que se puso en duda tanto por la UAESP como por la interventoría el punto de monitoreo realizado, tal como consta en la denuncia interpuesta por la directora del momento (Anexo 18.0_15.24).

(...)

24. Sírvase indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, experiencia y conocimiento en la materia, ¿si la PTL cuando fue entregada a CGR cumplía con la normatividad vigente en la Resolución CAR 166 de 2008?

Respuesta: No. La PTL cuando fue entregada a CGR no cumplía con la normatividad vigente para el año 2010, la cual correspondía a la resolución CAR 166 de 2008, por este motivo la PTL nunca tuvo permiso de vertimientos para el RSDJ.

Adicionalmente, se evaluaron los parámetros reportados por STL para el año 2009 (Anexo 18.0_14.21), en donde de 23 parámetros que exigía la resolución CAR 166 de 2009, se incumplían cinco (5), es decir el 22%, tal como se evidencia en la siguiente tabla:

(...)

"25. Sírvase indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, experiencia y conocimiento en la materia, ¿si el estado de la PTL y su capacidad de tratamiento ha afectado el cumplimiento de la normatividad ambiental aplicable?

Respuesta: **Si. Como se ha demostrado en respuestas anteriores, el estado deficitario de la PTL en términos de capacidad ha**

impedido directamente el cumplimiento de la normativa ambiental, teniendo en cuenta que la carga contaminante a remover se incrementa de forma proporcional con el aumento en la generación de lixiviado. Adicionalmente, vale la pena aclarar que para el caso del RSDJ, el vertimiento del RSDJ nunca ha contado con permiso de vertimientos, es decir que aun cuando la PTL inició la operación en el año 2002, no se dio cumplimiento a los parámetros de vertimiento, razón por la cual nunca tuvo permiso de vertimiento.

Vale la pena recordar que, la capacidad de tratamiento está relacionada con la cantidad de lixiviado que puede entrar a una unidad en determinado tiempo, y el tiempo que ese lixiviado debe permanecer en la unidad para garantizar la remoción de contaminantes para la cual fue diseñada (tiempo de retención hidráulica), por tal motivo si la PTL y las unidades que la conforman no cuentan con la capacidad suficiente y el caudal de lixiviado generado es superior al caudal que puede tratar el sistema, los tiempos de retención van a ser disminuidos, así como también la eficiencia de remoción de contaminantes."

De lo anterior, no cabe duda de que los parámetros de vertimientos venían siendo incumplidos incluso antes de que se celebrara el Contrato C – 344 de 2010.

Ahora bien, observa el Tribunal que la optimización de la Planta de Tratamiento de Lixiviados era una condición previa y necesaria para garantizar el cumplimiento de la normatividad ambiental aplicable en materia de parámetros de vertimientos. En efecto, las cláusulas 2.7, 2.8, 2.9 y 3.1 del Contrato dan cuenta que el objetivo de la optimización de la PTL era "garantizar el cumplimiento de la normatividad ambiental aplicable" y "garantizar el vertimiento de lixiviados cumpliendo con la norma de vertimiento hacia los cuerpos de agua".

Este aserto es verificado técnicamente a partir del dictamen pericial técnico de CGR, en el cual sobre la optimización se señaló lo siguiente:

“1. Sírvasse indicar, de acuerdo con su experiencia y conocimiento en la materia, ¿en qué consiste la optimización de una planta de tratamiento de lixiviados?”

Respuesta: Un sistema de tratamiento corresponde a los procesos físicos, térmicos, químicos o biológicos, incluida la separación, que cambian las características de los residuos para reducir su volumen o peligrosidad, facilitar su manipulación o incrementar su valorización².

La optimización de un sistema de tratamiento de aguas residuales (lixiviados), consiste en ejecutar todos los cambios técnicos, de diseño y operativos que logren subsanar deficiencias identificadas que puedan afectar la calidad del efluente, también se da en caso de pretender mejorar la calidad del efluente o como resultado de las inspecciones de los planes preventivos y de mejora.

(...)

6. Sírvasse indicar, de acuerdo con su experiencia y conocimiento en la materia, ¿existe alguna relación entre la normatividad de vertimientos y la Optimización de la PTL?

Respuesta: Si hay relación, dado que la norma de vertimientos establece los objetivos de calidad del efluente de tal manera que se genere el menor impacto al ambiente.

Con el caudal, las características de los lixiviados a tratar y los criterios de calidad del vertimiento establecidos por la norma a cumplir, se determinan los porcentajes de remoción que se requieren para cada parámetro y con ello se establece el tipo de tratamiento y los requerimientos hidráulicos y de cada unidad del proceso.

Así mismo, conforme lo establece el Reglamento Técnico del

sector de agua potable y saneamiento básico RAS 2000 establece en su numeral E.4.6.3.12 Metodología de diseño:

“El diseñador debe utilizar una metodología racional de diseño que garantice los objetivos de calidad del tratamiento, minimice los impactos ambientales y provea robustez al proceso bajo las condiciones de operación”

Teniendo en cuenta que los objetivos de calidad del tratamiento se traducen en los límites máximos permitidos por la norma, se concluye que definir estos estándares a través de la norma aplicable es indispensable para proponer el desarrollo del diseño de la optimización de la PTL del RSDJ”. (subrayado y negrita fuera del texto original).

Lo planteado en el dictamen técnico de CGR sobre la inescindible relación de conexidad entre la obligación de optimización y de cumplimiento de parámetros de vertimientos también es explicada en el dictamen pericial técnico de contradicción presentado por la UAESP y que estuvo a cargo de ACODAL, siendo la primera de sus conclusiones sobre el punto de la optimización de la PTL que:

“CONCLUSIONES

Según la documentación allegada y analizada por estos peritos se concluye lo siguiente: 1. Las condiciones en las que se entregó el STL por parte de la UAESP a CGR DJ en el año 2010 requerían la ejecución de adecuaciones y mejoras para ser optimizado el proceso de tratamiento de los lixiviados con miras a cumplir los parámetros de vertimiento exigidos en las normas ambientales aplicables al RSDJ”.

Así, de los medios suasorios arimados al plenario, resulta evidente para el Tribunal que la optimización de la PTL era una *conditio sine qua non*, para asegurar el cumplimiento de los parámetros de vertimientos.

En este orden de ideas, al declararse la nulidad de las cláusulas 2.9 y 3.1 que imponían al Concesionario la obligación de realizar la optimización de la PTL para “*garantizar el vertimiento de lixiviados cumpliendo con la norma de vertimiento hacia los cuerpos de agua*”, y existiendo una inescindible relación de conexidad entre aquella y la obligación de cumplir con los parámetros de vertimientos, mal podría declararse el incumplimiento en contra de CGR respecto del contenido obligacional de las cláusulas 2.5 y 3.9, pues ellas sólo le resultarían exigibles en el evento de que estuviera en el deber de realizar la obligación de optimización de la PTL, que como ya se dijo será declarada nula por infracción del principio de transparencia contemplado en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007.

Lo anterior no significa que el Concesionario no esté en el deber de cumplir con las obligaciones previstas en la Licencia Ambiental o en las demás disposiciones que profieran las autoridades ambientales competentes, mucho menos que no deba realizar todas las actividades y esfuerzos que en virtud de la naturaleza del Contrato y de la buena fe contractual, deba ejecutar para lograr el mejoramiento del vertimiento de los lixiviados tratados en la operación del RSDJ, sino que simplemente significa que no se lo podrá declarar incumplido por una obligación que sólo podría cumplir si se hubiese realizado la optimización de la PTL, a la cual no está obligado.

Por las razones expuestas, el Tribunal desestimaré la pretensión quinta de la demanda de reconvención reformada y su consecuencial pretensión sexta.

1.3. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CONTROL DE BROTES Y DERRAMES DE LIXIVIADOS

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“SÉPTIMA PRETENSIÓN: *Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP incumplió la Cláusula 3. Obligaciones Específicas, sobre los lixiviados, el numeral 2, numeral 4 del Contrato de Concesión 344 de 2010; numeral 21 de artículo 21 de la Resolución 724 de 2010; demás disposiciones que hacen parte integral del contrato, por no haber cumplido con el control integral de los brotes y derrames de lixiviados al no realizar la captación y transporte de los mismos, no haber realizado el mantenimiento del sistema de conducción de lixiviados.*

OCTAVA PRETENSIÓN *Como consecuencia de la prosperidad de la SÉPTIMA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.”*

1.3.1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

1.3.1.1. La Demanda de Reconvención Reformada

En el capítulo de hechos de su escrito de demanda de reconvención reformada, la UAESP comienza haciendo una relación de algunas disposiciones contractuales y del Manual de Operación del RSDJ relativas al tratamiento y control de brotes y derrames de lixiviados (hechos 63 y 64).

Manifestó la UAESP en los hechos de su escrito petitorio que el Concesionario

ha incumplido con sus obligaciones de control de brotes y derrames de lixiviados y que no ha realizado los mantenimientos tendientes a evitar brotes, razón por la cual se suscribió el Plan de Cumplimiento del laudo arbitral del año 2018, en el cual se incluía un capítulo dedicado al manejo de lixiviados, brotes y derrames (hechos 65 y 66).

Sostuvo que CGR presentó un cronograma para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, cuya fecha máxima era el 15 de febrero de 2019, pero que no obstante lo anterior, el Concesionario no dio cumplimiento a lo acordado en el referido cronograma (hechos 67, 68 y 69).

Insistió la demandante en reconvención en que el Concesionario *“no ha realizado la implementación de las acciones técnicas o correctivas pertinentes que garanticen la cesación de los brotes y derrames al día 15 de febrero de 2020”* y que incluso conforme a reportes de Interventoría del 3 de marzo y 1 de mayo de 2020, persistían aún algunos de los brotes y derrames que debía haber atendido (hechos 70, 71 y 72).

Añadió que *“son múltiples los requerimientos del interventor por el rebosamiento de lixiviados y brotes”* los cuales quedan empozados sobre terreno natural *“y alcanzando por escorrentía el cuerpo de agua superficial del Río Tunjuelo”*, lo que es una demostración de la *“indebida operación del concesionario, así como del incumplimiento de las obligaciones y el compromiso adquirido”* por CGR (hechos 73 y 74).

1.3.1.2. La Contestación a la Demanda de Reconvención Reformada por Parte del Concesionario

Por su parte, la convocada en reconvención comenzó haciendo un recuento fáctico de la ejecución contractual, alegando de inicio que *“no*

hay incumplimiento de CGR Doña Juana. CGR no incumplió, por el contrario, ha hecho todo lo que ha estado a su alcance y mucho más”.

Sostuvo que muy a pesar de la situación financiera del Concesionario derivada de la insuficiencia tarifaria, CGR ha realizado la recolección, transporte y mantenimiento de la totalidad de los lixiviados generados y almacenados en el RSDJ, y que se ha realizado los mantenimientos preventivos de la línea de conducción, realizando los mantenimientos correctivos cuando ha sido necesario.

Señaló que para el segundo semestre del año 2020, CGR invirtió más de 961 horas de mantenimiento de la línea de conducción de lixiviados. También relacionó otra serie de actividades como la construcción de nuevos pozos, cambio de tubería, instalación de nuevas cajas de inspección, etc.

Agregó que *“no cabe duda entonces, que CGR Doña Juana ha mantenido en buen estado, reparado y cambiado todos los equipos necesarios del STL para la correcta conducción, almacenamiento y tratamiento de los lixiviados”* no obstante lo cual *“la presencia de brotes y derrames de tratamientos de lixiviados son una posibilidad en todos los rellenos sanitarios”.*

Concluyó su recuento fáctico diciendo que *las pocas contingencias que se han presentado han sido atendidas de forma inmediata”* lo que ha permitido controlar los derrames que se han presentado.

Luego de lo anterior, el Concesionario pasó a pronunciarse en relación con cada uno de los hechos de la demanda de reconvención reformada indicando que la transcripción de normas hecha por la UAESP *“constan en*

documentos a cuyo contenido literal y completo" se atenía (hechos 63 y 64).

En cuanto a la alegación de presuntos incumplimientos sostuvo que no era cierto y que por el contrario, el Concesionario *"ha cumplido a cabalidad con su obligación de captar, transportar y tratar la totalidad de los lixiviados que se generan en las masas de residuos del relleno"*, habiendo realizado además numerosas obras de reparación y mantenimiento. Sobre el plan de cumplimiento del laudo del año 2018 señaló que era cierto, sin embargo *"me remito a su texto completo y a la valoración integral de las circunstancias"* (hechos 65 y 66).

Sobre el cronograma señaló que era cierto, pero por tratarse de un documento a su contenido se estaría; sin embargo precisó que *"todos los brotes de lixiviados que ocasionalmente se han presentado en el relleno sanitario Doña Juana han sido atendidos y se han tomado medidas de fondo"* para evitar nuevos rebrotes (hechos 67 y 68).

Sobre los reportes de interventoría y las comunicaciones del 3 de marzo y 1 de mayo de 2020 sostuvo que no le constan dichas comunicaciones pero que en todo caso, el Concesionario ha atendido todos los brotes, incluidos los 17 eventos que ya *"fueron subsanados"* (hechos 69, 70, 71 y 72).

Frente al evento de diciembre de 2020 que fue reseñado como rebosamiento y brote de lixiviados, señaló el Concesionario que esos eventos son normales en la operación de cualquier relleno sanitario, pero manifestó que de cualquier manera, dicho evento había sido oportunamente atendido, y manifestó que las alegaciones de la UAESP sobre supuesta

indebida operación del Concesionario no era un hecho sino una afirmación subjetiva que no era cierta (hechos 73 y 74).

De otra parte, en cuanto al acápite de “*oposición a las pretensiones*”, frente a la séptima y octava de la demanda de reconvención reformada, el Concesionario fincó su oposición alegando que no existía incumplimiento en tanto ha ejecutado el transporte y tratamiento de la totalidad de los lixiviados generados y almacenados en el relleno, aún a pesar de la insuficiencia tarifaria ocurrida en la mayor parte de ejecución contractual.

Señaló contar con un cronograma de mantenimiento anual al sistema de conducción y tratamiento de lixiviados con base en el cual se efectúa el mantenimiento preventivo correspondiente.

Manifestó que, además, se oponía a las pretensiones por cuanto el Concesionario sí ha cumplido con sus obligaciones, por lo que al no existir incumplimiento no tiene aplicación el artículo 1546 del Código Civil (condición resolutoria tácita). Además, a la luz del artículo 1609 ibidem no existe incumplimiento cuando la UAESP ha incumplido a su vez el contrato (*exceptio non adimpleti contractus*). Manifestó que ninguno de los incumplimientos que le achaca la UAESP son tales, sino que todos son “*efectos de una misma causa*” que es el “*sinnúmero de incumplimientos gravísimos de la UAESP de la ley y del contrato mismo, que han afectado de manera generalizada y severa las obligaciones a cargo del Concesionario desquiciando por completo la ejecución contractual*”.

1.3.2. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

1.3.2.1. Los Alegatos de Conclusión de la UAESP

A modo de resumen, en sus alegatos de conclusión, la UAESP comenzó señalando que la tesis de CGR consistía en afirmar que había dado cabal cumplimiento a sus obligaciones. Sin embargo, la UAESP desde su posición sostiene que el Concesionario no ha cumplido con su obligación de captar, transportar ni tratar los lixiviados que se generan en las masas de residuos del RSDJ y en especial los generados en el domo de optimización Fase I, Zona VII y Fase II y que tampoco se han realizado las obras y mantenimientos tendientes a evitar brotes y derrames de lixiviados.

Como prueba de lo anterior la UAESP citó el plan de cumplimiento del 30 de diciembre de 2019 donde todas las situaciones de brotes y derrames tenían que estar solucionadas a más tardar el 15 de febrero de 2020, sin embargo en comunicación de la interventoría del 3 de marzo de 2020 se señaló que aún persistían los brotes identificados como 1, 4, 6, 8 y 11 del listado de 17 brotes y derrames pendientes de solución.

Como otra prueba del supuesto incumplimiento del Concesionario expuso la comunicación de la Interventoría UTIDJ- 202007914 del 3 de julio de 2020. En relación con las cajas 54 a 64 señaló que existían derrames y que incluso se corría el riesgo de generar un impacto grave a los factores bióticos y abióticos.

Agregó que en visita al RSDJ del 20 de agosto de 2020 a la Fase 1 también se evidenció un derrame de lixiviados sobre la vía de acceso sin ningún tipo

de manejo. Manifestó que lo propio sucedía con la zona de Berna 3. Señaló que en la zona 2 área 3 se identificó un derrame de lixiviados que alcanzó por medio del sistema de escorrentías el cuerpo de agua superficial del río Tunjuelo.

En cuanto al dictamen pericial de contradicción, sostuvo que en el dictamen de ACODAL si bien se dio cuenta de que CGR tiene un plan preventivo y correctivo de derrames y brotes, el mismo no se ha implementado oportunamente por decisiones netamente financieras y no técnicas.

De igual forma, la UAESP puso en contraste el testimonio del señor Carlos Niño quien dijo que los brotes son muy esporádicos y fáciles de controlar con el testimonio de José Alberto Estrada quien sostuvo que el nivel de brotes que han aparecido en los últimos años en el RSDJ están por fuera de los parámetros normales, lo cual pretendió sustentar con el dictamen de ACODAL en donde se relaciona un reporte promedio de casos mensuales en 2020 de 37 eventos y de 20 eventos en el primer trimestre de 2021.

1.3.2.2. Los Alegatos del Concesionario

A modo de resumen, en sus alegatos de conclusión CGR señaló que conforme a comunicación de la Interventoría UTIDJ-2020081156, se había probado que los 17 brotes alegados por la UAESP ya habían sido atendidos. Además, que la aparición de brotes y derrames es normal en la operación de cualquier relleno sanitario y que en la operación del RSDJ es imposible evitar la aparición de brotes y derrames de lixiviados.

En adición a lo anterior, el Concesionario planteó cuatro (4) argumentos puntuales en relación con la controversia sobre el control integral de los brotes y derrames de lixiviados, a saber: la inexistencia de incumplimiento contractual; excepción de contrato no cumplido; nadie está obligado a lo imposible e inexistencia de incumplimiento esencial.

Sobre la *“inexistencia de incumplimiento contractual”*, CGR sostuvo que no ha incumplido. Señaló que el Concesionario ha cumplido a cabalidad con su obligación de captar, transportar y tratar la totalidad de los lixiviados que se generan en las masas de residuos del relleno sanitario Doña Juana. Así como también ha ejecutado numerosas obras y mantenimientos tendientes a evitar brotes y derrames de lixiviados, como lo dictaminaron los peritos técnicos.

Ahora bien, ello no quiere decir que no se hayan presentado algunos eventos de brotes y derrames de lixiviados. Sin embargo, el hecho de que se presenten brotes y derrames de lixiviado no responde a una operación deficiente dentro del relleno sanitario, sino que es un evento inherente a la operación de cualquier sitio de disposición final de residuos sólidos.

Además, señaló que los 17 brotes fueron atendidos y sostuvo que si CGR no hubiese realizado el mantenimiento a las líneas de conducción y no hubiese atendido todos los brotes y derrames de lixiviados presentado en el RSDJ, la autoridad ambiental hubiera impuesto sanciones e incluso hubiese cerrado el RSDJ, cosa que nunca ocurrió.

En relación con el argumento de *“excepción de contrato no cumplido”* manifestó que la deficiente remuneración para la actividad de tratamiento

de lixiviados desde el inicio del Contrato de Concesión C - 344 de 2010 no ha permitido cubrir todos los costos, gastos e inversiones que demandaba la operación del RSDJ; por lo que al no haber sido suficiente la remuneración mal *“puede tildarse de incumplido”* a CGR.

El Concesionario además alegó que *“nadie está obligado a lo imposible”* lo cual sustentó que contractualmente CGR debía realizar el mantenimiento a las líneas de conducción y captar, transportar y tratar la totalidad de lixiviados generados en el RSDJ, sin que exista en el Reglamento Técnico, ni en el Contrato de Concesión C - 344 de 2010 una obligación del Concesionario de que no se presenten brotes y derrames de lixiviados.

En cuanto a la *“inexistencia de incumplimiento esencial”* sostuvo que al no ser una obligación esencial del Contrato no se puede declarar su terminación.

1.3.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La pretensión séptima de la demanda de reconvención reformada está relacionada con el supuesto incumplimiento de la obligación de (i) realizar el control integral de los brotes y derrames de lixiviados por no realizar la captación y transporte de estos y (ii) por no haber realizado el mantenimiento del sistema de conducción.

Al respecto, la demandante en reconvención alegó como incumplidas las cláusulas segunda y tercera del Contrato de Concesión C – 344 de 2010, así como la Resolución 724 de 2010 (particularmente el numeral 21 del artículo

21), razón por la cual, el Panel Arbitral considera pertinente citar las disposiciones contractuales que la UAESP estima incumplidas, a fin de precisar cuál es el contenido obligacional que aquí se debate:

“CLÁUSULA SEGUNDA - OBLIGACIONES GENERALES DEL

CONCESIONARIO: Además de las obligaciones que de manera general establece el Artículo 5° de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, **EL CONCESIONARIO** deberá cumplir las siguientes obligaciones generales: 1. **Realizar con autonomía técnica, administrativa, económica y financiera la Administración, Operación y Mantenimiento Integral del Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C - Colombia, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados,** con alternativas de aprovechamiento de los residuos que ingresen al RSDJ, provenientes del servicio ordinario de aseo; todo lo anterior, de conformidad con los parámetros jurídicos, técnicos y financieros contenidos en el pliego de condiciones y sus anexos técnicos, sin perjuicio de su obligación de coordinar actividades con los concesionarios de recolección, transporte, barrido y limpieza y con el concesionario de biogás y cualquier otro que se presente.

(...)

13. Adecuar, construir y mantener todas las instalaciones que se requieran y las obras existentes necesarias para la correcta administración, operación y mantenimiento del RSDJ, que no hayan sido asignadas a otros contratistas. Las obras e instalaciones comprenden las siguientes: (...) - Redes de captación, transporte y estructuras de almacenamiento temporal de lixiviados asociadas con la estabilidad y seguridad del RSDJ y de la operación de disposición final.

(...)

39. Dar cabal cumplimiento al Reglamento Técnico del Relleno Sanitario doña Juana -RSDJ, adoptado mediante Decreto 608 de 1994, el cual se presenta en el Apéndice 3, o al documento que lo sustituya, modifique o adicione, de conformidad con el Decreto Distrital 504 del 31 de octubre de 2007.

(...)

CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS. Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, **EL**

CONCESIONARIO deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas.

(...)

SOBRE LOS LIXIVIADOS

2. Captar, transportar y tratar la totalidad de los lixiviados generados y almacenados en el RSDJ, así como de los condensados extraídos de la masa de residuos dentro del proceso de extracción y tratamiento del Biogás.

3. Reemplazar y/o reponer los tramos de conducción de lixiviados que estén operando en condiciones deficientes".

Sobre el incumplimiento de las cláusulas segunda y tercera del Contrato, en punto de realizar el control integral de los brotes y derrames de lixiviados por no realizar la captación y transporte de lixiviados por no haber realizado el mantenimiento del sistema de conducción de lixiviados, el Tribunal encuentra que los 17 eventos cuyo incumplimiento alegó la UAESP en su escrito de demanda de reconvención han sido ya subsanados, por lo que de entrada advierte que desestimará las pretensiones séptima y octava de la demanda de reconvención reformada.

Lo primero que ha de mencionar este Panel, es que está probado que la aparición de brotes de lixiviados es un hecho común y normal, asociado a la operación del RSDJ -y de cualquier otro relleno-. Al respecto, los testimonios de los Ingenieros Niño y Estrada, así lo demuestran.

En su declaración testimonial el señor Carlos Javier Niño señaló:

"DR. CHEMÁS: [02:46:25] Bien, le voy a hacer preguntas ahora sobre brotes y derrame de lixiviados, ¿qué es un brote y un derrame de lixiviados, ingeniero Niño?

SR. NIÑO: [02:46:38] Okey. Un brote de lixiviados es una surgencia, por decirlo así, de lixiviados en un punto de la masa de residuos, generalmente se presentan en los taludes o donde hay un cambio de pendiente, entonces, por ejemplo, hay un talud y hay una

berma, ahí va a haber un brote de lixiviados y **los brotes de lixiviados son unas manifestaciones que son completamente normales en un relleno**, tan normales son en un relleno que cuando se hace un diseño del relleno sanitario y se entrega a la autoridad ambiental, la interventoría, la UAESP a todo el mundo, el paquete de diseño, hay un plano que se llama red de manejo de brotes, porque los brotes de lixiviados es algo que pasara en Doña Juana y pasa en cualquier relleno"⁴⁶³.

A su vez, el señor José Alberto Estrada sostuvo:

"DR. JIMÉNEZ:[01:17:47] Sabe usted o conoce en su labor de interventor, si se han presentado brotes de lixiviados al interior del relleno sanitario?

SR. ESTRADA:[01:17:59] Sí señor, se han presentado y varios de ellos se han corregido. **Pero sí, ha sido una situación bastante recurrente.**

DR. JIMÉNEZ:[01:18:09] Qué es un brote de lixiviados?

SR. ESTRADA:[01:18:12] Sencillo, el agua sale por donde puede. Entonces, en la medida en que el agua no tiene, digamos, los sistemas de drenaje estén operando inapropiadamente al interior de la masa de relleno, busca dónde salir y es como nace un spring, nace un brote.

DR. JIMÉNEZ: [01:18:37] Ahora le pregunto, es normal la frecuencia con la que se presentan esos brotes al interior del Relleno Sanitario Doña Juana?

SR. ESTRADA: [01:18:42] No, o sea, respecto a los años anteriores y cuando a mí me consta desde el año 2003 en el relleno, sí se presentan brotes, pero no con la magnitud y el número de los últimos años"⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Transcripción de la declaración testimonial del ingeniero Carlos Javier Niño, que puede ser consultada en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAC1NoH-IFi96yALuOWTtQdYa/Pruebas/Transcripciones?dl=0&preview=2021+11+16-119557+Carlos+Javier+Ni%C3%B1o+B..docx&subfolder_nav_tracking=1.

⁴⁶⁴ Transcripción de la diligencia de testimonio, que puede ser consultada en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAC1NoH-IFi96yALuOWTtQdYa/Pruebas/Transcripciones?dl=0&preview=25+01+2022+JOS%C3%89+ALBERTO+ESTRADA.docx&subfolder_nav_tracking=1. Transcripción de la diligencia de testimonio, que puede ser consultada en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAC1NoH-IFi96yALuOWTtQdYa/Pruebas/Transcripciones?dl=0&preview=25+01+2022+JOS%C3%89+ALBERTO+ESTRADA.docx&subfolder_nav_tracking=1.

Lo segundo que ha de mencionar este Panel Arbitral, es que con ocasión del laudo arbitral del año 2018, las Partes suscribieron el denominado “Plan de Cumplimiento”, en el cual se señaló lo siguiente⁴⁶⁵:

“3. Manejo de Lixiviados – Brotes y derrames.

*El concesionario CGR Doña Juana junto con la Interventoría UT Inter DJ realizó recorrido el día 22 de noviembre, con el fin de determinar los puntos de brotes y derrames de Lixiviado, información necesaria y básica para establecer un plan de trabajo de control de brotes y derrames, los puntos a intervenir quedaron registrados en el acta de reunión del recorrido realizado. Por lo anterior una vez revisada la información que se obtuvo en dicho recorrido, CGR se compromete a solucionar todos los puntos observados, con la implementación de las acciones técnicas o correctivas pertinentes que garanticen la cesación de los brotes y derrames. Dicha actividad se realizará con fecha máxima **15 de febrero de 2020**, por lo cual se presentará un cronograma ajustado de atención de brotes y derrames de lixiviado un día hábil posterior a la aprobación del presente documento con el fin de que la interventoría realice el seguimiento correspondiente”.*

Sobre el cumplimiento de los compromisos asumidos en el Plan de Cumplimiento del 30 de diciembre de 2019, el Tribunal encuentra que en la comunicación del 28 de febrero de 2020 de la Interventoría UT Inter DJ (radicado No.202002370) el Concesionario fue informado por el Interventor que existían brotes que aún no habían sido corregidos. En particular se informaron cómo no corregidos los siguientes brotes⁴⁶⁶:

⁴⁶⁵ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención reformada, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/18_IsuupbkT4_QKZGfDbCnAiuoyvryK-P.

⁴⁶⁶ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace:

- Brote No. 1 ubicado en la Terraza Optimización Fase 2 en las coordenadas 4°29'30.50"N – 74°8'31.96"O.
- Brote No. 4 ubicado en la Terraza Optimización Fase 2 en las coordenadas 4°29'42.33"N – 74°8'31.97"O.
- Brote No. 6 ubicado en el Costado Norte de Zona 8 en las coordenadas 4°30'1.41"N – 74°8'41.30"O.
- Brote No. 8 ubicado en el Costado Norte de Optimización Fase 1 en las coordenadas 4°29'56.62"N – 74°8'29.85"O
- Brote No. 11 ubicado en la Terraza 1C en las coordenadas 4°29'38.51"N – 74°8'32.99"O.

En concordancia con lo anterior, la mencionada comunicación del 29 de abril de 2020 (radicado No. 202004640) la Interventoría reportó a la UAESP que de los diecisiete (17) brotes seguían pendientes aún por ser atendidos cinco (5) eventos que se corresponden con los señalados en la comunicación del 28 de febrero de 2020⁴⁶⁷.

Pues bien, adicional a ello, el Tribunal observa que en comunicación del 19 de agosto de 2020 de la Interventoría UT Inter DJ dirigida a la UAESP, la Interventoría informó sobre el estado de plan de cumplimiento en atención de brotes y derrames de lixiviados, en el que reporta que los cinco (5) derrames señalados en las comunicaciones del 3 de marzo y 1 de mayo de 2020 ya habían sido controlados, tal como consta en la siguiente imagen:

⁴⁶⁷ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención reformada, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/18_IsuupbkT4_QKZGfDbCnAiuoyvryK-P.

⁴⁶⁷ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace:



Hoja 1 de 4

Ingeniero
FREDY FERLEY ALDANA ARIAS
Subdirector de Disposición Final
Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP
Ciudad

Ref: Contrato de Consultoría 130-E de 2011. Realizar la Interventoría Integral de los contratos de Concesión para la Administración, Operación y Mantenimiento del Relleno Sanitario Doña Juana en sus Componentes de Disposición Final de Residuos Sólidos Ordinarios y Hospitalarios, Tratamiento de Lixiviados, Tratamiento y Aprovechamiento de Biogás, Aprovechamiento de Residuos Sólidos Provenientes del Servicio Ordinario de Aseo y Todas Aquellas Obras Ejecutadas en su Interior.

Asunto: Estado de Cumplimiento del Numeral Tercero del Plan De Cumplimiento De Algunas De Las Obligaciones En Mora Derivadas De La Ejecución Del Contrato De Concesión 344 De 2010 Y Del Laudo Arbitral Suscrito Entre CGR Doña Juana S.A. E.S.P., y la UAESP.

Respetado Ingeniero:

En relación con la obligación establecida al Concesionario dentro del "Plan de Cumplimiento" suscrito entre CGR Doña Juana S.A. E.S.P y la UAESP, el pasado 30 de Diciembre de 2019, más precisamente con la relacionada en el numeral 3 "Atención de Brotes y Derrames de Lixiviado", la Interventoría se permite indicar lo siguiente:

- De acuerdo a la revisión adelantada por parte de la Interventoría al interior del RSDJ se pudo identificar que el Concesionario atendió los brotes de lixiviado relacionados mediante el comunicado UTIDJ-202002370 y que se encontraban pendientes de atención y corrección al interior del RSDJ, tal y como se relaciona a continuación:

Tabla No. 1. Estado Brotes de Lixiviado Plan de Cumplimiento.

	BROTE	COORDENADA	OBSERVACIÓN	FECHA VERIFICACIÓN
1	Costado Norte optimización Fase 1	4°29'56.62"N	Controlado	30/07/2020
		74° 8'29.85"O		
2	Costado norte zona VIII	4°30'1.41"N	Controlado	30/07/2020
		74° 8'41.30"O		
3	Terraza 1C	4°29'38.51"N	Controlado	30/07/2020
		74° 8'32.99"O		
4	Terraza Optimización fase 2	4°29'39.50"N	Controlado	30/07/2020
		74° 8'31.96"O		
5	Zona VIII	4°29'42.33"N	Controlado	30/07/2020
		74° 8'39.97"O		

Fuente: UT Inter DJ 2020

468

⁴⁶⁸ Documento aportado por CGR en su contestación de la demanda de reconvención, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://crrlegal-my.sharepoint.com/personal/schemas_chemasasociados_com/_layouts/15/onedrive.aspx?ga=1&id=%2Fpersonal%2Fsc

En este sentido, cualquier incumplimiento del Concesionario en relación con los 17 eventos objeto de discusión se encuentran hoy en día subsanados y en pleno estado de cumplimiento. Es por ello que no sería viable jurídicamente efectuar declaratoria alguna en contra de CGR, cuando a la fecha de este laudo es claro que ya ha dado cabal ejecución a sus obligaciones.

Por demás, el Tribunal no pasa por alto que en sus alegatos de conclusión, la UAESP refirió otros eventos o brotes distintos de los 17 que originalmente dieron lugar a la demanda de reconvención reformada, no obstante ello no puede dar lugar a declaratoria alguna de incumplimiento ya que no fueron alegados en la oportunidad procesal correspondiente (en la demanda), por lo que el Concesionario no tuvo la oportunidad de ejercer una defensa real y material frente a los mismos y porque en todo caso, el Tribunal encuentra que la aparición de brotes y derrames de lixiviados es connatural a la operación del RSDJ, por lo tanto, es obligación del Concesionario atender y tratar cualquier evento que se presente.

En cuanto a los mantenimientos preventivos y correctivos del sistema de conducción captación de lixiviados, se encuentra probado con base en el dictamen pericial técnico que CGR Doña Juana sí realizó las actividades de mantenimiento a su cargo:

“4. Sírvese indicar, de acuerdo con la información puesta a su

hemas%5Fchemasasociados%5Fcom%2FDocuments%2FTraslados%20oficiales%2FCGR%20Do%C3%B1a%20Juana%2FPruebas%20%2D%20Contestaci%C3%B3n%5FDem%5FRec%5FRef%2FComunicaci%C3%B3n%20UTDJ%20E2%80%93%2020081156%20de%2019%20de%20agosto%20de%202020%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2FSchemas%5Fchemasasociados%5Fcom%2FDocuments%2FTraslados%20oficiales%2FCGR%20Do%C3%B1a%20Juana%2FPruebas%20%2D%20Contestaci%C3%B3n%5FDem%5FRec%5FRef

disposición, ¿Qué actividades ha realizado CGR para darle mantenimiento a las líneas de conducción?

Respuesta: Las actividades de mantenimiento a la línea de conducción estaban encaminadas a retirar las incrustaciones que se generaban por el tránsito del lixiviado, con el fin de asegurar la capacidad suficiente para el flujo libre de este líquido.

Todas estas actividades, con el soporte de la fecha y su respectiva fotografía se remitían a la interventoría y a la UAESP mediante los informes de gestión mensual del proceso de tratamiento lixiviados, entre las cuales se puede mencionar:

- Mantenimiento con vactor en la línea de conducción de lixiviados para la extracción de incrustaciones.
(...)
- Mantenimiento manual de las tuberías.
- Limpieza y extracción manual de material incrustante en las cajas de la línea de conducción.
- Control de espumas con químico antiespumante.
- Instalación y reemplazo de tuberías antiguas.
(...)
- Diseño y construcción de nuevas líneas de conducción del lixiviado hasta la PTL.
- Diseño y construcción de nuevas cajas para la conexión de tuberías de la línea de conducción.
- Aforos para el seguimiento del caudal de lixiviados"⁴⁶⁹.

Del mismo modo se lee en el dictamen pericial técnico de CGR que:

"6. Sírvese indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, ¿si CGR Doña Juana ha realizado mantenimientos, adecuaciones y construcciones a las líneas de conducción?

Respuesta: Sí, todas las actividades en materia de mantenimientos correctivos, preventivos, adecuaciones y construcciones a las líneas de conducción han sido remitidas a la UAESP y a la interventoría en los informes mensuales de gestión.

Los mantenimientos preventivos desde octubre de 2010 a diciembre de 2018 estuvieron enfocados principalmente a la limpieza manual de las líneas, tuberías y canales debido a la falta

⁴⁶⁹ Dictamen pericial técnico aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&preview=183.2+dictamen+t%C3%A9cnico+convocante+Parte+2.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

de recursos para la adquisición de más horas de trabajo del vactor, que aseguraba una mayor efectividad en el retiro de los sedimentos al interior de las tuberías.

Algunas de las actividades que ha ejecutado CGR Doña Juana en materia de mantenimientos, adecuaciones y construcciones a las líneas de conducción corresponden a:

- Excavación de zanjas para la instalación y cambio de tuberías
- Guadañado perimetral a cajas de inspección
- Señalización de cajas de inspección
- Control de espumas en cajas de inspección
- Mantenimiento de la bahía de lixiviados
- Realce de cajas de inspección para conexión de tuberías de la línea de
- Conducción
- Bombeo de lodos Secador de Lodos a pondajes o a SBR⁴⁷⁰

Ahora bien, en relación con los 17 eventos atendidos por el Concesionario, así como en relación al mantenimiento de la línea de conducción de lixiviados, el dictamen de contradicción no demuestra nada en contrario que pueda hacer cambiar el sentido de la decisión que adoptará este Panel Arbitral, al punto que la conclusión 1 frente a este aspecto es que “las actividades de mantenimiento preventivo y correctivo presentadas por el concesionario en su dictamen son las necesarias para el adecuado cuidado de la red de conducción”:

“1. Las actividades de mantenimiento preventivo y correctivo presentadas por el concesionario en su dictamen son las necesarias para el adecuado cuidado de la red de conducción del STL y pueden evitar la ocurrencia de derrames y brotes de lixiviados, pero la ejecución de dichas actividades debe obedecer a criterios técnicos, cumpliendo su frecuencia de ejecución y no a decisiones netamente financieras”⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Dictamen pericial técnico aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&preview=183.2+dictamen+t%C3%A9cnico+convocante+Parte+2.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

⁴⁷¹ Dictamen pericial técnico de contradicción aportado por la UAESP, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace:

Con base en lo anterior, resulta probado (i) que la aparición de derrames y brotes de lixiviados es connatural a la operación del RSDJ, (ii) que es obligación del Concesionario atender y solucionar dichos eventos, (iii) que el Concesionario ha realizado los mantenimientos preventivos y correctivos que le corresponde, (iv) que el Concesionario y la UAESP celebraron un plan de cumplimiento para tratar y atender 17 puntos de brotes de lixiviados cuya fecha máxima era febrero de 2020 y (v) que el Interventor UT Inter DJ certificó el cumplimiento del Concesionario en relación con los 17 eventos antes mencionados, razón por la cual no existe causa jurídica para declarar incumplimiento alguno en contra de CGR relacionado con sus obligaciones de realizar el control integral de los brotes y derrames de lixiviados.

Por lo tanto este Tribunal Arbitral procederá a declarar la no prosperidad de las pretensiones séptima y octava de la demanda de reconvención reformada y en su lugar declarará probada la excepción de inexistencia de incumplimiento contractual formulada por el Concesionario.

1.4. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE DISPONIBILIDAD DE USO Y/O ADQUISICIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE PLANTAS ELÉCTRICAS DE RESPALDO, CIRCUITOS ELÉCTRICOS PREFERENCIALES Y/O CIRCUITOS ELÉCTRICOS REDUNDANTES PARA LA SOLUCIÓN DE FALLAS DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO DEL SISTEMA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjypr/AAAslXm8LFkc5ZmslT0UA7hja/Pruebas/258.%20Dictamen%20contradi%20UAESP?dl=0&preview=T%C3%A9cnico.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

“NOVENA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP incumplió la Cláusula 2 Obligaciones Generales, Cláusula 3 Obligaciones Específicas, Cláusula 37 del Contrato de Concesión 344 de 2010 y lo dispuesto en la Resolución 724 de 2010 en los numerales 1, 5, 21, 22 del artículo 12 y los artículos 43 y 46 de la misma; las demás disposiciones que hacen parte integral del contrato, el Pliego de Condiciones, particularmente lo dispuesto en el Apéndice 8, por no haber cumplido con la disponibilidad de uso y/o adquisición e implementación de plantas eléctricas de respaldo, circuitos eléctricos preferenciales y/o circuitos eléctricos redundantes para la solución de fallas del suministro eléctrico del Sistema de Tratamiento de Lixiviados.

DÉCIMA PRETENSIÓN Como consecuencia de la prosperidad de la NOVENA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.”

1.4.1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

1.4.1.1. La Demanda de Reconvención Reformada de la UAESP

UAESP señaló que conforme al Contrato, los estudios previos, el Apéndice 8 y el Reglamento Técnico del RSDJ, el Concesionario debe garantizar el fluido eléctrico de manera permanente en el RSDJ durante las 24 horas del día durante todos los días de operación (hechos 73 a 79).

La Concedente manifestó que dicha obligación debía ser cumplida bien fuera a través de la disposición de plantas eléctricas de respaldo o de un sistema de circuitos eléctricos redundantes, que aseguren la normal prestación del servicio de depuración de lixiviados aun cuando se presenten cortes del servicio por parte del proveedor externo. No obstante lo cual

dicha obligación no se ha cumplido habiéndose impuesto una multa al Concesionario por esta circunstancia (hechos 80, 81 y 82).

A más de lo anterior, la UAESP señaló que en el periodo comprendido entre julio de 2018 y junio de 2019 se presentaron 7 cortes del fluido eléctrico por *“no contar con la planta eléctrica de respaldo o el sistema de redundancia eléctrica, tal como se evidenció en visita de campo realizada el 7 de mayo de 2020”* (hechos 83 y 84).

Por último, sostuvo que el 30 de diciembre de 2019 se suscribió entre las Partes el denominado Plan de Cumplimiento de obligaciones pendientes, el cual, en todo caso, tampoco se cumplió por el Concesionario aún a pesar de los requerimientos efectuados por la Interventoría (hechos 85, 86, 87 y 88).

1.4.1.2. La Contestación de la Demanda de Reconvención Reformada por Parte del Concesionario

El Concesionario en su contestación de demanda manifestó su oposición a los hechos primero a través de un breve recuento fáctico en el que manifestó que CGR sí ha dado cumplimiento a su obligación contractual a través de un contrato de suministro con Biogás Doña Juana S.A. E.S.P., que suple las eventuales fallas que pueda presentar el fluido eléctrico suministrado por Codensa.

Señaló que lo importante y a lo que está verdaderamente obligado *“no es necesario que el sistema dé respuesta de forma inmediata, sino que lo esencial es que, de presentarse la falla de suministro, esta pueda ser corregida en minutos (Apéndice 8)”*.

Frente a los hechos particulares expuestos en el escrito de reforma de la demanda de reconvención se pronunció diciendo que las citas del Contrato, del Reglamento Técnico y el Apéndice 8 del Contrato son aspectos que *“constan en documentos”* y que la obligación solo es que se *“impida que se detenga la operación en caso de un corte en el suministro de energía”* (hechos 73, 74, 75, 76, 77, 78 y 79).

Insistió en que la PTL cuenta con un sistema redundante *“que garantiza que su operación no se detenga en caso de una falla en el suministro de energía”* a través de los contratos con Codensa y con Biogás Doña Juana S.A. E.S.P. (hecho 80).

Frente a la multa señaló que era cierto el hecho de su imposición a CGR pero que *“nunca debió ser impuesta puesto que no existía mérito para ello”* y que la UAESP ha incumplido sus obligaciones *“principalmente en materia de insuficiencia tarifaria”*; siendo dicha multa una *“clara estrategia de acoso contra CGR doña Juana”* (hechos 81 y 82).

En cuanto a los siete (7) eventos de suspensión del suministro eléctrico ocurridos entre los meses de julio de 2018 y junio de 2019 señaló que no existía incumplimiento alguno y que *“incluso pretende desconocer el hecho de que la UAESP y la interventoría dieron el visto bueno al suministro de energía alternativo”*. También adujo que *“CGR Doña Juana sí ha implementado todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones contractuales tendientes a que el sistema de tratamiento de lixiviados opere de una forma ininterrumpida”* (hecho 83).

Frente al evento de suspensión del 7 de mayo de 2020 señaló que fue un hecho anterior a la implementación del suministro con Biogás Doña Juana S.A. E.S.P., y que la UAESP “omite convenientemente” los avances en la implementación del Plan de Cumplimiento. Finalmente iteró que cuenta con un acuerdo con un segundo comercializador para el suministro alternativo de energía, todo lo cual puede evidenciarse en los informes mensuales de operación o con simples visitas a la planta (hechos 84, 85, 86, 87 y 88).

Ahora bien, en el acápite de “oposición a las excepciones” frente a las pretensiones novena y décima, señaló que en su criterio la UAESP no aportó ni una sola prueba sobre el presunto incumplimiento de CGR. Al respecto precisó que CGR cuenta con un sistema de redundancia eléctrica que funciona como respaldo al suministro de energía principal que da la red de Codensa (proveedor externo).

A su vez, manifestó que se oponía por cuanto el concesionario sí ha dado cumplimiento a sus obligaciones, por lo que al no existir incumplimiento no tiene aplicación el artículo 1546 del Código Civil (condición resolutoria tácita). Además, señaló que a la luz del artículo 1609 *ibidem* no existe incumplimiento cuando la UAESP ha incumplido a su vez el contrato (*exceptio non adimpleti contractus*). Finalmente, concluyó diciendo que ninguno de los incumplimientos que le achaca la UAESP son tales, sino que todo son “efectos de una misma causa” que es el “sinnúmero de incumplimientos gravísimos de la UAESP de la ley y del contrato mismo, que han afectado de manera generalizada y severa las obligaciones a cargo del Concesionario desquiciando por completo la ejecución contractual”.

1.4.2. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

1.4.2.1. Los Alegatos de la UAESP

A modo de resumen, en su alegaciones finales, la UAESP señaló que en síntesis, la tesis del Concesionario consiste en señalar que cuenta con un sistema de redundancia eléctrica que permite que la PTL no se detenga y que opere de manera ininterrumpida.

Para la UAESP, en cambio, su planteamiento consiste en que para cumplir con la obligación contractual objeto de la controversia, no bastaba con contratar con un contrato con la empresa Biogás Doña Juana S.A. E.S.P., sino que era menester que el concesionario tuviera funcionando como mínimo dos (2) plantas eléctricas y que el sistema eléctrico no sufriera fallas, lo cual manifiesta, que no sucedió.

Para la demandante en reconvención, CGR no probó que contara con dos plantas eléctricas, y aduce, que contrario a ello, sí hay pruebas que demuestran que no se ha garantizado el fluido eléctrico de forma permanente en el relleno, tal como lo demuestra el informe de Interventoría del año 2014, con la consecuente afectación que ello tuvo en la operación del RSDJ. Además de lo anterior, reseña la comunicación del 24 de abril de 2018 de la Interventoría que da cuenta de un corte eléctrico el 9 de abril de 2018 que ocasionó la suspensión de la operación de los biorreactores de la PTL. Para la UAESP también existe evidencia de cortes eléctricos los días 11 y 16 de julio de 2019. Sostuvo que en ninguno de los casos antes señalados entró en funcionamiento la planta de respaldo.

En igual sentido la comunicación de la interventoría del 22 de octubre de 2020 que da cuenta de nuevos cortes durante los días 16 y 19 de octubre de 2020. En el mes de octubre de 2020 CGR entregó un “plan de cumplimiento para garantizar la suplencia eléctrica de la PTL”, sin embargo dicho plan nunca se cumplió. De igual forma el informe técnico de interventoría del 17 de abril de 2021.

1.4.2.2. Los Alegatos del Concesionario

A modo de resumen, CGR señaló que no existe prueba de que CGR haya incumplido sus obligaciones. Sostuvo que la UAESP tenía la obligación de entregarle una planta a CGR y nunca lo hizo. También alegó la excepción de contrato no cumplido por insuficiencia remuneración y que nadie está obligado a lo imposible.

En total, CGR Doña Juana formuló cinco (5) argumentos en relación con la controversia sobre el sistema de redundancia eléctrica, a saber: inexistencia de incumplimiento contractual, excepción de contrato no cumplido por parte de la UAESP, nadie está obligado a lo imposible, inexistencia e daño e inexistencia de incumplimiento esencial que no puede dar lugar a la terminación del Contrato.

Sobre la *“inexistencia de incumplimiento contractual”*, CGR Doña Juana manifestó que siempre ha cumplido esta obligación y que siempre ha contado con un sistema de redundancia eléctrica, para ello, contó con un contrato de suplencia con Biogás Doña Juan S.A. E.S.P.

En cuanto a la *“excepción de contrato no cumplido por parte de la UAESP”*,

esta se fundamentó en que para CGR Doña Juana y cualquier otro proponente dentro de la Licitación Pública No. 001 de 2010 era claro que la UAESP entregaría una planta eléctrica *“adecuada para atender contingencias y cortes previstos e imprevistos en el suministro del fluido por parte de CODENSA”*, frente a la cual solo debería realizarle mantenimiento y al final *“revertir a favor de la UAESP”*. Sin embargo, cuando CGR Doña Juana entró a operar en el RSDJ la planta de suplencia eléctrica entregada por la UAESP se encontraba en mal estado y no permitía brindar suplencia al STL, tal como lo reconoció el testigo Jairo Nossa.

En igual sentido esgrimió la insuficiencia de la remuneración como incumplimiento contractual imputable a la UAESP.

Respecto a que *“nadie está obligado a lo imposible”* sostuvo que a pesar de las condiciones financieras en que debió ejecutar el Contrato hizo todo lo que estuvo a su alcance para dar cumplimiento a sus obligaciones

En punto a la *“inexistencia de daño”*, sostuvo que los cortes de energía que se han presentado en el RSDJ no han ocasionado daños a la UAESP, tampoco han generado un daño ambiental y mucho menos algún problema en la operación. En tal sentido, siempre que se presentaron cortes de energía en el relleno, CGR Doña Juana adoptó las medidas necesarias para que la operación no se interrumpiera ni se afectara.

Por último sobre la *“inexistencia de incumplimiento esencial”* adujo que al no ser una obligación esencial no se puede terminar el Contrato pues no es una obligación principal.

1.4.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La pretensión novena de la demanda de reconvención reformada tiene por objeto que se declare el incumplimiento del Concesionario respecto de la obligación de disponibilidad de uso y/o adquisición e implementación de plantas eléctricas de respaldo, circuitos eléctricos preferenciales y/o circuitos eléctricos redundantes para la solución de fallas de suministro eléctrico del STL.

Las disposiciones contractuales que la entidad Concedente estima incumplidas son las siguientes:

“CLÁUSULA SEGUNDA - OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO: Además de las obligaciones que de manera general establece el Artículo 5o de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, **EL CONCESIONARIO** deberá cumplir las siguientes obligaciones generales:

1. Realizar con autonomía técnica, administrativa, económica y financiera la Administración, Operación y Mantenimiento Integral del Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C - Colombia, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, con alternativas de aprovechamiento de los residuos que ingresen al RSDJ, provenientes del servicio ordinario de aseo; todo lo anterior, de conformidad con los parámetros jurídicos, técnicos y financieros contenidos en el pliego de condiciones y sus anexos técnicos, sin perjuicio de su obligación de coordinar actividades con los concesionarios de recolección, transporte, barrido y limpieza y con el concesionario de biogás y cualquier otro que se presente.

(...)

4. Suministrar todos los repuestos, insumos y mano de obra necesaria para i) realizar las obras, actualizar tecnológicamente y garantizar la Administración, Operación y Mantenimiento del RSDJ; (...) iii) ejecutar la operación del tratamiento de la totalidad de los lixiviados generados y almacenados en el RSDJ, y iv) realizar el mantenimiento de las diferentes unidades de la planta de tratamiento de lixiviados, de la maquinaria y equipo, con el fin de evitar cualquier posible perturbación en su funcionamiento, la seguridad industrial y la de los trabajadores (...)

Del Reglamento Técnico del RSDJ:

“Artículo 12°. Funciones del Operador de Disposición Final. El (los) operador(es) según sea el caso, tendrán la obligación de cumplir cabalmente la Ley, el contrato, los Planes de Manejo Ambiental, la Licencia Ambiental y sus modificaciones, la presente Resolución o aquella que la modifique o sustituya, los requerimientos de la Autoridad Ambiental y la Autoridad Sanitaria y demás autoridades competentes, los manuales de operación y las especificaciones técnicas para la construcción.

Igualmente para garantizar una eficiente operación deberán:

1. Realizar la administración, operación y mantenimiento del relleno sanitario considerando los alcances definidos en el presente reglamento, en el contrato de concesión, en los pliegos de la licitación y sus anexos, en la propuesta del Operador y en los demás documentos integrantes del contrato.

(...)

5. Conservar y mantener las tecnologías, equipos, bienes muebles e inmuebles que le suministre la entidad contratante en perfecto estado de funcionamiento, y construir, adquirir en propiedad y destinar a la concesión aquellos que no le Sean suministrados y que se requieran para el adecuado cumplimiento del objeto del contrato.

(...)

21. Suministrar, instalar, mantener, reparar y reponer la totalidad de equipos e instalaciones que se requieran para la concesión, tales como instrumentos de monitoreo de estabilidad, campamentos (incluidos los de la Interventoría), patios de parqueo de vehículos, talleres, áreas para almacenamiento de materiales, instalaciones eléctricas, instalaciones telefónicas, sistemas de iluminación de todo el relleno en especial en la zona de disposición, instalaciones sanitarias, instalaciones y conducción de agua potable, sistema de conducción, almacenamiento y tratamiento de lixiviados, entre otros. Se deberá suministrar servicio sanitario para las tripulaciones de los Consorcios recolectores, para lo cual deberá instalar baterías sanitarias portátiles, si así se requiere.

(...)

Artículo 46°. Actividades de mantenimiento del operador de disposición final. Las principales actividades de mantenimiento son las siguientes:

(...)

Suministro, mantenimiento y prolongación de los sistemas de energía eléctrica, alumbrado de las vías e iluminación de las zonas de disposición y de pondajes, se incluye la revisión y reemplazo periódico de redes, bombillas y otras instalaciones y la existencia de plantas y sistemas alternos de prestación del servicio para casos de contingencia”.

Del Apéndice 8:

“4.2. Mantenimiento Correctivo y Solución de Fallas

El Concesionario deberá prever que durante la operación y actividades del RSDJ, pueden presentarse inconvenientes, cortes y contingencias en el funcionamiento de los equipos. El Concesionario debe entender que este tipo de inconvenientes, puede llegar a afectar de manera grave el funcionamiento normal de las actividades diarias, por tanto se requiere disponer de redes redundantes que entren en funcionamiento y sustitución de los equipos en falla, también debe incluir acuerdos con otros proveedores, operadores (energía y Telecomunicaciones) y personal capacitado, para solucionar de manera inmediata

(minutos) cualquier tipo de falla que afecte la actividad normal, especialmente en las zonas de pesaje (básculas), Zona de Disposición de Residuos Sólidos y Sistema de Tratamiento de Lixiviados (STL).

(...)

“12.1. Requerimiento Continuo del Fluido Eléctrico

Teniendo en cuenta que la operación del RSDJ debe ser continua y sin interrupción los 365 días del año, durante la vigencia del contrato y seis meses posteriores a la terminación del contrato. el Concesionario deberá prever en su cálculo presupuestal de gastos, los costos que requiere garantizar el suministro y consumo de fluido eléctrico, de manera normal, para las operaciones en las zonas de pesaje (entrada y Salida), Sistema de Tratamiento de Lixiviados (STL) y Área de disposición y tratamiento de residuos sólidos.

No puede haber ninguna suspensión parcial o total, de las operaciones en el RSDJ, por causas imputables a la falta de fluido eléctrico. Para el efecto y evitar estas contingencias, el Concesionario, contratará con el proveedor de energía eléctrica, la inclusión dentro de los circuitos eléctricos preferenciales o circuitos eléctricos redundantes.”⁴⁷²

Vistas las disposiciones contractuales que rigen el cumplimiento de la obligación del Concesionario de contar con la disponibilidad de uso y/o adquisición e implementación de plantas eléctricas de respaldo, circuitos eléctricos preferenciales y/o circuitos eléctricos redundantes para la solución de fallas del suministro eléctrico del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, este Tribunal de Arbitraje encuentra que no existe mérito para declarar un incumplimiento del Contratista, razón por la cual, desde ahora se advierte, que las pretensiones novena y décima serán desestimadas.

⁴⁷² Documento aportado por la UAESP con, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjpr/AADXIVDvi22JByGP8t5LgZzCa/Pruebas/1.%20Exp%20f%C3%ADsico/2.%20Contestaci%C3%B3n%20principal%20PRUEBAS%202%20CD%20fi260/Anexos%20a%20al%20contestaci%C3%B3n%20de%20la%20demanda%202019-119557/1.%20Directorio%20Licitaci%C3%B3n%20001%20de%202010%20y%20Contrato%20344%20de%202010/1%20Precontractual%20Licitaci%C3%B3n%20001%20de%202010/Adendas/ANEXOSADENDA6?dl=0&preview=AP-8_INSTRUMENTACION+Y+SISTEMAS.pdf.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

Para empezar el Tribunal estima necesario entender el alcance de la obligación a que se astringió el Concesionario, para lo cual, la explicación técnica dada por la perito Martha Liliana Ramírez resulta esclarecedora:

“1. Sírvasse indicar, de acuerdo con su experiencia y conocimiento en la materia, ¿en qué consiste un sistema de redundancia eléctrica?”

Respuesta: Principalmente en contar con respaldos de energía eléctrica en caso de ser necesario, que suplan de manera adecuada la demanda energética; en este caso para el tratamiento de lixiviados. Es decir, contar con una fuente principal de energía eléctrica y con una fuente secundaria de energía eléctrica que funcione de manera independiente; ambas garantizando los requerimientos de energía eléctrica del sistema de tratamiento de lixiviados.

Este sistema se establece con un suministro de energía eléctrica alternativo que permita restablecer el fluido eléctrico de manera normal en minutos, en caso de que los proveedores principales por diversas circunstancias dejen de prestar el servicio.

Es por esto, que existen diversas formas de cumplir la finalidad del sistema de redundancia tales como contar con dos diferentes proveedores de energía, la adecuación de una planta eléctrica generadora de energía o incluso el uso de energía solar en paralelo con la energía eléctrica⁴⁷³.

Entendido como está el alcance de la obligación a cargo del Concesionario, en criterio del Tribunal, es necesario compaginar dicho entendimiento con lo acordado por las Partes en el Plan de Cumplimiento del 30 de diciembre de 2019, en el cual, sobre el sistema de redundancia eléctrica se señaló lo siguiente:

“12. Suplencia Eléctrica

El concesionario CGR Doña Juana se compromete a entregar en

⁴⁷³ Dictamen pericial técnico aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&preview=183.2+dictamen+t%C3%A9cnico+convocante+Parte+2.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

dos días hábiles posterior a la aprobación del plan de cumplimiento la alternativa definitiva para garantizar la suplencia eléctrica de la PTL, ya sea con un segundo comercializador o con el mantenimiento de la subestación existente

- Para la alternativa de suplencia con un segundo comercializador CGR presentará copia del contrato de suministro de energía con el prestador de servicio seleccionado a más tardar el 30 de enero de 2020 junto con la programación de obra para la conexión y la acción a implementar durante la obra para garantizar la continuidad en el suministro eléctrico (Suplencia).*
- En cuanto a la alternativa de reparación de la subestación, CGR deberá presentar a más tardar el 30 de Enero contrato de mantenimiento correctivo del equipo con el correspondiente cronograma de mantenimiento el cual tendrá fecha límite el 28 de Febrero de 2020 e informará la acción a implementar durante el mantenimiento de la subestación para garantizar la continuidad en el suministro eléctrico (Suplencia), adicionalmente el Concesionario deberá a más tardar el 15 de Marzo de 2020 aumentar la capacidad de suplencia eléctrica a 1.500 KVA"⁴⁷⁴.*

Como se ve, para que CGR pudiera cumplir su obligación, las Partes acordaron que lo podría hacer alternativamente a través de la celebración de un nuevo contrato de suministro con un proveedor externo (como era Biogás) o bien a través de la reparación de la subestación.

En el caso concreto está probado que inicialmente CGR suscribió contrato de suministro con Biogás Doña Juana S.A. E.S.P. y posteriormente adquirió una planta eléctrica, por lo que para este Tribunal resulta suficientemente acreditado el cumplimiento del Concesionario.

Sobre los sistemas de redundancia eléctrica de que ha dispuesto el

⁴⁷⁴ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/18_IsuupbkT4_QKZGfDbCnAiuoyvryK-P.

Concesionario, la perito Ramírez Monsalve señaló lo siguiente:

"11. Sírvase indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, ¿si para tener un sistema de redundancia eléctrica es suficiente tener dos contratos de suministro de energía?"

Respuesta: Si. Debido a la alta y constante demanda de energía que se presenta en el relleno sanitario y más precisamente en el sistema de tratamiento de lixiviados; de acuerdo a la información suministrada el STL consume entre 700 kWh y 800 kWh.

El concesionario en aras de dar cumplimiento al contrato de concesión 344 de 2010 y de prestar el servicio permanentemente todos días del año y 24 horas al día, cabe resaltar que CGR Doña Juana tuvo desde 2020 hasta mediados de 2021 dos contratos de suministro de energía; uno con CODENSA y otro contrato con Biogás Doña Juana S.A. E.S.P, garantizando de esta manera el suministro de energía eléctrica las 24 horas del día.

Contar con dos contratos garantiza la continuidad en el suministro de energía eléctrica, por cuanto se alimentan de redes independientes, como se puede evidenciar en la fotografía 15.7 y por cuanto la demanda energética es suplida por ambas redes de manera independiente. Por ejemplo, desde mediados de 2020 hasta mediados del 2021, bajo el sistema de redundancia activo con el que contaba CGR Doña Juana, si se diera el caso que la energía suministrada por Codensa presentara fallas en el suministro de energía, la energía suministrada por Biogás Doña Juana S.A. E.S.P., suministraría el fluido eléctrico, ya que cuenta con autonomía suficiente.

El contrato con Biogás Doña Juana se suspendió por razones internas de la compañía.

(...)

Debido a especificaciones técnicas del contrato, y pese al interés de CGR Doña Juana de mantener el contrato con Biogás Doña Juana (terminaba en 2023), y de haber operado desde 2020 a 2021, por razones externas a CGR Doña Juana, actualmente no se cuenta con el suministro de energía eléctrica, por parte de

Biogás Doña Juana S.A. E.S.P., ya que la compañía lo suspendió por razones internas.

El contrato de suministro de energía con Biogás Doña Juana S.A. es la alternativa más óptima en relación costo y tiempo, dada la optimización de la PTL. Por lo cual, se sostuvieron diferentes conversaciones y negociaciones con Biogás Doña Juana S.A. E.S.P, en donde se proponían fechas para reanudar el suministro e incluso se esperaba retomar la continuidad del suministro en octubre de 2021. Sin embargo, ante la falta de colaboración por parte de Biogás Doña Juana S.A. E.S.P y los reiterados incumplimientos frente a la fecha de retoma del suministro CGR tuvo que empezar a buscar nuevas alternativas.

Debido a lo anterior, CGR Doña Juana ha tenido que adquirir una planta eléctrica que será capaz de suplir la demanda energética que tiene el sistema de tratamiento de lixiviados con una capacidad de al menos 2000 KVA.

(...)

12. Sírvase indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, ¿qué actividades ha realizado CGR DOÑA JUANA para tener un sistema de redundancia eléctrica?

Respuesta: El concesionario CGR DOÑA JUANA ha ejecutado diversas actividades e incurrido en inversiones para tener un sistema de redundancia eléctrica , es así como cuenta con plantas eléctricas en cada uno de los puntos de pesaje, las cuales realizan el respaldo ante alguna eventualidad de sistema eléctrico, ejecutó inicialmente un mantenimiento a la subestación de energía y realizó un contrato con Biogás Doña Juana S.A. E.S.P, lo cual implicó una adecuación de infraestructura e instalaciones de celdas de media tensión. Todas con el fin de garantizar el suministro de energía eléctrica de una manera ininterrumpida. Asimismo, se realizaron diferentes trabajos con el fin de minimizar las posibles fallas por caída de tensión interna que conllevaría a fallas en el servicio de energía."⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ Ibidem.

Con base en lo anterior, para el Tribunal aparece acreditado que el Concesionario sí contaba con un sistema de redundancia eléctrica que le permitía cumplir con los requerimientos exigidos contractualmente, razón por la cual se debe entender cumplida y satisfecha la prestación a su cargo. Entre los sistemas de redundancia se encuentran (i) plantas eléctricas en cada uno de los puntos de pesajes; (ii) un contrato de suministro con Biogás Doña Juana S.A. E.S.P.; y (iii) adquisición de una planta eléctrica adicional.

Sobre lo anterior, el dictamen pericial técnico de contradicción de ACODAL señaló en sus conclusiones que *“el generador eléctrico (planta eléctrica) de respaldo que se encuentra actualmente en las instalaciones de la planta de tratamiento de lixiviados esta inoperativo y no genera ningún tipo de redundancia eléctrica en caso de corte de suministro eléctrico por lo tanto no se puede contemplar como elemento de respuesta a la obligación adquirida”*.

En relación con esto último, es de resaltar que dicho generador eléctrico ya fue instalado y se encuentra operando tal como se comprueba con el anexo f del dictamen pericial técnico de contradicción aportado por CGR⁴⁷⁶.

Así las cosas, está probado de forma suficiente que CGR sí cumplió sus obligaciones del Plan de Cumplimiento en punto del sistema de redundancia eléctrica.

⁴⁷⁶ Dictamen pericial técnico de contradicción aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjypr/AAD73ox70zGNYKminM0Mjz6ra/Pruebas/259.%20Dictamen%20contrad%20DJ?dl=0&subfolder_nav_tracking=1.

Ahora bien, el Tribunal no pasa por alto que conforme a lo expuesto por la entidad Concedente existieron algunos eventos de suspensión del suministro eléctrico al interior del RSDJ, tales como los ocurridos entre los meses de julio de 2018 y junio de 2019, o los que se presentaron en el año 2020; sin embargo, este Panel no advierte que de ello se encuentra elemento suasorio alguno que le pueda llevar a declarar la responsabilidad contractual por incumplimiento en cabeza del Concesionario.

En efecto, la UAESP no logró demostrar una afectación real, material y concreta que se hubiese derivado de dichos cortes de energía, ni logró probar la existencia de un perjuicio o lesión cierta de su patrimonio que deba ser restablecida por este Tribunal de Justicia, amén de que los eventos de suspensión del fluido lo fueron solo por un periodo de tiempo que no logró generar una afectación alguna de la operación del RSDJ.

De esto último también da cuenta el dictamen pericial técnico rendido por la señora Martha Liliana Ramírez, quien al respecto señaló:

“18. Sírvase indicar, de acuerdo con la información suministrada, su experiencia y conocimiento en la materia, ¿Qué consecuencias tendría en los equipos un corte prolongado de energía?”

Respuesta: Diferentes consecuencias se pueden tener. En la tabla 15.7 se muestran los posibles efectos en los equipos que enfrentarían por falta de suministro de energía para su funcionamiento.

(...)

han sido por periodos de tiempo no mayores a 14 horas. De acuerdo a la experiencia en la PTL, en el tiempo más prolongado de corte del suministro energía registrado en enero de 2019 no se

han evidenciado daños en los equipos de la PTL.

Por otra parte, a pesar de no ser un equipo, el tratamiento de biológico tampoco se ha visto afectado y no se ha incurrido en una si podría entrar en colapso ante la falta de energía ya que las bacterias (principal insumo de este tipo de tratamiento) pueden llegar a morir por la falta de inyección y difusión de aire; incurriendo en una disminución en la eficiencia del sistema, ni tampoco se han dado concentraciones de sustancias de interés sanitario mucho más altas a lo esperado. Estos colapsos en el tratamiento biológico no se han llegado a presentar ya que los microorganismos presentes en los zanjones de oxidación pueden soportar hasta 48 horas sin suministro de energía; escenario que a la fecha no ha sucedido.

Según a la información puesta a disposición del equipo del presente peritaje técnico y a verificaciones realizadas, nunca se encontró una salida de operación de la PTL por cortes de energía; así como el sistema biológico de la PTL (SBRs y Zanjones de oxidación), nunca han tenido una muerte masiva de carga bacteriana; por lo cual la eficiencia del sistema de tratamiento no ha variado por causa de los cortes de energía.

A su vez, no se han registrado derrames ni vertimientos en el STL derivados del almacenamiento de agua residual.

De acuerdo a información suministrada, el corte de energía más prolongado fue de 14 horas pero estos cortes de energía no han representado variaciones considerables en las caracterizaciones de vertimientos reportadas por CGR Doña Juana.

Dentro de las indagaciones realizadas por el equipo de peritos, el 29 de enero de 2019 (14 horas) y el 13 de mayo de 2019 (7 horas) se registraron los mayores tiempos de interrupción en el suministro de energía. Sin embargo, de acuerdo a la tabla 15.8 no se evidencian variaciones considerables en las caracterizaciones de vertimientos de los SBRs; en donde a pesar de reflejar aumento en la concentración de parámetros como DBO y SST, no son representativos. En el anexo 15_16.27 se muestran los informes de caracterización, tomados en cuenta para esta tabla, caracterizados por contar con tres informes anteriores a la fecha del evento registrado y el informe inmediatamente siguiente al evento con el fin de comparar el comportamiento de los reportes realizados.

(...)

Por otra parte, para los zanjones de oxidación, se muestra en la tabla 15.9 el comportamiento de las caracterizaciones para este punto del STL, en donde no se evidencian variaciones considerables en los vertimientos; a pesar de reflejar aumento en la concentración de parámetros como DBO y SST, tampoco son representativos.

En el anexo 15_16.28 se muestran los informes de caracterización tomados en cuenta para esta tabla, caracterizado por contar con tres informes anteriores a la fecha del evento registrado y el informe inmediatamente siguiente al evento.

(...)

Por lo anterior, de acuerdo a las caracterizaciones registradas y reportadas por el concesionario en los períodos más prolongados de cortes de energía, las características fisicoquímicas no presentaron variaciones significativas en los valores presentados; esto conlleva de manera directa a que los resultados del tratamiento de lixiviados no sufrieron cambios importantes en sus vertimientos posterior a los cortes de energía. Finalmente, no se ha registrado un daño en equipos y en el sistema. Esto se debe principalmente a que los tiempos de retención de los sistemas SBR y Zanjones de oxidación son prolongados derivando en la conservación de la vida útil de las bacterias que allí se presentan, ayudando en el proceso de tratamiento; evitando un colapso en el tratamiento de los lixiviados"⁴⁷⁷.

De lo dicho por la perito se sigue que la operación del RSDJ, y en particular la operación del STL, no se han visto afectadas a raíz de los eventos de suspensión del fluido eléctrico que se han reportado en el relleno, razón por la cual, no se ha afectado afectación alguna a la UAESP ni a la operación misma del RSDJ.

En síntesis, a la luz de las pruebas aportadas al proceso se encuentra acreditado que (i) han existido ciertos cortes de energía al interior del RSDJ

⁴⁷⁷ Dictamen pericial técnico aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&preview=183.2+dictamen+t%C3%A9cnico+convocante+Parte+2.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

y que los mismos se han prolongado por minutos u horas; (ii) que dichos cortes ocurrieron en su mayoría antes de que CGR contratara el suministro eléctrico con Biogás Doña Juana S.A. E.S.P. y de que instalara el generador eléctrico de respaldo y (iii) que en todo caso, no existe evidencia de afectación alguna ni a la operación del RSDJ ni de la UAESP que haga necesario declarar incumplimiento contractual ni ordenar restablecimiento de situación alguna.

Con base en lo anterior, el Tribunal procederá a denegar las pretensiones novena y décima de la demanda de reconvención reformada y en su lugar declarará probadas las excepciones de inexistencia de incumplimiento contractual e inexistencia de daño formuladas por el Concesionario.

1.5. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE MANTENIMIENTO CORRECTIVO DE LOS EQUIPOS DEL SISTEMA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS DEL RSDJ Y DE REALIZAR LOS REEMPLAZOS CORRESPONDIENTES

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“DÉCIMA PRIMERA PRETENSIÓN: *Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP incumplió la Cláusula 2. Obligaciones Generales en el numeral 4.; Cláusula 3. Obligaciones Específicas, numeral 5. Sobre la Operación RSDJ del Contrato de Concesión 344 de 2010, lo dispuesto en la Resolución 724 de 2010 y demás disposiciones que hacen parte integral del contrato, por no haber realizado el mantenimiento correctivo de los equipos del Sistema de Tratamiento de Lixiviados del RSDJ, cuando estos queden fuera de servicio, y de haber realizado los remplazos correspondientes.*

DÉCIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: *Como consecuencia de la prosperidad de la DÉCIMA PRIMERA PRETENSIÓN, se declare la*

terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993."

1.5.1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

1.5.1.1. La Demanda de Reconvención Reformada de la UAESP

Para la UAESP el Concesionario debe realizar el mantenimiento de los equipos afectos a la operación del Relleno, pues así lo establecen entre otras las cláusulas 2 y 3 del Contrato de Concesión C - 344 de 2010, y el Reglamento Interno del RSDJ (hechos 89 y 90).

Señaló la entidad Concedente dentro de los hechos de sus demanda de reconvención reformada, que las Partes suscribieron el Plan de Cumplimiento de obligaciones en mora derivado del laudo arbitral del año 2018, en el cual CGR se comprometió a presentar un cronograma y que la ejecución de las actividades establecidas tenía como fecha límite de cumplimiento el 2 de marzo de 2020 (hechos 91 y 92).

Agregó, que el Concesionario presentó un cronograma el 30 de diciembre de 2019, pero que dicho cronograma fue objeto de observaciones y requerimientos por parte de la Interventoría del Contrato por no cumplir con los requisitos técnicos y de plazo, los cuales a la fecha no han sido atendidos por CGR (hechos 93, 94 y 95).

En adición a lo anterior, sostuvo que CGR se encontraba obligado contractualmente a realizar el mantenimiento de los equipos del STL, y de

ser necesario proveer a su reemplazo, y que a la fecha hay varios equipos electromecánicos y mecánicos principales de los procesos y operaciones del STL que no funcionan adecuadamente y que a pesar del seguimiento de la Interventoría en los que se solicitó al Concesionario ejecutar el mantenimiento correctivo y/o reemplazo de los equipos del STL, el Concesionario *“incumplió las obligaciones del Contrato”* (hechos 96, 97, 98 y 99).

1.5.1.2. La Contestación de la Demanda de Reconvención Reformada por Parte del Concesionario

CGR inició haciendo un recuento fáctico de los principales hechos relacionados con el mantenimiento de las unidades y equipos del STL, en el cual señaló que *“CGR no ha incumplido”* y que contrario a lo sostenido por la UAESP en su demanda de reconvención reformada, el Concesionario *“ha mantenido los equipos y maquinaria afectos a la ejecución del Contrato en condiciones de operación”*.

Añadió que la remuneración pactada en el Contrato de Concesión C - 344 de 2010 resultaba insuficiente para *realizar las inversiones para un correcto y completo mantenimiento del STL*”. Señaló que no obstante la entrada en vigor de la Resolución CRA 843 de 2018 no se puede pretender que *“el rezago en inversiones que tiene el STL de ocho años anteriores a la expedición y aplicación de la Resolución CRA 843 de 2018, sea solucionado en el término de uno o dos años”*.

Cumplido el anterior recuento fáctico, CGR procedió a pronunciarse sobre cada uno de los hechos planteados por la UAESP en el escrito de demanda

de reconvención reformada. En cuanto a las transcripciones de apartes del Contrato y del Reglamento del RSDJ señaló que se trataba de documentos a cuyo contenido se atenía, sin embargo que *“los equipos que deben someterse a mantenimientos periódicos son aquellos que dentro de la autonomía técnica del Concesionario sean empleados en la operación del STL”* (hechos 89 y 90).

En cuanto al plan de cumplimiento señaló que era un aspecto que constaba en un documento, pero precisó que *“dada la cuantía que se requiere para realizar los mantenimientos o reemplazos correspondientes, estos deben realizarse con el plan de optimización de la PTL”*. Agregó que el plazo del cronograma de mantenimiento de un año era razonable teniendo en cuenta la situación financiera del Concesionario y los requerimientos de los equipos y que resultaba física, financiera y técnicamente imposible haber realizado el mantenimiento en un plazo menor (hechos 91 y 92).

Adujo una vez más la demandada en reconvención, que es imposible realizar el mantenimiento de los equipos del STL en un periodo menor de un año y que lo que pretendido por la UAESP en cuanto al mantenimiento en realidad hace parte de la optimización del sistema de tratamiento. Añadió que aún a pesar de la insuficiencia de la remuneración *“ha realizado el mantenimiento a los equipos, lo cual ha permitido, además, mejorar la operación de la PTL”*.

Dentro de las actividades de reparación y mantenimiento que ha realizado destacó *“la puesta en operación de los moto-reductores de los floculadores y el puente de extracción de lodos, de tres unidades soplantes KAESER que*

están operando en el SBR y compró y puso en funcionamiento dos soplantes AERZEN” (hechos 93, 94 y 95).

En relación al listado de equipos electromecánicos y mecánicos principales de los procesos y operaciones del STL que la UAESP alegó que no funcionan adecuadamente, el Concesionario señaló que ello no es cierto y que *“los equipos que aparecen en el listado están en buen estado, instalados y conectados al sistema”*.

CGR terminó su oposición a los hechos reiterando que no ha incumplido el Contrato y que *“por el contrario, a pesar de todas las circunstancias adversas, vicisitudes e incumplimientos y persecución de la UAESP, ha mantenido los equipos y maquinaria afectos a la ejecución del Contrato en condiciones de operación. Así mismo, ha sometido a mantenimientos periódicos todos los equipos que emplea para la operación del STL de acuerdo con las especificaciones del fabricante para que se mantengan siempre en óptima calidad de servicio”*.

En cuanto al acápite de *“oposición a las pretensiones”* el Concesionario se opuso a lo pretendido por la Concedente, porque en su criterio la tarifa establecida por la UAESP *“no contemplaba los gastos necesarios para realizar el mantenimiento y reposición de equipos del STL”*. Señaló que desde el inicio de ejecución contractual ha tenido un cronograma de mantenimientos el cual se ha intensificado a partir de la Resolución CRA 843 de 2018.

Manifestó que se oponía a las pretensiones objeto de discusión por cuanto el Concesionario sí ha cumplido con sus obligaciones, por lo que al no existir

incumplimiento no tiene aplicación el artículo 1546 del Código Civil (condición resolutoria tácita). Además, a la luz del artículo 1609 ibidem no existe incumplimiento cuando la UAESP ha incumplido a su vez el Contrato (*exceptio non adimpleti contractus*). Por último, manifestó que ninguno de los incumplimientos que le achaca la UAESP son tales, sino que todo son “efectos de una misma causa” que es el “sinnúmero de incumplimientos gravísimos de la UAESP de la ley y del contrato mismo, que han afectado de manera generalizada y severa las obligaciones a cargo del Concesionario desquiciando por completo la ejecución contractual”.

1.5.2. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

1.5.2.1. Los Alegatos de la UAESP

La UAESP inicia sus alegaciones refiriendo la posición de CGR en este litigio. Al efecto señaló que para CGR la tarifa no contemplaba los gastos necesarios para el mantenimiento y reposición de equipos del STL y que cuenta con un programa de mantenimiento, el cual se ha intensificado a partir de la expedición de la Resolución CRA 843 de 2018, incluso en materia de reemplazos de equipos y maquinaria.

Una vez expuesta la posición de la demandada en reconvención, la UAESP afirmó que, en cambio, desde su punto de vista, el Concesionario incumplió sus obligaciones al no haber realizado el mantenimiento correctivo de los equipos del STL y no haber realizado los reemplazos correspondientes.

Concluyó la UAESP diciendo que, está probado que el Concesionario ni siquiera cumplió con el cronograma del Plan de Cumplimiento que él mismo

propuso. Al respecto señaló que el plazo para realizar los mantenimientos vencía el 2 de marzo de 2020 sin que se hubiese dado cumplimiento al mismo, al punto que en comunicación del 20 de enero de 2020 la Interventoría realizó las observaciones pertinentes, sin que el Concesionario las hubiese atendido en momento alguno.

1.5.2.2. Los Alegatos de CGR

A modo de resumen, CGR manifestó que sólo estaba obligado a reparar los equipos del STL que estuviesen en uso y que conforme al dictamen pericial técnico aportado sería desproporcionado exigirle realizar mantenimiento sobre equipos que no se utilizaban en la operación del RSDJ.

Sobre la *"inexistencia de obligación contractual"* sostuvo que en ninguna de las disposiciones contractuales se establece que CGR Doña Juana debe realizar *"el mantenimiento correctivo de los equipos del Sistema de Tratamiento de Lixiviados del RSDJ, cuando estos queden fuera de servicio"*. Añadió que, contractualmente la única mención al mantenimiento correctivo reposa en el Reglamento Técnico del RSDJ (artículo 45) y sólo para el sistema de tratamiento y suministro de agua potable, incluido el pozo de agua, lo cual nada tiene que ver con el Sistema de Tratamiento de Lixiviados.

En relación con la *"inexistencia de incumplimiento contractual"*, señaló que CGR Doña Juana sólo debe hacer mantenimiento a aquellos equipos que dentro de la autonomía técnica del concesionario sean empleados para la operación del Sistema de Tratamiento de Lixiviados y esa obligación CGR Doña Juana la ha cumplido a cabalidad, lo cual además se prueba, en su

criterio, con base en el dictamen pericial técnico del 24 de enero de 2022 donde se señaló que “(...) es absolutamente desproporcionado y además errado exigir el mantenimiento de equipos que no estén en operación; porque las tareas de mantenimiento se diseñan de acuerdo con el objetivo operacional de dicho equipo”. Sostuvo además que el testimonio del ingeniero Niño también se prueba que el mantenimiento de los equipos en uso se efectúa de manera regular.

Respecto de la “excepción de contrato no cumplido” señaló que la UAESP se comprometió a entregar 211 equipos de los cuales únicamente se anunció que 13 estaban mal estado o no se contaba con información. Sin embargo, entregada la PTL se evidenció que la mayoría de los equipos se encontraban con fallas graves en el funcionamiento.

Adicionó que la UAESP había incumplido el contrato a raíz de la insuficiencia financiera que aquejó el contrato, y por las trabas y multas impuestas por la entidad Concedente que impidieron acceder a financiación, pues no era posible realizar los mantenimientos con el solo flujo de caja que generaba el proyecto.

En cuanto al argumento de que “nadie está obligado a lo imposible” señaló que no era posible realizar el mantenimiento de los equipos en un tiempo menor que el programado por CGR. Adujo que era financiera, técnica y físicamente imposible haber realizado el mantenimiento en un menor tiempo.

Finalmente, en relación con la “falta de daño e inexistencia de obligación esencial”, sostuvo que no se ha causado daño alguno la UAESP porque la

actividad no está cubierta por la remuneración y no se ha causado daño a la operación del RSDJ o al medio ambiente porque siempre se ha garantizado la prestación del servicio y el tratamiento del 100% de los lixiviados. Igualmente, el incumplimiento de la obligación no basta para terminar el contrato por no ser esencial.

1.5.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Las estipulaciones contractuales derivadas con el mantenimiento de equipos de lixiviados son las siguientes:

“CLÁUSULA SEGUNDA - OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO: Además de las obligaciones que de manera general establece el Artículo 5° de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, **EL CONCESIONARIO** deberá cumplir las siguientes obligaciones generales:

(...)

4. Suministrar todos los repuestos, insumos y mano de obra necesaria para i) realizar las obras, actualizar tecnológicamente y garantizar la Administración, Operación y Mantenimiento del RSDJ ii) realizar la operación y mantenimiento de toda la maquinaria y equipos utilizada en el RSDJ, con el fin de evitar posibles retrasos en su funcionamiento, iii) **ejecutar la operación del tratamiento de la totalidad de los lixiviados generados y almacenados en el RSDJ,** y iv) **realizar el mantenimiento de las diferentes unidades de la planta de tratamiento de lixiviados,** de la maquinaria y equipo, con el fin de evitar cualquier posible perturbación en su funcionamiento, la seguridad industrial y la de los trabajadores. El Concesionario debe actualizar periódicamente la tecnología informática, de modo que en cualquier momento de la ejecución del Contrato, pueda garantizar la calidad, fiabilidad, oportunidad y seguridad de la información generada en el desarrollo de la operación.

(...)

CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS. Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, **EL CONCESIONARIO** deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas.

SOBRE LA OPERACIÓN DEL RSDJ

5. Tener disponible y operativa la maquinaria necesaria para operar el RSDJ, en el número y las condiciones que se señalan en la oferta, de manera permanente. Cambios en las características y/o cantidad de esta maquinaria podrán ser solicitados por el operador a la UAESP debidamente justificados. Esta maquinaria podrá ser adquirida, tomada en leasing o arrendada y en todo caso se deberá garantizar el cumplimiento de los indicadores establecidos para este fin en el reglamento Técnico. La UAESP podrá ordenar el mantenimiento correctivo o reemplazo de la maquinaria o equipos que afecten la eficiencia de la operación del RSDJ.

(...)

SOBRE LOS LIXIVIADOS

21. **Realizar la operación y mantenimiento de la infraestructura del sistema integral de tratamiento de lixiviados y presentar para aprobación de la UAESP un plan de mantenimiento de equipos, el cual debe mantenerse actualizado mínimo cada seis (6) meses** y que deberá ser entregado dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la suscripción del acta de entrega del Sistema de Tratamiento de Lixiviados.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA- EQUIPOS Y MAQUINARIA: EL CONCESIONARIO se obliga a utilizar en la concesión todos los equipos y maquinaria que sean necesarios para garantizar una técnica, eficiente, oportuna y adecuada prestación del servicio en el RSDJ. En el evento en que la **UAESP** fundamente técnicamente que el equipo o maquinaria propuesto y/o utilizado por **EL CONCESIONARIO** no es suficiente para el adecuado cumplimiento del contrato, éste se compromete de manera inmediata, a partir del requerimiento de la **UAESP**, a adquirir, arrendar o tomar en leasing los equipos y maquinaria que sean necesarios y a revertirlos de acuerdo con lo establecido en el presente contrato.

(...)

Parágrafo Séptimo. Todos los equipos y maquinaria que **EL CONCESIONARIO** emplee deberán someterse a mantenimientos periódicos, de acuerdo con las especificaciones del fabricante, con la frecuencia y alcance necesarios para que se mantengan

siempre en óptima calidad de servicio."

A su turno de la Resolución No. 724 de 2010 se encuentran las siguientes:

"Artículo 12°. Funciones del Operador de Disposición Final. El(los) operador(es) según sea el caso, tendrán la obligación de cumplir cabalmente la Ley, el contrato, los Planes de Manejo Ambiental, la Licencia Ambiental y sus modificaciones, la presente Resolución o aquella que la modifique o sustituya, los requerimientos de la Autoridad Ambiental y la Autoridad Sanitaria y demás autoridades competentes, los manuales de operación y las especificaciones técnicas para la construcción. Igualmente para garantizar una eficiente operación deberán:

*21. **Suministrar, instalar, mantener, reparar y reponer la totalidad de equipos e instalaciones que se requieran para la concesión, tales como** instrumentos de monitoreo de estabilidad, campamentos (incluidos los de la Interventoría), patios de parqueo de vehículos, talleres, áreas para almacenamiento de materiales, instalaciones eléctricas, instalaciones telefónicas, sistemas de iluminación de todo el relleno en especial en la zona de disposición, instalaciones sanitarias, instalaciones y conducción de agua potable, sistema de conducción, **almacenamiento y tratamiento de lixiviados**, entre otros. Se deberá suministrar servicio sanitario para las tripulaciones de los Consorcios recolectores, para lo cual deberá instalar baterías sanitarias portátiles, si así se requiere."*

Como se puede apreciar de la simple lectura de las previsiones contractuales antes transcritas, la obligación del Concesionario consistía en general mantener, reparar y reponer los equipos, maquinarias e instalaciones del RSDJ, y en particular, los equipos del STL.

Sobre el concepto de mantenimiento, el dictamen pericial técnico elaborado por la perito Martha Liliana Ramírez señala que:

"1. Sírvasse indicar, de acuerdo con su experiencia y conocimiento en la materia, ¿Qué es un mantenimiento de equipos y que tipos de mantenimientos existen?"

*Respuesta: **El concepto de mantenimiento se entiende como el conjunto de actividades que tienen como objetivo mantener operativo un equipo y existen principalmente dos tipos de mantenimientos: preventivo y correctivo.***

El mantenimiento preventivo se entiende como el conjunto de actividades a ejecutar para reducir posibles fallas y averías en los equipos, por lo que el mantenimiento preventivo puede ayudar a prolongar la vida útil de los activos, aumentar la productividad.

Por su parte, el mantenimiento correctivo es la actividad técnica ejecutada cuando sucede una avería y tiene como objetivo, restaurar el activo para dejarlo en condiciones de que pueda funcionar como se pretende ya sea con su reparación o sustitución, siempre y cuando este sea necesario para la operación"⁴⁷⁸.

Entonces a la luz de la noción técnica de “mantenimiento”, el Tribunal encuentra razonable sostener que cuando el Contrato de Concesión C - 344 de 2010 hace referencia a la obligación del Concesionario de “mantener” equipos, maquinaria, instalaciones, etc., lo hace tanto al mantenimiento preventivo y correctivo, salvo que el Contrato expresamente especifique que se trata de uno u otro tipo de mantenimiento. Luego, para el Tribunal es claro que cuando el Contrato hace referencia a la obligación de mantenimiento, especialmente en la cláusula 3.21 sobre los lixiviados, hace referencia de forma general e indistinta al mantenimiento tanto preventivo como correctivo.

Así las cosas, no es de recibo el argumento del Concesionario según el cual “si se revisan con detenimiento las cláusulas que imputa la UAESP como incumplidas, ninguna hace referencia a un supuesto mantenimiento correctivo” pues es claro que la obligación de mantener los equipos del STL

⁴⁷⁸ Dictamen pericial técnico aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&preview=183.2+dictamen+t%C3%A9cnico+convocante+Parte+2.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

comprenden tanto los mantenimientos preventivos como correctivos, cuando ello fuere menester.

Ahora bien, el Concesionario sostiene con base en el dictamen pericial que no tiene la obligación de realizar “el mantenimiento correctivo de los equipos del Sistema de Tratamiento de Lixiviados del RSDJ, cuando estos queden fuera de servicio”, pues en su opinión, ello correspondía a actividades de optimización del STL. Veamos:

“6. Sírvese indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, ¿qué relación tiene el mantenimiento y cambio de equipos con la optimización de la PTL?”

Respuesta: Existe una relación directa en ello, ya que las actividades de optimización parten de realizar una mejora al sistema de tratamiento de lixiviados; es decir que la optimización no se limita únicamente a la implementación de nuevos equipos, sino que implica la puesta en marcha de las acciones con miras a mejorar la calidad del vertimiento realizado. De acuerdo a lo mencionado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros en el informe realizado en el marco del Laudo Arbitral de 2018 reposa que: (...) “La optimización o cualquier acción de mejora que se implemente tomando como base la condición operativa del sistema en el momento en que se comience a implementar el plan de optimización, lo cual incluye el reemplazo o puesta a punto de cualquier sistema obsoleto o en el final de su vida útil al igual que cualquier sistema adicional o complementario cuyo objetivo sea la mejora del desempeño general del sistema.

Es por esto que el concepto de optimización se entiende de manera amplia como actividades que mejoren el comportamiento del sistema, el mantenimiento y compra de equipos evidentemente mejora los rendimientos de los equipos y con ello del sistema de tratamiento de lixiviados. Por lo tanto, cualquier tipo de inversión con miras al mejoramiento del tratamiento, puede entenderse como optimización de la planta de tratamiento.

Por otra parte, el mantenimiento de equipos ya sea preventivo o correctivo debe hacerse de conformidad con lo planteado en la optimización. Es decir, poner en operación o realizar

mantenimientos de equipos debe estar conforme con las necesidades del tren de tratamiento tendiente al mejoramiento del tratamiento.

Es por esto y en el marco de la optimización del sistema de tratamiento de lixiviados que el concesionario, luego de numerosas pruebas realizadas, aparte de cumplir con sus cronogramas de mantenimiento, ha incurrido en el reemplazo de equipos adquiriendo dos plantas de osmosis y diferentes tipos de soplantes y bombas para la operación del tratamiento de sus lixiviados con el fin de mejorar la capacidad y las eficiencias del sistema de tratamiento.”.

Con base en lo anterior CGR concluye que no existe obligación contractual a su cargo de realizar el “el mantenimiento correctivo de los equipos del Sistema de Tratamiento de Lixiviados del RSDJ, cuando estos queden fuera de servicio”, pues precisamente el objeto mismo del mantenimiento correctivo es “restaurar el activo para dejarlo en condiciones de que pueda funcionar como se pretende ya sea con su reparación o sustitución, siempre y cuando este sea necesario para la operación” y el Tribunal no encuentra en la prueba técnica aducida por el Concesionario que el hecho de que el mantenimiento pueda llegar a guardar relación con la optimización del STL, exima al Concesionario de efectuar los mantenimientos correctivos, cuando ellos fueren necesarios.

Se reitera que la estipulación contractual que en concreto contempla la obligación de efectuar el mantenimiento de equipos del STL es el numeral 21 de la cláusula tercera del sobre los lixiviados, que establece que es deber del Concesionario “realizar la operación y mantenimiento”, lo cual abarca o debe abarcar, como ya se dijo, el mantenimiento tanto preventivo como correctivo de los equipos del STL.

Por demás, el Tribunal advierte que el Concesionario invocó como

excepción la *“inexistencia de incumplimiento contractual”* bajo el argumento de que *“CGR Doña Juana solo debe realizar mantenimiento a los equipos que sean empleados en la operación del RSDJ”* y que *“exigir que se deben realizar mantenimiento a todos los equipos así no estén afectos a la operación, iría en contravía de la autonomía técnica que debe tener el concesionario de conformidad con la cláusula décima quinta”*.

Pues bien, el Tribunal no encuentra vocación de prosperidad a la defensa así planteada por el Concesionario en tanto que no existe prueba alguna de que los equipos cuyo mantenimiento fueron requeridos tanto por la UAESP como por el Interventor fuesen equipos que no estuviesen afectos a la operación del RSDJ.

Es más, visto de forma exhaustiva el dictamen pericial, el Tribunal advierte que la perito se limitó a indicar que no era razonable exigir realizar el mantenimiento de equipos que no hacen parte de la operación del RSDJ, pero omitió identificar cuáles son dichos equipos que supuestamente la UAESP exigió mantener, sin que estuviesen afectos a la operación del Contrato.

“4. Sírvase indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, ¿si es desproporcionado, incluso sin estar en un estado deficitario exigir el mantenimiento correctivo de equipos que no están operando la PTL?”

Respuesta: Si, es absolutamente desproporcionado y además errado exigir el mantenimiento de equipos que no estén en operación; porque las tareas de mantenimiento se diseñan de acuerdo con el objetivo operacional de dicho equipo. Las operaciones de mantenimiento preventivo (anterior a la falla de un equipo) y mantenimiento correctivo (posterior a la falla de un equipo) tienen como objetivo mantener un equipo disponible para la operación. Es por esto, que no es técnicamente

adecuado y es desproporcionado exigir el mantenimiento de equipos que el concesionario decidió por su autonomía técnica, amparada en el contrato de concesión 344 de 2010 (ver anexo 11.1_5.7) no utilizar o que no podían utilizarse en la operación del sistema ya que se encontraban en un estado deplorable como se muestra en el acta de entrega por parte de la UAESP que reposa en el anexo 11.1_5.8

Por otra parte, es absolutamente desacertado exigir este mantenimiento a los equipos inoperativos ya que por parte del concesionario estos mantenimientos se realizan a los equipos que son representativos para la operación del sistema de tratamiento; es por esto que exigir el mantenimiento de equipos inoperativos es desacertado ya que el STL opera de manera continua sin depender del estado de los equipos inoperativos. Incurrir en costos de mantenimiento de equipos que han salido de operación, resulta inviable en la operación al sistema de tratamiento y además para el fondo de recursos del concesionario. Además, en el caso del RSDJ parte de los equipos que han salido de operación han sido suplidos por otros equipos, resaltando que no hay equipos faltantes en el sistema que representen consecuencias graves al mismo.

5. Sírvase indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, ¿si es desproporcionado, estando en un estado deficitario exigir el mantenimiento correctivo de equipos que no están operando la PTL?

Respuesta: Si, así como es desproporcionado y errado proponer el mantenimiento de equipos que no estén en operación sin tener un estado deficitario, esto se aumenta con el escenario del estado deficitario; ya que este estado reducía la disponibilidad de recursos del concesionario para las actividades indispensables principalmente en el período comprendido entre 2010 y 2018"⁴⁷⁹.

Tal como se aprecia de la cita traída a colación por el Tribunal, el peritaje es claro en indicar qué resulta "desproporcionado" exigir el mantenimiento correctivo de equipos que no se encuentran afectados a la operación del STL,

⁴⁷⁹ Dictamen pericial técnico aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&preview=183.2+dictamen+t%C3%A9cnico+convocante+Parte+2.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

sin embargo, no logra dar luz con verdadera fuerza demostrativa para ser tenido como prueba, respecto de los equipos concretos respecto de los cuales la UAESP o la interventoría exigieron realizar el mantenimiento sin estar afectos a la operación del STL.

Así las cosas, para el Tribunal aparece acreditado hasta ahora que (i) la obligación de mantenimiento del Concesionario se extiende al mantenimiento preventivo como correctivo de equipos afectos a la operación del STL y (ii) que el Concesionario no logró demostrar cuáles de los equipos cuyo mantenimiento fue exigido por la UAESP no se encontraban afectos a la operación.

Dicho lo anterior, es importante resaltar que el 30 de diciembre de 2019, las Partes suscribieron el denominado Plan de Cumplimiento de Algunas de las Obligaciones en Mora Derivadas de la Ejecución del Contrato de Concesión 344 de 2010 y del laudo arbitral. En este documento en su numeral octavo, las Partes acordaron lo siguiente:

“8. Mantenimiento de equipos de Lixiviados

*Con el fin de garantizar la correcta operación de la PTL con la infraestructura y equipos existentes independiente que estos no den cumplimiento a la norma de vertimiento, y de requerirse la optimización de la PTL, **el Concesionario CGR Doña Juana implementará un plan de trabajo para realizar el mantenimiento de los equipos de la infraestructura existente. Dicho plan de trabajo es independiente a la optimización de la PTL, y será plasmado en un cronograma de ejecución inmediata con tiempo máximo de dos meses para realizar dichos mantenimientos.** Este cronograma entregará dos días hábiles posteriores a la aprobación del presente plan de cumplimiento con el fin de realizar el correspondiente seguimiento por parte de la*

*interventoría"*⁴⁸⁰.

El cronograma de que trata el Plan de Cumplimiento fue entregado por el Concesionario, tal como consta en comunicación CGR - DJ - 2291 - 19 del 31 de diciembre de 2019⁴⁸¹. En esta misiva el Concesionario señaló que se debían tener en cuenta los tiempos para solicitar cotizaciones, escoger proveedores y realizar contratos, por lo que consideró *"necesario extender el plazo del mantenimiento (2 meses), ya que la duración de las actividades preliminares descritas y detalladas en el documento y programación requieren más tiempo para su adecuada ejecución"*.

El cronograma presentado por CGR fue objeto de observaciones y comentarios por parte del Interventor a través de la comunicación UTIDJ-202001109 del 20 de enero de 2020. Las observaciones del Interventor se fundamentaron particularmente en que la propuesta del Concesionario no se ajustaba al plazo de dos (2) meses acordado en el Plan de Cumplimiento, sin que existiera ninguna justificación válida para modificar el plazo acordado por las Partes en dicho Plan; razón por la cual no avaló la solicitud de ampliación del plazo y se conminó al Concesionario para que *"de cumplimiento al plazo y fecha pactados en el Plan de Cumplimiento"*⁴⁸².

En opinión del Tribunal, esta conducta del Concesionario es contraria a la buena fe y al respeto por los actos propios, ya que sólo pasado un (1) día

⁴⁸⁰ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/1cN2N_8hGKgHYAQzFhT2XGzxO3zeIWQ3Q.

⁴⁸¹ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/1cN2N_8hGKgHYAQzFhT2XGzxO3zeIWQ3Q.

⁴⁸² Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/1cN2N_8hGKgHYAQzFhT2XGzxO3zeIWQ3Q.

desde la suscripción del Plan de Cumplimiento, el Concesionario solicitó la ampliación del plazo del cronograma aduciendo razones que, por demás, eran previsibles como era la solicitud de cotizaciones, la escogencia de proveedores y demás actividades de carácter preliminar.

Ahora bien, encuentra el Tribunal que, en todo caso, el 17 de junio de 2020, es decir, más de tres meses después de vencida la fecha acordada en el Plan de Cumplimiento, la Interventoría UT Inter DJ, remitió a la UAESP una comunicación cuyo asunto era *“Informe de Actualización y Seguimiento al Plan de Cumplimiento”*. En dicha comunicación, en punto del mantenimiento de equipos de lixiviados, se manifestó que:

*“CGR **NO DIO CUMPLIMIENTO** a lo acordado, por tal motivo, se radicó ante la UAESP la actualización de la solicitud de proceso administrativo sancionatorio mediante comunicado UTIDJ-202002267 en el mes de febrero de 2020”*⁴⁸³.

En igual sentido, en comunicación UTIDJ-202007914 del 3 de julio de 2020 el Interventor presentó a la UAESP *“solicitud de apertura de procedimiento administrativo sancionatorio por mora en la ejecución de las obras y actividades del sistema de tratamiento de Lixiviados - STL”*, en la cual sostuvo:

“9. La UT Inter DJ mediante comunicado UTIDJ-202001109, radicado el 20 de enero de 2020 hizo las observaciones al cronograma presentado por CGR Doña Juana. A la fecha, El Concesionario no ha dado respuesta a las observaciones efectuadas de la Interventoría y tampoco existe evidencia sobre la ejecución de la totalidad de los trabajos tendientes a dar

⁴⁸³ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/1cN2N_8hGKgHYAQzFhT2XGzxO3zeIWQ3Q.

cumplimiento a lo acordado con la UAESP”⁴⁸⁴.

Para el Interventor, había un total de cuarenta y cuatro (44) equipos del STL que estaban pendientes aún por ser objeto del respectivo mantenimiento son los que se relacionan a continuación:

- **FISICOQUÍMICO 1:** Unidad de Flotación por Aire Disuelto-DAF No. 1 y Boyas De Nivel (Ls4, Ls5, Ls34).
- **FISICOQUÍMICO 2:** Boyas De Nivel (Ls7, Ls35) y Decantador Lamelar.
- **FISICOQUÍMICO 3:** Motor Puente Decantador (M105) y Unidad de Flotación por Aire Disuelto-DAF No. 3.
- **TRATAMIENTO BIOLÓGICO:** Difusores de plato contenidos en las parrillas de aeración Ocho (8) Generadores de Flujo, Bomba Sumergible Flygt (M88), Vertederos Posdesnitrificador y Decantador secundario.
- **POZO DE VACIADOS:** Boyas de Nivel Pozo de vaciados(Ls16, Ls17, Ls18).
- **EDIFICIO DE SOPLADORES:** Soplador No. 1, Soplador No. 2, Soplador No. 4 y Soplador No. 5.
- **EDIFICIO DE DESHIDRATACIÓN:** Decantador Centrífugo No. 02, SISTEMA SBR, Soplador No. 2 SBR, Bocatomas Flotantes de Cabeza Constante, Difusores tubulares contenidos en las parrillas de aeración, Sistema De Extracción De Lodos, Decantador Centrifugo, Motobomba de cavidad progresiva, Motor barredor de lodos.

⁴⁸⁴ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace:
https://drive.google.com/drive/folders/1cN2N_8hGKgHYAQzFhT2XGzxO3zeIWQ3Q.

- **ESTRUCTURA DE SALIDA DE LA PTL:** Sistema de Filtro de Anillas, Baterías de Filtración de lecho de Arena, Baterías de Filtración de lecho de Carbón Activado.
- **INSTRUMENTACIÓN:** Caudalímetro electromagnético FT 6, Caudalímetro electromagnético FT 8, Caudalímetro electromagnético FT12, Caudalímetro electromagnético FT16, Caudalímetro electromagnético FT 21, Caudalímetro electromagnético FT 22, Caudalímetro Ultrasónico FT13, Medidor de Oxígeno en línea OT-5, Medidor de Oxígeno en línea OT-6 y Medidor Multiparamétrico RTX-1, Medidor Multiparamétrico RTX-2, Medidor Multiparamétrico RTX-3, Medidor de pH en línea PHT - 1 Redox, Medidor de pH en línea PHT - 2, Medidor de pH en línea PHT - 3, Medidor de pH en línea PHT - 4 - Redox, Medidor de pH en línea PHT - 5, y Medidor de pH en línea PHT - 6.

Así las cosas, existe prueba suficiente de que el Concesionario incumplió sus obligaciones y compromisos contractuales, sin que exista prueba idónea que pueda desvirtuar la anterior conclusión, pues vistos los testimonios practicados, valorados a la luz de la sana crítica, el Tribunal no encuentra que los mismos conduzcan a desvirtuar el incumplimiento ya probado.

En efecto, el testimonio del señor Carlos Javier Niño refiere que:

"DR. CHEMÁS: [02:38:12] ¿Actualmente, luego del 2018 los equipos que se operan en el sistema de tratamiento y específicamente la planta de tratamiento se les ha podido realizar mantenimiento y se encuentran en proceso de mantenimiento continuo?"

SR. NIÑO: [02:38:28] Sí, señor, de hecho, desde fines del 2019, todo 2020 hemos hecho muchísimo mantenimiento a todas las unidades de tratamiento, a todos los motores, medidores, todo ha tenido mantenimiento y eso es algo continuo, es algo muy

rutinario porque es un trabajo bastante demandante, llegamos al punto de que tuvimos que comprar dos soplantes nuevas porque el deterioro de las anteriores por el mantenimiento no fue posible recuperarlas tuvimos comprar las nuevas con los accesorios nuevos y ahí están trabajando, y seguimos con los convenios con los fabricantes o los representantes de fabricantes para hacer los mantenimiento rutinario, en estos días estamos haciendo mantenimientos de los soplantes también.”⁴⁸⁵

Este testimonio da cuenta de que entre 2019 y 2020 “hemos hecho muchísimo mantenimiento”, sin embargo, ello no desvirtúa las comunicaciones de 17 de junio y 3 de julio de 2020 que dan cuenta de la no realización de mantenimiento a los 44 equipos que fueron antes mencionados.

Sumado a lo anterior, se recibió el testimonio del señor José Alberto Estrada, quien en punto de los mantenimientos sostuvo que:

*“DR. JIMÉNEZ: [01:21:42] En su labor como interventor en lo que le consta y sepa usted, conoce si el concesionario **ejecutó las actividades a las que se comprometió realizar conforme al plan de cumplimiento celebrado?***

*SR. ESTRADA: [01:21:54] CGR ha adelantado actividades de mantenimiento preventivo y algunas actividades de mantenimiento correctivo desde que se suscribió a la fecha, sin embargo, las fechas establecidas para ejecutar las actividades, o sea, ese plan de cumplimiento tiene actividad y una fecha específica en la cual se cumple, esas actividades y esas fechas no se cumplieron. **Pero lo que sí es cierto que ha hecho CGR es algunas actividades de mantenimiento preventivo y mantenimiento correctivo se han hecho, a tal punto que hace poco ya se puso en operación un nuevo soplador, es decir, ha ido graneado, pero no con lo que se comprometió en ese plazo,***

⁴⁸⁵ Transcripción de la declaración testimonio del ingeniero Carlos Javier Niño que puede ser consultada en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAC1NoH-IFi96yALuOWTtQdYa/Pruebas/Transcripciones?dl=0&preview=2021+11+16-119557+Carlos+Javier+Ni%C3%B1o+B..docx&subfolder_nav_tracking=1.

pero ha trabajado.⁴⁸⁶

Del testimonio del señor Estrada se desprende que los plazos del Plan de Cumplimiento fueron incumplidos definitivamente, y si bien refiere que CGR ha hecho *“algunas actividades de mantenimiento preventivo y mantenimiento correctivo... a tal punto que hace poco ya se puso en operación un nuevo soplador”*, ello no da cuenta de que el Concesionario haya cumplido a cabalidad con la obligación contractual a su cargo ni que exista un reporte que permita colegir que el Concesionario ya realizó el mantenimiento de los 44 equipos relacionados en comunicación del 3 de julio de 2020, antes citada.

Incluso, una vez visto el dictamen de contradicción técnico aportado por la UAESP y cuya confección estuvo a cargo de ACODAL, se observa que para el año 2021 subsistían los reparos del Interventor en relación con el cumplimiento de los mantenimientos (preventivo y correctivo) a cargo del CGR⁴⁸⁷. Dichas observaciones guardan relación con el SBR:

⁴⁸⁶ Transcripción de la declaración testimonio del ingeniero Carlos Javier Niño que puede ser consultada en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpvpr/AAC1NoH-IFi96yALuOWTtQdYa/Pruebas/Transcripciones?dl=0&preview=25+01+2022+JOS%C3%89+ALBERTO+ESTRADA.docx&subfolder_nav_tracking=1.

⁴⁸⁷ Dictamen pericial técnico de contradicción presentado por la UAESP, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace:

https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpvpr/AAAslXm8LFkc5ZmslT0UA7hja/Pruebas/258.%20Dictamen%20contradictorio%20UAESP?dl=0&preview=T%C3%A9cnico.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

5.3.4 Actividades de Mantenimiento del SBR.

El Concesionario no ha efectuado el mantenimiento correctivo de las estructuras SBR Norte y SBR Sur, para subsanar entre otras condiciones las fugas del sistema de difusión de aire y la reparación de la geomembrana para su posterior prueba de estanqueidad. Sin embargo se evidencio que mejoraron las condiciones de aireación en el SBR Sur, lo cual ha permitido mejorar las condiciones de operación de los SBR, tal como se puede observar en los resultados de laboratorio que ha remitido el Concesionario para el primer semestre de 2021.

Durante el periodo del presente informe, el SBR Norte fue operado con un volumen promedio de ocupación del 79,33% en relación con su máxima capacidad. El SBR Sur operó como unidad de regulación y/o almacenamiento con un volumen de ocupación aproximado al 90,20%. No se efectuó ninguna actividad de mantenimiento de fondo. En la tabla que a continuación se presenta, se describe de forma general el estado de los equipos principales del SBR.

Tabla No. 5-12 Operatividad de los Equipos en los SBR

Equipos	Estado
Soplador No. 01 SBR	Operativo – En uso
Soplador No. 02 SBR	Operativa – En uso
Soplador No. 03 SBR	Inoperativa (Se desmontó sopiante para traslado a PTL)
Soplador No. 04 SBR	Operativa – En uso
Difusores de Aireación para los SBR	Operación altamente Deficiente (Pérdida considerable de aire suministrado)
Sistema de Deshidratación	Fuera de servicio
Motor barredor de lodos (Espesador)	Fuera de servicio
Unidades de drenaje flotante	Fuera de servicio

Fuente: UT Inter DJ

Pero también se encuentra probado que guardan relación con el mantenimiento de la PTL:

Unidades Complejas	Cantidad	Ubicación	Actual Condición Operativa
Filtro de Anillas	1,00 un	Biorreactores	Inoperativa
DAF No. 01	1,00 un	Biorreactores	Inoperativa
DAF No. 03	1,00 un	Biorreactores	Inoperativa
Barredor decantador primario	1,00 un	Fisicoquímico 3	Operativo
Planta Eléctrica de Respaldo	1,00 un	Biorreactores	Inoperativa

Fuente: UT Inter DJ

La UT Inter DJ viene actualizando la Tabla No. 5-13, con la intención de registrar el estado electromecánico de los equipos más representativos de este subsistema. Por todas estas fallencias en los equipos, la UT Inter DJ ha requerido de manera reiterativa la implementación de medidas para efectuar el mantenimiento correctivo y/o reposición de estos. Igualmente, la Interventoría presentó ante la UAESP la solicitud de apertura de procedimiento administrativo correspondiente.

Otros temas importantes y críticos del STL son: (i) la vida útil de los sopladores utilizados en los Sistemas de Tratamiento Biológico de la PTL y SBR, (ii) la presentación de la documentación para el reemplazo y dar de baja algunos equipos en el STL del RSDJ, (iii) la Optimización del STL, (iv) la calidad del vertimiento al Río Tunjuelo, entre otros.

Del aparte citado del dictamen pericial de contradicción [tomado del informe presentado por la UT Inter DJ del mes de enero de 2021], es claro que para el año 2021 se “ha requerido de manera reiterativa la implementación de medidas para efectuar el mantenimiento correctivo y/o reposición de estos”.

5.3.5 Actividades de Mantenimiento de la PTL.

Durante el periodo del presente informe, el Concesionario ejecutó labores menores y rutinarias de mantenimiento preventivo. Sin embargo, se viene evidenciando la existencia de equipos necesarios para la operación que requieren un mantenimiento correctivo de fondo, o su reemplazo si ya finalizó su vida útil.

CGR DJ no ha mantenido las condiciones electromecánicas de los equipos más importantes de este subsistema, por lo cual no es posible garantizar la correcta operación de la PTL, afectando así la operatividad del sistema de tratamiento de lixiviados sin que el Concesionario presente una justificación técnica. La situación de los equipos electromecánicos al cierre del presente informe se muestra a continuación.

Tabla No. 5-13 Operatividad de los Equipos de la PTL

Unidades Complejas	Cantidad	Ubicación	Actual Condición Operativa
Soplador No. 01 Aersen Nuevo	1,00 un	Biorreactores	Operativo
Soplador No. 02	1,00 un	Biorreactores	Inoperativo
Soplador No. 03 Kaeser (Trasladado del SBR)	1,00 un	Biorreactores	Operativo
Soplador No. 04	1,00 un	Biorreactores	Inoperativo
Soplador No. 05 Aersen Nuevo	1,00 un	Biorreactores	Operativo
Difusores de Aireación		Biorreactores	Operando con daños en la integridad de los elementos
Generadores de Flujo	8,00 un	Biorreactores	1 Operativo y 7 Inoperativos
Agitador M-13	1,00 un	Predesnitrificador	Operativo
Centrifuga No. 01	1,00 un	Deshidratación PTL	Operativa
Centrifuga No. 02	1,00 un	Deshidratación PTL	Inoperativa
Centrifuga No. 03	1,00 un	Deshidratación PTL	Operativa
Baterías de Filtración con Arena	2,00 un	Biorreactores	Inoperativa
Baterías de Filtración con Carbón Activado	2,00 un	Biorreactores	Inoperativa

De igual forma, con base en el dictamen pericial de contradicción se observa que “el Concesionario ejecutó labores menores y rutinarias de mantenimiento preventivo, pero se viene evidenciando la existencia **de equipos necesarios para la operación** que requieren un mantenimiento correctivo o de fondo o su reemplazo”.

Lo propio sucede para el mes de enero de 2022, pues el dictamen pericial de contradicción da cuenta [a partir del informe presentado por la UT Inter DJ para ese mismo mes] que persistían los incumplimientos en punto del mantenimiento del STL tanto en el SBR como en la PTL. Es decir, se evidencia que son equipos necesarios para la operación, esto es, afectos a la operación del STL, respecto de los cuales sí era exigible su mantenimiento preventivo y correctivo, el cual, como se demuestra a partir de los informes de Interventoría como del dictamen pericial técnico de contradicción no se realizaron.

Así las cosas, para este Panel Arbitral se encuentra demostrado (i) que el Concesionario sí tenía la obligación contractual de efectuar el mantenimiento (preventivo y correctivo) de los equipos afectos a la operación del STL; (ii) que la UAESP y el Concesionario suscribieron el Plan de Cumplimiento para la ejecución de los respectivos mantenimientos; (iii) que dicho Plan no fue cumplido por el Concesionario -quien incluso un día después de su celebración, solicitó la prórroga del plazo para ejecutar las actividades allí contempladas, lo cual es contrario a la buena fe y a la doctrina los actos propios-; (iv) que para los años 2021 y 2022 persistían incumplimientos en el mantenimiento de equipos necesarios para la operación del STL.

Por lo tanto, este Tribunal de Arbitraje procederá a declarar la prosperidad de la pretensión décima primera de la demanda de reconvención reformada y negará las excepciones planteadas por CGR en su contestación de la demanda de reconvención respecto de estas pretensiones.

1.6. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CALIBRAR LOS EQUIPOS Y DE OBTENER LA CERTIFICACIÓN METROLÓGICA ACTUALIZADA Y DISPONER DE LOS CONTROLADORES AUTOMATIZADOS, INDICADORES Y REGISTRADORES DE CAUDAL, CERTIFICADOS METROLÓGICAMENTE SELLADOS Y CONECTADOS AL SISTEMA DE MONITOREO Y CONTROL EN LÍNEA DEL SISTEMA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“DÉCIMA TERCERA PRETENSIÓN: *Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP incumplió la Cláusula 2. Obligaciones Generales en el numeral 17 y 18; Cláusula 37 en el numeral 6 del Contrato de Concesión 344 de 2010 y lo dispuesto en la Resolución 724 de 2010 y demás disposiciones que hacen parte integral del contrato, por no haber calibrado los equipos, no contar con la certificación metrológica actualizada y no contar con los controladores automatizados, indicadores y registradores de caudal, certificados, metrológicamente sellados y conectados al sistema de monitoreo y control en línea del Sistema de Tratamiento de Lixiviados.*

DÉCIMA CUARTA PRETENSIÓN: *Como consecuencia de la prosperidad de la DÉCIMA TERCERA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio,*

aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993."

1.6.1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

1.6.1.1. La Demanda de Reconvención Reformada de la UAESP

Para la UAESP, el Concesionario tenía la obligación de mantener la calibración, certificación metrológica y el monitoreo y control en línea conforme a lo dispuesto en los numerales 4 y 17 de la cláusula segunda, el numeral 18 sobre los lixiviados de la cláusula tercera y la cláusula 17 del Contrato de Concesión C – 344 de 2010, así como el artículo 48 del Reglamento Técnico del RSDJ (hecho 99, 100, 101 y 102).

Para este caso, señaló la UAESP que también se suscribió el llamado Plan de Cumplimiento de obligaciones en mora, cuya obligación 10 recaía sobre calibración de equipos y certificación metrológica cuyas actividades se ejecutarían entre el 1 de diciembre de 2019 y 31 de enero de 2020. Manifestó que aunque el Concesionario hizo entrega de la programación de realización de las calibraciones, *"no cumplió con lo acordado"* habiendo 37 equipos del STL, de QG Laboratorio que no registran última calibración (hecho 103, 104 y 105).

Por último señaló que el no cumplimiento de la obligación de contar con las respectivas certificaciones es el resultado de *"la absoluta renuencia del contratista en realizar esta actividad fundamental en la operación del RSDJ"* (hecho 106).

1.6.1.2. La Contestación de la Demanda de Reconvención Reformada por parte del Concesionario

En su contestación a la demanda de reconvención reformada, el Concesionario presentó un breve recuento fáctico de la ejecución contractual relacionado con la obligación de calibración, certificación metrológica y medición en línea, alegando que *“no hay incumplimiento de CGR Doña Juana”*.

Adujo que entre los años 2019 y 2020 realizó las calibraciones del 100% de los equipos afectos al STL, precisando que aquellos que *“no cuentan con certificación metrológica es porque no están actualmente operativos, ya sea porque CGR Doña Juana está usando un sistema alterna o porque la unidad actualmente se encuentra fuera de uso ”*.

Señaló que la obligación de que los equipos operativos cuenten con certificación metrológica guarda relación con *“la insuficiencia tarifaria que presentó esta actividad”* ya que la tarifa del Contrato estructurada por la UAESP *“no incorporó recursos para ejecutar un plan de obras e inversiones”* que permitiera avanzar en esta actividad.

Concluyó en su recuento fáctico que con posterioridad a la Resolución CRA 843 de 2018 el Concesionario ha mantenido vigentes las certificaciones de la totalidad de medidores de caudal instalados y que el 100% de los equipos operativos cuentan con certificación metrológica vigente.

Sobre los hechos concretos planteados por la UAESP en la demanda de reconvención reformada, el Concesionario dijo que la transcripciones de las

estipulaciones contractuales, y del Reglamento Técnico del RSDJ eran aspectos que constaban en documentos a cuyo contenido se atenía (hechos 99, 100, 101 y 102)

Sobre los plazos del Plan de Cumplimiento aclaró que *“se establecieron pensando en que la financiación bancaria sería obtenida en el corto plazo”*, lo cual no se logró hasta que se *“verificara el nuevo flujo de recursos asociado a la implementación de la nueva estructura tarifaria, dados los embates de la UAESP en contra del Concesionario”* (hecho 103).

Sobre las alegaciones de incumplimiento del Plan de Cumplimiento manifestó que ello no era cierto pues *“CGR Doña Juana ha realizado numerosas actividades tendientes a la calibración de equipos, al punto que todos los equipos operativos cuentan con certificación metrológica vigente”* e iteró que *“los equipos que no cuentan con esta, es porque dentro de la autonomía operativa del concesionario, estos no son necesarios actualmente para la operación”* e hizo precisiones sobre algunos de los equipos relacionados en (hecho 104, 105 y 106).

Ahora bien, en la *“oposición a las pretensiones”* el demandado en reconvencción manifestó que se oponía a lo pretendido por la UAESP porque a la fecha ha realizado la calibración del 100% de los equipos y medidores de caudal, aun cuando la tarifa establecida por la UAESP no remuneraba la calibración de equipos y el costo de las certificaciones metrológicas.

De igual forma, sostuvo que se oponía a la terminación del Contrato por cuanto sí ha cumplido con sus obligaciones, por lo que al no existir incumplimiento no tiene aplicación el artículo 1546 del Código Civil (condición resolutoria tácita). Además, que a la luz del artículo 1609 ibidem

no existe incumplimiento cuando la UAESP ha incumplido a su vez el Contrato (*exceptio non adimpleti contractus*).

Concluyó que ninguno de los incumplimientos que le achaca la UAESP son tales, sino que todo son “efectos de una misma causa” que es el “*sinnúmero de incumplimientos gravísimos de la UAESP de la ley y del contrato mismo, que han afectado de manera generalizada y severa las obligaciones a cargo del Concesionario desquiciando por completo la ejecución contractual*”.

1.6.2. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

1.6.2.1. Los Alegatos de la UAESP

En sus alegatos de conclusión la UAESP comenzó haciendo referencia a la posición esgrimida por CGR en relación con este punto, indicando que el Concesionario afirmaba haber realizado numerosas actividades tendientes a la calibración de los equipos. Señaló, en cambio, que para la UAESP el Concesionario había incumplido la obligación de contar con la certificación metrológica actualizada y contar con los controladores automatizados, indicadores y registradores de caudal certificados.

Reiteró en sus alegaciones que el 30 de diciembre de 2019 las Partes suscribieron el Plan de Cumplimiento, uno de cuyos compromisos era el relacionado con la calibración de los equipos de PTL -certificación metrológica-. En comunicación del 20 de febrero de 2020 el interventor advirtió que aún había equipos pendientes de calibración (proceso de lixiviados, equipos de laboratorio – PTL, control y monitoreo geotécnico) y otros con calibración vencida.

1.6.2.2. Los Alegatos del Concesionario

CGR en la excepción señala que hay inexistencia de incumplimiento y excepción de contrato no cumplido. En lo primero CGR señala que solo estaba obligada a realizar la certificación metrológica de los equipos en uso y no de los demás, lo que sería una carga desproporcionada. A la fecha ha hecho todas las certificaciones de los equipos en uso. Agregó que en algunos momentos específicos la norma ambiental aplicable ha cambiado, lo que ha requerido un cambio constante de los equipos, razón por la cual en algunos momentos se ha encontrado que no existe certificación o calibración. Como contrato no cumplido alega la insuficiencia de la remuneración.

En concreto sobre la *“inexistencia de incumplimiento contractual”*, CGR Doña Juana ha realizado la calibración y mantenido la certificación metrológica de todos los equipos operativos en la PTL que la requieren, por lo que no hay incumplimiento de CGR Doña Juana. CGR Doña Juana no está obligado a realizar la certificación metrológica de todos los equipos que alguna vez hubiese hecho parte de la operación del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, sino únicamente de los que se encuentren actualmente en operación. Adicionalmente, manifestó que sería inviable, inútil e irracional efectuar calibraciones y certificaciones metrológicas sobre equipos que no influyen en la operación ya que la finalidad de estas certificaciones metrológicas es confirmar que los equipos estén tomando los datos de manera precisa, por lo que, si no están tomando datos, invertir en certificaciones metrológicas sería realizar un gasto innecesario e ineficiente.

Respecto a la "excepción de contrato no cumplido", manifestó que la inoperatividad de algunos equipos no obedece a una mala operación de CGR Doña Juana, sino que ello obedece a los múltiples incumplimientos de la UAESP, especialmente haber entregado en mal estado un sinnúmero de equipos y de haber fijado una remuneración completamente insuficiente, tal como se demostró con el dictamen pericial técnico.

1.6.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Las estipulaciones contractuales relativas a la obligación de contar con la certificación metrológica de lixiviados son las siguientes:

"CLÁUSULA SEGUNDA - OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO: Además de las obligaciones que de manera general establece el Artículo 5° de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, **EL CONCESIONARIO** deberá cumplir las siguientes obligaciones generales: (...)

4. Suministrar todos los repuestos, insumos y mano de obra necesaria para i) realizar las obras, actualizar tecnológicamente y garantizar la Administración, Operación y Mantenimiento del RSDJ ii) realizar la operación y mantenimiento de toda la maquinaria y equipos utilizada en el RSDJ, con el fin de evitar posibles retrasos en su funcionamiento, iii) ejecutar la operación del tratamiento de la totalidad de los lixiviados generados y almacenados en el RSDJ, y iv) realizar el mantenimiento de las diferentes unidades de la planta de tratamiento de lixiviados, de la maquinaria y equipo, con el fin de evitar cualquier posible perturbación en su funcionamiento, la seguridad industrial y la de los trabajadores. El Concesionario debe actualizar periódicamente la tecnología informática, de modo que en cualquier momento de la ejecución del Contrato, pueda garantizar la calidad, fiabilidad, oportunidad y seguridad de la información generada en el desarrollo de la operación.

(...)

17. Establecer procedimientos y mecanismos eficientes de control,

para vigilar el cumplimiento de las labores del personal y el adecuado funcionamiento de la maquinaria y los equipos que se utilicen en la Concesión, de forma que se cumplan los indicadores establecidos en los planes de certificación de calidad, ambientales y de seguridad industrial, y las normas de salud, seguridad industrial y los reglamentos operativos y de seguridad vigentes aplicables al RSDJ;

18. Realizar los ajustes tecnológicos para optimizar la operación de RSDJ, de la planta actual de tratamiento de lixiviados, para tomar las previsiones pertinentes sobre seguridad y cumplimiento de las normas legales aplicables. La UAESP, podrá intervenir para ordenar los ajustes necesarios a la operación con base en las normas vigentes y ante eventuales riesgos en la operación, ambientales o sanitarios, sin perjuicio de los requerimientos o las sanciones que deba aplicar;

(...)

CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS. Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, **EL CONCESIONARIO** deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas.

SOBRE LOS LIXIVIADOS

18. Mantener la certificación metrológica y los controladores automatizados, indicadores y registradores de caudal, certificados metrológicamente sellados y conectados al sistema de monitoreo y control en línea, que se encuentran instalados en los siguientes puntos de la planta de tratamiento de los lixiviados:

- En la captación del afluente de los lixiviados en los puntos cero.
- A la entrada de la Planta de Tratamiento de Lixiviados.
- A la entrada del tratamiento primario.
- A la entrada del tratamiento secundario.
- A la entrada del tratamiento terciario.
- A la salida del efluente de la nueva planta de tratamiento. o salida del lixiviado tratado.

Los anteriores puntos podrán ser replanteados teniendo en cuenta las condiciones de optimización, con la aprobación de la UAESP.

En caso de que los tratamientos primario, secundario y/o terciario estén constituidos por varias unidades individuales, deberá implementarse el sistema de controladores de forma individual para cada uno de ellos a fin de poder realizar los balances de materia y energía respectivos, implementando elementos redundantes de monitoreo y control en el sistema. Estos

controladores deberán permitir la lectura en campo y en el Sistema de Monitoreo en línea, y garantizar que ni los controladores ni sus datos puedan ser alterados.

Adicionalmente, el sistema deberá permitir, como mínimo, la realización de los balances de materia y energía individuales por unidad de proceso y globales en todo momento. Para ello, EL CONCESIONARIO deberá, entre otras actividades. (i) informar y capacitar a la UAESP y a la Interventoría sobre la plataforma del Sistema, (ii) operar y ajustar el sistema bajo los procedimientos preestablecidos, acordados y autorizados con la UAESP. y (iii) tener los licenciamientos del software que se utilice.

(...)

CLÁUSULA TRIGÉSIMA SÉPTIMA- DOCUMENTOS INTEGRANTES DEL CONTRATO: Forman parte integrante del contrato los siguientes documentos:

6. El Plan de Calidad del Concesionario, los informes de auditorías internas y externas realizadas al sistema de calidad del Concesionario, y las acciones correctivas a las no conformidades correspondientes."

A su turno, la Resolución 724 de 2010 -Manual Operativo del RSDJ-, dispuso que:

"Artículo 48. Requisitos Generales para el Operador de Disposición Final.

El Operador está obligado a disponer de todos los vehículos, detectores de gases, acelerógrafos, inclinómetros, piezómetros, extensómetros, narices electrónicas, catalizadores de olores, puntos de control topográfico, sistema de control SCADA en la planta de tratamiento de lixiviados, cámaras web y de video y demás vehículos, máquinas, equipos, instrumentos, hardware y software, que además de los anteriores sean necesarios para la adecuada operación y monitoreo de las variables para garantizar la estabilidad y mitigar la contaminación del agua, aire y el suelo del relleno sanitario y de su área de influencia.

Sobre el supuesto incumplimiento del Concesionario por no haber calibrado los equipos, no contar con la certificación metrológica actualizada y no contar con los controladores automatizados, indicadores y registradores de

caudal, certificados, metrológicamente sellados y conectados al sistema de monitoreo y control en línea, el Tribunal Arbitral encuentra probado que a través de comunicación UTIDJ-2019111590 del 7 de noviembre de 2019, la Interventoría UT Inter DJ formuló a la UAESP una solicitud de apertura de proceso administrativo sancionatorio por incumplimiento de obligaciones contractuales relacionadas con este componente del Sistema de Tratamiento de Lixiviados.

De igual forma, está acreditado que la UAESP y el Concesionario celebraron el Plan de Cumplimiento del 30 de diciembre de 2019, el cual en su numeral 10 incluyó actividades relacionadas con la calibración de equipos de la PTL y certificación metrológica:

*“10. Calibración de equipos de PTL - Certificación Metrológica
El concesionario CGR Doña Juana se compromete a realizar la calibración de la totalidad de los equipos del RSDJ (que a la fecha se encuentran pendiente por calibrar), **para lo cual remitió con radicado 20197000509512 de fecha 2 de diciembre de 2019, la programación de calibración a ejecutar entre el 1 de diciembre de 2019 y 31 de enero de 2020.***

Los únicos equipos que no se incluirán en la programación, son las Narices electrónicas, las cuales se incluirán en el capítulo de Automatización”⁴⁸⁸.

Está probado que en cumplimiento de lo anterior, el Concesionario a través de comunicación CGR-DJ-0002-20 presentó a la UAESP y al Interventor la programación según lo estipulado en el Plan de Cumplimiento. Conforme a lo anterior, existían procesos de calibración que ya habían sido ejecutados y otros cuya fecha programada de cumplimiento era el 30 o 31 de enero

⁴⁸⁸ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace:
<https://drive.google.com/drive/folders/1SBQQfSvai7n2Y1Jka4SAwQPI33hG7dpE>.

de 2020⁴⁸⁹.

Aparece en el expediente que en comunicación UTIDJ-202002298 del 20 de febrero de 2020, la Interventoría solicitó a la UAESP dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio en contra del Concesionario *“por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones contractuales relacionadas con garantizar la adecuada operación y mantener la certificación metrológica de equipos e instrumentación a su cargo”*⁴⁹⁰. En dicho documento, la Interventoría del Contrato refirió que de los equipos que se cuentan dentro de la operación del RSDJ había *“un total de ochenta y nueve (89) equipos, sobre los cuales se deben obtener los respectivos certificados de calibración metrológica”*. Adicionalmente, se refieren por parte del Interventor algunos equipos con la *“calibración vencida”*.

Frente a las alegaciones de incumplimiento, CGR sostuvo en la contestación de la demanda de reconvención y en los alegatos conclusivos, que no se encuentra obligado a realizar la calibración de equipos que no se encuentren afectos a la operación del RSDJ, y que, contrario a lo afirmado por la UAESP ha realizado las calibraciones del 100% de los equipos operativos que se encuentran en funcionamiento en el RSDJ.

Al respecto, el Tribunal Arbitral le haya razón al Concesionario en que no resulta razonable, ni se ajusta al Contrato, pretender exigir la calibración de equipos que no se encuentran afectos a la operación del Relleno, máxime

⁴⁸⁹ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1SBQQfSvai7n2Y1Jka4SAwQPI33hG7dpE>.

⁴⁹⁰ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1SBQQfSvai7n2Y1Jka4SAwQPI33hG7dpE>.

cuando ello no ofrecería ninguna utilidad de cara al objetivo perseguido con el fin mismo de la calibración y certificación metrológica que es tomar mediciones.

Sobre este punto en particular, en el dictamen pericial técnico aportado por CGR se indicó que:

*"7. Sírvese indicar, de acuerdo con su experiencia y conocimiento en la materia, ¿si es técnica y financieramente viable realizar la calibración y mantener vigentes las certificaciones metrológicas de equipos que no están operativos o no hacen parte del STL?
Respuesta: **No, al igual que para la pregunta anterior, la capacidad financiera y la destinación de recursos, puede verse afectada, en el caso en el que se desarrollen procesos sobre equipos que no aportan ningún dato que requiera una validez sobre el tratamiento de los lixiviados**"⁴⁹¹. (negrita y subrayado fuera de texto).*

Por lo tanto, este Panel Arbitral encuentra probado que técnicamente no hace sentido exigir la calibración y certificación metrológica de equipos que o no se encuentran operativos, o bien no hacen parte del STL.

De igual forma, el Tribunal encuentra probado a partir del dictamen pericial técnico aportado por CGR que la Interventoría y la UAESP exigían la calibración de equipos que o bien se encontraban fuera de uso o que no hacían parte del tratamiento de la PTL:

"15. Sírvese indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, de los siguientes equipos ¿cuáles se encuentran afectos a la operación de la PTL?"

⁴⁹¹ Dictamen pericial técnico aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&preview=183.2+dictamen+t%C3%A9cnico+convocante+Parte+2.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

(...)

Por lo anterior, casi todos los equipos que relaciona la UAESP, corresponden a aquellos que se encuentran fuera de uso, ya sea porque no se encuentran con las condiciones operativas para su funcionamiento o, porque no hacen parte del tren de tratamiento con el que se está realizando la optimización de la PTL. De los equipos que relaciona la UAESP y que se encuentran en uso, todos cuentan con calibración y certificación metrológica vigente”⁴⁹².

Es decir, la prueba técnica aportada por CGR da cuenta, como se afirmó en la contestación de demanda y en los alegatos de conclusión por parte del Concesionario que “CGR Doña Juana no está obligado a realizar la certificación metrológica de todos los equipos que alguna vez hubiese hecho parte de la operación del Sistema de Tratamiento de Lixiviados, sino únicamente de los que operen”.

En línea con lo anterior, y ante la pregunta de si los equipos con los que opera la PTL contaban o no con la certificación metrológica vigente, la perito contestó lo siguiente:

“16. Sírvase indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, ¿actualmente la totalidad de los equipos con los que opera la PTL cuentan con certificación metrológica vigente?

*Respuesta: **Sí, se cuenta con certificación para todos los equipos que operan actualmente, debido a problemas internos del laboratorio contratado para ejecutar los servicios de calibración, solamente el equipo OT4 está en proceso de calibración para obtener su certificación metrológica. Situación que en todo caso no pone en riesgo la operación de la PTL.** De acuerdo con la autonomía técnica de CGR Doña Juana y en orden del cumplimiento de los requisitos de la norma ISO 9001:2015, los equipos con los que opera la PTL cuentan con certificación metrológica vigente, actividad que se ha venido realizando desde el 2019, gracias al aumento en la remuneración que se dio*

⁴⁹² Ibidem.

mediante la Resolución CRA 843 de 2018.

Los certificados se anexan al presente cuestionario, siendo que estos dan fe del cumplimiento de esta actividad (ver Anexo 9.4_3.8)”⁴⁹³.

De igual forma, en el dictamen pericial técnico aportado por CGR se presentan unas tablas de elaboración propia de la perito, donde se observan las calibraciones realizadas año a año para los equipos de la PTL y que dan cuenta que para el año 2021 el Concesionario cumplió con el 100% de la calibración de equipos⁴⁹⁴.

Tabla 9.9 Calibraciones año a año para equipos PTL.

CÓDIGO O INTERNO	ESTADO ACTUAL 2021	UBICACIÓN 2021	CALIBRACIÓN									
			2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
FT1	Fuera de uso	Caja de entrada PTL		X		X	X	X	X			X
FT2	Fuera de uso	Pozo de Bombeo	X	X		X	X	X	X	X		X
FT3	Operativo	Recirculación interna reactores biológicos					X	X	X	X	X	X
FT4	Operativo	Recirculación externa reactores biológicos						X		X	X	X
FT5	Operativo	Purga de lodos-Decantador secundario						X		X	X	X
FT7	Operativo	Pozo de vaciados						X		X	X	X
FT9	Operativo	Purga de lodos-Decantador FQ1						X		X	X	X
FT10	Operativo	Entrada osmosis No. 14										X

Dicho lo anterior, este Tribunal estima pertinente traer a colación el dictamen pericial técnico de contradicción de la UAESP, elaborado por ACODAL, el cual hace algunas precisiones en relación con el cumplimiento

⁴⁹³ Ibidem.

⁴⁹⁴ Ibidem

de esta obligación para el año 2022. En efecto, en el numeral 13.5 del dictamen de contradicción, ACODAL sostiene que:

*“En el informe técnico presentado por CGRDJ el (los) perito(s) aseguran que las actividades de calibración en los últimos tres años se han realizado al 100%, **sin embargo, en el informe entregado por la interventoría para el primer semestre de 2022, se encuentran observaciones sobre la ausencia de calibraciones o que algunas han sido realizadas en frecuencias posteriores a las programadas en el cronograma**”⁴⁹⁵*

Con base en ello, el perito técnico de contradicción concluyó lo siguiente:

*“Con la evidencia presentada por el(los) perito(s) ejecutor(es) del dictamen técnico presentado por CGRDJ se ratifica el no cumplimiento de la obligación de certificación metrológica por parte del concesionario CGRDJ.
Cabe resaltar que, aunque se evidencian mejoras parciales a partir del año 2019 esta actividad no se realiza aun al 100%”⁴⁹⁶.*

Esta lapidaria conclusión de ACODAL se encuentra soportada en el informe mensual de avance presentado en el mes de enero de 2022 por parte del Interventor UT Inter DJ, en cual se relaciona el incumplimiento del Concesionario al Plan de Cumplimiento, así:

⁴⁹⁵ Dictamen pericial técnico de contradicción aportado por la UAESP, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAAslXm8LFkc5ZmslT0UA7hja/Pruebas/258.%20Dictamen%20contradi%20UAESP?dl=0&preview=T%C3%A9cnico.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

⁴⁹⁶ Ibidem.

	INFORME MENSUAL DE AVANCE	Versión: 07
		Fecha: 17-06-2021

PROCESO	CÓDIGO INTERNO/SERIAL	NOMBRE	FECHA PROGRAMADA DE CUMPLIMIENTO	ESTADO
Tratamiento de lixiviados	FT1 (TL001)	Caudalímetro electromagnético	31/01/2020	Calibrado Mayo de 2021
	FT16 (TL005)	Caudalímetro electromagnético	31/01/2020	Calibrado Mayo de 2021
	FT20 (TL006)	Caudalímetro de radar	16/12/2019	Incumplido
	FT24	Caudalímetro electromagnético	30/12/2019	Cumplido
	FT25 (TL006)	Caudalímetro electromagnético	30/01/2020	Cumplido
	RXT2 (TL039)	Multiparámetro -Reactor Occidental	31/01/2020	Incumplido
	RXT3 (TL039)	Controlador Redox – Reactor Oriental	30/01/2020	Incumplido
GQ. Laboratorio	LAB013	Digestor/Destilador de nitrógeno	30/12/2019	No requiere calibración
	LAB016	Oxímetro Crison	Ejecutado	Cumplido
GG. Monitoreo y control geotécnico	1035334	Sonda Biaxial inclinómetro	31/01/2020	Cumplido
	1131925	Consola de lectura de piezómetros	31/01/2020	Calibrado Julio de 2020

Fuente: INTER DJ, Enero 2022

Así las cosas, el Tribunal encuentra que CGR ha cumplido casi en su totalidad con la obligación de la calibración y certificación metrológica, no obstante a la fecha persiste el incumplimiento al Plan suscrito por las Partes en diciembre de 2019, en particular en lo que se refiere a los equipos FT20, RXT2 y RXT3, a los cuales, de forma expresa se comprometió el Concesionario a realizar su calibración.

Con base en las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral procederá a declarar el incumplimiento del Concesionario, pero únicamente en lo que respecta a los equipos antes señalados, razón por la cual la pretensión décima tercera habrá de prosperar solo parcialmente.

1.7. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR LOS CONTRAMUESTREOS Y ASUMIR LOS COSTOS NECESARIOS PARA ESTABLECER EL DESEMPEÑO DEL SISTEMA DE TRATAMIENTO DE LIXIVIADOS Y EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVIDAD DE VERTIMIENTOS

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“DÉCIMA QUINTA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP incumplió la Cláusula 2, Obligaciones Específicas numeral 12. del contrato de concesión 344 de 2010 y lo dispuesto en Resolución 724 de 2010, título IV del proceso de operación y mantenimiento – Capítulo 1 sobre manejo ambiental, Artículo 55 y demás disposiciones que hacen parte integral del contrato por no haber corrido con los costos de los contramuestreos para establecer el desempeño del Sistema de Tratamiento de Lixiviados y el cumplimiento de la normatividad de vertimientos.

DÉCIMA SEXTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la prosperidad de la DÉCIMA QUINTA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.”

1.7.1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

1.7.1.1. La Demanda de Reconvención Reformada de la UAESP

La UAESP inició la relación de hechos indicando las estipulaciones contractuales, en virtud de las cuales, en su sentir, el Concesionario se

encuentra obligado a correr con los costos de las contramuestras para establecer el desempeño del STL y el cumplimiento de la norma de vertimientos. Señaló que la obligación de CGR era remitir los resultados de los contramuestras a más tardar el primer día hábil de cada semana y sostuvo que a pesar de ello entre la cuarta semana de abril de 2019 y el mes de enero de 2021 *“no se cuenta con los resultados de los contramuestreos que permitan verificar la calidad y cumplimiento de parámetros establecidos por la normatividad vigente”* (hechos 107, 108, 109 y 110).

Por último, indicó que en comité del mes de mayo de 2020 se reiteró al Concesionario el incumplimiento de más de un año sin realizar los contramuestreos, por lo que, concluyó que *“el Concesionario al no realizar en la frecuencia requerida la totalidad de los parámetros de este control que señala la normatividad ambiental y a las cuales está obligado a cumplir, está incumpliendo con las exigencias mínimas señaladas por las autoridades ambientales y las obligaciones contractuales adquiridas”* (hecho 111).

1.7.1.2. La Contestación de la Demanda de Reconvención Reformada por Parte del Concesionario

Como lo hizo de forma recurrente en toda la contestación de la demanda de reconvención reformada, el Concesionario inició su oposición a los hechos con un breve recuento fáctico.

Señaló que *“los valores correspondientes a los costos de los contramuestreos no fueron tenidos en consideración ni incluidos en la fórmula escogida por la UAESP para remunerar el tratamiento de lixiviados”* y sostuvo que si bien para todos los años comprendidos entre 2011 y 2018 programó los

respectivos contramuestreos, no logró realizarlos todos a causa de la *“insuficiencia tarifaria”*.

Sostuvo que con posterioridad a la Resolución CRA 843 de 2019, el Concesionario ha venido realizando los contramuestreos de *“manera constante”*, pero que ha sido el laboratorio de ASINAL, seleccionado por la UAESP y el Interventor, el que ha tenido que aplicar técnicas adicionales dados los límites de cuantificación de la Resolución ANLA 1181 de 2020 que *“hace que el tiempo se dilate para la entrega de resultados hasta por 4 meses para cada monitoreo”*.

Agregó CGR que ha realizado múltiples requerimientos al laboratorio de ASINAL para que entregue los resultados de los muestreos atrasados tal como lo evidencian la comunicación CGR-DJ-0359-2021 y el correo electrónico del 20 de marzo de 2021 donde *“se solicita la entrega de reportes atrasados y faltantes”*.

Resaltó en todo caso, que la fórmula de remuneración escogida por la UAESP para remunerar el tratamiento de los lixiviados no había contemplado los costos de los contramuestreos.

En cuanto a la oposición de los hechos propiamente dichos, señaló que las normas contractuales citadas por la entidad Concedente eran *“aspectos que constan en documentos”* por lo que a su contenido literal se atenía (hechos 108 y 109).

Sobre la obligación de remitir los resultados de los contramuestreos el primer día hábil de cada semana manifestó que eran *“argumentaciones de la*

reconviniente que por lo demás no son claras" (hecho 109).

Frente al alegado incumplimiento sostuvo que no era cierto y que CGR no realizaba las contramuestras de forma directa sino que lo hacía a través de ASINAL (el laboratorio escogido por la UAESP), siendo de obligación de CGR únicamente permitir el ingreso del personal del laboratorio seleccionado por la UAESP para la toma de las muestras y pagar el costo de la misma, cuestión que ha sido cumplida por el Concesionario, pero que *"cuestión diferente es que el laboratorio no ha cumplido con las entregas a tiempo"*. Preciso que *"en diciembre de 2020 se reenviaron consolidados todos los resultados de reportes de contramuestreos de todo el año 2019"* (hecho 110 y 111).

Ahora bien, en lo que hace a la *"oposición a las pretensiones"*, en dicho acápite el Concesionario manifestó que se oponía porque aun cuando la tarifa establecida por la UAESP no remuneraba los contramuestreos, CGR sí los ha realizado.

Agregó, que también se oponía a la pretensión de terminación del Contrato por cuanto el concesionario sí ha cumplido con sus obligaciones, por lo que al no existir incumplimiento no tiene aplicación el artículo 1546 del Código Civil (condición resolutoria tácita). Además, a la luz del artículo 1609 ibidem no existe incumplimiento cuando la UAESP ha incumplido a su vez el contrato (*exceptio non adimpleti contractus*). Concluyó que ninguno de los incumplimientos que le achaca la UAESP son tales, sino que todo son *"efectos de una misma causa"* que es el *"sinnúmero de incumplimientos gravísimos de la UAESP de la ley y del contrato mismo, que han afectado de manera generalizada y severa las obligaciones a cargo del Concesionario desquiciando por completo la ejecución contractual"*.

1.7.2. LOS ALEGATOS DE LAS PARTES

1.7.2.1. Los Alegatos de la UAESP

A modo de resumen, la UAESP inició su escrito de alegatos señalando que el Concesionario había incumplido con la obligación de correr con el costo de las contramuestras y adujo como prueba el dictamen pericial técnico de contradicción de ACODAL. Para la UAESP, la obligación del concesionario no se limitaba a sólo pagar las muestras sino además a presentar el análisis fisicoquímico semanal del afluente del tratamiento de lixiviados que comprenda la totalidad de los parámetros y presentar sus resultados en la frecuencia acordada entre las Partes.

Añadió que CGR en su contestación de demanda aceptó incluso un retardo de seis (6) meses hasta un (1) año en la entrega de las contramuestras. Alegó también que conforme al informe de Interventoría del mes de diciembre de 2019 se demostraba que CGR venía incumpliendo su obligación desde agosto de 2016. Igual sucede con el reporte del mes de diciembre de 2020, con el cual pretende demostrar que CGR continuaba sin entregar las muestras en el término acordado.

Además relacionó en su escrito de alegatos conclusivo, unas comunicaciones que demostrarían que entre el mes de abril de 2019 y el 6 de julio de 2020 CGR incumplió con la realización de los contramuestreos. Concluyó entonces que el Concesionario incumplió los requerimientos de la Interventoría, desconociendo la naturaleza y el objetivo de la toma de las contramuestras.

1.7.2.2. Los Alegatos de CGR

A modo de resumen, CGR alegó la excepción de contrato no cumplido con base en que la tarifa fijada al inicio del Contrato de Concesión C - 344 de 2010 no contemplaba dentro de su estructura la realización de los contramuestreos. Sostuvo que en todo caso los contramuestreos se hicieron en tiempo entre 2018 y 2020 y que se hicieron todas las inversiones necesarias para cumplir.

De igual forma, alegó ausencia de nexo causal porque en su criterio la UAESP fue la encargada de escoger el laboratorio que realizaría las contramuestras, aduciendo que los retrasos en la entrega de los contramuestreos es por culpa del laboratorio contratado por la UAESP, hecho no imputable a CGR.

En total, CGR estructuró cuatro (4) argumentos en sus alegatos, a saber: excepción de contrato no cumplido, cumplimiento del Contrato, hecho de un tercero e inexistencia del nexo causal y ausencia de daño e inexistencia de incumplimiento esencial.

En cuanto a la *“excepción de contrato no cumplido”* alegó la insuficiencia en la remuneración del Contrato aduciendo que los costos de los contramuestreos no estaban incorporados en la estructura de la remuneración. Manifestó que mediante comunicación CGR-DJ-0435-2021 de 19 de marzo y radicado UAESP 20217000127872, se remitieron los resultados de los contramuestreos de julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2020. Todos los demás contramuestreos fueron enviados en tiempo y reportado en los informes presentados de CGR, por lo cual CGR sí

cumplió y realizó todos los contramuestreos necesarios, como además lo dictaminaron los peritos técnicos.

En punto al *“hecho de un tercero e inexistencia de nexo causal”* señaló que los contramuestreos no los realizaba directamente el Concesionario, sino que por selección de la UAESP y su interventoría UT Inter DJ los debía realizar el laboratorio ASINAL. CGR únicamente debía asumir los costos de estos contramuestreos y así lo ha hecho dando cumplimiento al Contrato de Concesión C - 344 de 2010 como se mencionó.

De la *“ausencia de daño e inexistencia de incumplimiento esencial”* sostuvo que cualquier “retraso” o “imperfección” no podía dar lugar a declarar que CGR incumplió el Contrato y mucho menos a resolverlo porque la toma de contramuestreos en el RSDJ es una actividad secundaria que consiste en hacer una verificación de los muestreos que toma CGR Doña Juana a través de un laboratorio igualmente acreditado.

En todo caso, ningún “retraso” o “falencia” constituye fuente de daño para la UAESP, toda vez que esta actividad no se encontraba remunerada por la entidad, no ha habido ningún daño en la operación y siempre se ha contado con los datos certeros de los muestreos y contramuestreos.

1.7.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

A través de las comunicaciones (i) UTIDJ-2019081043 del 8 de agosto de 2019 de la Interventoría; (ii) del 4 de septiembre de 2019 (radicado No. 20193000225221) de la UAESP; (iii) del 17 de octubre de 2019 (radicado No.

20193000266991) de la UAESP; (iv) UTIDJ-2019101438 del 17 de octubre de 2019 de la Interventoría⁴⁹⁷, se requirió al Concesionario para que, entre otras cosas, hiciera entrega de los resultados de las contramuestras tomadas al efluente durante la vigencia 2019.

Con motivo de los requerimientos antes anunciados y por solicitud de entidad Concedente, la Interventoría a través de comunicación UTIDJ-202007914 del 3 de julio de 2020, solicitó a la UAESP dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio por *“mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales relacionadas con las obras y actividades”* del STL. El capítulo IV de dicho documento lleva por título *“incumplimiento por no correr con los costos de contramuestras al vertimiento del STL”*⁴⁹⁸.

El concepto del incumplimiento, conforme a lo expuesto por el Interventor UT Inter DJ fue el siguiente:

*“De acuerdo con los reportes realizados por la UAESP, desde la cuarta semana de abril de 2019, es decir desde el 22 de abril de 2019, CGR Doña Juana no ha corrido con los costos de los contramuestreos, para establecer el cumplimiento de la normatividad de vertimientos”*⁴⁹⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal observa que a través de correo electrónico del 11 de septiembre de 2020, CGR envió a la UAESP los resultados de las contramuestras del vertimiento correspondiente a los meses de abril, mayo, junio y julio de 2019. Ahora, si bien el Concesionario

⁴⁹⁷ Documentos aportados por la UAESP con la demanda de reconvención reformada, las cuales pueden ser consultadas en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1-Shr3Gm0mbfZPldXaf3qNQpKbJ1lpkci>.

⁴⁹⁸ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención reformada, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1-Shr3Gm0mbfZPldXaf3qNQpKbJ1lpkci>.

⁴⁹⁹ Ibidem.

manifestó que “en diciembre de 2020 se reenviaron consolidados de todos los resultados de reportes de contramuestreos de todo el año 2019”, lo cierto es que no aparece la prueba que soporte su dicho. Así, entonces del año 2019 el Tribunal encuentra faltantes los meses de agosto a diciembre de 2019.

A su turno, se encuentra probado que por correo electrónico del 15 de diciembre de 2020, CGR hizo entrega a la UAESP de los resultados de las contramuestras del vertimiento correspondiente a los meses de septiembre y octubre de 2020⁵⁰⁰. De igual forma, se observa que en correo electrónico del 17 de febrero de 2021 se hizo entrega a la UAESP de los resultados los contramuestreos correspondientes a los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre (preliminar) de 2020⁵⁰¹.

Además de lo anterior, el Concesionario aportó la comunicación CGR-DJ-0435-2021 del 19 de marzo de 2021, en la cual hizo entrega a la UAESP de los “informes de contra muestreo 2020 de PTL”⁵⁰². Si bien el asunto de la misiva hace referencia de forma genérica a las contramuestras del año 2020, lo cierto es que como lo reconoció el Concesionario en su escrito de alegatos de conclusión, los resultados entregados correspondían a los meses de julio,

⁵⁰⁰ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención reformada que pueden ser consultados en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1-Shr3Gm0mbfZPlDxaf3qNQpKbJ1lpkci>.

⁵⁰¹ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención reformada que pueden ser consultados en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1-Shr3Gm0mbfZPlDxaf3qNQpKbJ1lpkci>.

⁵⁰² Documento aportado por CGR con el escrito de contestación de la demanda de reconvención reformada, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://crrlegal-my.sharepoint.com/personal/schemas_chemasasociados_com/_layouts/15/onedrive.aspx?ga=1&id=%2Fpersonal%2Fschemas%5Fchemasasociados%5Fcom%2FDocuments%2FTraslados%20oficiales%2FCGR%20Do%C3%B1a%20Juana%2FPruebas%20%2D%20Contestaci%C3%B3n%5FDem%5FRec%5FRef%2FCGR%2DDJ%2D0435%2D2021%20%2D%20INTER%2DDJ%20%2D%20Entrega%20informes%20de%20resultados%20con%20análisis%20de%20ASINAL%202020%20PTL%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fschemas%5Fchemasasociados%5Fcom%2FDocuments%2FTraslados%20oficiales%2FCGR%20Do%C3%B1a%20Juana%2FPruebas%20%2D%20Contestaci%C3%B3n%5FDem%5FRec%5FRef.

agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2020.

Si bien es cierto que el Concesionario afirmó que *“todos los demás contramuestreos fueron enviados en tiempo y reportado en los informes presentados de CGR Doña Juana, por lo cual, CGR Doña Juana sí cumplió y realizó todos los contramuestreos necesarios, como además lo dictaminaron los peritos técnicos”* el Tribunal no encuentra prueba que sustente tal afirmación, y por el contrario, existen documentos que dan cuenta de los retrasos y no presentación para los meses antes señalados.

Así las cosas, el Tribunal encuentra que para el año 2019 el Concesionario cumplió parcialmente la obligación de entregar las contramuestras (no entregó agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre) y que para el año 2020 cumplió con la entrega parcial (quedando pendiente los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo).

Dicho esto, y luego de haber efectuado la verificación de los dictámenes periciales aportados por las Partes, el Tribunal no encuentra que en ninguno de ellos se dé cuenta de la entrega de otros resultados adicionales que pudieran complementar los resultados del año 2019.

Por último, el Tribunal señalará que la excepción de hecho de un tercero esgrimida por el Concesionario no será de recibo en la medida que si bien es cierto que el encargado de procesar los resultados de las contramuestras es el laboratorio ASINAL (seleccionado por la UAESP), lo cierto es que a la fecha ha pasado un tiempo suficiente y razonable para que el Concesionario hubiese hecho entrega de los resultados pendientes a la UAESP.

Por tal razón, este Tribunal Arbitral procederá a declarar el incumplimiento parcial de la obligación de realizar los contramuestreos.

1.8. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA EN RELACIÓN CON LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN RELACIONADAS CON PAGAR LAS TASAS, MULTAS O SANCIONES QUE SE IMPUSIERAN POR LAS AUTORIDADES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS AMBIENTALES EN LA OPERACIÓN INTEGRAL DEL RSDJ Y DE MANTENER INDEMNE A LA ENTIDAD CONCEDENTE

1.8.1. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA MULTA IMPUESTA POR LA AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES MEDIANTE LAS RESOLUCIONES 01462 DEL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2018 Y 01506 DEL 25 DE JULIO DE 2019 Y DE PAGAR LAS TASAS RETRIBUTIVAS POR VERTIMIENTO AL TRAMO 2 DEL RÍO TUNJUELO DE LOS PERIODOS 2014 A 2018

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvencción reformada:

“DÉCIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA SA-ESP incumplió la cláusula Tercera: Obligaciones Específicas, en materia de autorizaciones, licencias, permisos y otros aspectos ambientales, numeral 3 “(...) Pagar las tasas, multas o sanciones que la Autoridad Ambiental o cualquier otra autoridad administrativa o judicial le imponga al Concesionario o a la UAESP. por incumplimiento de las normas ambientales en la operación integral de RSDJ” del contrato de concesión 344 de 2010, al no haber asumido la sanción impuesta en las Resoluciones 01462 del 5 de septiembre de 2018 y 01506 del 25 de julio de 2019, expedidas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

ANLA, por valor de TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (COP \$3.653.650.088.00) ni mantener indemne a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS por cualquier concepto en los términos de la CLÁUSULA CUADRAGÉSIMA PRIMERA del contrato de concesión C -344 de 2010.

DÉCIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la prosperidad de la DÉCIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN, se condene a la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. ESP a pagar la suma de TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (COP \$3.653.650.088.00) o el mayor valor que resulte probado, a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS.

DÉCIMA NOVENA PRETENSIÓN: Se declare que la sociedad CGR DOÑA JUANA SA-ESP incumplió la Cláusula Segunda, sobre las Obligaciones Generales del Concesionario, numeral 37 "Pagar las tasas retributivas y compensatorias que imponga la autoridad ambiental al CONCESIONARIO o a la UAESP relacionadas con la ejecución del contrato." Al no haber pagado la tasa retributiva por vertimiento puntual al tramo 2 del Río Tunjuelo de los periodos 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018.

VIGÉSIMA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la prosperidad de la DÉCIMO NOVENA PRETENSIÓN, se condene a la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. ESP a pagar la suma de CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS DIECIOCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/CTE (COP \$4.131.918.571), o el mayor valor que resulte probado, a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS."

1.8.1.1. La Demanda de Reconvención Reformada de la UAESP

En el capítulo de hechos de su escrito de demanda de reconvención reformada, la UAESP manifestó que el Concesionario tiene la obligación (cláusula 3.3 Obligaciones específicas en materia de autorizaciones, licencias, permisos y otros aspectos ambientales) de pagar todas las sanciones y multas que le sean impuestas a la UAESP o al Concesionario mismo, relacionadas con la operación del RSDJ y que ello fue resuelto en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 en donde se dejó dicho que "así

las cosas, las multas que sean impuestas en razón a inconformidades de las autoridades competentes respecto del cumplimiento de la reglamentación correspondiente deben ser asumidas por el contratista como ha sido establecido en el numeral 3 de las obligaciones EN MATERIA DE AUTORIZACIONES, LICENCIAS, PERMISOS Y OTROS ASPECTOS AMBIENTALES de la cláusula tercera del contrato” (hechos 112, 113 y 114).

Agregó la demandante en reconvención que a través de las Resoluciones No. 01462 del 5 de septiembre de 2018 y 01506 del 25 de julio de 2019 la ANLA impuso multa a la UAESP por valor de tres mil seiscientos cincuenta y tres millones seiscientos cincuenta mil ochenta y ocho pesos (\$3.653.650.088) con ocasión de la *“violación a la norma de vertimientos fijada para las descargas en el Relleno Sanitario Doña Juana sobre la fuente hídrica Río Tunjuelo, por el deterioro ambiental y por interferir la calidad del recurso hídrico, verificadas en las anualidades 2011 y 2012”* y que han sido múltiples los requerimientos efectuados al Concesionario tanto por la UAESP como por la Interventoría UT - Inter DJ para que cumpla su obligación de pagar, ninguno de los cuales ha sido atendido por aquel (hechos 115 y 116).

Sostuvo la UAESP que a través de Resolución No. 0773 del 23 de diciembre de 2019, la entidad al *“no obtener respuesta de pago”* por parte del Concesionario, *“reconoció el gasto y ordenó el pago”* de la antedicha multa con el propósito de *“evitar el inicio de un proceso coactivo que genere intereses moratorios y afecte los recursos públicos de la Unidad y del Distrito”* (hechos 117 y 118).

En adición a lo anterior, señaló la demandante en reconvención que a través de comunicación del 24 de enero de 2020 (radicado No.

20207000029232) el Concesionario manifestó que no pagaría la multa por considerar que *“existían los argumentos y fundamentos de derecho para evitar tomar esta decisión de pago”* (hecho 120).

Ahora bien, en lo que hace a las tasas retributivas la UAESP manifestó que el Concesionario tiene la obligación (cláusula 2.37 Obligaciones generales del Concesionario) de pagar las tasa retributivas y compensatorias que imponga la autoridad ambiental al Concesionario o a la UAESP relacionadas con la ejecución del Contrato de Concesión C - 344 de 2010, y que ello fue resuelto en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 en donde se dejó dicho que *“como consecuencia de lo anterior, no prospera la pretensión de CGR para que la UAESP asuma las tasas retributivas, multas y sanciones que con ocasión de incumplimiento de la norma de vertimientos hayan sido impuestas, toda vez que corresponde al contratista, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, efectuar las labores necesarias para la administración, operación y mantenimiento integral del Relleno Sanitario Doña Juana”* (hechos 121 y 122).

Agregó la reconviniente que, en cumplimiento del Decreto 2667 de 2012, la Secretaría Distrital de Ambiente había efectuado el cobro directo a la UAESP de la tasa retributiva correspondiente a los años 2014 a 2018, con ocasión de los vertimientos de lixiviados hechos al Río Tunjuelo pago efectuado por la UAESP y que el valor adeudado por CGR incluidos intereses moratorios con corte al 30 de noviembre de 2019 era de cuatro mil ciento treinta y un millones novecientos dieciocho mil quinientos setenta y dos pesos (\$4.131.918.572) (hechos 123 y 124).

Sostuvo la UAESP que como consecuencia del no pago de las tasas

retributivas por parte del Concesionario, y ante el inicio de sendos procedimientos de cobro coactivos iniciados por la autoridad ambiental contra la UAESP, la entidad a fin de salvaguardar su patrimonio, tomó la decisión de *“pagar lo adeudado por el concesionario y posteriormente repetir en su contra para que restituya dicho dinero”*, por lo que a través de Resolución UAESP 776 del 23 de diciembre de 2019 reconoció el gasto y ordenó el pago de las tasas retributivas de los periodos 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018 en favor de la Secretaría Distrital de Ambiente (SDA) sin que a la fecha la UAESP haya recibido el pago que le corresponde por parte del Concesionario (hechos 125 y 126).

1.8.1.2. La Contestación a la demanda de Reconvención Reformada por Parte del Concesionario UAESP

Por su parte, la convocada en reconvención se opuso a los hechos así enunciados por la UAESP. En primer término efectuó una breve síntesis de sus motivos de oposición a los hechos planteados por la Concedente donde expuso que *“la reconviniente pone en evidencia que, con sus pretensiones décima séptima y décima octava, en efecto está intentando cobrar y ejecutar la decisión del laudo arbitral del 27 de diciembre (sic) de 2018”*, asunto para el cual el presente Tribunal de Arbitraje carece de competencia por no estar facultado para *“suplir al juez de la ejecución”*. Lo propio mencionó respecto de las pretensiones décimo novena y vigésima sobre tasas retributivas.

Agregó la sociedad reconvenida que la sanción impuesta por la ANLA, fue consecuencia *“directa e inequívoca”* de los incumplimientos de la UAESP y de terceros, y en punto de la tasas retributivas adujo que el pago a la SDA

por parte de la UAESP tenían *“como causa directa las acciones y omisiones de esta entidad y no son atribuibles a la gestión y administración del Relleno Sanitario por parte de CGR”* razón por la cual no puede atribuírsele responsabilidad alguna por hechos que no le son imputables.

Señaló que el Concesionario no tuvo oportunidad de conocer de manera oportuna de los procesos que la ANLA adelantaba contra la UAESP, aspecto que debe ser tenido en cuenta pues nunca se le permitió a CGR comparecer al proceso para demostrar que el presunto incumplimiento no existía o que no le era imputable. De igual forma, el Concesionario sostuvo que la multa impuesta por la ANLA y las tasas retributivas pagadas a la SDA habían sido resultado de los propios incumplimientos contractuales de la UAESP en relación con el tratamiento de lixiviados.

A todo lo anterior, CGR agregó que ni las multas impuestas por las autoridades ambientales ni el pago de las tasas retributivas habían quedado comprendidas dentro de la remuneración del Concesionario conforme al Contrato de Concesión C - 344 de 2010, y que fue tan solo con la Resolución CRA 843 de 2018 que estas se incluyeron por vía del Costo de Tratamiento de Lixiviados (CTL). Por lo tanto, no tenía responsabilidad alguna, máxime cuando el titular de la licencia ambiental era para esa época la propia UAESP.

Cumplida la anterior síntesis argumentativa, CGR se pronunció sobre cada uno de los hechos de la demanda de reconvención. En cuanto a los hechos relacionados con las multas impuestas por la ANLA y la obligación a su cargo prevista en la cláusula 3.3. sobre Obligaciones específicas en materia de autorizaciones, licencias, permisos y otros aspectos ambientales, señaló que

la misma cláusula *"fija como condición para que CGR Doña Juana responda por dichas circunstancias el hecho de que, ella misma, esto es, el mismo concesionario y por aspectos únicamente a él atribuibles, hubiese incumplido las normas ambientales"*.

Sostuvo que la cláusula cuyo incumplimiento alega la UAESP debe ser leída en concordancia con la cláusula décima sexta *"la cual, de manera diáfana, establece que CGR Doña Juana solo responderá cuando se trate de daños causados por su culpa o las del personal que se encuentra bajo su dependencia, de ahí que la responsabilidad por el pago de multas o sanciones de orden ambiental no puede limitarse a un aspecto de plano u objetivo -como lo pretende la UAESP-, sino que, en todo caso, habrá de considerarse y determinarse si el comportamiento subjetivo de CGR Doña Juana"*.

Sin perjuicio de lo anterior, manifestó que la pretensión de la UAESP resulta temeraria en tanto que la misma demandante en reconvención había suspendido la facultad de cobro coactivo de la ANLA al haber demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la nulidad de las Resoluciones objeto de discusión, tal como lo había manifestado la propia autoridad ambiental en oficio No. Oficio No. 2019200613-1-000 (hecho 112).

Insistió que este Tribunal Arbitral carecía de competencia para conocer en relación con el cumplimiento o ejecución de una decisión judicial anterior, y que en todo caso, la Resolución cuya ejecución pretende la demandante en reconvención había reconocido en su página 18 que *"ninguna responsabilidad se atribuía a la concesionaria por los hechos objeto de estudio y decisión en dicho procedimiento"*.

CGR También fue enfático en señalar que se le estaba obligando a convertirse en *“pagador de cualquier suma impuesta en contra de la UAESP”* y que ese no era el propósito cuyo incumplimiento alegaba la demandante en reconvención, pues cualquier acción en contra del Concesionario debe estar precedida *“de un procedimiento válido y oportuno en que CGR Doña Juana pueda defenderse, controvertir las circunstancias que dan o dieron lugar al presunto incumplimiento de las normas ambientales”* (hecho 113).

Acto seguido, CGR citó un aparte de la decisión administrativa proferida por la ANLA para sustentar que la responsabilidad debía recaer únicamente sobre la UAESP como titular de la licencia ambiental por lo que *“ninguna responsabilidad le asiste a CGR Doña Juana”* tal como consta en las respectivas resoluciones. En igual orden de ideas, señaló que *“la responsabilidad contractual no es automática ni objetiva y es esto lo que pierde de vista la reconviniente al pretender una condena en contra de CGR Doña Juana por el supuesto no pago de una sanción que fue impuesta en contra suya, que la misma UAESP reconoció y pagó conforme a lo resuelto en Resolución UAESP 773 de 2019 y que, en todo caso, trata o se refiere a asuntos respecto de los cuales CGR Doña Juana no es responsable, no ha podido pronunciarse y, menos aún, ha sido declarada culpable”*; y agregó que la misma UAESP había atacado los actos administrativos expedidos por la ANLA por presuntamente haber sido expedidos con infracción de las normas en que debía fundarse, mediante falsa motivación y con violación del debido proceso (hecho 114).

El Concesionario añadió en su defensa que si bien es cierto que ha recibido

las comunicaciones de la UAESP y de la Interventoría UT Inter DJ, ello en modo alguno comporta un incumplimiento por parte de CGR en la medida que el Concesionario no tiene obligación alguna en relación con el pago de la multa aquí mencionada (hecho 115).

Por demás, sostuvo la demandada en reconvención que hasta ahora no existe declaratoria alguna en contra de CGR por incumplimiento de las normas ambientales por los hechos ocurridos entre 2011 y 2012, lo cual hace que sin dicha declaratoria de incumplimiento, no es posible exigir de CGR el pago de multa o sanción de clase alguna (hecho 116 y 117).

También arguyó en su favor que lo pretendido por la UAESP correspondía a una ejecución de su propia Resolución (773 de 2019), pasando por alto que no existe declaratoria de responsabilidad alguna en contra de CGR por estos hechos y que su negativa al pago de la respectiva multa quedó suficientemente fundamentada conforme a la comunicación del 20207000029232 del 24 de enero de 2020 (hecho 118); y posteriormente concluyó reiterando que la responsabilidad en relación con el pago de la multa recaía en cabeza de la UAESP como titular que era de la licencia ambiental, que los hechos eran imputables a esa misma entidad y que sólo hasta el año 2018 la remuneración vino a incluir un componente para el pago de multas y sanciones, por lo que no existe incumplimiento alguno y menos se puede pretender que el Tribunal Arbitral funja "*como juez de ejecución de una obligación dineraria que definió la misma UAESP*" (hecho 119 y 120).

Ahora, en lo que respecta a los hechos relacionados con las tasas retributivas pagadas a la SDA y la obligación a su cargo prevista en la

cláusula 2.37 sobre obligaciones generales del concesionario de pagar las tasas retributivas y compensatorias que imponga la autoridad ambiental al Concesionario o a la UAESP, señaló que dicha estipulación contractual debía entenderse y aplicarse a la luz de lo estipulado en la cláusula décima sexta del Contrato de Concesión C- 344 de 2010, según la cual la responsabilidad del Concesionario se refiere únicamente a daños causados por su culpa. Manifestó una vez más que este Tribunal Arbitral carecía de competencia para conocer en relación con el cumplimiento o ejecución de una decisión judicial anterior (laudo del año 2018), y que en todo caso, no estaba *“facultado para suplir al juez de la ejecución”* (hecho 122).

Sin perjuicio de lo anterior, señaló que las cifras supuestamente estimadas por la UAESP por concepto de tasa retributiva provenían de un cuadro *“de autoría de la misma reconviniendo”* y que si la SDA efectuó el cobro de la tasa retributiva a la UAESP era porque dicha entidad seguía siendo la titular de la licencia ambiental. Sostuvo que CGR no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de controvertir *“los reclamos o solicitudes de aclaración a que hubiere lugar”* tal como lo prevé el artículo 24 del Decreto 2667 de 2012, ni se tiene certeza de que la UAESP lo haya hecho por lo que el descuido propio de la demandante en reconvención no puede ser atribuido a la Concesionaria (hechos 123 y 124).

Agregó en su favor la reconvenida que ha hecho el esfuerzo, sin que en su criterio le correspondiese, de haber hecho pagos parciales de las sumas requeridas por la UAESP para el pago de las tasas retributivas impuesta por la SDA y que cualquier interés de mora es de exclusiva responsabilidad de la UAESP pues ella era la titular de la licencia y en consecuencia la obligada al pago. Entonces el cobro que pretende la UAESP es un cobro que se hace

“de plano o de manera automática”, sin que el Concesionario haya tenido la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción (hechos 125 y 126).

Incluso, manifestó CGR que la UAESP inició un procedimiento de cobro coactivo sustrayendo el asunto de la competencia arbitral y vulnerando en su sentir el *“principio de non bis in ídem en detrimento de CGR Doña Juana, aunado a existir una evidente prejudicialidad”* e insistió que *“el tribunal no es juez de ejecución o a quien le corresponda adelantar procesos ejecutivos”* (hechos 127 y 128).

1.8.2. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

1.8.2.1. Los Alegato de la UAESP

A modo de resumen de lo dicho por la UAESP, se señaló por parte de esta entidad en su escrito de alegatos conclusivos que la posición de CGR se sustentaba en que en ningún momento el Concesionario había sido declarado responsable por la ANLA respecto del incumplimiento que servía de fundamento a la multa. Que en cambio, su posición (la de la UAESP) se fundamentaba en que debido a que el responsable del cumplimiento de los parámetros ambientales para el tratamiento de lixiviados era CGR, era este quien en consecuencia debía responder por el pago de la multa impuesta por la autoridad ambiental, máxime cuando es el Contrato de Concesión C - 344 de 2010 el que fija la obligatoriedad del pago por parte del Concesionario por su incumplimiento de la normatividad ambiental.

Manifestó también en sus alegaciones finales que este punto había sido debatido y resuelto en el laudo arbitral del año 2018. Sostuvo que el

concesionario tiene la obligación contractual de cumplir la normatividad ambiental aplicable, así como con la licencia ambiental junto con sus respectivas modificaciones. Por lo tanto, ante la multa impuesta por la ANLA a raíz de los vertimientos al río Tunjuelo durante los años 2011 y 2012, CGR tenía la obligación de responder conforme a lo previsto en el Contrato.

Insistió que el reconocimiento y pago de la obligación en favor de la ANLA se hizo con el fin de evitar sanciones adicionales como intereses moratorios e indexación. De igual forma, la demandante en reconvención en sus alegatos volvió a señalar que no obstante haberse requerido al Concesionario para el pago, según consta en comunicación del 24 de enero de 2020, CGR negó su obligación alegando que *"existían argumentos y fundamentos de derecho para evitar tomar esa decisión de pago; sin embargo la UAESP decidió omitir la normatividad y efectos vigentes en estos asuntos, disponiendo en forma inadecuada de los recursos de dicha entidad"*. Señaló también la UAESP que para los años 2011 y 2012 y que dieron origen a la multa por parte de la ANLA, era CGR quien se encontraba operando el RSDJ.

En cuanto a las tasas retributivas, la UAESP hace un breve esbozo de la posición de CGR al respecto y sostiene que según el Concesionario no existe obligación contractual alguna que le imponga asumir la respectiva tasa retributiva en tanto el obligado a su pago era la UAESP como titular de la licencia ambiental del RSDJ, además, que el pago que se pretende por la entidad Concedente es especulativo y que carece de soporte documental que establezca el valor realmente cancelado. Sostuvo que, en cambio, la posición de la UAESP se fundamentaba en el hecho de que dicha entidad debió asumir el pago de la tasa retributiva cuando la cláusula del contrato

es clara en determinar que el Concesionario es el encargado de asumir dichos valores.

Para la UAESP, además de la obligación contractual prevista en la cláusula segunda del Contrato de Concesión C - 344 de 2010, el asunto de las tasas retributivas también había sido analizado y decidido en el laudo arbitral del año 2018, habiéndose establecido en cabeza de CGR la obligación de pagar dichas tasas.

Concluyó afirmando que La Secretaría Distrital de Ambiente realizó el cobro de la tasa retributiva por la calidad de los vertimientos al río Tunjuelo de los periodos 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018 a la UAESP, quien debió asumir su pago, sin que a la fecha el Concesionario haya reconocido las sumas correspondientes. Indicó por último que como consecuencia del incumplimiento del concesionario, la mentada Secretaría inició tres procedimientos de cobro coactivo contra la UAESP, por lo que a fin de salvaguardar el patrimonio de la entidad, esta procedió a reconocer y pagar la deuda ordenando a su vez hacer el cobro exigible contra el Concesionario.

1.8.2.2. Los Alegatos del Concesionario

A modo de resumen, en sus alegatos de conclusión CGR reiteró la falta de competencia de este Tribunal Arbitraje porque, en su criterio, lo que pretende la UAESP es la ejecución de un acto administrativo, aspecto para el cual no está investido de competencia este Panel.

Además, señaló que la obligación de CGR de pagar las multas, prevista en

el Contrato de Concesión C - 344 de 2010, se encuentra condicionada a que el Concesionario hubiese sido declarado responsable del hecho generador de la misma.

Sostuvo que se había probado la configuración de la excepción de contrato no cumplido en cuanto a la insuficiencia de la remuneración como hecho que impedía declarar responsable a CGR por el supuesto incumplimiento pretendido por la UAESP. En este mismo sentido, mencionó que la PTL no cumplía con la capacidad de tratamiento de 21,5 l/s y concluyó afirmando que la UAESP reconoció el gasto y ordenó el pago yendo contra sus propios actos.

Planteó el Concesionario nueve (9) argumentos puntuales en relación con la controversia sobre las pretensiones de pago de la multa impuesta por la ANLA y de pago de las tasas retributivas, a saber: falta de competencia; inexistencia de incumplimiento contractual; excepción de contrato no cumplido; imposibilidad de establecer responsabilidad objetiva; *Non venire contra factum proprium*; pleito pendiente - prejudicialidad; nadie puede alegar su propia culpa; falta de prueba; inexistencia de cosa juzgada.

Sobre la “falta de competencia” sostuvo que lo que pretende la UAESP es en esencia la ejecución de unos actos administrativos, asunto que escapa a la competencia del Tribunal Arbitral.

En relación con el argumento de “inexistencia de incumplimiento contractual” señaló que la cláusula décima sexta del Contrato de Concesión C - 344 de 2010, que determina la indemnidad que extiende CGR en favor de la UAESP, solo puede ser aplicable cuando existan sanciones,

multas o tasas retributivas que sean atribuibles e imputables a la culpa del Concesionario.

Luego de lo anterior, y sobre la “*excepción de contrato no cumplido*” alegó la insuficiencia de la remuneración como un incumplimiento de la UAESP y un hecho no imputable al Concesionario que hacían que no fuera exigible el pago de multas o tasas retributivas a su cargo.

En cuanto a la “*imposibilidad de establecer responsabilidad objetiva*” sostuvo que esta excepción se encontraba probada porque en el ordenamiento jurídico colombiano no es posible que se establezca responsabilidad de CGR por una sanción en cuyo proceso administrativo de imposición no participó ni intervino y respecto de lo cual no se ha declarado formal y válidamente incumplimiento alguno por parte de la sociedad Concesionaria, pues, la única responsable según los actos administrativos en cuestión es la UAESP. Concluyó este punto manifestando que la responsabilidad contractual no puede ser automática ni objetiva como lo pretende la UAESP.

También alegó “*venire contra factum proprium*” o que “*nadie puede alegar su propia culpa*” para significar que la UAESP de forma inexplicable y en contra de sus propios actos mediante la Resolución 0773 de 2019 de 23 de diciembre de 2019, por sí y ante sí, reconoció el gasto y ordenó el pago de la sanción contenida en la Resolución ANLA 01462 de 2018 confirmada mediante la Resolución 01506 del de 2019 y a transferirle su “*incordio*” al Concesionario. Esto lo hizo actuando en contra de sus propios actos.

Dicho lo anterior, CGR alegó la excepción de “*pleito pendiente* -

prejudicialidad" con base en que la UAESP de forma unilateral y autónoma decidió interponer una demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca cuestionando la legalidad de la Resolución ANLA 01462 de 2018 confirmada mediante la Resolución 01506 del de 2019 por considerarla contraria a derecho y por contener vicios sustanciales y procesales, donde se destaca la ausencia de prueba de que exista responsabilidad. Dicho proceso actualmente se encuentra en etapa de pruebas. Señaló que en el presente caso, la UAESP pretende que el Tribunal Arbitral condene a CGR Doña Juana a cancelar los valores correspondientes al pago de las tasas retributivas y de la sanción impuesta por la ANLA, sin parar mientes que ya existe un proceso de cobro administrativo y que existe un proceso judicial en curso donde se debate la legalidad de la multa.

Por demás, sostuvo que se había demostrado la *"falta de prueba"* pues en su sentir no existe prueba alguna, siquiera sumaria, de que la UAESP hubiese realizado el pago de la multa o de la tasa retributiva y mucho menos la razón por la cual lo hizo desconociendo sus actos, cuando el cobro coactivo estaba suspendido y cuando se estaba discutiendo la legalidad ante la jurisdicción contenciosa administrativa, lo que implica la excepción de falta de prueba y es una razón adicional para negar las pretensiones.

Por último frente a la *"inexistencia de cosa juzgada"* sostuvo que lo resuelto en el laudo arbitral del año 2018 en relación con el pago de multas y sanciones no hacía cosa juzgada frente a esta discusión, la que debía *"estudiarse y resolverse para cada situación puntual y, en todo caso, cuando sea responsabilidad suya, debidamente declarada y referida al presunto incumplimiento de normas de orden ambiental, cosa que no ocurre en el caso concreto"*.

1.8.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.8.3.1. La Competencia del Tribunal Arbitral Respecto de las Pretensiones Décima Séptima, Décima Octava, Décima Novena y Vigésima

Toda vez que en la etapa de alegatos de conclusión la parte demandada en reconvención formuló objeciones en relación con la competencia de este Tribunal para resolver de fondo las controversias relacionadas con el pago de las multas y las tasas retributivas, se considera pertinente primero abordar lo relativo a la competencia, para después despejado todo asomo de duda al respecto, pueda proceder el Panel Arbitral a adoptar la decisión de fondo que en derecho corresponda.

Ya se ha dicho con anterioridad que este Tribunal tiene competencia, conforme a la cláusula compromisoria, para conocer y decidir controversias relacionadas con la celebración, ejecución y terminación del Contrato de Concesión C - 344 de 2010, por lo que para efectos de determinar, nuevamente, si este Tribunal es competente o no, se considera necesario establecer si lo pretendido por la UAESP en su demanda de reconvención (pretensiones décima séptima a vigésima) guarda relación con aquellas materias habilitadas por las Partes en favor del Tribunal, esto es, si se trata de una controversia relativa a la celebración, ejecución o terminación del Contrato.

Sobre esto último, el Tribunal reitera y ratifica lo decidido en la primera audiencia de trámite del proceso, en cuanto sí es competente para resolver

en relación con el presunto incumplimiento de la obligación de pagar las multas y tasas retributivas. En efecto, como se puede apreciar claramente del tenor literal de la pretensión, lo que la UAESP busca con estas pretensiones es que se zanje una controversia relativa al presunto incumplimiento de las cláusulas 2.37 (obligaciones generales del Concesionario) y 3.3 (obligaciones específicas en materia de autorizaciones, licencias, permisos y otros aspectos ambientales), lo que hace parte de las vicisitudes propias de la obligación durante la etapa de ejecución contractual. Ahora bien, la pretensión consecuencial hace referencia a la condena respectiva, asunto que por ser una mera consecuencia jurídica de la pretensión declarativa que le precede sí puede ser decidida por el Tribunal.

Siendo así, para el Tribunal es claro que el debate planteado en la demanda de reconvención reformada corresponde al ámbito propio de habilitación otorgado al Panel Arbitral a través de la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Concesión C - 344 de 2010, en tanto lo pretendido obedece a aspectos propios de la ejecución del negocio jurídico.

Ahora, en cuanto a la posición esgrimida por el Concesionario donde alega la incompetencia de este Tribunal de Arbitraje aduciendo que la controversia corresponde en realidad a la ejecución de actos administrativos expedidos por la propia UAESP, el Tribunal lo desestimará teniendo en cuenta que lo solicitado por la demandante en reconvención no es la ejecución de una obligación propiamente dicha, ni que se libre un mandamiento de pago, sino simplemente la declaración de un incumplimiento de sendas estipulaciones contractuales, para lo cual, como ya se dejó dicho, sí tiene competencia este Panel Arbitral. En este orden de

ideas, nada más alejado que decir que este Panel asumiría funciones de ejecución, pues contrario a ello, se está limitando a decir el derecho frente a una determinada controversia, sin que en momento alguno se esté o vaya a librar mandamiento de pago. Por lo tanto, la arremetida del Concesionario contra la competencia del Tribunal carecen de fundamento.

Por lo tanto, habiendo aclarado, una vez más, su propia competencia para decidir de fondo lo relacionado con las pretensiones décima séptima a vigésima de la demanda de reconvención reformada, el Tribunal procede a emitir enseguida la decisión que en derecho corresponde.

1.8.3.2. El Fondo de la Controversia

La pretensión décima séptima tiene por objeto que se declare el incumplimiento del Concesionario respecto del contenido obligatorio del numeral 3 de la cláusula tercera del Contrato sobre Obligaciones Específicas en materia de autorizaciones, licencias, permisos y otros aspectos ambientales por el no pago por parte de CGR de la multa impuesta por la ANLA a la UAESP a través de las Resoluciones 01462 del 5 de septiembre de 2018 y 01506 del 25 de julio de 2019. Como consecuencia, solicitó la demandante en reconvención en la pretensión décima octava que se condenara a la demandada al pago de la multa impuesta en la suma de tres mil seiscientos cincuenta y tres millones seiscientos cincuenta y mil ochenta y ocho pesos m/cte. (\$3.653.650.088).

A su turno, la pretensión décima novena tiene por objeto que se declare el incumplimiento del Concesionario respecto del contenido obligatorio del numeral 37 de la cláusula segunda del Contrato sobre Obligaciones

Generales del Concesionario de pagar las tasas retributivas que imponga la autoridad ambiental competente, específicamente por no haber pagado las tasas impuestas por la SDA por concepto de vertimientos al río Tunjuelo durante los años 2014 a 2018. Como consecuencia, solicitó la demandante en reconvención en la pretensión vigésima que se condenara a la demandada en reconvención al pago de cuatro mil ciento treinta y un millones novecientos dieciocho mil quinientos setenta y un pesos m/cte (\$4.131.918.571).

Las cláusulas cuyo incumplimiento pretende que se declare por la demandante en reconvención son del siguiente tenor:

“CLÁUSULA SEGUNDA - OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO: Además de las obligaciones que de manera general establece el Artículo 5° de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, **EL CONCESIONARIO** deberá cumplir las siguientes obligaciones generales:

(...)

37. Pagar las tasas retributivas y compensatorias que imponga la autoridad ambiental al CONCESIONARIO o a la UAESP, relacionadas con la ejecución del contrato”.

“CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS. Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, **EL CONCESIONARIO** deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas.

(...)

EN MATERIA DE AUTORIZACIONES, LICENCIAS, PERMISOS Y OTROS ASPECTOS AMBIENTALES

3. Pagar las tasas, multas o sanciones que la Autoridad Ambiental o cualquier otra autoridad administrativa o judicial le imponga al Concesionario o a la UAESP, por incumplimiento de las normas ambientales en la operación integral de RSDJ”. (negrita y subrayado por fuera del texto original).

Cabe recordar que en relación con la obligación de pagar las tasas retributivas, multas u otras sanciones, se plantearon por parte de CGR y de la UAESP las siguientes pretensiones en el marco del arbitraje caso No. 3958:

Pretensiones CGR	Pretensiones UAESP
3.1.4. Se declare responsable patrimonio/mente a la UAESP al reconocimiento y pago de todas las tasas retributivas, multas y sanciones que con ocasión de incumplimiento de la norma de vertimientos hayan sido impuestas o sean impuestas por las distintas autoridades ambientales hasta el momento que se culminen las obras de optimización del STL.	SEXTA PRETENSIÓN: Se declare responsable patrimonialmente a la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A.-ESP al reconocimiento y pago de todas las tasas retributivas, multas y sanciones que con ocasión de incumplimiento de las normas de vertimientos hayan sido impuestas o sean impuestas por las distintas autoridades ambientales, manteniendo indemne a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS por cualquier concepto en los términos de la CLÁUSULA CUADRAGÉSIMA PRIMERA del contrato 344 de 2010.

La pretensión 3.1.4 formulada por el Concesionario fue denegada en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018, donde al respecto se señaló:

"Como consecuencia de lo anterior, no prospera la pretensión de CGR para que la UAESP asuma las tasas retributivas, multas y sanciones que con ocasión de incumplimiento de la norma de vertimientos hayan sido impuestas, toda vez que corresponde al contratista, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, efectuar las labores necesarias para la administración, operación y mantenimiento integral del Relleno Sanitario Doña Juana.

Así las cosas, las multas que sean impuestas en razón a inconformidades de las autoridades competentes respecto del cumplimiento de la reglamentación correspondiente deben ser asumidas por el contratista como ha sido establecido en el numeral 3 de las obligaciones EN MATERIA DE AUTORIZACIONES, LICENCIAS, PERMISOS Y OTROS ASPECTOS AMBIENTALES, de la cláusula tercera del contrato.

(...)

Por lo anterior, se negarán las pretensiones 3.1.1, 3.1.2, 3.1.4, 3.1.5 y 3.2.1. de la demanda principal y así se indicará en la parte resolutive del laudo"⁵⁰³.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la pretensión sexta de la demanda de reconvencción reformada, el laudo arbitral del año 2018 señaló:

"En cuanto a la pretensión de la UAESP (sexta pretensión de la demanda de reconvencción reformada) de que se declare a CGR responsable del reconocimiento y pago de todas las tasas retributivas, multas y sanciones con ocasión del incumplimiento de las normas de vertimiento, de acuerdo con la Cláusula tercera del contrato, en materia de autorizaciones, licencias, permisos y otros aspectos ambientales, le corresponde al concesionario "Pagar las tasas, multas o sanciones que la Autoridad Ambiental o cualquier otra autoridad administrativa o judicial le imponga al Concesionario o a la UAESP por incumplimiento de las normas ambientales en la operación integral de RSDJ". Igualmente, la cláusula 41° dispone que CGR debe mantener indemne a UAESP.

⁵⁰³ Laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 aportado por la UAESP con el escrito de contestación de la demanda principal, que puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1d2ftMU0NhgybWtTq0KcltN-i3RTi3MTv?usp%20=sharing>.

No obstante, no está probado en el expediente que exista una sanción o multa en firme en contra de la UAESP que exija al Tribunal condenar a CGR al pago a la UAESP de tales sanciones o multas y que puedan ser eventuales. Por tal motivo, se negará la sexta pretensión de la demanda de reconvención, sin que ello implique que no exista la obligación de CGR de mantener indemne a la UAESP en los términos de la cláusula 41^a 504.

Conforme a lo anterior, para el Tribunal resulta claro que lo discutido en este escenario corresponde a idéntico debate que ya fue zanjado por parte del laudo arbitral del año 2018 en donde se estableció que era obligación de CGR asumir a su costo las tasas, multas o sanciones que se impusieran a la UAESP, lo que llevó a que aquel panel decidiera negar la pretensión 3.1.4 del Concesionario. Y si bien es cierto la pretensión sexta formulada entonces por la UAESP en su demanda de reconvención reformada también fue desestimada, ello no obedeció a que no existiese la obligación a cargo de CGR sino básicamente porque para entonces no se logró probar que existiere una sanción, multa o tasa en firme en contra de la UAESP que exigiera a aquel tribunal proferir condena en contra del Concesionario.

Por lo tanto, para este Panel Arbitral resulta suficientemente claro y probado a partir del Contrato de Concesión C - 344 de 2010 y de la decisión contenida en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 que el Concesionario sí se encuentra obligado a pagar las tasas retributivas, multas o sanciones, bien sea que las mismas se hayan impuesto a la UAESP o al propio Concesionario.

En todo caso, advierte desde ahora el Tribunal que dicha obligación no surge de manera automática, pues tanto la cláusula 2.37 como la cláusula

⁵⁰⁴ Ibidem.

3.3. sobre obligaciones específicas en materia de autorizaciones, licencias, permisos y otros aspectos ambientales, condicionan la procedencia de dicho pago a que la tasa o multa esté *“relacionada con la ejecución del contrato”* o deriven del *“incumplimiento de las normas ambientales en la operación integral del RSDJ”*.

Por lo tanto, corresponde al Tribunal verificar si las tasas retributivas y multas impuestas a la UAESP por la SDA y la ANLA, respectivamente, están relacionadas con la ejecución del Contrato y si derivan del incumplimiento de las normas ambientales en la operación integral del RSDJ.

Al respecto, en lo que tiene que ver con las tasas retributivas impuestas por la SDA es menester señalar que el Decreto 2667 del 21 de diciembre de 2012 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible *“por el cual se reglamenta la tasa retributiva por la utilización directa e indirecta del agua como receptor de los vertimientos puntuales, y se toman otras determinaciones”* establece en su artículo 7 que la tasa retributiva por vertimientos puntuales es *“aquella que cobrará la autoridad ambiental competente a los usuarios por la utilización directa e indirecta del recurso hídrico como receptor de vertimientos puntuales directos o indirectos y sus consecuencias nocivas, originadas en actividades antrópicas o propiciadas por el hombre y actividades económicas o de servicios, sean o no lucrativas”*⁵⁰⁵.

Obra en el expediente la Resolución No. 776 de 2019 de la UAESP *“por la cual se reconoce el gasto y ordena el pago por concepto de pago de la tasa retributiva por vertimiento puntual al tramo 2 del Río Tunjuelo de los*

⁵⁰⁵ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/1K4-fB1RaX_4YLDegYXMfarJ1QQxbXrLp.

periodos 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018 a la Secretaría Distrital de Ambiente - SDA".

En las Consideraciones de la Resolución se señala "Que la Secretaría Distrital de Ambiente – SDA, de acuerdo con su competencia y en cumplimiento del Decreto 26677 de 2012, realiza el cobro de la tasa Retributiva por vertimiento puntual al tramo 2 del Río Tunjuelo a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP, **con ocasión de la calidad del vertimiento generado por la operación del sistema de tratamiento de lixiviados en el Relleno Sanitario Doña Juana**" (subrayado y resaltado añadidos), y se hace la relación de las cuentas de cobro y/o facturas remitidas por la SDA a la UAESP los días 30 de abril de 2015, 29 de abril de 2016, 12 de julio de 2017, 30 de abril de 2018 y 7 de mayo de 2019 por concepto de tasa retributiva de los años 2014 a 2018.

En las Consideraciones, la UAESP fundamenta la decisión administrativa adoptada así:

"Que en la CLÁUSULA TERCERA del Contrato de Concesión 344 de 2010 establece:

"OBLIGACIONES ESPECÍFICAS. Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, EL CONCESIONARIO deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas.

EN MATERIA DE AUTORIZACIONES, LICENCIAS, PERMISOS Y OTROS ASPECTOS AMBIENTALES

(...)

3. Pagar las tasas, multas o sanciones que la Autoridad Ambiental o cualquier otra autoridad administrativa o judicial le imponga al Concesionario o a la UAESP, por incumplimiento de las normas ambientales en la operación integral de RSDJ".

Que, conforme a lo anterior, una vez se efectúe el pago ordenado en el presente acto administrativo, **la UAESP procederá a realizar los trámites pertinentes para dar cumplimiento a lo establecido en el numeral 3 de la cláusula tercera del contrato de concesión 344 de 2010 arriba citada, a efectos de que el concesionario CGR Doña Juana asuma la responsabilidad económica de la sanción impuesta**" (Subrayado del original, salvo el último, resaltado añadido por el Tribunal).

Basado en estas consideraciones, se ordena lo siguiente:

*"ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer el gasto y ordenar el pago a favor de la Secretaría Distrital de Ambiente - SDA con NIT 899.999.061-9, por concepto de pago de la tasa retributiva por vertimiento puntual al tramo 2 del Río Tunjuelo de los periodos 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018 por valor de **CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS DIECIOCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/CTE (\$4.131.918.571)**, el cual se cancelará con cargo al Rubro 3-1-3-02-02-00-0000-000"⁵⁰⁶.*

De lo que se deriva que el pago de la tasa retributiva está "relacionado con la ejecución del contrato", pues es el mismo Contrato de Concesión no sólo el que establece la obligación a cargo del Concesionario de pagar las tasas sino también que es el mismo Contrato el que contempla que se deban realizar vertimientos de lixiviados al cuerpo hídrico del río Tunjuelo.

Ahora bien, aparece probado en el expediente que (i) la UAESP asumió el pago ante la SDA y que (ii) el Concesionario no efectuó pago o reembolso alguno a la UAESP por este concepto.

Sobre el particular, reposan en el plenario la orden de pago No. 5189 del 16

⁵⁰⁶ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/1K4-fB1RaX_4YLDegYXMfarJ1QQxbXrLp.

de diciembre de 2019⁵⁰⁷, a través de las cuales se hizo constar el pago efectuado por la UAESP en favor de la SDA, por el monto señalado en el párrafo anterior. Por lo demás, CGR no desvirtuó el pago anterior, sólo se limitó a manifestar que no existía prueba del pago efectuado por la UAESP a cada una de estas entidades, lo cual queda desvirtuado a través de las respectivas órdenes de pago.

El Tribunal destaca que para los años 2014 a 2018 (fecha de los vertimientos que dio lugar al pago de la tasa retributiva por vertimientos al río Tunjuelo), era el Concesionario quien tenía a su cargo y bajo su responsabilidad y autonomía técnica, administrativa y financiera, la operación del RSDJ, y fue quien efectuó los vertimientos al respectivo cuerpo hídrico.

No obstante lo anterior, el Tribunal encuentra probado que el cobro de la Tasa Retributiva en los años 2014 a 2018 efectuado por la UAESP al Concesionario, obedeció a **“la calidad del vertimiento generado por la operación del sistema de tratamiento de lixiviados en el Relleno Sanitario Doña Juana”**, razón por la cual la Resolución UAESP 776 de 2019 reconoció el gasto y ordenó el pago de la tasa retributiva a la SDA y dispuso su cobro al CGR, en desarrollo de la obligación específica a cargo del Concesionario en materia de autorizaciones, licencias, permisos y otros aspectos ambientales contemplada en el numeral 3 de la cláusula tercera, consistente en **“Pagar las tasas, multas o sanciones que la Autoridad Ambiental o cualquier otra autoridad administrativa o judicial le imponga al Concesionario o a la UAESP, por incumplimiento de las normas ambientales en la operación integral de RSDJ”**.

⁵⁰⁷ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/1K4-fB1RaX_4YLDegYXMfarJ1QQxbXrLp.

Así, conforme al acto propio de la UAESP, contenido en la Resolución 776 de 2019, las tasas retributivas que hubo de pagar la UAESP a la SDA tuvieron como causa el incumplimiento en cuanto a la calidad del vertimiento generado por la operación del sistema de tratamiento de lixiviados del RSDJ, hasta el punto de que la propia UAESP lo consideró como una sanción por el incumplimiento de las normas ambientales en la operación integral de RSDJ y no como una contraprestación contractual a cargo del Concesionario, en cuyo caso además la imposición de la penalidad demás debió estar precedida del respectivo procedimiento administrativo sancionatorio, de lo cual en este proceso no existe rastro de haberse realizado.

En este orden de ideas, dado que el pago de las tasas retributivas obedece al incumplimiento de las normas ambientales por la calidad de los vertimientos al río Tunjuelo como consecuencia de la operación del sistema de tratamiento de lixiviados, el Tribunal considera que a la luz de lo expuesto en relación con las pretensiones, tercera subsidiaria de la tercera principal, cuarta, quinta y sexta, resultaría improcedente condenar al Concesionario a pagar dichas tasas que precisamente, conforme a lo manifestado por la UAESP en la mentada Resolución 776 de 2019, tienen por causa el incumplimiento de normas ambientales producto de no haberse optimizado la PTL, actividad a la cual no estaba obligado CGR al haberse declarado la nulidad de las estipulaciones contractuales de las que surge dicha obligación.

En este orden de ideas, el Tribunal no accederá a las pretensiones décima novena y vigésima de la demanda de reconvención.

De otra parte, en lo que tiene que ver con las multas y sanciones impuestas por la ANLA, se encuentra en el acervo probatorio que la Resolución 01462 del 5 de septiembre de 2018 sancionó a la UAESP conforme a lo siguiente:

*“ARTÍCULO PRIMERO. Declarar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP, con NIT 900126860-4, responsable de la imputación efectuada en el cargo primero del Auto CAR OBDC No. 0268 del 14 de mayo de 2013, por **“el incumplimiento de la norma de vertimientos fijada para las descargas del Relleno Sanitario Doña Juana sobre la fuente de uso público denominada río Tunjuelo e impuesta por la Corporación a través de la Resolución 3358 de 10 de julio de 1990 modificada por la Resolución No. 166 de 05 de diciembre de 2008, con ocasión de los vertimientos provenientes del sistema de tratamiento de lixiviados del RSDJ verificadas en las anualidades 2011 y 2012,** en atención a que las sustancias que componen la descarga a dicho cuerpo hídrico se verificaron por encima de los límites permisibles establecidos en los citados actos administrativos emanados de esta autoridad ambiental,” de acuerdo con las consideraciones del presente acto administrativo.*

ARTÍCULO SEGUNDO. Declarar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP, con NIT 900126860-4, responsable de la imputación efectuada en el cargo segundo del Auto CAR OBDC 0268 del 14 de mayo de 2013, por generar el factor de deterioro ambiental establecido en el literal a) del artículo 8° del Decreto Ley 2811 de 1974, incurrir en las prohibiciones expresas de los artículos 211 y 238 numerales 1 y 2 del Decreto 1541 de 1978, así como por interferir la calidad del recurso hídrico presente en el río Tunjuelo, desconociendo los principios establecidos en el literal e) del artículo 9° del Decreto Ley 2811 de 1974, de acuerdo con las razones ampliamente expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO. Imponer a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP con NIT 900126860-4, sanción ambiental de multa en cuantía de TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL

OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$3.653.650.088), por las infracciones relacionadas en los artículos primero y segundo del presente proveído, recogidas en los cargos primero y segundo del Auto CAR OBDC 268 del 14 de mayo de 2013, acorde con la motivación contenida en el presente acto"⁵⁰⁸.

Por su parte, en lo que tiene que ver con las pretensiones décima séptima y décima octava, relativas al pago de las sanciones y multas impuestas por la ANLA a la UAESP, el Tribunal encuentra probado en el acervo que reposa en la foliatura que la Resolución 01462 del 5 de septiembre de 2018 sancionó a la UAESP conforme a lo siguiente:

*"ARTÍCULO PRIMERO. Declarar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP, con NIT 900126860-4, responsable de la imputación efectuada en el cargo primero del Auto CAR OBDC No. 0268 del 14 de mayo de 2013, por **"el incumplimiento de la norma de vertimientos fijada para las descargas del Relleno Sanitario Doña Juana sobre la fuente de uso público denominada río Tunjuelo e impuesta por la Corporación a través de la Resolución 3358 de 10 de julio de 1990 modificada por la Resolución No. 166 de 05 de diciembre de 2008, con ocasión de los vertimientos provenientes del sistema de tratamiento de lixiviados del RSDJ verificadas en las anualidades 2011 y 2012,** en atención a que las sustancias que componen la descarga a dicho cuerpo hídrico se verificaron por encima de los límites permisibles establecidos en los citados actos administrativos emanados de esta autoridad ambiental," de acuerdo con las consideraciones del presente acto administrativo.*

ARTÍCULO SEGUNDO. Declarar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP, con NIT 900126860-4, responsable de la imputación efectuada en el cargo segundo del Auto CAR OBDC 0268 del 14 de mayo de 2013, por generar el factor de deterioro ambiental establecido en el literal a) del artículo 8° del Decreto Ley 2811 de 1974, incurrir en las

⁵⁰⁸ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace:
<https://drive.google.com/drive/folders/1Cc3POESNsjAnSSAkL49rlq4ccnf1C4U3>.

prohibiciones expresas de los artículos 211 y 238 numerales 1 y 2 del Decreto 1541 de 1978, así como por interferir la calidad del recurso hídrico presente en el río Tunjuelo, desconociendo los principios establecidos en el literal e) del artículo 9º del Decreto Ley 2811 de 1974, de acuerdo con las razones ampliamente expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO. Imponer a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP con NIT 900126860-4, sanción ambiental de multa en cuantía de TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$3.653.650.088), por las infracciones relacionadas en los artículos primero y segundo del presente proveído, recogidas en los cargos primero y segundo del Auto CAR OBDC 268 del 14 de mayo de 2013, acorde con la motivación contenida en el presente acto”⁵⁰⁹.

También está probado que a través de la Resolución 01506 del 25 de julio de 2019 se confirmó la ya citada Resolución 01462 del 5 de septiembre de 2018⁵¹⁰.

De lo anterior, se colige que la multa impuesta por la ANLA a la UAESP sí se relaciona con la ejecución del Contrato, y se deriva del incumplimiento de las normas ambientales de operación del RSDJ, pues el hecho generador de la multa fue el “*incumplimiento de la norma de vertimientos fijada para las descargas del RSDJ sobre el río Tunjuelo*” para el periodo 2011 – 2012, en el cual la operación del RSDJ ya se encontraba bajo el control del Concesionario.

⁵⁰⁹ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1Cc3POESNsJAnSSAkL49rlq4ccnf1C4U3>.

⁵¹⁰ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1Cc3POESNsJAnSSAkL49rlq4ccnf1C4U3>.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la multa obedece al incumplimiento de las normas de vertimientos fijadas para las descargas del RSDJ sobre el río Tunjuelo, el Tribunal considera que a la luz de lo expuesto en relación con las pretensiones, tercera subsidiaria de la tercera principal, cuarta, quinta y sexta, resultaría improcedente condenar al Concesionario a pagar una multa que precisamente tiene por causa el incumplimiento de normas sobre vertimientos, máxime cuando, como ya se ha dicho ello es producto de no haberse optimizado la PTL, actividad a la cual no estaba obligado CGR al haberse declarado la nulidad de la cláusula que contemplaba esa obligación. Por lo tanto, el Tribunal denegará la pretensión de pago de las multa impuesta por la ANLA visible en las Resoluciones 01462 de 2018 y 01506 de 2019.

En suma, el Tribunal denegará las pretensiones décima séptima, décima octava, décima novena y vigésima, conforme a los argumentos que se acaban de exponer.

2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA EN RELACIÓN CON LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN C – 344 DE 2010 RELACIONADAS CON EL MANTENIMIENTO DE PONDAJES DEL RSDJ

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvencción reformada:

“SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL: *Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. - ESP incumplió la obligación pactada en la Cláusula 3ª del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana, al no realizar el mantenimiento ambiental anual de los pondaes existentes dentro del relleno, para lo cual debió*

presentar una propuesta técnica al mes siguiente de la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018. La propuesta debía ser aprobada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS. El cronograma establecido para las mencionadas actividades no podría ser superior a doce (12) meses contados desde la respectiva aprobación.

VIGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la VIGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN o la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993."

2.1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

2.1.1. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA DE LA UAESP

La UAESP comienza la descripción de los hechos señalando que el Concesionario fue condenado en el laudo arbitral del año 2018 a realizar el mantenimiento ambiental anual de los pondajes existentes en el RSDJ. La UAESP explicó que los pondajes son sistemas temporales de almacenamiento de lixiviados cuyo propósito es el de *"regular los caudales que ingresan en la Planta de Tratamiento de Lixiviados y funcionan para asegurar los sedimentos propios de este líquido"* (hechos 129 y 130).

También señaló la entidad Concedente que conforme a los numerales 4 y 5 de la cláusula tercera sobre los lixiviados del Contrato de Concesión C - 344 de 2010, así como el artículo 42 del Reglamento Técnico del RSDJ, CGR Doña Juana tiene la obligación de realizar el mantenimiento anual de pondajes (hechos 131 y 132).

Señaló la reconviniendo que las Partes firmaron el Plan de Cumplimiento, y que sin embargo el Concesionario *“a la fecha no ha cumplido con los mantenimientos exigidos tal como lo evidencia el reporte de la interventoría del contrato”*, pues se encuentra que CGR sólo realizó el mantenimiento del pondaje 7 y un mantenimiento al pondaje del secador de lodos (hecho 133 y 134).

En cuanto a las actividades de intervención del Pondaje II-1 señaló que las mismas iniciaron en el mes de mayo de 2019, pero que únicamente hasta el mes de septiembre de 2020 fue que este pondaje volvió a entrar en operación, por lo que para la UAESP, el Concesionario *“no realizó los mantenimientos a los pondajes en los términos del contrato y su reglamento y particularmente bajo lo ordenado en la condena vigésimo novena del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018”* y agregó que en el marco del anterior arbitraje *“se discutieron diversos aspectos en el trámite, incluso los relativos a la imposibilidad técnica debido a las condiciones de la Planta de Tratamiento de Lixiviados sin que fueran de recibo”*. Por todo esto, la UAESP sostiene que *“el incumplimiento de esta obligación comporta a la entidad razón suficiente como para dar por terminado el contrato”* (hechos 134 y 135).

Por último, reiteró que el mantenimiento de pondajes también hizo parte del documento de *“Cronograma de Cumplimiento del Laudo Arbitral”*, pero que a la fecha dicho cronograma no ha sido cumplido (hechos 136 y 137).

2.1.2. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA POR PARTE DEL CONCESIONARIO

CGR inició su manifestación a los hechos haciendo un breve recuento general de sus argumentos de defensa. Así, expuso que *“no es competencia*

del Tribunal de Arbitraje conocer y pronunciarse sobre el supuesto incumplimiento de lo resuelto en un laudo arbitral anterior, al no estar facultado para suplir al juez de la ejecución”.

Señaló que no ha existido incumplimiento ni de lo resuelto en el laudo del año 2018 ni a lo establecido en el Contrato de Concesión C - 344 de 2010, pues afirma que *“en la oportunidad respectiva, la Concesionaria entregó la propuesta técnica elaborada y debidamente sustentada para realizar estas actividades y, además, dispuso de un cronograma física y técnicamente posible para efectuar el mantenimiento de todos los pondajes de que dispone el relleno sanitario”.*

Agregó que la UAESP nunca aprobó los cronogramas presentados por CGR, aspecto determinante por lo que no puede atribuirse incumplimiento en la medida que no ha comenzado a correr el término de 12 meses previsto en el laudo arbitral para ejecutar las actividades de mantenimiento de los pondajes del RSDJ.

Sostuvo la sociedad demandada en reconvención que en todo caso, *“CGR Doña Juana ha adelantado distintas actividades de mantenimiento de los pondajes acorde a las posibilidades técnicas y responsables que en este sentido permite el relleno sanitario”.*

En punto a la oposición a los hechos particulares expuestos por la UAESP, comenzó manifestando que era cierta la transcripción de la condena impuesta en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018, no obstante lo cual reiteró que no era competencia del tribunal conocer y decidir sobre aspectos atinentes al cumplimiento o ejecución de dicho laudo.

Añadió, en relación con el tiempo dispuesto en el laudo arbitral del año 2018 para la ejecución de actividades de mantenimiento de los pondajes, que esto debía hacerse *“conforme al cronograma que para el efecto presentó CGR Doña Juana”*, de lo cual colige que *“hasta tanto la entidad no imparta la autorización respectiva, dicho término no comenzará a computarse”* (hecho 129).

Sobre la descripción técnica hecha por la UAESP de la finalidad de los pondajes, el Concesionario señaló que era cierto y precisó que los pondajes *“operan de manera coordinada”* por lo que la suspensión de un pondaje a fin de realizar su mantenimiento implica una *“alteración técnica a dicho funcionamiento”*, circunstancia que en su sentir *“no ha sido entendida ni aceptada por la firma interventora ni por la UAESP”* (hecho 130).

Sobre las transcripciones de apartes del Contrato y del Reglamento Técnico del RSDJ en los que la UAESP fundamenta sus alegaciones de incumplimiento, señaló que simplemente se trata de transcripciones de documentos a cuyo tener expreso y literal se atenía (hechos 131 y 132).

Sobre el denominado Plan de Cumplimiento, señaló que era cierto que se habían presentado varias versiones del mismo, pero que este no había sido aceptado alegándose *“aspectos simplemente formales o que se circunscriben tan solo a exigir la acomodación de estas actividades al periodo de un año o 12 meses”*, por lo que considera *“injustificada”* su no aprobación. Insistió en que (i) los requerimientos hechos por la UAESP y la Interventoría no son posibles ni viables técnicamente y que (ii) a la fecha no ha empezado a correr el término de 12 meses para realizar los

mantenimientos en tanto que el cronograma no ha sido aprobado. De otra parte sostuvo que sí ha ejecutado algunas actividades de mantenimiento, realizadas entre los años 2018 y 2020 (hecho 133).

Sobre los mantenimientos realizados adujo que *“son múltiples las actividades ejecutadas luego de 2018 por la sociedad concesionaria con el objeto de llevar a cabo el mantenimiento de los pondajes”*. Añadió que lo manifestado por la UAESP incluso se contradice con lo que dice al hecho 135 en donde reconoce que también se ha realizado la intervención al Pondaje II-1 (hecho 134).

Sobre el mantenimiento al Pondaje II-1 señaló que es cierto, pero precisó que la Pandemia por COVID - 19 y las medidas administrativas adoptadas en marzo de 2020 *“alteraron la normal ejecución de esta intervención”* (hechos 135 y 136).

Frente al último hecho manifestó que no era cierto que CGR hubiese incumplido en momento alguno, y reitero las actividades que en materia de mantenimiento de pondajes había realizado, así como la propuesta planteada por CGR para el mantenimiento advirtiendo de nuevo que el plazo de 12 meses exigido por la UAESP no era razonable pues *“no se trata de actividades que puedan llevarse a cabo en este periodo, so pena de alterar el normal funcionamiento del relleno sanitario”* (hecho 137).

Por último, en relación al acápite de *“oposición a las pretensiones”*, CGR manifestó que lo pretendido por la demandante en reconvención no corresponde a una pretensión de contenido contractual sino que obedece a la ejecución de un laudo arbitral anterior.

El Concesionario señaló haber dado cumplimiento a lo dispuesto en el laudo del año 2018, en la medida que presentó la propuesta técnica y que además ha llevado a cabo las distintas acciones propias de un mantenimiento correcto.

De otra parte, señaló que el asunto ya fue sometido al juez del contrato y fue fallado *“por lo que no puede ser sometido a la decisión del presente Tribunal de Arbitraje”*.

Por último, en relación con la pretensión consecucional de terminación del Contrato, manifestó que se oponía por cuanto el supuesto incumplimiento de condenas impuestas en una decisión judicial no puede llevar como consecuencia la aplicación el artículo 1546 del Código Civil (condición resolutoria tácita). Además, a la luz del artículo 1609 *ibidem* no existe incumplimiento cuando la UAESP ha incumplido a su vez el contrato (*exceptio non adimpleti contractus*). Concluyó afirmando que ninguno de los incumplimientos que le achaca la UAESP son tales, sino que todo son *“efectos de una misma causa”* que es el *“sinnúmero de incumplimientos gravísimos de la UAESP de la ley y del contrato mismo, que han afectado de manera generalizada y severa las obligaciones a cargo del Concesionario desquiciando por completo la ejecución contractual”*.

2.2. LOS ALEGATOS DE LAS PARTES

2.2.1. LOS ALEGATOS DE LA UAESP

A modo de resumen, en su escrito de alegaciones, la UAESP expuso primero la posición esgrimida por el Concesionario señalando que el CGR tenía conocimiento de la obligación de realizar el mantenimiento de los pondajes

pues así lo establecía el Reglamento Técnico del RSDJ y el Apéndice 3 de la Licitación Pública 001 de 2010. Añadió que el laudo del 27 de septiembre de 2018 declaró el incumplimiento del Concesionario de dicha obligación.

Alegó que en el *“reporte de la interventoría del contrato para el 17 de febrero de 2020”*, se encontraba constatado el incumplimiento por parte de CGR, lo cual concuerda también con el *“Informe de interventoría de fecha 17 de abril de 2021”*.

Además, puso de presente el testimonio del ingeniero Jairo Nossa y el dictamen técnico de ACODAL. De este último mencionó que se *“evidencian desfases en el calendario propuesto para su realización”*. El perito indicó que *“según lo descrito, al Pondaje II-1, Pondaje II-3 Pondaje II-4, Pondaje II antiguo, Pondaje Zona IV, Pondaje Oriental PTL y Pondaje Occidental PTL; no les realizaron mantenimiento dentro de la última anualidad”*.

Concluyó la demandante en reconvención alegando que el reiterado incumplimiento del Concesionario debe ser reprimido dada su gravedad y que el incumplimiento por el mantenimiento de los pondajes se conecta técnicamente con el incumplimiento de la optimización del STL y los vertimientos sin el debido tratamiento.

2.2.2. LOS ALEGATOS DEL CONCESIONARIO

A modo de resumen, CGR sostuvo que este Tribunal Arbitral carece de competencia, reiterando para el efecto los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda de reconvención reformada. Señaló que el

término de un año establecido en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 no era un término razonable ni técnicamente viable, para lo cual se apoyó en las conclusiones del dictamen pericial técnico rendido por la ingeniera Martha Liliana Ramírez Monsalve.

En concreto, el Concesionario planteó seis (6) argumentos en su escrito de alegatos de conclusión a saber la falta de competencia del Tribunal, la excepción de contrato no cumplido, nadie está obligado a lo imposible, inutilidad de realizar mantenimientos cada 12 meses, cumplimiento de CGR e incumplimiento de la UAESP.

En relación con la *“falta de competencia del Tribunal”* la cual sustentó, como ya se dijo, en que la demandante en reconvención no está pidiendo el incumplimiento de una obligación contractual, sino en una decisión del laudo del año 2018, por lo que el Tribunal carece de atribuciones de ejecución de dicho laudo.

En cuanto a la *“excepción de contrato no cumplido”*, se fundó en la alegada insuficiencia de la remuneración y en el hecho de que la actividad de mantenimiento anual de pondajes no estaba incluida en la remuneración contractual pactada.

Sobre la alegación de que *“nadie está obligado a lo imposible”* reiteró la imposibilidad material de realizar el mantenimiento de todos los pondajes del RSDJ en un periodo de 1 año, aspecto que pretendió soportar en su dictamen pericial técnico.

Aunado a lo anterior, alegó la *“inutilidad de realizar mantenimientos de*

pondajes cada 12 meses", pues en su criterio el mantenimiento solo debe hacerse cada vez que un pondaje pierde capacidad.

Por último, y en relación con el *"cumplimiento de CGR"* y el *"incumplimiento de la UAESP"* adujo que CGR ha ejecutado todas las labores de mantenimiento de pondajes, y que en cambio, la entidad Concedente no se ha allanado a cumplir con sus propias obligaciones.

2.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

2.3.1. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SU CONSECUENCIAL

El Tribunal ratificará su competencia para decidir en relación con la segunda pretensión subsidiaria de la vigésima principal y su consecuencial, en la medida que no encuentra dentro de los alegatos de las Partes nuevas razones o argumentos que hagan variar la decisión adoptada en el auto que resolvió los recursos de reposición interpuestos contra el auto de asunción de competencia.

Al respecto, vale la pena señalar que la competencia conferida a este Panel Arbitral deriva de la habilitación efectuada por las Partes a través de la cláusula compromisoria contenida en la cláusula trigésima novena del Contrato de Concesión C - 344 de 2010, la cual como ya se indicó en otros apartados de este mismo laudo, abarca toda controversia relativa a la celebración ejecución y liquidación del Contrato.

Dentro del amplio abanico de controversias que pueden quedar comprendidas en la ejecución del Contrato, se encuentra, claro está, la relativa al cumplimiento o incumplimiento del mismo, precisamente, por ser una de las vicisitudes a las que se encuentran expuestos los contratos de tracto sucesivo y cuya ejecución se difiere en el tiempo, como es el caso del Contrato de Concesión C - 344 de 2010.

Así las cosas, a fin de ratificar su decisión el Tribunal verificará nuevamente si lo pretendido por la reconviniente, especialmente lo previsto en la segunda pretensión subsidiaria de la vigésima primera principal, queda cobijado o no bajo el alcance y habilitación otorgado por las Partes en la cláusula compromisoria.

En este orden de ideas, el Tribunal estima pertinente transcribir el contenido de la pretensión antes referida para entender mejor el alcance de lo pedido por la UAESP:

"SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL: *Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. - ESP incumplió la obligación pactada en la Cláusula 3ª del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana, al no realizar el mantenimiento ambiental anual de los pondajes existentes dentro del relleno, para lo cual debió presentar una propuesta técnica al mes siguiente de la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018. La propuesta debía ser aprobada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS. El cronograma establecido para las mencionadas actividades no podría ser superior a doce (12) meses contados desde la respectiva aprobación."*

Conforme a lo transcrito, se observa que lo pedido por la entidad

Concedente corresponde a la declaratoria de incumplimiento de la obligación *“pactada en la cláusula 3a del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana”*. Esto es, que lo deprecian del Tribunal es un pronunciamiento en relación con un asunto propio del negocio jurídico cobijado bajo la cláusula compromisorio que dio origen a la constitución de este Panel Arbitral.

Ahora bien, la pretensión vigésima segunda, consecencial de la segunda pretensión subsidiaria de la vigésima primera principal, es una pretensión cuyo objeto es la declaratoria de resolución del Contrato derivado del mentado incumplimiento, por lo que al ser una mera consecuencia derivada del supuesto incumplimiento del Contrato, también queda cobijada bajo la égida del pacto arbitral.

Dicho de otra forma, lo pretendido por el demandante en reconvención se encuentra cobijado bajo la cláusula compromisoria como quiera que de lo que se trata es de la declaratoria de incumplimiento de la cláusula tercera del Contrato y de uno de sus anexos (que hace parte integral del mismo), por lo cual habrá de ratificar su competencia respecto de la segunda pretensión subsidiaria de la vigésima primera principal y su consecencial.

Por demás, para el Tribunal no pasa por alto el hecho de que la demandante en reconvención pidió que se declare el incumplimiento por no haberse presentado por el Concesionario una propuesta técnica dentro del mes siguiente a la ejecutoria del laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018. Al respecto, este Panel considera que esta circunstancia en manera alguna implica que lo pretendido por la demandante en reconvención sea la ejecución del laudo del 2018. Por el contrario, lo pedido por la

demandante se sigue ajustando al incumplimiento del Contrato, específicamente su cláusula tercera, pero modulado dicho incumplimiento conforme a lo ordenado en el laudo arbitral del año 2018. Es decir, la decisión anterior moduló la forma y tiempo en que el Concesionario tenía que dar cumplimiento a la obligación de mantenimiento de los pondajes, lo que de ningún modo comporta que el laudo haya sustituido la cláusula tercera del Contrato (como fuente del incumplimiento), ni que lo pedido por la UAESP sea la ejecución del laudo, ni menos aún que este Tribunal vaya a ordenar la ejecución del laudo del año 2018, pues este Panel en ningún caso habrá de librar mandamiento ejecutivo contra el Concesionario, sino que se limitará apenas a establecer si la cláusula tercera del Contrato fue incumplida para el periodo comprendido entre la ejecutoria del laudo anterior y la fecha de esta decisión.

Por ende, para el Tribunal no es de recibo el argumento del Concesionario de que lo pretendido por la UAESP no corresponde a la declaratoria de incumplimiento de una obligación propia del Contrato de Concesión C – 344 de 2010, sino que lo pretendido es la mera ejecución de lo decidido en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018, ni tampoco es de recibo el argumento de que lo pretendido no es más que la ejecución de la decisión antes señalada, conforme se ha expuesto líneas arriba.

Además, tampoco pierde competencia este Tribunal de Justicia por el mero hecho de que este mismo asunto haya sido debatido en pretérita ocasión, pues lo cierto es que aquel panel juzgó los hechos hasta el año 2018, por lo que a este Tribunal corresponderá hacer lo propio pero para el periodo posterior a la ejecutoria del laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018.

Por estas razones, el Tribunal ratifica su competencia para resolver de fondo en relación con la segunda pretensión subsidiaria de la vigésima primera principal, y su consecuencial, a lo cual procede enseguida.

2.3.2. EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

El objeto de la segunda pretensión subsidiaria de la vigésima primera principal consiste, según se dejó dicho, en la solicitud de declaración de incumplimiento del Concesionario del de realizar el mantenimiento de los pondajes del RSDJ.

*“**CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS.** Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, **EL CONCESIONARIO** deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas.*

SOBRE LOS LIXIVIADOS

4. Realizar el mantenimiento (incluye remoción de lodos de fondo y reparación o reemplazo de geomembrana), preventivo y correctivo, de los pondajes existentes, con la siguiente periodicidad el Pondaje 7 y el Pondaje celda de lodos como mínimo 2 veces por año y los demás pondajes mínimo 1 vez por año. Sin embargo si se presenta en cualquier pondaje una reducción en la capacidad de almacenamiento superior al 50%, el Concesionario está obligado a realizar su mantenimiento de manera inmediata.

5. Realizar el tratamiento de los lixiviados generados en el RSDJ que se encuentran en las unidades de almacenamiento (la totalidad de los pondajes del RSDJ).

(...)

9. Realizar el vertimiento de los líquidos resultantes de tratar los lixiviados en el sitio que autorice la CAR, cumpliendo como mínimo

las exigencias normativas del Decreto 1594 de 1984, y las de la Autoridad Ambiental - CAR, establecidas en la Resolución 3358 de 1990 y 166 de 2008 y aquellas normas que las complementen, modifiquen o sustituyan”.

A su turno, el Reglamento Técnico del RSDJ, señala:

“ART. 42. —Condiciones técnicas para el mantenimiento del sistema de conducción y almacenamiento. Se deberá realizar al menos cada dos semanas o cuando se requiera, la limpieza y mantenimiento de las tuberías de conducción, con el fin de retirar el material depositado o incrustado en las paredes de la tubería y de las cajas de inspección.

Para iniciar el mantenimiento de cualquier pondaje, previamente se debe, junto con la supervisión del contrato, establecer la capacidad disponible de almacenamiento frente a la generación de lixiviados, teniendo en cuenta los periodos de lluvia y el comportamiento de la planta de tratamiento de lixiviados.

Se deberá realizar mantenimiento del pondaje 7 y del pondaje celda de lodos, como mínimo dos (2) veces por año y de los demás pondajes como mínimo una (1) vez por año. Sin embargo, en caso de presentarse, en cualquier pondaje, una reducción en la capacidad de almacenamiento superior al 50%, el operador está obligado a realizar su mantenimiento.

El mantenimiento de los pondajes incluye el mantenimiento de sus equipos y accesorios, cambiando los elementos que se requieran para el buen funcionamiento de las unidades”

Bajo la óptica de las cláusulas atrás enunciadas, es claro que la obligación contractual para el Concesionario consistía en realizar el mantenimiento de todos los pondajes ubicados en el RSDJ, así: (i) pondajes 7 y celda de lodos, con una periodicidad mínima de 2 veces al año; (ii) los demás pondajes, con una periodicidad mínima de 1 vez por año.

Sobre la controversia relativa al mantenimiento de los pondajes del RSDJ, el Tribunal encuentra que en el laudo arbitral del año 2018 se ventilaron controversias sobre el mismo asunto que aquí se debate.

Desde el punto de vista del Concesionario, se formuló la siguiente pretensión en relación con la obligación de hacer los mantenimientos de los pondajes:

“3.1.19. Se declare la imposibilidad del cumplimiento de la cláusula tercera SOBRE LOS LIXIVIADOS numeral 4 del contrato No. 344 de 2010, relativa al mantenimiento de pondajes, por la incapacidad técnica de realizarlos con la periodicidad establecida en el contrato así como la inutilidad o ineficiencia de realizar los mantenimientos con la periodicidad establecida”.

Desde el punto de vista de la entidad Concedente se formuló la siguiente pretensión:

“DÉCIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN: Se declare que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. - ESP incumplió la obligación pactada en la Cláusula 3- del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana [RSDJ], sobre el mantenimiento ambiental anual de los pondajes, existentes dentro del relleno, desde la fecha en que suscribió el acta de inicio de la ejecución, hasta la fecha actual”.

Sobre lo anterior, el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 resolvió:

“VIGÉSIMO OCTAVO.- Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. - ESP incumplió la obligación pactada en la Cláusula 3a del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana, sobre el mantenimiento ambiental anual de los pondajes, existentes dentro del relleno, desde la fecha en que

suscribió el acta de inicio de la ejecución, hasta la fecha actual, con lo cual, prospera la pretensión décima séptima de la demanda de reconvención reformada.

VIGÉSIMO NOVENO.- Condenar a la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP al mantenimiento ambiental anual de los pondajes, existentes dentro del relleno, para lo cual deberá realizar el respectivo mantenimiento de todos los pondajes, para lo cual deberá presentar una propuesta técnica al mes siguiente de la ejecutoria del Laudo Arbitral que ponga fin a la presente controversia. La propuesta deberá ser aprobada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS. El cronograma establecido para las mencionadas actividades no podrá ser superior a doce (12) meses contados desde la respectiva aprobación, con lo cual prospera la pretensión trigésima séptima de la demanda de reconvención reformada"⁵¹¹.

Las razones por las cuales el Tribunal consideró incumplida la obligación en aquella oportunidad se citan a continuación:

"No hay prueba de la existencia de una imposibilidad técnica para el cumplimiento y ejecución de la obligación adquirida. En efecto, el dictamen pericial rendido por la Sociedad Colombiana de Ingenieros determinó el costo en el que debía incurrir el concesionario para llevar a cabo las actividades que comprendían los mantenimientos a los que se había obligado, sin que en ningún momento se manifestara en el sentido de que las labores contratadas fueran de imposible cumplimiento debido al estado del sistema de lixiviados.

Por el contrario, lo que el perito determina es que los recursos ejecutados por el concesionario son inferiores a los recursos que debió haber destinado a la fecha, de acuerdo con los cálculos efectuados por el experto:

(...)

Si bien es cierto, el dictamen pericial también reconoce que "En acta de reunión de octubre de 2016, se estableció que las condiciones reales presentes en el sistema, en términos de la operación, impiden la realización de la totalidad de las

⁵¹¹ Laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 aportado por la UAESP con el escrito de contestación de la demanda principal, que puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1d2ftMU0NhgYbWtTq0KcltN-i3RTi3MTv?usp%20=sharing>.

actividades de mantenimiento con la que se estudia la posibilidad de justificar el cobra por precios unitarios de las actividades de mantenimiento efectivamente realizadas, no fue probado en el proceso cuál era la causa de tal impedimento, y si la misma es atribuible a la UAESP como lo pretende CGR, o si por el contrario se trata de un efecto del incumplimiento contractual de la convocante al no haber realizado las labores de mantenimiento y de optimización del STL.

De la lectura y revisión directa del acta en mención, se tiene que la misma no tiene la entidad para probar la existencia de una imposibilidad física de llevar a cabo la ejecución de la prestación, como quiera que las partes acordaron en la misma mecanismos para su cumplimiento atendiendo a las necesidades particulares del momento.

Así mismo, encuentra el Tribunal que reposan en el expediente multiplicidad de actas y comunicaciones de CGR en las cuales se busca acreditar el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, y de medidas para remediar el retraso en la ejecución de las prestaciones, con lo cual se evidencia que no es cierto la supuesta imposibilidad de la obligación, sino que la misma, sí era posible, aunque no haya sido llevada a cabo por el concesionario.

En lo relacionado con la inutilidad e ineficiencia, el Tribunal reitera lo manifestado anteriormente, en el sentido de que la utilidad y eficiencia de la prestación no son elementos de juicio que de alguna manera afecten la estructura o el carácter vinculante de las obligaciones, y en consecuencia se abstendrá de analizarla como quiera que aún en el hipotético caso de encontrarse probadas la inutilidad o ineficiencia de la obligación, ello no es un eximente para la parte obligada a cumplir con la prestación adquirida.

Finalmente, considera el Tribunal que las razones esgrimidas por el concesionario para justificar la supuesta imposibilidad técnica en el cumplimiento de la obligación de mantenimiento de los pondajes, se encuentra íntimamente ligada a su obligación de efectuar la labor de optimización del sistema de tratamientos de lixiviados, ya analizada en este laudo, y de la cual se concluyó la existencia de un incumplimiento contractual a cargo de CGR. De lo anterior se desprende que no es posible que ahora el concesionario se beneficie de su propio error al sostener que la falta de capacidad de la planta de tratamientos sea una excusa de recibo para no ejecutar la obligación de mantenimiento de los pondajes.

(...)

*Teniendo en cuenta los argumentos mencionados, procederá el Tribunal a negar la pretensión 3.1.19. y así lo consignará en la parte resolutive del laudo. Así mismo, el Tribunal procederá a reconocer las pretensiones décima séptima y trigésima séptima y así lo dispondrá en la parte resolutive del laudo"*⁵¹².

Si bien a este Tribunal le corresponde resolver en relación con el cumplimiento o incumplimiento de la obligación en periodo posterior al laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018, lo cierto es que ya existe una decisión judicial en firme y ejecutoriada en relación con el incumplimiento de la obligación de mantenimiento de pondajes, cuyos efectos no podrán ser modificados ni desconocidos por este Panel Arbitral.

Ahora, vista la ejecución del Contrato para el periodo que aquí nos convoca, el Tribunal encuentra que con posterioridad al laudo arbitral del año 2018, el Concesionario remitió a la UAESP la comunicación CGR - DJ - 1686 - 18 del 30 de noviembre de 2018 cuyo asunto era *"cumplimiento a compromisos adquiridos mediante programación de actividades ordenadas en el Laudo Arbitral"* en la cual remitió el *"Cronograma de mantenimiento de pondajes 2018 - 2019"*⁵¹³.

En comunicación del 13 de marzo de 2019 (radicado No. 20193000060771), la UAESP informó al Concesionario que aprobaba el cronograma presentado para el mantenimiento de pondajes y solicitó *"el inicio de las actividades relacionadas en el comunicado en mención"*. Conforme al

⁵¹² Laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 aportado por la UAESP con el escrito de contestación de la demanda principal, que puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1d2fTMU0NhgybWtTq0KcltN-i3RTI3MTv?usp%20=sharing>.

⁵¹³ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1fNNmGYOWN-2cv8BP0-K8RvovqJ3f-S49>.

cronograma aprobado por la UAESP y revisado por la Interventoría UT Inter DJ sería de 12 meses “iniciando el 16 de octubre 2018 y finalizando el 16 de octubre de 2019”⁵¹⁴.

En comunicación CGR - DJ -0989 - 19 del 31 de mayo de 2019, CGR Doña Juana reportó a la UAESP las gestiones realizadas en el mantenimiento del pondaje secador de lodos y del pondaje 7⁵¹⁵. Esta comunicación fue objeto de respuesta a través de la comunicación UTIDJ-201907943 del 23 de julio de 2019⁵¹⁶, en la cual el Interventor del Contrato hizo las siguientes observaciones:

“En este sentido es importante indicar que hasta tanto no se realice la entrega formal de los mantenimientos realizados a los pondajes, estos no serán considerados como finalizados en el cronograma de mantenimiento remitido por CGR Doña Juana. En tal sentido, la interventoría recomienda al Concesionario presentar un informe con el reporte de las actividades ejecutadas de mantenimiento del Pondaje 7 y el Secador de Lodos, según los ítems de mantenimiento indicados en el instructivo presentado por CGR Doña Juana, los cuales se relacionan a continuación: (...)

Lo reportado anteriormente, es un ejemplo de los atrasos presentados a la fecha frente a la programación aprobada por la UAESP para dar cumplimiento a la condena del Laudo, según la cual ya se debería haber finalizado los mantenimientos del Pondaje II-1, Pondaje II-2, Pondaje II-Antiguo y Pondajes de la PTL. Teniendo en cuenta que a la fecha no se ha finalizado el mantenimiento en ninguno de los pondajes mencionados en el párrafo anterior, se solicita a CGR Doña Juana que dentro de los

⁵¹⁴ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1fNNmGYOWN-2cv8BP0-K8RvovqJ3f-S49>.

⁵¹⁵ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1fNNmGYOWN-2cv8BP0-K8RvovqJ3f-S49>.

⁵¹⁶ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1fNNmGYOWN-2cv8BP0-K8RvovqJ3f-S49>.

diez (10) días hábiles a partir del recibo de la presente comunicación justifique a la UAESP y esta interventoría, los atrasos presentados en la programación radicada con la comunicación CGR - DJ - 0336 - 19, incluyendo los respectivos soportes”.

Ahora bien, está probado que el Concesionario presentó el Plan de Cumplimiento, el cual no fue aprobado por la UAESP. En particular en misiva del 17 de junio de 2019 (radicado No. 20193000140731) se informó por la UAESP que la versión 4 del Plan de Cumplimiento no sería aprobada conforme a la recomendación de la Interventoría en tanto que:

“(...) en términos generales y como observación principal se advierte que las continuas modificaciones por parte del concesionario a las fechas propuestas en cada una de sus versiones presentadas impide cumplir de manera oportuna las órdenes y plazos contenidos en el Laudo Arbitral”⁵¹⁷.

En comunicación posterior del 15 de agosto de 2019 (radicado No. 20193000202871) la UAESP manifestó al Concesionario lo siguiente en relación con el mantenimiento de los pondajes:

“El pondaje 2-antiguo debió haber culminado mantenimiento el 17 de mayo de 2019.

A la fecha ya se debería haber intervenido los pondajes 2-1 y 2-2, actividad que por cronograma debería haber finalizado el 21 de junio de 2019.

Los pondajes de la PTL (Oriental y Occidental) debieron haber culminado mantenimiento el 30 de mayo y 30 de junio de 2019 respectivamente.

Actualmente se deberían estar interviniendo los pondajes 2-3 y 2-4”.

Conforme a lo anterior, según lo observado, el único pondaje que se ha intervenido es el pondaje 2-1, en el cual se han realizado actividades de vaciado y retiro de lodos evidenciadas en el mes

⁵¹⁷ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1fNNmGYOWN-2cv8BP0-K8RvovqJ3f-S49>.

de mayo de 2019".

En comunicaciones (i) UTIDJ-2019091353 del 25 de septiembre de 2019, (ii) 2 de octubre de 2019 (radicado 20193000254881), (iii) UTIDJ-2019111580 del 7 de noviembre de 2019 y (iv) 13 de noviembre de 2019 (radicado No. 20193000288861)⁵¹⁸, también se hicieron requerimientos por parte de la Interventoría y de la UAESP en relación con el mantenimiento de los pondajes.

Lo anterior demuestra que, con posterioridad al laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018, los mantenimientos de pondajes no fueron ejecutados a cabalidad.

Ahora, en comunicación CGR - DJ - 2283 - 19 del 28 de diciembre de 2019 el Concesionario dio respuesta a los requerimientos efectuados por la UAESP en la Interventoría en la cual CGR Doña Juana manifestó entre otras cosas que⁵¹⁹:

"A causa de diversas razones que serán objeto de mención en esta comunicación CGR Doña Juana S.A. E.S.P. presenta mora en el cumplimiento de algunas obligaciones contenidas en el contrato de concesión 344 de 2010 y en algunas declaraciones y condenas incluidas en el Laudo Arbitral proferido el 27 de Septiembre de 2018, ejecutoriado el 11 de Octubre de 2018. No obstante, el concesionario no desconoce su responsabilidad sobre las obligaciones pendientes de cumplimiento por lo cual, solicita a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP), la aprobación de un plan de cumplimiento con plazos y

⁵¹⁸ Documentos aportados por la UAESP con la demanda de reconvención, los cuales pueden ser consultados en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1fNNmGYOWN-2cv8BP0-K8RvovqJ3f-S49>.

⁵¹⁹ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1fNNmGYOWN-2cv8BP0-K8RvovqJ3f-S49>.

cronogramas específicos, a los cuales se compromete a dar cumplimiento a cada una de las obligaciones dentro de los plazos fijados en el presente documento.

(...)

25. Mantenimiento de Pondajes

Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido por el tribunal de arbitramento en el Laudo Arbitral, se realizó en el mantenimiento del Pondaje 7 y Secador de Lodos, posteriormente en abril de 2019 se empezaron a desocupar dos unidades simultáneamente, Pondaje 2-1 y Pondaje 2-2 a medida que la producción de lixiviado generado por la descomposición de residuos de la terraza 2 lo permitió.

Como se conoce, los pondajes del relleno sanitario son construidos en una combinación de excavación y diques de contención perimetrales generalmente de arcilla compactada lo cuales son impermeabilizados con geomembrana para garantizar la contención del lixiviado y evitar una contaminación del suelo. Los pondajes son sujetos de mantenimiento periódico, dado que el lixiviado contiene solidos suspendidos que se precipitan al fondo a manera de lodo que con el tiempo se acumula y va reduciendo la capacidad de almacenamiento de los pondajes.

El procedimiento de mantenimiento de pondajes incluye evacuación de lixiviado, retiro de lodos con el apoyo de una retro excavadora de brazo largo o una draga, el lodo es cargado en volqueta y llevado hasta la zona de disposición llamada "Cantera Eterna". Este procedimiento es lento pues debe manejarse el lodo con sumo cuidado y por el diseño de los pondajes sólo puede tener una o dos volquetas en el espacio de cargue. Sumado a lo anterior, es casi inevitable que el procedimiento genere la ruptura de la geomembrana en varios puntos lo que obliga el reemplazo total o casi total de la impermeabilización.

Para esto se requiere del retiro de la geomembrana, corte, termofusión, anclaje, pruebas de calidad sobre la geomembrana y pruebas de estanqueidad. En total el mantenimiento de un pondaje en condiciones ideales es de a aproximadamente 2 meses.

El retiro de lodos de los pondajes 2-1 y 2-2 inicio en el mes de junio de acuerdo con el procedimiento descrito y solo esta actividad tardo más de mes y medio, ya que dichos pondajes contenían gran cantidad de lodo sedimentado como fue evidenciado por la UAESP y la interventoría. Así mismo, a fin de estabilizar el flujo de la nueva red de conducción de lixiviados de 14"; evitando los

rebores de espuma de lixiviado que periódicamente han venido afectado las inmediaciones del predio Yerbabuena 1310 aguas del río Tunjuelo, se construyó un sedimentador a la entrada de los pondajes II (antes llamada caja de distribución), el cual se conectó mediante un canal de concreto con pendiente del 1.0% al canal existente de distribución de lixiviados. Lo anterior evita que el cambio abrupto del flujo genere cantidades enormes de espuma como ocurría eventualmente. Este sedimentador se construyó con arcilla proveniente de la terraza 3 y fue impermeabilizado con geomembrana de 40 mills, adicionalmente cuenta con un foso de limpieza en concreto para retirar los lodos y así mismo facilitar su mantenimiento buscando evitar que gran parte de estos se depositen en los pondajes mejorando así su capacidad de almacenamiento. La anterior actividad tuvo una duración de tres meses y generó un retraso mayor en el cronograma de mantenimiento de estas unidades.

Desafortunadamente al retomar las actividades de mantenimiento, la temporada de lluvias empezó muy fuerte, sumado al incremento de caudales con motivo de la extracción de lixiviado por parte de los sistemas de bombeo instalados en terrazas 1 y 2 de Fase II (Pozos de Bombeo y Pozo Ferrari), cuya operación es prioritaria y necesaria para mantener la estabilidad y controlar los niveles de lixiviado en la masa de residuos. Esta situación provocó la saturación del sistema de conducción y almacenamiento, haciendo necesario llenar nuevamente el Pondaje 2-2 sin finalizar el mantenimiento y solo continuar el mantenimiento en el 2-1.

La capacidad de almacenamiento de lixiviado del relleno sanitario es limitada y por licencia no hay posibilidades de construir un nuevo Pondaje, adicionalmente, el uso de la celda VI para el almacenamiento temporal de lixiviados para aliviar la carga y permitir realizar el mantenimiento de 1110 los pondajes sin ningún inconveniente, fue negado por la Autoridad ambiental ANLA mediante Auto No. 6575 del 21 de Agosto de 2019. Al no contar con otro lugar de almacenamiento, tener un pondaje en mantenimiento hace que se pierda, por ese mismo tiempo capacidad de almacenamiento y esto sumado a las limitaciones que la PTL para el tratamiento del lixiviado sin perjudicar las características de vertimiento, los mantenimientos son aún más complejos de realizar.

Por lo anterior el cronograma de mantenimiento de pondajes se ha visto afectado y es necesario contar con un tiempo adicional

estimado en 6 meses para finalizar. Ahora bien CGR está estudiando la posibilidad de mejorar la infraestructura de los pondajes con el fin de realizar los mantenimientos en ocasiones posteriores de manera más ágil, una vez definido el tema CGR presentara propuesta a la UAESP e Interventoría para su aprobación".

A pesar de lo anterior, en comunicado UTIDJ-2019121902 del 31 de diciembre de 2019, la Interventoría informó al Concesionario que no dio total cumplimiento con las actividades programadas para la ejecución del cronograma de mantenimiento de pondajes según la Propuesta Plan de Acción Para el cumplimiento del Laudo Arbitral expediente 3958 CGR VS UAESP V3, y que fue aprobado por la UAESP", al punto que el Interventor manifestó que CGR Doña Juana "no ha finalizado el mantenimiento en ninguno de los pondajes del RSDJ"⁵²⁰.

Similar requerimiento se evidencia en la comunicación UTIDJ-202002237 del 14 de febrero de 2020 donde además el Interventor manifestó lo siguiente:

"UT Inter DJ no avala la propuesta presentada por CGR Doña Juana dado que esta es una obligación de la Resolución 724 de 2010 y de acuerdo a las directrices impartidas por la UAESP con la comunicación No. 20193000311241 el mantenimiento de pondajes del siguiente año inicio el pasado 19 de diciembre de 2019 y finaliza el próximo 15 de diciembre de 2020 con lo cual se estarían traslapando los plazos y el concesionario no indica en su propuesta como cumplirá con los mantenimientos de las dos anualidades...

(...) Además se debe tener en cuenta que el cronograma aprobado para la ejecución de las actividades de mantenimiento de pondajes, en cumplimiento de la condena del laudo arbitral finalizó el pasado 16 de octubre de 2019, por lo cual de la manera

⁵²⁰ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1fNNmGYOWN-2cv8BP0-K8RvovqJ3f-S49>.

en que está escrita la propuesta de CGR Doña Juana, el plazo adicional de seis meses solicitado por el concesionario finaliza el próximo 15 de abril de 2020"⁵²¹

Lo anterior confirma una vez más que los mantenimientos programados no fueron ejecutados en debida forma por el Concesionario.

Ahora bien, en oficio UTIDJ-202005660 del 4 de mayo de 2020 la Interventoría manifestó que:

*"La UT Inter DJ acusa el recibo de la información remitida con el comunicado, la cual una vez revisada y analizada **permite establecer que las pruebas y ensayos realizados a la geomembrana del Pondaje 7 y el Secador de Lodos cumplieron con los estándares de calidad y por tal motivo esta Interventoría no tiene observaciones al respecto.** Sin embargo, respecto al cumplimiento de la obligación contractual de mantenimiento anual de los pondajes del RSDJ la UT Inter DJ se permite manifestar lo siguiente:*

(...)

***Dado que CGR Doña Juana tan solo realizó el mantenimiento del Pondaje 7 y el Secador de Lodos, no se ejecutó la totalidad del mantenimiento de los pondajes exigidos en la condena del Laudo Arbitral,** por tal motivo, la UT Inter DJ ha emitido a la UAESP los informes y las recomendaciones respectivas para que se dé inicio a los procesos jurídico a que haya lugar.*

2. Por otro lado, la UT Inter DJ manifiesta su preocupación por el avance en la ejecución de los mantenimientos de los pondajes del RSDJ para el año contractual comprendido entre el 16 de diciembre de 2019 al 15 de diciembre de 2020, ya que CGR Doña Juana no ha presentado la programación respectiva y solo ha realizado el mantenimiento del Pondaje II-2 y se encuentra en ejecución de actividades en el Pondaje II-1 hace más de siete meses, estando aún pendientes diez mantenimientos por realizar para dar cumplimiento a lo establecido en el Numeral 4 del título

⁵²¹ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1fNNmGYOWN-2cv8BP0-K8RvovqJ3f-S49>.

SOBRE LOS LIXIVIADOS de la Clausula Tercera del Contrato⁵²².

De lo anterior se sigue que para el 4 de mayo de 2020 CGR Doña Juana sólo había ejecutado los mantenimientos de los pondajes 7 y secador de lodos del periodo 2018-2019, y no había ejecutado el mantenimiento de los demás pondajes. Así mismo, se sigue que para el periodo 2019 – 2020 no había iniciado aún con las actividades de mantenimiento, salvo por lo que respecta al pondaje II-2.

En similar sentido, la comunicación (i) UTIDJ-202005724 del 20 de mayo de 2020, (ii) UTIDJ-202007911 del 3 de julio de 2020, (iii) UTIDJ-2020091325 del 30 de septiembre de 2020, donde en todas ellas se formular observaciones y requerimientos al Concesionario por no cumplimiento de la obligación de mantenimiento anual de pondajes.

Frente a la situación presentada con el mantenimiento de pondajes, el Concesionario en comunicación CGR - DJ - 1737 - 2020 del 19 de octubre de 2020 señaló:

“En relación con el comunicado de la referencia **CGR Doña Juana, informa a continuación la razón del incumplimiento a las obligaciones contractuales, que se refieren a la frecuencia del mantenimiento de los pondajes:**

En la tabla se presenta la programación estimada de mantenimiento de los pondajes bajo las consideraciones anteriores, para un total estimado de 563 días, tiempo superior al indicado en la Resolución 724 de 2010

(...)

De acuerdo con ello, para efectuar el mantenimiento de pondajes en un año, bajo las frecuencias del reglamento técnico,

⁵²² Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1fNNmGYOWN-2cv8BP0-K8RvovqJ3f-S49>.

y teniendo en cuenta los tiempos requeridos por pondaje indicados en la tabla anterior, requiere aumentar el caudal de tratamiento de la planta de lixiviados durante el periodo en el cual el pondaje esté en mantenimiento.

Teniendo en cuenta lo establecido anteriormente CGR Doña Juana continuará realizado el mantenimiento de los pondajes con la mayor celeridad posible, en aras de realizar el mantenimiento de los pondajes de almacenamiento de lixiviados”.

Sobre esto, el dictamen pericial técnico aportado por el Concesionario manifestó que no era viable técnica realizar el mantenimiento de todos los pondajes del RSDJ en un periodo de un (1) año teniendo en cuenta el régimen de lluvias:

“De acuerdo con el régimen de precipitaciones del relleno, técnicamente no es conveniente llevar a cabo los mantenimientos de pondajes en temporada invernal, debido a las siguientes razones:

o Se incrementa el riesgo en el desbordamiento de los pondajes debido a que se superan los niveles de las cunetas y áreas circundantes cuando se presentan altas precipitaciones.

o En temporada de invierno el cargue, traslado y descargue de lodos se dificulta por el estado de las vías disminuyendo así el rendimiento y aumentando los tiempos previstos para el mantenimiento.

o Porque la realización de reparaciones de geomembranas con presencia de precipitaciones no garantiza la impermeabilización, por lo cual aumentan los tiempos de esta actividad.

(...)

Adicionalmente se incluye el histórico de las precipitaciones en el RSDJ, información conocida tanto por el operador como por la UAESP, dado que es información entregada a la CAR y reportada en los informes mensuales, tomando como base 64 mm de pluviosidad para caracterizar los meses de invierno. En promedio se tienen 6 meses al año de temporada de invierno, periodo en el cual técnica y ambientalmente no es conveniente realizar el mantenimiento de pondajes, porque pueden presentarse altas precipitaciones puntuales que requieran de todo el almacenamiento disponible, y se puede generar emergencia que

redunde en vertimientos de lixiviado crudo a corrientes de agua o al suelo.

(...)

De acuerdo con lo anterior, se requiere aproximadamente 318 días para cumplir con todos los mantenimientos solicitados en el contrato; sin embargo, al sumar los días disponibles en los seis (6) meses en los cuales se considera pertinente realizar el mantenimiento, es decir en época de verano, únicamente se contaría con 182 días

¿Es técnicamente posible y viable realizar anualmente el mantenimiento de todos los pondajes del Relleno Sanitario Doña Juana?

Respuesta: No. No es técnicamente posible ni viable.

(...)

¿El término de 12 meses establecido por el Laudo del 2018, para realizar el mantenimiento de todos los pondajes, es técnicamente viable de acuerdo con la realidad del Relleno Sanitario Doña Juana?

Respuesta: No, de acuerdo con el análisis presentado en la Respuesta No. 4, los meses que históricamente son óptimos para el mantenimiento de pondajes son enero, febrero, marzo, agosto, septiembre y diciembre, no siendo este el tiempo suficiente para cumplir con todas las actividades que requiere el mantenimiento de los pondajes. Adicionalmente, las precipitaciones y el estado y capacidad de la planta de tratamiento de lixiviados hacen totalmente imposible realizar esta actividad”.

No resulta de recibo el argumento expuesto por el Concesionario de que no es viable técnicamente realizar el mantenimiento de los pondajes en un periodo de un (1) año, ya que él conocía desde un principio la obligación a que se astringía, no siendo excusable su incumplimiento por esta razón y conocía o debía conocer el régimen de lluvias al momento de presentar su oferta. En verdad, el régimen de lluvias era una circunstancia conocido o que por lo menos debió prever el Concesionario.

En cualquier caso, si así fuera no se entiende que el Concesionario hubiese presentado oferta y celebrado el Contrato si consideraba que

técnicamente era imposible ejecutar el mantenimiento de todos los pondajes de forma anual. Ello es ir en contra de sus propios actos y pretender argumentar una supuesta imposibilidad más de 12 años después de haber suscrito el Contrato, lo cual no puede ser de recibo por este Tribunal.

Incluso, observa este Panel que la propuesta técnica presentada por CGR Doña Juana expresamente contemplaba, en el componente de mantenimiento del RSDJ, la realización del mantenimiento de pondajes con una periodicidad anual, con el desarrollo de algunas actividades con carácter trimestral y semestral⁵²³:

SUBPROCESO:	PONDAJES		
ACTIVIDADES:	Limpieza general, inspección al estado de la geomembrana y extracción y disposición de lodos	Anual	7:00 am a 5:00 pm
	Revisión de estado de válvulas	Semestral	7:00 am a 5:00 pm
	Limpieza de cunetas	Trimestral	7:00 am a 5:00 pm

PT-29

Además, existe suficiente evidencia documental, como lo informes de Interventoría en relación con la no ejecución del Plan de Cumplimiento, que dan cuenta que para los años 2019, 2020 y 2021, el Concesionario no había dado cabal cumplimiento a sus obligaciones. En efecto de los anteriores informes solo se puede constatar la ejecución de los mantenimientos de los pondajes 7 y secador de lodos, sin que se hubiesen completado las actividades de mantenimiento de los demás pondajes.

En este orden de cosas, para el Tribunal está probado que con posterioridad

⁵²³ Documento aportado por la UAESP, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1rSplLqzoibOir-jaoweelrOy29-XQWF>

al laudo arbitral del año 2018 (i) el Concesionario suscribió el Plan de Cumplimiento; (ii) que dicho Plan no fue cumplido; (iii) que los únicos mantenimientos reportados y probados para los periodos 2018 – 2019 y 2019 – 2020 por el Concesionario fueron los efectuados a los pondajes 7⁵²⁴, secador de lodos⁵²⁵, pondaje II-1⁵²⁶ y pondaje II-2⁵²⁷; (iv) que no se probó haber completado más mantenimientos a los demás pondajes y (v) que las causas que originaron los retrasos del Concesionario no son justificables pues la supuesta imposibilidad técnica corresponde a circunstancias que debieron haber sido previstas por el Concesionario al momento de presentar su oferta y de celebrar el Contrato.

Por último, en lo que respecta a la supuesta inutilidad de realizar los mantenimientos de manera anual, este Tribunal hace suyas las consideraciones expuestas en el laudo arbitral del año 2018 donde se expresó lo siguiente:

“En lo relacionado con la inutilidad e ineficiencia, el Tribunal reitera lo manifestado anteriormente, en el sentido de que la utilidad y eficiencia de la prestación no son elementos de juicio que de alguna manera afecten la estructura o el carácter vinculante de las obligaciones, y en consecuencia se abstendrá de analizarla como quiera que aún en el hipotético caso de

⁵²⁴ Cuyo mantenimiento fue probado a través de comunicación del 4 de mayo de 2020 (UTIDJ-202005660), así como reconocido de forma expresa por la UAESP en el hecho 134 de la demanda de reconvención reformada.

⁵²⁵ Cuyo mantenimiento fue probado a través de comunicación del 4 de mayo de 2020 (UTIDJ-202005660), así como reconocido de forma expresa por la UAESP en el hecho 134 de la demanda de reconvención reformada.

⁵²⁶ Cuyo mantenimiento fue reconocido por la UAESP expresamente en los hechos 135 y siguientes de la demanda de reconvención reformada.

⁵²⁷ Cuyo mantenimiento fue probado a través de comunicación del 4 de mayo de 2020 (UTIDJ-202005660).

encontrarse probadas la inutilidad o ineficiencia de la obligación, ello no es un eximente para la parte obligada a cumplir con la prestación adquirida”.

Por las razones antes expuestas, el Tribunal declarará la prosperidad de la segunda pretensión subsidiaria a la vigésima primera pretensión principal, y en consecuencia, denegará la totalidad de las excepciones y argumentos de defensa planteados por CGR en su contestación de la demanda de reconvención en lo que a esta pretensión se refiere.

3. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA EN RELACIÓN CON LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN C- 344 DE 2010 RELACIONADAS CON EL USO DE LA CELDA VI

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“VIGÉSIMA TERCERA PRIMERA PRETENSIÓN (sic): Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP incumplió la Cláusula 3, Obligaciones Específicas, Sobre la zona VI de emergencia del Relleno Sanitario Doña Juana, numeral 1, del contrato de concesión 344 de 2010 y lo dispuesto en Resolución 724 del 11 de octubre de 2010 y demás normas integradas al contrato, por almacenar lixiviados en la celda VI.

VIGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la VIGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

3.1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

3.1.1. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA DE LA UAESP

La UAESP señaló que conforme a los numerales 5 y 34 de la cláusula segunda y el numeral 17 de la cláusula tercera del Contrato de Concesión, y los artículo 12.26 y 54 de la Resolución 724 de 2010 -Reglamento Técnico RSDJ-, el Concesionario debe cumplir con toda la normatividad ambiental aplicable y con las disposiciones que expida la autoridad ambiental competente (hechos 138 y 139).

Agregó, que el Concesionario ha realizado el almacenamiento de lixiviados en la Celda VI sin contar con la autorización expresa de la autoridad ambiental, pues si bien se solicitó el cambio de uso de la zona de contingencia denominada Celda VI para su uso definitivo como pondaje, dicha solicitud fue negada por la ANLA, quien sólo lo autorizó como “zona de emergencia para la disposición de residuos sólidos” (hecho 140).

Señaló que dicha decisión de la ANLA fue comunicada oportunamente al Concesionario, siendo que una de las órdenes impartidas por la autoridad ambiental era ordenar a CGR Doña Juana a “suspender de manera inmediata el uso de la celda VI para disposición de lixiviados, utilizando la misma para lo cual fue autorizada, es decir, únicamente como zona de emergencia para la disposición de residuos sólidos” (hechos 140 y 141).

Señaló que la Celda VI quedó incluida dentro del Plan de Cumplimiento, el cual conforme al cronograma presentado debía finalizar el 15 de junio de 2020. Manifestó que al 31 de enero de 2020 hay aún 4.159m³ de lixiviados

almacenados en la Celda y que no se ha finalizado el retiro de lodos ni el mantenimiento de la misma, por lo que *“CGR Doña Juana no ha dado cumplimiento a los compromisos pactados”* (hechos 142, 143 y 144).

Añadió que en razón de que el Concesionario no dio cumplimiento a la liberación de la Celda VI, la ANLA dio apertura a una investigación ambiental, exponiendo a la UAESP a *“una sanción administrativa por negligencia comprobada del concesionario en la forma de no cumplir ni siquiera sus propios planes”* (hechos 145, 146 y 147).

3.1.2. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA POR PARTE DE LA UAESP

El Concesionario comenzó su contestación de demanda de reconvención indicando que *“no ha incumplido obligación alguna relacionada con la denominada Celda IV”* y que el uso que ha dado a la misma se ajusta a lo establecido en la cláusula tercera del Contrato de Concesión C - 344 de 2010 sobre la zona VI de emergencia del RSDJ.

En cuanto a cada uno de los hechos particulares formulados en la demanda de reconvención reformada, el Concesionario manifestó que las transcripciones de las cláusulas del Contrato y del Reglamento Técnico del RSDJ no eran hechos sino citas documentales a cuyo tenor literal se atenía (hechos 138 y 139).

Señaló que era cierto que la CAR había negado la petición de autorizar el cambio de uso de la zona de Celda VI. Sin embargo, manifestó que no ha dado un uso inadecuado de la referida Celda VI *“habida cuenta que, si*

bien se han depositado allí residuos temporalmente, esto se ha llevado a cabo por la habilitación que en tal sentido estipula el contrato de concesión 344 de 2010” particularmente la cláusula tercera numerales 1 a 5 sobre la zona VI de emergencia del RSDJ. Insistió en que el uso de la Celda VI se ha hecho solamente de manera temporal y a fin de evitar el “riesgo de colapso” de la operación del RSDJ. Sostuvo que sin perjuicio de lo anterior, la Celda VI era usada por los anteriores concesionarios como zona de almacenamiento de lixiviados, por lo que lo pretendido por la UAESP es un desconocimiento de cómo se ha venido operando el RSDJ (hecho 140).

Explicó que la utilización de la Celda VI para el almacenamiento de lixiviados guarda relación con el STL y la “limitada capacidad de la planta de tratamiento de lixiviados del RSDJ y del STL en general, aspecto imputable en un todo a la UAESP”. Manifestó que “es necesario hacer mención de que todo se debe a la no realización de las obras de ampliación del Pondaje 7 y de construcción de Pondaje 8, las cuales, en caso de haber sido desarrolladas, habrían evitado que CGR Doña Juana tuviese que utilizar la zona de Celda VI en los términos antes expuestos”, obras respecto de las cuales enfatizó no tenía ninguna responsabilidad el Concesionario sino la UAESP (hecho 140).

Reiteró que el Contrato facultaba al Concesionario para “hacer uso de la zona de Celda vi en momentos críticos de la operación” por lo que el uso dado a la misma por parte de CGR se encuentra amparado en el Contrato, porque de otro modo el Concesionario se habría visto obligado a verter los lixiviados al río Tunjuelo y que la necesidad de usar esta Celda como pondaje devino del hecho del incumplimiento de la UAESP de construir y ampliar los pondajes 8 y 7. (hecho 140 y 141).

Insistió en no encontrarse en incumplimiento contractual y reconoció como cierta la programación para ejecutar el vaciado y mantenimiento de la Celda VI que estableció como plazo máximo para ejecutar dichas actividades el 15 de junio de 2020, sin embargo señaló que las mismas debían llevarse a cabo “*de manera consecuyente y técnicamente posible*” (hechos 142 y 143).

En relación con el volumen de 4159 m³ pendientes por evacuar a corte del 31 de enero de 2020 manifestó que dicho volumen era con corte no a enero de 2020 sino de enero 2021 y precisó que de un volumen inicial 9815m³ almacenados en diciembre de 2019 se pasó a cero (0) en octubre de 2020, pues los 1873 m³ remanentes para ese mes no eran lixiviados propiamente sino “*lodos decantados en el fondo del pondaje*”. Adujo que el incremento en los volúmenes de lixiviados en la Celda VI obedeció a fenómenos climáticos no controlables por el Concesionario. Señaló la existencia de determinadas circunstancias técnicas de la operación del RSDJ que le han llevado a usar de nuevo la Celda VI como pondaje (hecho 144).

Manifestó que la utilización de la Celda VI se debía al incumplimiento de la UAESP de su obligación de construir y ampliar los pondajes 8 y 7, el régimen de lluvias, y situaciones propias de la operación del Relleno relacionadas con el bombeo de lixiviado proveniente de las zonas de Terraza 1, Pondaje 2-2 y Secador de lodos como consecuencia de un STL insuficiente (hechos 145 y 146).

El Concesionario aceptó como cierto el inicio de la investigación por parte de la autoridad ambiental pero negó por fuera hecho o causa atribuible a

CGR y reiteró las razones por las cuales considera no haber incumplido el Contrato (hecho 147).

Ahora, en cuanto a la “*oposición a las pretensiones*” el Concesionario se opuso a la pretensión respectiva bajo el entendido de que siempre ha utilizado la Celda VI conforme lo que indica el contrato el cual en la cláusula 3.3 y la “*nota*” establece que la celda en cuestión sí puede utilizarse - temporalmente- en momentos críticos de operación o de emergencia del relleno. Sostiene que las veces que ha utilizado la Celda VI ha sido a fin de evitar el colapso de la operación del relleno. Adujo que la falta de capacidad del STL y la no construcción de los pondajes VII y VIII -ambas cosas atribuibles a la UAESP- es lo que ha llevado a que se deba utilizar la celda VI. Por último, puso de presente que con anuencia de la UAESP y de la interventoría se insistió en autorizar la Celda VI para el almacenamiento definitivo de lixiviados.

Por último, se opuso a la pretensión de terminación del Contrato, pues en su sentir la terminación debe darse por el incumplimiento grave del objeto contractual y no sobre una cualquiera de sus obligaciones accesorias y que resulta exótica la aplicación del artículo 1546 del Código Civil al supuesto incumplimiento de lo que es una obligación emanada de un laudo, que no del Contrato(condición resolutoria tácita). Además, a la luz del artículo 1609 *ibidem* señaló que no existe incumplimiento cuando la UAESP ha incumplido a su vez el contrato (*exceptio non adimpleti contractus*). Por último, manifestó que ninguno de los incumplimientos que le achaca la UAESP son tales, sino que todo son “*efectos de una misma causa*” que es el “*sin número de incumplimientos gravísimos de la UAESP de la ley y del contrato mismo, que han afectado de manera generalizada y severa las obligaciones a*

cargo del Concesionario desquiciando por completo la ejecución contractual”.

3.2. LOS ALEGATOS DE LAS PARTES

3.2.1. LOS ALEGATOS DE LA UAESP

A modo de resumen, la UAESP en sus alegatos de conclusión reiteró las cláusulas 2 y 3 del Contrato de Concesión C - 344 de 2010, en tanto que establecen la obligación para el Concesionario de acatar las normas y disposiciones emanadas de la autoridad ambiental (licencia y demás resoluciones expedidas por la CAR, ANLA y demás autoridades competentes).

Como lo hizo de forma recurrente a lo largo de su escrito de alegaciones, la entidad Concedente referenció brevemente la posición del Concesionario y señaló que este alega que la PTL no tiene una capacidad de almacenamiento adecuada a la totalidad de lixiviados que se producen en el RSDJ y por eso se ha usado la Celda VI como zona de almacenamiento de lixiviados no tratados en la PTL.

En contraposición a la tesis de CGR, la UAESP sostuvo que CGR ha usado la Celda VI para el almacenamiento de lixiviados sin contar con la autorización expresa de la autoridad ambiental. Al efecto, señaló que la CAR no ha autorizado el uso de la Celda VI para almacenamiento definitivo de lixiviados tanto por razones técnicas como jurídicas.

Agregó que en el denominado Plan de Cumplimiento del 30 de diciembre

de 2019, CGR se comprometió a suspender permanentemente el almacenamiento de lixiviados en la Celda VI a más tardar el 15 de junio de 2020, y que a pesar de ello, con corte al 31 de diciembre de 2020 habían almacenados en la celda un volumen de 9.800 m³ de lixiviados y no se habían finalizado las actividades de retiro de lodos y mantenimiento de la Celda.

Alegó que según el informe de Interventoría del 27 de febrero de 2020 el vaciado de lixiviados había sido mínimo, y que para el 24 de agosto de 2020 se encontraba un remanente de 1.837 m³ de lixiviados. Manifestó, además, que para el mes de octubre de 2020 el caudal había aumentado a 2000 m³.

Luego de ello, en sus alegaciones, la UAESP hizo referencia al testimonio del señor Andrés Nossa practicado el 18 de noviembre de 2021, el cual manifestó que la Celda VI era para uso únicamente emergencias y sólo para la disposición de residuos sólidos, y que no obstante lo anterior, para esa fecha, el volumen de lixiviados almacenados en la Celda VI era de aproximadamente 30.000 m³. En igual sentido, citó el peritaje de ACODAL en el que señaló que la Celda VI seguía siendo utilizada como pondaje para almacenamiento de lixiviados.

De igual forma en su escrito de alegatos hizo alusión al hecho de que la ANLA ha requerido a CGR para que suspenda el uso de la Celda VI como pondaje, y no obstante ello, CGR no ha dado cumplimiento a lo ordenado por la autoridad ambiental.

Por último, la entidad Concedente citó los testimonios de los ingenieros Niño y Nossa como prueba del presunto incumplimiento del deber en cabeza del

Concesionario de acatar las órdenes de la autoridad ambiental, y en consecuencia, no usar la Celda VI como pondaje.

3.2.2. LOS ALEGATOS DEL CONCESIONARIO

A modo de resumen, CGR alegó que la Celda VI sólo había sido usada en casos de emergencia, con lo cual había evitado la ocurrencia de un daño y una emergencia ambiental de alto grado. Señaló que el procedimiento de la ANLA no tuvo mayores avances y que no existe una decisión de la autoridad ambiental al respecto. También citó el testimonio del ingeniero Nossa para indicar que el uso de la Celda VI como un pondaje había sido avalado en el Contrato y había sido conocido por la UAESP.

En concreto, el Concesionario planteó cinco argumentos en sus alegatos a saber: inexistencia de incumplimiento contractual, el uso de la Celda VI fue avalado por la UAESP desde antes de iniciar el Contrato; el uso de la Celda VI ha obedecido a razones técnicas y ambientales; CGR Doña Juana ha cumplido e inexistencia de daño.

Sobre la *“inexistencia de incumplimiento contractual”* sostuvo que la Celda VI se puede utilizar en casos de emergencia tanto para la disposición de residuos sólidos como de lixiviados. Siempre que CGR Doña Juana ha utilizado la Celda VI para almacenar lixiviados ha sido porque se encuentra en una situación de emergencia, bajo la cual, si no almacena lixiviados en dicha Celda tendría que verter lixiviados sin tratar al río Tunjuelo, lo cual ocasionaría graves perjuicios al medio ambiente que CGR Doña Juana no está dispuesto a generar y constituiría un incumplimiento contractual. También manifestó que, en todo caso, la CAR autorizó el uso de la Celda VI

en comunicación 20102125885 del 17 de diciembre de 2010.

En cuanto al argumento de que el *“uso de la Celda VI fue avalado por UAESP desde antes del inicio del Contrato”* señaló que el reproche de la UAESP a CGR Doña Juana por utilizar la Celda VI como zona de almacenamiento de lixiviados no tiene asidero ya que la entidad ya había habilitado a anteriores operadores del RSDJ a utilizar dicha zona para almacenar lixiviados. Es más, la UAESP le entregó al Concesionario la Celda VI con lixiviados en su interior a pesar de prometer en la Licitación No. 001 de 2010 que la entregaría apta para realizar la disposición de residuos sólidos.

En relación a que el *“uso de la Celda VI ha obedecido a razones técnicas y ambientales”* el primer motivo por el que CGR Doña Juana ha tenido que utilizar la Celda VI, es porque el RSDJ tiene una *“insuficiente capacidad de almacenamiento”* de lixiviados, es decir, los pondajes no dan abasto con la cantidad de lixiviados que deben ser almacenados en su interior.

Respecto al argumento en virtud del cual sostiene que *“CGR ha cumplido”*, el Concesionario manifestó que a pesar de las distintas vicisitudes que obligaron a CGR Doña Juana a utilizar la Celda VI como zona de almacenamiento de lixiviados provisional en distintos momentos del Contrato, con ocasión del Plan de Cumplimiento del 31 de diciembre de 2019, en el año 2020 el Concesionario llevó a cabo las actividades de desalojo de los lixiviados que se encontraban en dicha Celda. Desde enero de 2020 CGR Doña Juana inició el desalojo progresivo de los lixiviados almacenados en la Celda VI, al punto que entre los meses de marzo y octubre de 2020 la celda apenas tuvo una ocupación entre 7% y 3%, con lo

cual se evidencia una conducta muy acuciosa por parte del Concesionario. En este sentido, citó el testimonio del ingeniero Niño, conforme al cual indicó que la Celda VI se desocupa cada vez que el clima lo permite.

En lo que atañe a la *“inexistencia de daño”*, afirmó que la Celda VI tiene todas las características y condiciones para realizar el almacenamiento de lixiviados, por lo que usar la Celda para tal fin no genera ningún daño a la celda ni a la operación del RSDJ, sino que, por el contrario, permite que se pueda tener suficiente capacidad de almacenamiento de lixiviados en momentos críticos de operación.

3.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Conforme al acervo probatorio que reposa en el expediente, el Tribunal encuentra probado que mediante auto DRBC No. 0495 del 27 de julio de 2015 la CAR no autorizó el cambio de utilización de la Celda VI del RSDJ como depósito de lixiviados.

Así mismo, aparece probado que entre los años 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021 la UAESP y el Interventor UT Inter DJ efectuaron sendos requerimientos al Concesionario a fin de que se abstuviera de realizar el llenado de la denominada Celda VI con lixiviados y en donde en más de una ocasión la UAESP manifestó no estar de acuerdo con dicha práctica, realizada por el Concesionario en el marco de *“su autonomía técnica”*.

Las comunicaciones en las cuales la UAESP o la Interventoría requirieron al Concesionario a fin de que evitara depositar lixiviados en la Celda VI son las

siguientes: (i) 24 de mayo de 2017 radicado No. 20173000063691; (ii) UTIDJ-201706493 del 3 de junio de 2017; (iii) 17 de agosto de 2017 radicado No. 20173000108311; (iv) UTIDJ-201709849 del 6 de septiembre de 2017; (v) 12 de febrero de 2018 radicado No. 20183000018981; (vi) UTIDJ-201803292 del 8 de marzo de 2018; (vii) UTI DJ-201803408 del 28 de marzo de 2018; (viii) UTIDJ-201804567 del 30 de abril de 2018; (ix) UTIDJ-20180570 del 31 de mayo de 2018M (x) UTIDJ-2018111344 del 1 de noviembre de 2018; (xi) 21 de noviembre de 2018 radicado No. 20183000234321; (xii) UTIDJ-2018111511 del 30 de noviembre de 2018; (xiii) 10 de diciembre de 2018 radicado No. 20183000249651; (xiv) UTIDJ-2018121685 del 28 de diciembre de 2018; (xv) 17 de diciembre de 2018 radicado No. 20183000254381; (xvi) 1 de febrero de 2019 radicado No. 20193000022691; (xvii) 1 de febrero de 2019 radicado No. 20193000022691; (xviii) UTIDJ-201904525 del 29 de abril de 2019; (xix) 7 de mayo de 2019 radicado No. 20193000105271; (xx) 18 de junio de 2019 radicado No. 20193000142771; (xxi) UTIDJ-201907894 del 10 de julio de 2019; (xxii) UTIDJ-2019081056 del 8 de agosto de 2019; (xxiii) 16 de agosto de 2019 radicado No. 20193000203851; (xxiv) 16 de agosto de 2019 radicado No. 20193000203851; (xxv) 2 de octubre de 2019 radicado No. 20193000255381; (xxvi) UTIDJ-2019111578 del 7 de noviembre de 2019; (xxvii) 13 de noviembre de 2019 radicado 20193000289201; (xxviii) UTIDJ-2019121840 del 26 de diciembre de 2019; (xix) 9 de enero de 2020 radicado 20203000005231⁵²⁸.

De las anteriores comunicaciones conviene destacar las 8 de agosto de 2019 y la del 2 de octubre de ese mismo año.

En relación con la primera de las anteriores comunicaciones se destaca que

⁵²⁸ Documentos aportados por la UAESP con la demanda de reconvención y que pueden ser consultados en el siguiente enlace:
<https://drive.google.com/drive/folders/1SC8bthjMq58caCaXi0GLyXDIKEFR3JWS>.

allí no solo se reprocha que el Concesionario no entregue las explicaciones concretas de la utilización de la Celda VI, sino que además sugiere un “procedimiento viable a implementar” a fin de evitar la utilización de la Celda VI a un propósito no autorizado por la autoridad ambiental competente:

Respetada Doctor:

La UT Inter DJ acusa el recibo de la comunicación del asunto, con la cual CGR Doña Juana informa sobre el volumen almacenado de lixiviados en la Celda VI para el periodo enero 2018 y junio de 2019. Respecto a lo manifestado por el Concesionario, esta Interventoría se permite realizar las siguientes aclaraciones y observaciones:

1. La UT Inter DJ ha requerido al Concesionario que para cada uno de los bombeos de lixiviado realizados a la Celda VI se presente un documento que incluya las justificaciones técnicas con los soportes técnicos, en los cuales se exponga claramente los motivos que llevaron a la ejecución de esta actividad. Para las justificaciones se solicitó a CGR Doña Juana que debían estar soportados, como mínimo, con información de precipitación, caudal de lixiviados generado, capacidad de almacenamiento de pondajes, caudal tratado por el STL, volumen de lixiviado almacenado en el sector del Plan de Acción, tiempos de bombeo hacia la celda y registro fotográfico.

(...)

Esta Interventoría a continuación sugiere un procedimiento viable a implementar para controlar los volúmenes de lixiviados generados en relación con la capacidad de almacenamiento disponible y la capacidad de tratamiento. Sobre esto, técnicamente existen no solamente uno, sino varios procedimientos viables de corto plazo a implementar para controlar los volúmenes de lixiviados generados en relación con la capacidad de almacenamiento disponible y la capacidad de tratamiento del STL.

Claro está que estos procedimientos requerirán de CGR Doña Juana, tanto la voluntad gerencial y administrativa de querer hacer las cosas, y también algún tipo de esfuerzo técnico y financiero para ejecutar actividades rápidas que contribuyan a resolver la situación de almacenamiento de lixiviados, antes de que se inicien alguna labor de intervención en el STL que busque su optimización. Antes de continuar con los procedimientos de corto plazo, es importante CGR Doña Juana conozca lo siguiente sobre el Subsistema de regulación, homogenización y almacenamiento de lixiviados del STL.

Por su parte, en la comunicación del 2 de octubre de 2019 se precisó que el

uso de la Celda VI era viable como sitio de disposición de emergencia, pero solo de residuos sólidos:

Respetado Ingeniero Guzmán:

Mediante comunicado con radicado UAESP-20193000175401 del 18 de julio de 2019, esta Unidad informó al Autoridad nacional de Licencias Ambientales -ANLA acerca del uso de Celda VI, explicando las razones y las causas por las cuales se utilizaría dicha unidad para el almacenamiento de lixiviados y anexando el estudio técnico de estabilidad que respaldaba estas actividades.

Conforme a lo anterior, la Autoridad Ambiental mediante el Auto ANLA 6475 del 21 de agosto de 2019, dio respuesta a la comunicación enviada exponiendo el siguiente argumento:

(...) es importante resaltar que la celda VI tiene como función principal atender la disposición de residuos sólidos en caso de contingencias operativas que impidan su disposición en la Zona VII y no se encuentra autorizada como zona de disposición de lixiviados, en este sentido, dicha celda debe ser utilizada únicamente como zona de emergencia para la disposición de residuos sólidos, en caso de ser necesario, por lo que la Sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña

Juana S.A. E.S.P., deberá suspender la disposición de lixiviados y ceñirse estrictamente a lo autorizado. (...)

Y dispuso lo siguiente:

(...)

ARTÍCULO PRIMERO. *Requerir a la Sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P., para que de manera inmediata en relación con la Celda VI, realice las siguientes actividades conforme con las consideraciones realizadas en la parte motiva del presente acto administrativo:*

- 1. Suspender de manera inmediata el uso de la celda VI para disposición de lixiviados, utilizando la misma para lo cual fue autorizada, es decir, únicamente como zona de emergencia para la disposición de residuos sólidos.*
- 2. Garantizar la protección de la zona del dique con el fin de evitar la infiltración de las aguas de escorrentía.*
- 3. Continuar con el monitoreo de estabilidad que se está realizando en la zona, con el fin de hacer seguimiento de manera permanente.*

El mencionado auto ANLA 645 del 21 de agosto de 2019, al cual hace referencia la anterior comunicación, también reposa en el plenario⁵²⁹.

⁵²⁹ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención y que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1SC8bthjMq58caCaXi0GLyXDIKEFR3JWS>.

Así las cosas, para el Panel Arbitral está suficientemente probado que el uso de la Celda VI no estaba habilitado para la disposición de lixiviados, ni siquiera en momentos de emergencia operacional, por lo que el argumento esgrimido por el Concesionario en tal sentido carece de todo asidero fáctico y jurídico.

Dicho esto, es importante resaltar que las Partes suscribieron el Plan de Cumplimiento del 31 de diciembre de 2019, el cual dedicó uno de sus capítulos, el 13, a la cuestión de la Celda VI así:

“Para dar cumplimiento a lo exigido por la Autoridad ambiental mediante auto 6575 del 21 de agosto de 2019, el concesionario CGR Doña Juana se compromete a presentar un cronograma para el bombeo del lixiviado. Este cronograma será presentado un día hábil posterior a la aprobación del plan de cumplimiento, el cual tendrá como fecha límite de finalización el 15 de marzo de 2020. Una vez vaciada la celda y conociendo la cantidad de lodo almacenado se presentará una nueva programación que contenga el retiro del lodo y el mantenimiento de la celda”⁵³⁰.

En lo relativo al cronograma de ejecución del Plan de Cumplimiento, en comunicación CGR-DJ-0002-20 del 3 de enero de 2020, el Concesionario remitió la programación respectiva la cual comprendía actividades de “bombeo de lixiviados”, “retiro de lodos” y “mantenimiento de Celda VI”, las cuales finalizarían el 15 de junio de 2020. Esta programación fue aprobada por la UAESP y la Interventoría tal como consta en la comunicación UTI-DJ-202002189 del 7 de febrero de 2020⁵³¹.

⁵³⁰ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención y que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1SC8bthjMq58caCaXi0GLyXDIKEFR3JWS>.

⁵³¹ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención y que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1SC8bthjMq58caCaXi0GLyXDIKEFR3JWS>.

En relación con la ejecución del cronograma contemplado en el Plan de Cumplimiento obra en el expediente la comunicación UTIDJ-2020081157 del 19 de agosto de 2020 en la cual la Interventoría reporta un volumen remanente de lixiviados en la Celda VI y un atraso de más de 50 días en la ejecución del Plan de Cumplimiento⁵³².

También está probado que por medio de la comunicación del 15 de abril de 2020 radicado 2020000059631 y UTIDJ-202005710 la UAESP y la Interventoría, respectivamente, informaron al Concesionario de la expedición del auto No 2404 del 27 de marzo de 2020 “*por el cual se ordena la apertura de una investigación ambiental*”, el cual se relaciona con el hecho de haberse realizado el almacenamiento de lixiviados en la Celda VI del RSDJ⁵³³.

No obstante lo anterior, en acta de reunión del 14 de diciembre de 2020 en relación con la Celda VI se mencionó lo siguiente:

“La Interventoría realiza la solicitud de evacuar el remanente de lixiviados de celda VI, ya que aumento el volumen almacenado en cerca de 2000 m3, de lo cual CGR manifiesta que dicho aumento obedeció a las fuertes lluvias que se presentaron en el mes de noviembre lo que origino el aumento en el nivel, adicional a lo anterior indica que hay un manantial que resume el agua lluvia esta zona e incide en el aumento del nivel. A fin de mitigar CGR instaló agitador para favorecer desocupado de la celda”.

⁵³² Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención y que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1SC8bthjMq58caCaXi0GLyXDIKEFR3JWS>.

⁵³³ Documentos aportados por la UAESP con la demanda de reconvención y que pueden ser consultados en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1SC8bthjMq58caCaXi0GLyXDIKEFR3JWS>.

Con base en todo lo anterior, está probado que a lo largo de la ejecución CGR incumplió su obligación contractual pues dispuso indebidamente, y contrario de lo señalado por la CAR y la ANLA, de la Celda VI como si se tratase de un pondaje más, actividad no permitida normativa ni contractualmente. Incluso está acreditado y reconocido por el mismo concesionario que para finales del año 2020 la Celda VI seguía teniendo un caudal de 2000 m² de lixiviados y de 4159 m³ con corte a 31 de enero de 2021.

En este orden de ideas, el Tribunal Arbitral procederá a declarar la prosperidad de la pretensión vigésima tercera pretensión.

4. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA EN RELACIÓN CON LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES DE INSTALACIÓN Y CONEXIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE GEOTECNIA EN LÍNEA EN TIEMPO REAL

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvencción reformada:

“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VÍGESIMA QUINTA:

Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP incumplió la obligación pactada en la CLÁUSULA 3 del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario, sobre la instalación y conexión de los instrumentos de geotecnia en línea o en tiempo real (inclinómetros, piezómetros y otros) y la automatización de todo el relleno sanitario, para su control y lectura en tiempo real dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018.

VIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la VÍGESIMA QUINTA PRETENSIÓN o la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VÍGESIMA QUINTA PRINCIPAL, se

declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.”

4.1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

4.1.1. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA DE LA UAESP

La UAESP señaló que el Concesionario fue condenado conforme a los numerales décimo cuarto y décimo quinto del laudo arbitral del años 2018 a realizar la instalación y conexión de los instrumentos y la automatización del Relleno Sanitario Doña Juana (hecho 148).

Sostuvo que la finalidad de la automatización es *“brindar información en tiempo real para la toma de decisiones sobre aspectos críticos de seguridad y calidad en la operación del Relleno Sanitario y se encuentra contemplada en múltiples cláusulas del contrato”* y reseñó como obligaciones que sirven de fundamento a sus pretensiones la cláusula 2.13 y la cláusula 3.20 sobre la operación del Relleno Sanitario, 3.18 sobre los lixiviados y 3.4 sobre el suministro de información. Así mismo invocó los artículo 48 a 53 de la Resolución 724 de 2010 (hecho 149).

Manifestó que este tema fue debatido y decidido en favor de la UAESP en el laudo del año 2018 y que a pesar de ello no se ha dado cumplimiento a nada, salvo por lo relacionado con la *“herramienta de Encuestas Ambientales y Seguimiento Vehicular”* ninguna de las cuales se conoce su estado actual (hechos 150 y 151).

Señaló que existe una comunicación de la Interventoría que da cuenta del incumplimiento del Concesionario y sostiene que *“el incumplimiento de esta obligación comporta la entidad suficiente como para dar por terminado el contrato”* (hecho 152, 153 y 154).

4.1.2. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA POR PARTE DEL CONCESIONARIO

Antes de dar contestación a cada uno de los hechos de la demanda de reconvencción reformada, el Concesionario inició indicando que este Tribunal de Arbitraje carece de competencia para pronunciarse sobre el supuesto incumplimiento de lo resuelto en un laudo anterior por *“no estar facultado para suplir al juez de la ejecución”* e indicó que en todo caso no era cierto que CGR hubiese *“incumplido lo resuelto en relación con la instrumentación y la automatización en el laudo de 27 de septiembre de 2018”*.

En cuanto a los hechos, sostuvo que la transcripción de apartes del laudo arbitral demostraban que la entidad Concedente lo que pretendía era la ejecución del laudo, asunto este no susceptible de arbitraje. Que hasta antes de la modificación tarifaria de 2018 no se encontraban incluidas en la remuneración del Concesionario *“las inversiones para la implementación de las actividades previstas en la Cláusula 3 del Contrato 344 de 2010”*. Arguyó que el Concesionario ha implementado la instrumentalización a lo ancho del mismo *“logrando que el sistema funcione con una precisión en lecturas de hasta el 99.95%”* e insistió en que la remuneración inicial del Contrato no contemplaba rubro alguno para desarrollar dicha actividad y que en

consecuencia CGR no ha incumplido sino que, antes bien, lo ha hecho a pesar de los incumplimientos y obstáculos puestos por la UAESP” (hecho 148, 149 y 150).

Sobre el Plan de Cumplimiento, señaló que no ha incurrido en incumplimiento y que los plazos señalados en *“el malhadado laudo”* no eran posibles de cumplir ni tenían ningún tipo de viabilidad técnica, jurídica y material. Alegó mala fe de la UAESP *“ya que si la UAESP no tenía la más mínima intención de negociar y acomodar las actividades a la realidad no debió generar dicha expectativa a CGR Doña Juana, haciéndole perder meses de tiempo, personal y trabajo invertida para dicha supuesta negociación”*. Negó que sólo hubiese tenido avances en los frentes de *“herramienta de Encuestas Ambientales y Seguimiento Vehicular”* (hecho 151).

Sostuvo que la UT Inter DJ *“no es juez del contrato”* y le señaló de ser uno de los *“principales responsables de los problemas del Contrato”* y contestó que no le constaba, que no era cierto y que se probara el incumplimiento alegado por el Interventor (hecho 152).

Frente a las demás alegaciones de incumplimiento volvió a insistir en la falta de competencia de este Panel Arbitral para resolver en relación con lo decidido en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2019, así como en el hecho de haber ejecutado la obligación de instrumentalización *“logrando que el sistema funcione con una precisión en lecturas de hasta el 99.95%”*. Achacó a la *“propia negligencia y falta de organización interna”* de la UAESP el hecho de que esta y la Interventoría no tuvieran acceso a la plataforma de seguimiento del módulo vehicular, pues el Concesionario

informó en el mes de diciembre que ya se había implementado la plataforma *Cloudfleet* para dar cumplimiento al módulo de incidencias vehiculares, quedando pendiente solo “la remisión de los correos por parte de UAESP y la Interventoría para el acceso al módulo”. También sostuvo haber cumplido en los requerimientos del módulo ambiental (hecho 153).

Agregó que no existe mala fe de su parte y que sus obligaciones han sido cumplidas, no existiendo mérito para la terminación del Contrato (hecho 154).

En lo que respecta al acápite de “*oposición a las pretensiones*”, el Concesionario manifestó que se trata de una pretensión que no es de contenido contractual, aunque se trate de darle ese ropaje. Expresó que el término de 6 meses que la UAESP estima incumplido no proviene del Contrato, luego al no estar dicho término en el Contrato, mal habría de declararse un incumplimiento contractual. De forma concreta señaló que el incumplimiento del laudo no puede ser discutido en sede arbitral ni es materia arbitrable. Agregó que el supuesto incumplimiento ya fue debatido y decidido por el anterior tribunal. Concluye diciendo que en todo caso no ha habido incumplimiento de su parte.

4.2. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

4.2.1. LOS ALEGATOS DE LA UAESP

A modo de resumen, la UAESP señaló que la automatización se encuentra prevista en múltiples cláusulas del Contrato y tiene por objeto efectuar el monitoreo en tiempo real de los aspectos de seguridad críticos y la calidad

en la operación del RSDJ.

Indicó en sus alegaciones que esta fue una de las obligaciones que fue decidida por el laudo arbitral de 2018 y respecto de la cual el concesionario solo ha dado cumplimiento a las “encuestas ambientales” y “seguimiento vehicular”, pero en ese caso ni la UAESP ni la Interventoría tienen acceso a la plataforma de seguimiento, por lo que no conocen su operación. Los demás instrumentos de geotécnica en línea (inclinómetros y piezómetros) y la automatización de todo el Relleno no se ha ejecutado.

Como prueba del incumplimiento definitivo del Concesionario, la UAESP esgrimió el informe de interventoría del 17 de abril de 2021, el cual demuestra que la automatización por módulos planteada por CGR no ha sido puesto en marcha por completo en cuanto seguimiento vehicular, módulo de geotecnia (se toman de forma manual), sistema SCADA, narices electrónicas (desaparecidas) y encuestas ambientales.

A su vez, indicó que el avance en automatización (transmisión en línea y tiempo real) es de cero por ciento (0%). Prueba también del supuesto incumplimiento, para la UAESP, son los distintos requerimientos de la Interventoría, por lo que en su sentir comporta un incumplimiento definitivo que debe lugar a la terminación del Contrato.

4.2.2. LOS ALEGATOS DEL CONCESIONARIO

El Concesionario formuló cuatro (4) argumentos en sus alegatos de conclusión a fin de probar el cumplimiento de su parte de las obligaciones sobre instrumentalización y automatización, a saber: falta de competencia,

excepción de contrato no cumplido, nadie está obligado a lo imposible e inexistencia de incumplimiento.

En relación con la *“falta de competencia”* reiteró sus manifestaciones de la contestación de la demanda de reconvención reformada al decir que este Tribunal Arbitral no tiene competencia para decidir y resolver en relación con supuestos incumplimientos del laudo arbitral del año 2018.

Sobre la *“excepción de contrato no cumplido”* el Concesionario esgrimió una vez más sus alegaciones de que sólo hasta la modificación tarifaria del año 2018 se incluyeron estos costos en la remuneración, y en refuerzo de ello (i) citó el testimonio del ingeniero Niño el cual dice que era imposible que la tarifa cubriera la instrumentalización porque estaba diseñada para un relleno Tipo 1 y (ii) citó el dictamen pericial técnico que señaló que la instrumentalización no se encontraba reconocida en la remuneración hasta antes del año 2018.

Respecto al argumento de que *“nadie está obligado a lo imposible”* señaló que ejecutar obligaciones del laudo del 27 de septiembre de 2018 era imposible dentro de los términos allí señalados. Refirió la comunicación CGRDJ-1447-18 del 16 de octubre de 2018, en la cual CGR Doña Juana remitió a la UAESP la propuesta Plan de Acción para el Cumplimiento del laudo arbitral. Adujo en todo caso que la UAESP generó al Concesionario falsas expectativas en negociación acerca del modo de cumplimiento de las obligaciones de acuerdo con capacidad financiera.

Por último sobre la *“Inexistencia de incumplimiento”*, CGR Doña Juana alegó haber implementado la instrumentación necesaria y esperada sobre diseños

para el seguimiento y monitoreo geotécnico logrando un desempeño y una precisión de lecturas de hasta el 99,96%, gracias a la frecuencia de toma de datos y análisis inmediato de estos por parte del equipo técnico del Concesionario, para lo cual se apoyó una vez más en el testimonio del señor Niño y en el dictamen pericial técnico. Sobre esto último citó el siguiente aparte del dictamen:

“La instrumentación geotécnica del RSDJ con la que cuenta CGR Doña Juana está constituida por Piezómetros, inclinómetros, acelerógrafos y puntos de control topográfico. A mayor detalle esta consiste en piezómetros de hilo vibrátil y de Casagrande (los cuales miden presiones de gas y lixiviado); e inclinómetros (los cuales miden movimientos). La confiabilidad de la tecnología es muy alta y suficiente para realizar los análisis de estabilidad de taludes del relleno sanitario. Tanto los piezómetros de hilo vibrátil, como los inclinómetros medidos con sonda biaxial, son la tecnología más avanzada. La instrumentación desarrollada e implementada por CGR en el RSDJ, tiene una densidad de sensores más alta que la de las zonas anteriormente operadas, y superiores a las normas de referencia como la de la Unión Europea.

CGR Doña Juana no solamente ha instalado y reemplazado toda la instrumentación geotécnica requerida en el relleno sanitario, sino que ha instalado mucha más instrumentación adicional a la requerida por la normatividad aplicable Resolución 938 de 2019”.

4.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

4.3.1. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA QUINTA Y SU CONSECUENCIAL

Como ya se ha señalado antes, la cláusula compromisoria ajustada por las

Partes habilita a este Panel para conocer y decidir en relación con controversias derivadas de la celebración, ejecución y liquidación del Contrato. Todos los argumentos que se han planteado con anterioridad sobre la competencia del Tribunal, sirven de igual forma para ilustrar este punto, razón por la cual el Tribunal los trae a colación aquí nuevamente, eso sí, evitando innecesarias repeticiones, por lo que remite a las Partes a lo expresado en otros capítulos de este mismo laudo donde se analizó ampliamente este tema.

Sin perjuicio de lo anterior, y para lo que tiene que ver específicamente con la por la forma en que está planteada la primera pretensión subsidiaria de la vigésima quinta y su consecuencial, el Tribunal Arbitral señalará que por la forma en que está planteada la pretensión la misma hace referencia al supuesto incumplimiento de una estipulación contractual, concretamente la cláusula tercera del Contrato y su Reglamento Técnico, razón por la cual, lo pretendido hace parte del ámbito de habilitación de competencia conferido a este Panel.

En lo que respecta al laudo arbitral del año 2018, ello no es óbice para alegar la incompetencia de este Tribunal para resolver de fondo las cuestiones deferidas a su decisión, pues a este Panel corresponde decidir la controversia en un ámbito temporal diferente al que fue analizado en el laudo del año 2018 y porque la presente decisión arbitral no constituye la ejecución de lo decidido por el anterior tribunal de arbitraje, sino apenas la declaración sobre un presunto incumplimiento en el periodo comprendido entre la ejecutoria del anterior laudo y la fecha de emisión de esta decisión.

Además, como es evidente, ni la demandante en reconvención solicitó que

se librara mandamiento de pago, ni este Tribunal habrá de librar alguno. Este Panel, conforme al ámbito de su propia competencia se limitará a analizar el caso expuesto por cada una de las Partes a fin de dilucidar, y declarar o no, el supuesto incumplimiento relativo a la obligación contractual de instalación y conexión de instrumentos de geotecnia en línea y automatización del RSDJ.

Por lo visto hasta acá, el Tribunal Arbitral ratificará su decisión de declararse competente para conocer y decidir en relación con la primera pretensión subsidiaria de la vigésima quinta y su consecuencial.

4.3.2. EL FONDO DEL ASUNTO

La controversia que aquí corresponde resolver gira alrededor de si el Concesionario cumplió o no, la obligación sobre instalar y conectar los instrumentos de geotecnia en línea a tiempo real (inclinómetros, piezómetros y otros) y la automatización de todo el relleno sanitario, para su control y lectura en tiempo real, o si lo hizo sólo de manera parcial.

Las estipulaciones contractuales que guardan relación con los instrumentos de geotecnia en línea en tiempo real y automatización en línea del RSDJ se transcriben a continuación:

“CLÁUSULA SEGUNDA - OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO

13. Adecuar, construir y mantener todas las instalaciones que se requieran y las obras existentes necesarias para la correcta administración, operación y mantenimiento del RSDJ, que no hayan sido asignadas a otros contratistas. Las obras e instalaciones comprenden las siguientes: (...) Instrumentos de monitoreo de estabilidad y control;

(...)

15. Operar, mantener y reponer cuando se dañe o haga falta la instrumentación geotécnica y ambiental y los puntos de control topográfico instalados en el RSDJ, interpretar las lecturas obtenidas (en tiempo real) y realizar el monitoreo geotécnico y ambiental en todas las zonas del relleno e implementar todas las medidas preventivas y correctivas que se requieren para garantizar la estabilidad de todo el relleno, de acuerdo con los requerimientos de la **UAESP**.

(...)

43. Instalar y mantener en condiciones operativas durante el tiempo de la concesión, los sistemas de seguimiento en línea a la operación integral del RSDJ que incluyen: i) La operación de pesaje, ii) el sistema SCADA del Tratamiento de Lixiviados y iii) el monitoreo de maquinaria operativa en frente de descarga; de acuerdo con lo establecido en los apéndices respectivos.

(...)

CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS.

SOBRE LA OPERACIÓN DEL RELLENO SANITARIO

(...)

20. Presentar ante la **UAESP** dentro de los treinta (30) primeros días calendario a partir de la suscripción del acta de inicio del contrato, un documento en el que se especifique claramente la metodología empleada para el control de estabilidad geotécnica y seguimiento de la instrumentación del RSDJ.

SOBRE LOS LIXIVIADOS

(...)

18. Mantener la certificación metrológica y los controladores automatizados, indicadores y registradores de caudal, certificados metrológicamente sellados y conectados al sistema de monitoreo y control en línea, que se encuentran instalados en los siguientes puntos de la planta de tratamiento de los lixiviados:

- En la captación del afluente de los lixiviados en los puntos cero.
- A la entrada de la Planta de Tratamiento de Lixiviados.
- A la entrada del tratamiento primario.

- A la entrada del tratamiento secundario.
- A la entrada del tratamiento terciario.
- A la salida del efluente de la nueva planta de tratamiento, o salida del lixiviado tratado.

(...)

SOBRE EL SUMINISTRO DE INFORMACIÓN

(...)

4. EL CONCESIONARIO tiene la obligación de instalar los sistemas de identificación, localización, medición, registro, almacenamiento y comunicación que se especifican en el Reglamento Técnico y en el Apéndice 8, en todos los vehículos, máquinas, instrumentos y sistemas que sean propuestos para la operación en el listado de máquinas y en el esquema técnico operativo, o en sus sucesivas modificaciones, bien sea que se trate de equipos entregados por la **UAESP** o de equipos adquiridos por **EL CONCESIONARIO**. Para lo cual presentará en los dos (2) primeros meses contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio, un cronograma de actividades de adquisición, instalación y puesta en marcha de todos los instrumentos y sistemas para lectura remota que se especifican en el Reglamento Técnico y en el Apéndice 8, teniendo en cuenta que la puesta en marcha se debe realizar a partir del primer día del noveno mes de la suscripción del Acta de Inicio.

EL CONCESIONARIO está en la obligación de garantizar que los datos registrados por estos sistemas estén disponibles de manera permanente e ininterrumpida, para ser leídos en tiempo real, vía inalámbrica (GPRS), desde el Sistema Integrado de Gestión de la UAESP, centralizado en el Centro de Procesamiento de Datos (CPD) de la UAESP.

Para garantizar la seguridad de la comunicación inalámbrica (GPRS), la UAESP dispondrá de un canal privado de comunicación de datos, y será obligación del Concesionario adquirir las SIM necesarias para garantizar la comunicación."

Sobre el particular el Reglamento Técnico del RSDJ (Resol. 724 de 2010), señala:

“ART. 48. —Requisitos generales para el operador de disposición final. El operador deberá disponer de la maquinaria y equipo suficiente, adecuado, robusto, fiable, de alto rendimiento y de la tecnología contemporánea que considere pertinente para dar cumplimiento a los indicadores de calidad y garantizar que los residuos dispuestos fueron compactados con la densidad establecida en las especificaciones de diseño, para cada zona donde opere y que no se presenten represamientos de más 2 vehículos en el área de descargue. La UAESP se reserva el derecho de exigir al operador incrementar o sustituir la maquinaria y equipo, de acuerdo con los resultados de la supervisión y el control de las actividades del concesionario, en caso de no cumplimiento de alguno de los indicadores de calidad.

De igual forma, el operador está obligado a disponer de todos los vehículos, detectores de gases, acelerógrafos, inclinómetros, piezómetros, extensómetros, narices electrónicas, catalizadores de olores, puntos de control topográfico, sistema de control SCADA en la planta de tratamiento de lixiviados, cámaras web y de video y demás vehículos, máquinas, equipos, instrumentos, hardware y software, que además de los anteriores sean necesarios para la adecuada operación y monitoreo de las variables para garantizar la estabilidad y mitigar la contaminación del agua, aire y el suelo del relleno sanitario y de su área de influencia.

Todos los vehículos, máquinas, equipos, instrumentos y sistemas que adquiera el operador para prestar a cabalidad y con la mejor calidad el objeto de su contrato, deberán estar pre equipados para lectura remota con los sistemas de identificación, localización, medición y comunicación que se indican en este reglamento. Los vehículos, máquinas, equipos, instrumentos y sistemas que hayan sido entregados por la UAESP deberán ser equipados y/o adaptados para lectura remota con los sistemas de identificación, localización, medición y comunicación que se indican en este reglamento.

En caso de que los equipos que sean entregados por la UAESP no permitan la incorporación de los dispositivos de pre equipamiento para medición y posterior lectura remota aquí indicados, deberán ser reemplazados por equipos que sí tengan esta prestación para poder ser usados en la operación.

Aquellos equipos entregados por la UAESP y que no vayan a ser

usados por el concesionario, no deberán ser pre equipados, y deberán ser devueltos a la UAESP".

El concesionario está en obligación de garantizar que los datos generados por sus equipos, para lectura remota por parte de la unidad en su CPD (centro de procesamiento de datos), cuenten con certificado de acreditación Common Criterial v3.1, nivel EAL1, referente a la integridad de los datos, mediante certificación expedida por autoridad competente.

El concesionario está en obligación de garantizar que todas las electrónicas embarcadas (a bordo) que se indican en este reglamento, cumplirán con la directiva 2006/28/EC de compatibilidad electromagnética y que estarán diseñadas para operar en un rango de temperatura entre -10°C y 60°C, mediante certificaciones expedidas por autoridad competente.

El concesionario está en obligación de garantizar que los sistemas de identificación y determinación

de residuos que se indican en este reglamento, cumplirán con la norma ISO 14803 sobre identificación y determinación de la cantidad de residuos, mediante certificación expedida por autoridad competente.

El concesionario está en obligación de garantizar que los requisitos para los sistemas GPRS que instale cumplan con la directiva 1999/5/EC de equipos terminales de radio y telecomunicación, mínimo clase 10 o la que la modifique.

El concesionario deberá garantizar que los datos registrados por los dispositivos para lectura remota estén disponibles de manera permanente e ininterrumpida, para ser leídos en tiempo real, vía inalámbrica, en los protocolos estándar de datos que la UAESP defina en su CPD (centro de procesamiento de datos).

Los equipos para telemetría dispuestos por el concesionario deberán contar con sistema de almacenamiento local para garantizar la conservación de la información en cualquier caso, incluida la eventualidad en que pueda llegar a caerse el sistema de comunicación o incluso el propio CPD de la UAESP.

Será obligación del concesionario mantener estos sistemas de identificación, localización y medición en permanente funcionamiento, sin perjuicio de que la UAESP o quien esta designe, pueda en cualquier momento verificar el estado de

mantenimiento, calibración y adecuado funcionamiento de estos sistemas.

La UAESP dispondrá de un canal privado de comunicación de datos que garantizará la seguridad de la comunicación inalámbrica. Será obligación del concesionario adquirir las SIM necesarias para garantizar la comunicación, previa definición de los parámetros de las SIM por parte de la UAESP.

La implementación de un sistema de gestión y control por parte de la UAESP, no remplace (sic) ninguna obligación del concesionario de contar con todos los equipos, máquinas, instrumentos y sistemas que requiera para cumplir a cabalidad y con los más altos estándares de calidad con sus obligaciones contractuales; como tampoco exime al concesionario de almacenar y reportar la información que corresponda a la UAESP. Dentro de los tres (3) primeros meses de operación, el concesionario acordará con la UAESP un cronograma para el pre equipamiento para lectura remota de todos sus vehículos, máquinas, equipos, instrumentos y sistemas, de acuerdo con las prioridades de información que la UAESP defina".

Art- 49. — Requisitos Específicos para el Sistema de Pesaje. El concesionario de disposición final u operador de disposición final, deberá adquirir las básculas que hagan falta y aquellas que deban ser remplazadas en el Relleno Sanitario Doña Juana, de acuerdo con lo establecido en los pliegos de condiciones, previa aprobación por parte de la UAESP de las especificaciones técnicas detalladas de estos instrumentos inalámbrica, por un software de gestión de oficina especializado en la gestión de datos de gestión de residuos sólidos de la UAESP, en los protocolos estándar de datos que la UAESP defina en su CPD (Centro de Procesamiento de Datos).

El Concesionario deberá garantizar la transmisión continua y remota de las imágenes correspondientes a los vehículos en el proceso de pesaje, tanto en las básculas de entrada como las de salida, y las de emergencia cuando haya lugar. Adicionalmente, estas imágenes deberán quedar archivadas en medio magnético para entregas mensuales a la UAESP.

(...)

50.- Requisitos Específicos para el Sistema de Disposición. Todos y cada uno de los equipos, maquinaria, vehículos necesarios para la operación eficiente y de calidad del Relleno Sanitario, deberán estar equipados con los siguientes sistemas embarcados e integrados con un sistema de identificación y localización a bordo GPS.

Los datos registrados por este sistema serán transmitidos a la UAESP hasta un Software de Gestión de Oficina, especializado en la gestión de datos de gestión de residuos sólidos, garantizando la fiabilidad, integridad y trazabilidad de los datos obtenidos por todos y cada uno de los sistemas.

Los GPS usados en estos sistemas deberán ser de alta precisión: 2.5 CEP 5.0 SEP, DGPS. Posición: DGPS / SBAS: 2,0 m CEP 3,0 m SEP; con sensibilidad mínimo de: adquisición 144 dBm y tracking 160 dBm.

El Concesionario deberá garantizar la transmisión continua y remota de las imágenes correspondientes a los vehículos en actividad de descargue y los equipos para la operación en el frente de trabajo. Adicionalmente, estas imágenes deberán quedar registradas en medio magnético para ser entregadas mensualmente a la UAESP.

Todas las máquinas de uso permanente en el RSDJ deberán cumplir con la Directiva Europea 2000/14/CE o norma equivalente, de emisiones sonoras, en el entorno, debidas a las máquinas de uso al aire libre, para garantizar que por diseño y fabricación estos equipos ya cuenten con mecanismos de minimización del ruido que generan. El Concesionario deberá demostrar el cumplimiento de este requisito, mediante certificado de cumplimiento con norma, expedido por un laboratorio acreditado para tal fin."

ART. 51. — Requisitos Específicos para la instrumentación de Vigilancia y Control. El Concesionario de disposición final u Operador de disposición final, deberá contar como mínimo con puntos de control específico, detectores de gases, acelerógrafos, inclinómetros, piezómetros, extensómetros, narices electrónicas, catalizadores de olor, y cámaras de video en calidad suficiente y calidad adecuada. Este

listado de equipos no debe entenderse como taxativo, sino como mínimo indispensable, es decir, que el Operador está en la obligación de adquirir todos los demás equipos e instrumentos que considere que se requiere para la adecuada operación y monitoreo del Relleno Sanitario.

Todos estos equipos e instrumentos, ya sea que sean entregados por la UAESP o que sean los equipos que el Operador adquiera para prestar a cabalidad y con la mejor calidad el objeto de su contrato, deberán ser preparados para lectura remota, en tiempo real, vía inalámbrica, en los protocolos estándar de datos de la UAESP defina en su CDP (Centro de Procesamiento de Datos).

Los acelerógrafos deberán cumplir con la norma NRS-98, referente a los requisitos mínimos para la instalación de acelerógrafos. El concesionario deberá adelantar las gestiones necesarias con el DEPAE, para que estos acelerógrafos se integren a la Red Nacional de Acelerógrafos de Bogotá.

ART. 52. — Requisitos Específicos para el Sistema de Tratamiento de Lixiviados. El Concesionario de disposición final (Operador de disposición final) deberá conectar el sistema SCADA de la planta de tratamiento de lixiviados a una señal remota que envíe información en tiempo real a las oficinas de la UAESP, vía GPRS o superior, en los protocolos estándar de datos que la UAESP defina en su CPD (Centro de Procesamiento de Datos).

Artículo 53°. Requisitos Específicos para reporte de Incidencias. Todos los vehículos de la Operación deberán estar equipados con una Terminal de Mano para reporte de incidencias y con sistema de localización a bordo GPS.

Los datos registrados por estos sistemas, serán transmitidos a la UAESP, hasta un software de gestión de oficina especializado en la gestión de residuos sólidos de la UAESP, vía inalámbrica, en los protocolos estándar de datos que la UAESP defina en su CPD (Centro de Procesamiento de Datos).

El Concesionario deberá contar con las Terminales de Manos que sean necesarias para reportar las incidencias que la UAESP defina en su Sistema de Gestión y Control. Todas las terminales aquí señaladas deberán estar equipada con GPS y ser compatibles

con la norma ISO 14803".

Para empezar, se encuentra probado que este punto en particular también se ventiló ante el anterior tribunal arbitral. En aquella ocasión CGR planteó la siguiente pretensión:

"3.1.10 Declarar la inutilidad o ineficiencia de la obligación establecida en la Cláusula tercera del contrata 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitaria Daña Juana (en adelante RSDJ), referente a la automatización de las instrumentas de geotecnia - inclinómetros y piezómetros- para su lectura en tiempo real, y por lo tanto declarar que CGR no está obligada a su cumplimiento"⁵³⁴.

Por su parte, la UAESP presentó en aquella oportunidad, las siguientes pretensiones:

"DÉCIMA PRETENSIÓN: *Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP incumplió parcialmente en el tiempo actual de ejecución del contrato, la obligación pactada en la Cláusula 3ª del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario, sobre la obligación de instalar y conectar los instrumentos de geotecnia en línea a tiempo real (inclinómetros, piezómetros y otros) y la automatización de todo el relleno sanitario, para su control y lectura en tiempo real"⁵³⁵.*

Sobre la controversia así planteada, en el laudo arbitral del año 2018 se resolvió:

"DÉCIMO CUARTO.- *Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP incumplió parcialmente en el tiempo actual de ejecución*

⁵³⁴ Laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 aportado por la UAESP con el escrito de contestación de la demanda principal, que puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1d2ftMU0NhgybWtTq0KcltN-i3RTI3MTv?usp%20=sharing>.

⁵³⁵ Laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 aportado por la UAESP con el escrito de contestación de la demanda principal, que puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1d2ftMU0NhgybWtTq0KcltN-i3RTI3MTv?usp%20=sharing>.

del contrato, la obligación pactada en la Cláusula 3 del Contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario, sobre la obligación de instalar y conectar los instrumentos de geotecnia en línea a tiempo real (inclinómetros, piezómetros y otros) y la automatización de todo el relleno sanitario, para su control y lectura en tiempo real, con lo cual, prospera la pretensión décima de la demanda de reconvención reformada.

DÉCIMO QUINTO.- Condenar a la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP a realizar la instalación y conexión de los instrumentos de geotecnia en línea a tiempo real (inclinómetros, piezómetros y otros] y la automatización de todo el relleno sanitario, para su control y lectura en tiempo real dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del Laudo Arbitral, para lo cual deberá presentar un informe mensual a la interventoría del contrato acerca de los avances en las actividades pertinentes para el cumplimiento de la obligación, con lo cual, prospera la pretensión trigésima de la demanda de reconvención reformada”⁵³⁶.

Las razones expuestas en la parte motiva de la providencia que sustentaron dicha decisión son las que a continuación se transcriben:

“Es claro para el Tribunal que CGR, como concesionario, tenía la obligación de instalar los sistemas de identificación, localización, medición, registro, almacenamiento y comunicación especificados en el Reglamento Técnico del RSDJ, citado anteriormente.

Igualmente, debía el concesionario presentar dentro de los dos meses siguientes a la firma del acta de inicio un cronograma de actividades de adquisición, instalación y puesta en marcha de todos los instrumentos y sistemas para lectura remota, y ponerlo en marcha a partir del primer día del noveno mes de la suscripción

⁵³⁶ Laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 aportado por la UAESP con el escrito de contestación de la demanda principal, que puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1d2ftMU0NhgybWtTq0KcltN-i3RTi3MTv?usp%20=sharing>.

del acta de inicio. Es clara, así mismo, la obligación contractual de garantizar el acceso remoto, de manera inalámbrica y en tiempo real de la información recogida por estos instrumentos de medición. Finalmente, prevé el contrato que sin perjuicio de que la UAESP implemente el sistema de gestión y control, CGR tenía la obligación de contar con los instrumentos y sistemas para cumplir con el objeto contractual y almacenar y reportar la información. Así, el Tribunal encuentra probada la existencia de la obligación de CGR de instalar los sistemas de identificación, localización, medición, registro, almacenamiento y comunicación especificado en las condiciones previstas en el contrato y en el Reglamento Técnico del RSDJ, así como la automatización de dichos instrumentos para la lectura remota de la información. Se encuentra, así, probado en el proceso que CGR no ha cumplido con esta obligación.

Además, para el Tribunal no es de recibo el argumento esgrimido por CGR sobre la utilidad o ineficiencia de la automatización de la instrumentación, la utilidad o la eficiencia de la automatización de la instrumentación no son justificaciones legítimas para eximirse del cumplimiento de esta obligación como se entrará a explicar a continuación..."⁵³⁷

Ahora bien, obran en el expediente las actas de reunión del Comité Automatización y Seguimiento en Línea (ASL) de (i) octubre de 2018; (ii) diciembre de 2018; (iii) enero de 2019; (iv) febrero - marzo de 2019; (v) julio de 2019; (vi) octubre de 2019; (vii) diciembre de 2019; (viii) enero de 2020; (ix)

⁵³⁷ Ibidem.

febrero de 2020; (x) abril de 2020; (xi) mayo de 2020; (xii) junio de 2020; (xiii) julio de 2020; (xiv) septiembre - octubre de 2020; (xv) noviembre de 2020; (xvi) diciembre de 2020 - enero de 2021⁵³⁸. En cada una de las actas de reunión antes señaladas, se deja constancia del seguimiento efectuado de manera periódica por las Partes y la Interventoría del sistema de pesaje, las encuestas ambientales, el sistema de seguimiento vehicular, geotecnia y estabilidad, sistema SCADA, narices electrónicas y avance del Plan de Cumplimiento en cuanto a automatización y seguimiento en línea, como componentes del sistema ASL del RSDJ y los constantes atrasos del Concesionario en la mayoría de estos.

De igual forma, obran en el expediente múltiples comunicaciones en la cuales se reportó el estado de avance de las actividades en material de ASL por parte del Concesionario. Entre dichas comunicaciones se encuentran las observaciones efectuadas por la Interventoría a los informes mensuales de ASL entregados por el Concesionario donde son recurrentes las observaciones del Interventor en particular en los módulos de geotecnia, sistema de pesaje, sistema SCADA, narices electrónicas y avance del Plan de Cumplimiento. Incluso al punto de que para muchos de estos componentes se deja la anotación durante casi todos los meses de que “no se evidencia avance alguno”⁵³⁹. De dichas comunicaciones vale la pena resaltar la correspondiente a las observaciones de los informes mensuales de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2019, contenido en la misiva UTIDJ-202002159 del 4 de febrero de 2020, en la cual el Interventor manifestó:

⁵³⁸ Documentos aportados por la UAESP con la demanda de reconvención, los cuales pueden ser consultados en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1qiZOtG7Kdza5UKplFvfNXZxxuErP3nI>.

⁵³⁹ Documentos aportados por la UAESP con la demanda de reconvención, los cuales pueden ser consultados en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1qiZOtG7Kdza5UKplFvfNXZxxuErP3nI>.

“En los informes presentados por el Concesionario no se evidencian cambios, se registran las mismas conclusiones para los cuatro meses evaluados, a tal punto que se repite la misma fecha Julio; por lo anterior, la Interventoría nuevamente considera que este documento no tiene el alcance que le permita a CGR-DJ atender el resuelve del laudo arbitral para el tema de Automatización.

Por otra lado, los informes presentados por el Contratista, reflejan el poco interés del Concesionario por atender lo dispuesto por el Honorable Tribunal mediante el Laudo Arbitral, de igual manera, este informe deja ver la falta de control de la persona líder del proceso, toda vez que para los meses evaluados se presentó una copia idéntica del informe presentado a esta interventoría en el mes de agosto de 2019.

Lo anterior deja como conclusión que no se generó avance ninguno de los temas durante los meses de septiembre a diciembre de 2019, o simplemente no hay interés de parte de CGR por culminar las actividades pertinentes relacionadas con la automatización y Seguimiento en Línea a la operación del RSDJ”⁵⁴⁰. (negrita y subrayado fuera de texto original).

El Tribunal también trae a colación el comunicado UTIDJ-202005753 del 27 de mayo de 2020 donde la Interventoría reporta a la UAESP el avance de cada uno de los componentes del Plan de Cumplimiento, en el que, en relación a las actividades de Automatización y Seguimiento en Línea, señaló:

“Después de la declaratoria del Laudo Arbitral Expediente 3658, el Concesionario presentó varias versiones de la propuesta para atender las obligaciones relacionadas en el mismo, donde en relación con la Automatización del RSDJ, CGR dividió la obligación en varios módulos, cada uno con diferentes tiempos de ejecución, no obstante a la fecha

⁵⁴⁰ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1qiZotG7Kdza5UKpIFvfNXZxxuuErP3nI>.

de los módulos propuestos por el Contratista solo presentó avances en la herramienta de Encuestas Ambientales y Seguimiento Vehicular, donde en esta última, la UT no tiene acceso a la plataforma de seguimiento, motivo por el cual, se desconoce su funcionamiento actual, **para el resto de los módulos su estado no ha cambiado desde la declaratoria del Laudo Arbitral**". (negrita y subrayado fuera de texto original).

Posteriormente, en comunicación UTIDJ-2020071063 del 30 de julio de 2020, la Interventoría del Contrato, expresó al Concesionario su "gran preocupación el poco avance que ha tenido el proyecto de Automatización y Seguimiento en Línea para el RSDJ, toda vez que de acuerdo a lo proferido en el laudo arbitral este debía estar implementado en su totalidad el pasado 12 de abril de 2019"⁵⁴¹. En igual orden de ideas, en la comunicación UTIDJ-2020091299 la Interventoría se pronunció sobre el informe de avance del mes de agosto de 2020 advirtiéndole que **"el Concesionario no presentó los informes para el periodo comprendido entre el 01 de enero al 30 de junio de 2020, lo que indica, que para el primer semestre de 2020 aparentemente no se adelantó acción alguna relacionada con la implementación de la automatización para el RSDJ"**. Además de lo anterior, se avizoran en dicha comunicación sendas observaciones del Interventor en relación con los distintos módulos que integran la ASL del RSDJ.

Aunado a lo anterior, se evidencia conforme a los reportes entregados por el Interventor que en comunicado UTIDJ-2020-121573 del 3 de diciembre de

⁵⁴¹ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1qiZOtG7Kdza5UKplFvFNXZxxuErP3nI>.

2020, dirigido a la UAESP, la Interventoría hizo las siguientes observaciones en relación con los avances del Concesionario en punto de la ASL⁵⁴²:

- Sobre el componente de seguimiento vehicular se refirió en los siguientes términos:

“A la fecha la UT Inter DJ solo tiene evidencia de la instalación de las cámaras de seguimiento vehicular ubicadas en las básculas de RSDJ, y la cámara de patio, como mencionó líneas arriba, esta Interventoría no tiene acceso para verificar el funcionamiento de la herramienta para el seguimiento vehicular. Por otro lado, la UT Inter DJ está a la espera que el Concesionario responda los diferentes requerimientos relacionados con la implementación total de la Automatización para el RSDJ entre otros la justificación por el atraso”.

- Sobre el componente de geotecnia se refirió así:

“A la fecha la UT Inter DJ solo tiene evidencia de la instalación de Piezómetros e Inclínómetros, los cuales son medidos manualmente: es decir, un operador del Concesionario se dirige a cada sensor y mediante una consola de adquisición de datos, realiza la medición, esta es almacenada en la consola, la cual, es conectada a un computador donde se descarga la información para manualmente analizar los registros.

Lo anterior dista de la obligación contractual, la cual indica que todos los equipos deben estar interconectados en línea y en tiempo real, adicionalmente, como se mencionó líneas arriba, el Concesionario no ha instalado los extensómetros y los acelerógrafos.”

- Sobre el componente Sistema SCADA señaló:

“Como se mencionó en el numeral 3.1., el sistema SCADA de la PTL no ha presentado avances, relacionados con su puesta en marcha, no obstante en el mes de octubre el Concesionario presentó un reporte del estado actual de los sensores y señales de los circuitos de control, no ha presentado un cronograma de actividades, por tanto esta Interventoría no tiene herramientas suficientes para emitir un concepto diferente a lo presentado por

⁵⁴² Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1qiZotG7Kdza5UKplFvfnXZxxuErP3nI>.

CGR, por tanto esta comunicación se adjunta lo presentado por el Contratista mediante comunicación CGR-DJ-1618-20".

- Del componente de redes y esquemas de almacenamiento señaló:

"En relación con la implementación de este módulo, la Ut Inter DJ informa que actualmente se cuenta con dos torres de comunicaciones ubicadas en el costado sur oriental del predio en cerro Moral y la otra ubicada sobre el talud a la altura del poste 53, estas cuentan con línea de vista, que permite realizar interconexión para la transmisión de datos vía radio enlace y vía celular por la empresa TIGO".

- Sobre las narices electrónicas, el informe si bien no presentó una opinión sobre implementación y operatividad se observa que sobre su avance señaló:

"Estos dispositivos se encuentran fuera de servicio desde el año 2015, a la fecha los equipos no se encuentran en el RSDJ, y es desconocido su paradero, el Concesionario manifestó en comité de seguimiento a la automatización de RSDJ, que estos equipos se encuentran en manos de un laboratorio donde le están haciendo un diagnóstico y que el área técnica se encuentra a la espera de asignación de recursos para continuar con la implementación.

En tal sentido, esta interventoría reitera como lo ha venido haciendo entre otros, mediante informes, comunicaciones y reuniones, que este módulo no presenta avances, y que a la fecha presenta más de 18 meses de atraso de acuerdo con lo dispuesto en el laudo arbitral, 11 de abril de 2019"

- En cuanto al módulo de encuestas ambientales se observa lo siguiente:

"En cuanto a la operatividad de esta herramienta de consulta, esta se encuentra funcional, no obstante, como se mencionó líneas arriba, este módulo debe ser actualizado con los históricos desde el inicio del contrato hasta la fecha".

Incluso, en la comunicación UTIDJ-20210119 del 14 de enero de 2021 la Interventoría solicitó al Concesionario entregar los informes de avance

mensual de los temas de Automatización y Seguimiento en Línea del RSDJ correspondiente a los meses de noviembre y diciembre de 2020 y reiteró una vez más *“la gran preocupación por el poco avance que ha tenido el proyecto de Automatización y Seguimiento en Línea -ASL, para el RSDJ, toda vez que de acuerdo a lo proferido en los artículos del Laudo Arbitral, que se referencian a continuación, debía estar implementado en su totalidad el pasado 12 de abril de 2019”*⁵⁴³.

De todo lo anterior, se tiene que para finales del año 2020 e inicios del año 2021, el Concesionario solo había cumplido a cabalidad con el módulo de encuestas ambientales. En lo que respecta al módulo de seguimiento vehicular, si bien al parecer ya se había implementado una solución, no se tenía acceso *“para verificar el funcionamiento de la herramienta”*. En lo que respecta al módulo de geotecnia se evidencia la instalación de piezómetros y acelerómetros, los cuales son de lectura manual y no de lectura en línea y tiempo real como es lo exigido por el Contrato y el Reglamento Técnico.

Por lo demás no se evidencian avances en los restantes módulos, en particular en el (i) sistema de pesaje; (ii) sistema SCADA; (iii) geotecnia y de (iii) narices electrónica, de lo cual se colige claramente que el Concesionario no implementó en su totalidad los módulos de ASL en el RSDJ.

En este orden de ideas está probado que el plazo máximo para lograr el cumplimiento de las obligaciones ASL por parte del Concesionario era el 12 de abril de 2019, y que pese a ello, con corte al mes de enero de 2021, sólo se reportaban avances en dos de los módulos que componen la ASL, a

⁵⁴³ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1qiZotG7Kdza5UKplFvfnXZxxuErP3nI>.

saber, encuestas ambientales y seguimiento vehicular; sin que se apreciaran mayores avances -o ninguno- en los demás módulos. Así, no existiendo causal exculpatoria del incumplimiento del Concesionario, se declarará su incumplimiento parcial.

Con base en lo anterior, el Tribunal Arbitral procederá a declarar el incumplimiento parcial del Concesionario conforme a lo solicitado en la primera pretensión subsidiaria de la vigésima quinta, y en consecuencia, denegará los argumentos de defensa y excepciones formuladas por la demandada en reconvención en lo que respecta a esta pretensión.

5. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA EN RELACIÓN CON LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN C- 344 DE 2010 RELACIONADAS CON LAS OBRAS CIVILES AL INTERIOR DEL RSDJ

5.1. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ESTABILIZACIÓN DEL TALUD ENTRE LOS POSTES 53 Y 59 DE LA VÍA PRINCIPAL

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA SÉPTIMA PRINCIPAL: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP incumplió la obligación pactada en la CLÁUSULA 2 del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario al no realizar las obras de estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal, asumiendo los costos derivados de dichas obras con cargo a su remuneración, para lo cual debió presentar una propuesta técnica de las obras a realizar garantizando la menor

afectación en la operación del Relleno Sanitario Doña Juana en el mes siguiente a la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018. La propuesta debía ser aprobada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS. El cronograma establecido para las mencionadas actividades no podría ser superior a doce (12) meses contados desde la respectiva aprobación."

"VIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la VIGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN o la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA SÉPTIMA PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993."

5.1.1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

5.1.1.1. La Demanda de Reconvención Reformada de la UAESP

La demandante en reconvención señaló que en el laudo arbitral del 2018, específicamente en los numerales vigésimo segundo y vigésimo tercero de la parte resolutoria, se condenó al concesionario a realizar las labores de estabilización del talud en los postes 53 a 59 y a presentar un cronograma o plan dentro del mes siguiente a su ejecutoria y a cumplirlo dentro de los doce (12) meses posteriores a su aprobación (hecho 155).

También indicó la UAESP, que en junio de 2016 el IDIGER identificó el riesgo de colapso del talud, a raíz de lo cual las partes suscribieron la Adición 7 al Contrato, que tenía por objeto realizar la obra de estabilidad del talud vía principal poste 53 – 59. De igual forma se acordó que en caso de que el tribunal arbitral anterior condenara a CGR a realizar las obras de

estabilización del talud, entonces este *“deberá realizar la devolución a la UAESP de los recursos”* objeto de dicha adición. La adición 7 fue objeto de un adicional y modificación celebrada el 2 de marzo de 2018 (hechos 153, 154, 155, 156, 157, 158 y 159).

La Adición No. 7 perdió sus efectos por cumplirse la condición prevista relacionada con la decisión adoptada en el laudo arbitral del año 2018, en la cual se condenó al Concesionario a realizar las obras de estabilización, presentar un cronograma y cumplirlo (hechos 160 y 161).

La UAESP señala que si bien el concesionario presentó la programación en el término indicado por el laudo, la misma no fue aceptada y en su lugar se solicitó a CGR realizar *“ajustes y presentar de nuevo la programación”*. El concesionario presentó una nueva programación en marzo de 2019 la cual no fue aprobada por la interventoría. En abril se presentó una nueva programación la cual si bien fue avalada por la interventoría no lo fue por la UAESP sino hasta el 13 de mayo de 2019 (hechos 162, 163, 164 y 165).

En Actas de Comité de Obra No. 1 y 2 las partes acordaron como plazo máximo para ejecutar las labores de estabilización del talud el 12 de octubre de 2019. Sin embargo, a través de comunicación del 25 de agosto de 2019, el Concesionario informó que tenía un retraso en el cronograma del 15% respecto al plan de trabajo aprobado (hechos 165, 166, 167 y 168).

Refirió la UAESP el informe de avance de obra del 25 de septiembre de 2019 en el cual emite un concepto respecto al incumplimiento de la programación requerida en el laudo arbitral. A diciembre de 2019 el avance de la obra era del 56% (hechos 169 y 170).

Posteriormente señaló la reconviniente que con corte al 24 de febrero de 2021, el Concesionario no había finalizado las actividades de obra de estabilización (hechos 171, 172, 173, 174 y 175) y que después de 16 meses de finalizado el plazo programado, el Concesionario no ha dado cumplimiento a su obligación lo que comportaba un incumplimiento de tal entidad como para “*dar por terminado el Contrato 344 de 2010*” (hechos 176, 177, 178 y 179).

5.1.1.2. La Contestación de la Demanda de Reconvención Reformada por Parte del Concesionario

El Concesionario comenzó haciendo una breve síntesis de sus argumentos de defensa, planteando que este Tribunal carece de competencia para resolver sobre el incumplimiento del laudo arbitral del año 2018 pues no puede “*suplir al juez de la ejecución*” y que de cualquier manera, CGR Doña Juana no ha incumplido lo resuelto en relación con la estabilización del talud.

Agregó que pese “*a todas las vicisitudes señaladas en la presente contestación, CGR Doña Juana ha garantizado la prestación continua de la actividad de tratamiento de lixiviados... y ha podido cumplir con sus obligaciones referentes a la estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal*”.

En cuanto a los hechos señaló que la transcripción de la parte resolutive del laudo anterior daba cuenta de que lo pretendido escapa a la competencia de este Tribunal (hecho 155) y que CGR informó a la UAESP del alto riesgo y

de la *“necesidad de realizar estas obras de estabilización”* (hecho 156 y 157).

Sobre los acuerdos en relación con la Adición No. 7 manifestó que se trataba de referencias a documentos a cuyo contenido se atenía (hechos 158, 159 y 160). Añadió que la obligación impuesta en el laudo era de ejecutar las actividades 12 meses después de la aprobación impartida por la UAESP, pero que esta *“consecuente con su actuar de mala fe y contrario a la ley, esa entidad encontró la forma de interpretar ventajosamente la obligación y se abusar de su posición de dominio, al obligar a CGR Doña Juana, vulnerando sus derechos, a establecer una fecha desventajosa para la finalización de las obras pertinentes”* (hecho 161).

Sobre esto último dijo que el criterio del Interventor inicialmente había sido favorable a la aprobación de la programación remitida por CGR, pero que la UAESP logró que *“la Interventoría cambiara de criterio y volviera a su posición “oficial” en contra del Concesionario”* demostrando la *“total falta de rigor, de independencia y de rectitud de la Interventoría UT INTER DJ”* (hechos 162 y 163). Insistió en que la UAESP impuso la fecha del 12 de octubre de 2019 y que dicha fecha no se compadecía con el plazo de un año otorgado por el Tribunal, contado a partir de la aprobación de la programación, lo que solo ocurrió el 13 de mayo de 2019. (hechos 164 y 165).

Reiteró una vez más que el plazo acordado del 12 de octubre fue un plazo impuesto y ripostó respecto del plazo de un años fijado en el laudo arbitral del año 2018 diciendo que *“no tiene ningún sustento jurídico, técnico o fáctico”* (hechos 166 y 167).

En relación con la manifestación de la UAESP sobre retiro de maquinaria y

personal, el Concesionario señaló que ello era parcialmente cierto, pues se encontraba dentro de su ámbito de autonomía establecer la manera en que organizaba sus propios recursos para cumplir sus obligaciones y adicionó que *“debido a múltiples incumplimientos de la UAESP”* el Concesionario llevaba cargando una insuficiencia tarifaria de 8 años, y precisó que para el mes de septiembre de 2018 aún disponía de 8 meses para ejecutar las obras de estabilización (hechos 168, 169, 170 y 171).

Sobre el reporte de ejecución al mes de octubre de 2019, señaló que para esa época aún disponía de 7 meses para ejecutar las obras y que ponía en *“evidencia la conducta de obstruir e imponer arbitrariamente su voluntad por parte de la UAESP”* (hecho 172).

Sobre el avance de la obra a diciembre de 2019, el Concesionario reconoció que era cierto que el avance total reportado correspondía al 56% pero negó que ello constituyera un incumplimiento. Adujo de nuevo que era libre de disponer de sus recursos para ir ejecutando las obras según las circunstancias financieras que se iban presentando e insistió en que la UAESP entorpeció los trabajos como sucedió con el material fresado que se había comprometido a conseguir a través de la UMV, solicitud que retiró *“al enterarse la UAESP de que CGR Doña Juana tenía la intención de instaurar la demanda arbitral que dio origen al presente proceso arbitral”* (hecho 173).

Resaltó que se han presentado distintos hechos que han afectado las actividades de obra de estabilización del talud como la ola invernal, la pandemia por COVID – 19, por lo que no es cierto que CGR haya incumplido la obligación a su cargo e insistió que este Tribunal carece de competencia

para pronunciarse sobre el presunto incumplimiento del laudo del año 2018 (hechos 174, 175, 176, 177 y 178) y sostuvo que a pesar de todas las dificultades advertidas, el Concesionario ha *“continuado con sus esfuerzos de terminar la estabilización del talud entre el poste 53 y 59”* (hecho 179)

De otra parte, en el acápite de *“oposición a las pretensiones”* del escrito de contestación de la demanda de reconvención reformada, CGR Doña Juana manifestó que se trataba de una pretensión que no es de contenido contractual, aunque se trate de darle ese ropaje. Expresó que el término de 12 meses que la UAESP estima incumplido no proviene del Contrato, luego mal habría de declararse un incumplimiento contractual.

Sostuvo que el hecho de que lo que se pida sea el incumplimiento del plazo de 12 meses señalado en el laudo, hace que la pretensión escape al conocimiento de los árbitros. Agregó que el supuesto incumplimiento ya fue debatido y decidido por el anterior tribunal.

Concluyó su oposición a la primera pretensión subsidiaria de la vigésima séptima principal, diciendo que en todo caso no ha habido incumplimiento de su parte, sin explicar por qué sostiene esto.

5.1.2. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

5.1.2.1. Los Alegatos de Conclusión de la UAESP

La UAESP en sus alegatos de conclusión comenzó diciendo que a raíz del informe de IDIGER de 2016 se estableció el alto riesgo que significaba la no intervención del talud, bien fuera en riesgo de vidas humanas o de

paralización de la operación del RSDJ por obstrucción de la vía principal. Continuó, señalando que el laudo del año 2018 condenó al Concesionario a realizar las obras de estabilización necesarias, asumiendo el Concesionario los costos derivados de dichas obras. Agregó, que las obras a realizar por parte de CGR fueron avaladas por la interventoría y por la UAESP el 13 de mayo de 2019, habiendo un reajuste aprobado en Acta de Comité de Obra del 21 de junio de 2019. Pese a lo anterior, al 24 de febrero de 2021 el concesionario no ha finalizado las actividades. Con corte a la fecha el concesionario llevaba un avance del 51% de la obra.

Señaló la UAESP, que para CGR hubo situaciones que afectaron la ejecución de las obras (como lluvias en el 2019 y la pandemia en 2020), pero que sí había adelantado determinadas actividades de la obra de estabilización del talud entre los postes 53 a 59. No obstante la posición así expuesta del Concesionario, para la entidad Concedente, el incumplimiento definitivo de CGR se encontraba probado a partir del “Informe de interventoría del 17 de abril de 2021”. En el mismo sentido, para la UAESP el dictamen presentado por ACODAL prueba el incumplimiento del Concesionario, pues en él se observa el inventario de las obras de estabilización y que no hay ejecución de alguna obra civil. El peritaje concluye que *“el avance de obra específica talud expuesto poste 53 al 59 es de cero 0%. El avance de la obra civil de la vía alterna es de un 98%”*.

Además, señaló que el argumento de las lluvias en 2019 no es justificación en tanto que para dicho periodo se reporta una ejecución avance del 0%. En cuanto a la pandemia, los decretos entraron en vigencia el 25 de marzo de 2020 en tanto que las obras debían haberse entregado el 13 de marzo de 2020. El Interventor indica que las obras debieron terminarse a más tardar

el 17 de octubre de 2020, hito que tampoco fue cumplido.

5.1.2.2. Los Alegatos de Conclusión del Concesionario

CGR señaló en su escrito de alegatos que no es cierto que haya incumplido sus obligaciones y que por el contrario *“ha cumplido con estas actividades y tiempos, y las ha llevado a cabo de forma diligente”*.

En concreto, CGR planteó cinco (5) argumentos en relación con esta controversia, a saber, falta de competencia, inexistencia de incumplimiento contractual, nadie está obligado a lo imposible y excepción de contrato no cumplido, inexistencia de incumplimiento esencial y daño y hechos ajenos al Concesionario.

Sobre la *“falta de competencia”* señaló que este Panel Arbitral carece de competencia para pronunciarse sobre el incumplimiento de obligaciones resueltas en el Laudo arbitral del año 2018 en tanto no está facultado para convertirse en el juez de la ejecución del mismo.

En relación a la *“inexistencia de incumplimiento”* sostuvo que a la fecha los taludes entre los postes se encuentran estabilizados y aportó un registro fotográfico sobre ello. Además manifestó que se entregaron los cronogramas tal y como se señaló en el laudo del año 2018, en los términos y plazos establecidos para ello.

Respecto al argumento de que *“nadie está obligado a lo imposible y excepción de contrato no cumplido”*, señaló que el plazo de 12 meses establecido en el laudo arbitral del año 2018 no se corresponde con la

capacidad financiera del Concesionario, mucho menos es viable técnicamente. Además, alegó que la estabilización de taludes era una actividad no contemplada en la remuneración antes de 2018. Aunado a lo anterior, sostuvo que en documento incorporado con la exhibición de documentos de la UAESP el 24 de enero de 2020, se allegó la comunicación del 16 de mayo de 2007 con las observaciones de HMV con el cual se advierte que esto no era una actividad necesaria previa a licitar y no se incluyó en pliego de la Licitación No. 001 de 2010, ni en su matriz de riesgos.

En cuanto a la *"inexistencia de incumplimiento y daño"* señaló que debía construirse vía alterna para el tránsito, razón por la cual la estabilización dependía de dicha actividad.

En punto de los *"hechos ajenos al Concesionario"*, hizo énfasis en los efectos de la pandemia por COVID 19, la ola invernal y complicaciones en tiempos de descargue de camiones y acceso a la Zona 4 (Construcción vía principal), así como al hecho de que la UAESP detuvo obtención de material fresado a través de la UMV.

5.1.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

5.1.3.1. La Competencia del Tribunal para Resolver Respecto de la Primera Pretensión Subsidiaria de la Vigésima Séptima Principal

Se ha señalado de manera reiterada que este Tribunal sí es competente para conocer de aspectos relativos a la ejecución e incumplimiento del Contrato, razón por la cual, los argumentos esgrimidos en otros apartados de este laudo para sostener la competencia y alcance del pacto arbitral,

se traen a colación aquí de nuevo sin necesidad de transcribirlos por razones de economía.

Ahora bien, en punto específico de la primera pretensión subsidiaria de la vigésima séptima principal, este Tribunal encuentra que lo pretendido por la UAESP corresponde específicamente a la declaratoria de incumplimiento de lo pactado en *“la CLÁUSULA 2 del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario”*, por lo que resulta claro a todas luces, que lo pretendido por la demandante en reconvención encuadra dentro del ámbito de habilitación conferido por las Partes a este Panel Arbitral.

Obsérvese que la pretensión nunca solicitó la ejecución de lo decidido en el laudo arbitral del año 2018 ni mucho menos que se librara mandamiento de pago. Incluso, el solo hecho de que en la pretensión se refiera por la UAESP lo resuelto en el laudo del año 2018 no es óbice para desconocer la competencia de este panel; por el contrario, la referencia al laudo del año 2018 simplemente obedece a que la obligación contractual de estabilizar los taludes fue modulada en su aspecto temporal, lo que no implica que la fuente de la obligación sea el laudo del 27 de septiembre de 2018, pues la fuente misma de la obligación sigue siendo el Contrato de Concesión C – 344 de 2010.

En lo que respecta a la pretensión consecuencial relativa a la terminación del Contrato por incumplimiento, el Tribunal de igual forma ratificará su competencia, porque al ser esta una pretensión meramente consecuencial, y no estarle prohibido por ley dicho pronunciamiento al Tribunal, también queda comprendida dentro de la arbitrabilidad y competencia con que cuenta este Panel.

Por lo tanto, este Tribunal reitera su competencia para decidir de fondo sobre la obligación contractual relativa al presunto incumplimiento por la no realización de las obras de estabilización del talud entre los Postes 53 y 59.

5.1.3.2. El Fondo de la Controversia

Corresponde desatar la controversia relativa al presunto incumplimiento del Contrato, en particular de la cláusula segunda y del Reglamento Técnico, por supuestamente no haberse realizado las actividades de estabilización del talud sobre entre los postes 53 y 59 de la vía principal del RSDJ.

Sea lo primero señalar, que el laudo arbitral del año 2018 ya se pronunció en relación con la existencia, validez e incumplimiento de dicha obligación por parte del Concesionario, razón por la cual este Tribunal deberá estarse a lo resuelto en dicha oportunidad. Por lo tanto, esta Tribunal se limitará a establecer si con posterioridad al 27 de septiembre de 2018 se ha dado cumplimiento o no a la obligación.

Al respecto, sobre lo debatido en aquella oportunidad, el Tribunal observa que CGR formuló la siguiente pretensión:

“3.1.16. Se declare que las obras necesarias para la estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal, son a cargo de la UAESP por obedecer a circunstancias conocidas por esa entidad con anterioridad a la celebración del contrato de concesión 344 de 2010, y desconocidas por parte de CGR”⁵⁴⁴.

⁵⁴⁴ Laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 aportado por la UAESP con el escrito de contestación de la demanda principal, que puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1d2ftMU0NhgYbWtTq0KcltN-i3RTi3MTv?usp%20=sharing>.

Por su parte, la UAESP planteó la siguiente pretensión:

“DÉCIMA CUARTA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. – E.S.P. está obligada a realizar las obras de estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal, asumiendo los costos derivados de dichas obras con cargo a su remuneración”⁵⁴⁵.

Como se puede apreciar, mientras el Concesionario solicitó que se declarara que no se encontraba obligado a ejecutar las actividades de estabilización del talud entre los postes 53 a 59, la UAESP solicitó, en cambio, que se declarara que el Concesionario sí estaba obligado a realizar esas obras “asumiendo los costos” que de ellas se derivaran.

El laudo arbitral del año 2018 concedió la razón a la UAESP y resolvió lo siguiente:

“VIGÉSIMO SEGUNDO.- Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. - ESP está obligada a realizar las obras de estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal, asumiendo los costos derivados de dichas obras con cargo a su remuneración, con lo cual, prospera la pretensión décima cuarta de la demanda de reconvención reformada.

VIGÉSIMO TERCERO.- Condenar a la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP a realizar las obras de estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal, asumiendo los costos derivados de dichas obras con cargo a su remuneración, para lo cual deberá presentar una propuesta técnica de las obras a realizar garantizando la menor afectación en la operación del Relleno Sanitario Doña Juana en el mes siguiente a la ejecutoria del Laudo Arbitral, el cual deberá ser aprobado por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS. El cronograma

⁵⁴⁵ Laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 aportado por la UAESP con el escrito de contestación de la demanda principal, que puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1d2ftMU0NhgybWtTq0KcltN-i3RTI3MTv?usp%20=sharing>.

establecido para las mencionadas actividades no podrá ser superior a doce (12) meses contados desde la respectiva aprobación. Con esta decisión, prospera la pretensión trigésima cuarta de la demanda de reconvención reformada”⁵⁴⁶ (negrita y subrayado fuera de texto original).

Es así que en el marco del anterior arbitraje se discutió y resolvió (i) la existencia de la obligación en cabeza del Concesionario de efectuar las actividades de estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal y (ii) la obligación de CGR Doña Juana de asumir los costos derivados de dichas obras con cargo a su propia remuneración. Así las cosas, lo decidido por el anterior tribunal goza de los efectos de la cosa juzgada, razón por la cual, este fallo tendrá que estarse a lo allí decidido.

En este orden de ideas, a este Panel únicamente corresponde determinar si con posterioridad a la ejecutoria del laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018, el Concesionario siguió incurrido en incumplimiento, o si por el contrario, dio cabal ejecución a su obligación de efectuar la estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal.

Frente a la controversia así planteada, el Tribunal tendrá como un hecho cierto que las Partes acordaron una programación de obras para la realización de actividades de estabilización del talud que debía finalizar 12 de octubre de 2019, pues así lo reconocen ambas Partes. No obstante ello, el Tribunal advierte que el Concesionario sobre dicha programación ha formulado sendos reparos en tanto sostiene que (i) se trata de una programación impuesta por la UAESP obrando de mala fe y en abuso de su

⁵⁴⁶ Laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 aportado por la UAESP con el escrito de contestación de la demanda principal, que puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1d2ftMU0NhgybWtTq0KcltN-i3RTI3MTv?usp%20=sharing>.

posición de dominio y (ii) contrariando lo dispuesto en el laudo arbitral del año 2018 referente a que el plazo de ejecución de las obras debía ser de 12 meses contados a partir de la aprobación de la UAESP de la programación presentada por el Concesionario.

Al respecto el Tribunal no puede dar crédito a las manifestaciones efectuadas por CGR sobre la imposición del cronograma ni la mala fe en el actuar de la UAESP en tanto que era carga suya probar tales afirmaciones, y sin embargo, no se encuentran pruebas que demuestren a ciencia cierta una conducta dolosa o maliciosa de la UAESP en este sentido. Recuérdese que conforme al artículo 176 del Código General del Proceso, incumbe a la parte probar los supuestos hechos de lo que alega, cosa que no ha ocurrido en este caso; máxime cuando la buena fe se presume, y dicha presunción no la logrado ser desvirtuado a través de ningún medio de convicción por parte del Concesionario.

Por lo tanto, el Tribunal tendrá como cronograma de obras acordado por las Partes aquel que estableció como fecha máxima de entrega de las obras el 12 de octubre de 2019. De hecho anticipa el Tribunal que este cronograma fue incumplido por el Concesionario tanto como si se tuviera en cuenta la fecha antes señalada, tanto como si los 12 meses se contaran como indica el Concesionario desde el 13 de mayo de 2019 (fecha de aprobación del cronograma), tal como se pasa a explicar enseguida:

Este Tribunal encuentra probado que en comunicación UTIDJ-201902226 del 21 de febrero de 2019, cuyo asunto era *"solicitud terminación de construcción vía alterna RSDJ. Estabilización del talud ubicado entre los postes 53-59 de la vía principal"*, la Interventoría del Contrato impartió

instrucciones al Concesionario para iniciar la intervención sobre la vía alterna *“de vital importancia para la operación del RSDJ en caso de que el talud ubicado entre los postes 53 y 59 de la vía principal presente algún evento de inestabilidad que impida el tránsito normal de vehículos”*⁵⁴⁷.

También está probado que en comunicación UTIDJ-2019091277 del 10 de septiembre de 2019, la UT Inter DJ manifestó al Concesionario que *“a la fecha solo hay una comisión de topografía trabajando, no hay personal, ni maquinaria en operación, y en tal sentido no se cuenta con ejecución de actividades. Es de recordarle a CGR Doña Juana que esta es una obra de carácter urgente, por los riesgos que implica la actual circulación de vehículos en la vía principal, lo cual es de pleno conocimiento de la UAESP y de los Entes de Control”*⁵⁴⁸.

De igual forma, reposa en el plenario la comunicación del 29 de julio de 2020 (UTIDJ-2020071045), en la que, en relación a la estabilización del talud ubicado entre los postes 53 a 59 de la vía principal del RSDJ, se manifestó al Concesionario que *“se requiere la entrega del plan de trabajo para el desarrollo de estas actividades”* y precisó que *“con esta programación se busca tener clara la forma como CGR ejecutará las obras faltantes pero no implica una nueva fecha de entra (sic), debido a: por ser una condena de tribunal solo la UAEPS (sic) puede, a través de los mecanismos contractuales, aceptar modificar el plazo aprobado previamente y porque tal y como la*

⁵⁴⁷ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1x1y3oc-g4RbOAZhAvy62F7oPhBlwn4kA>.

⁵⁴⁸ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1x1y3oc-g4RbOAZhAvy62F7oPhBlwn4kA>.

Interventoría lo indicó a CGR, este plazo ya está vencido”⁵⁴⁹.

Este requerimiento fue posteriormente reiterado en las comunicaciones (i) del 26 de junio de 2020 radicado No. 20203000094051 de la UAESP; (ii) UTIDJ-2020091212 del 9 de septiembre de 2020; (iii) UTIDJ-2020101393 del 23 de octubre de 2020; (iv) del 23 de octubre de 2020 radicado No. 20203000163701 y (v) UTIDJ-2020111442 del 5 de noviembre de 2020⁵⁵⁰.

Sobre el tema que aquí nos convoca, el dictamen pericial técnico aportado por CGR y cuya elaboración estuvo a cargo de la ingeniera Martha Liliana Ramírez Monsalve, se enunciaron las actividades que el Concesionario había realizado en ejecución de las obras de estabilización del talud:

“14. Sírvase indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, a la fecha de la realización del dictamen pericial, ¿qué actividades ha realizado CGR Doña Juana para la estabilización del talud entre los postes 53 y 59 y la construcción de la vía alterna?

Respuesta: CGR ha venido adelantando actividades para la mitigación del riesgo en el talud entre postes 53 y 59 desde el pasado 15 de julio de 2018, día en el cual se programaron actividades de precipitación controlada de cuñas en el talud entre postes 53 y 59, y se solicitó acompañamiento de la interventoría, tal como figura en el comunicado CGR-DJ-972-18 de 11 de julio de 2018, con radicado UT INTER DJ 2018071129 (Ver Anexo_7_15.26).

Por otra parte, de acuerdo con el denominado Informe de Estado de la Obra de Estabilización de Talud Poste 53-59 de fecha 6 de

⁵⁴⁹ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1x1y3oc-g4RbOAZhAvy62F7oPhBlwn4kA>.

⁵⁵⁰ Documentos aportados por la UAESP con la demanda de reconvención, los cuales pueden ser consultados en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1x1y3oc-g4RbOAZhAvy62F7oPhBlwn4kA>.

mayo de 2020, y dado que las obras para estabilización del talud entre los postes 53 y 59 se encuentran divididas en 2 etapas o fases, y que para ejecutar la estabilización del talud citado (etapa II) es necesario tener lista y habilitada la vía alterna (etapa I), a continuación, se enumeran las actividades ejecutadas por CGR para cada etapa (...)"⁵⁵¹.

De dicho dictamen se colige que las actividades de estabilización del talud se subdividen en (i) vía alterna y (ii) estabilización, y se observa que el Concesionario desde el año 2018 y hasta el año 2021 ha venido realizando actividades en cada uno de los componentes de la actividad de estabilización del talud entre los postes 53 a 59.

Sin embargo, se observa en este mismo dictamen pericial que a la fecha no se han terminado la totalidad las actividades necesarias para estabilizar el talud:

"17. Sírvase indicar, ¿a cuánto ascienden las inversiones necesarias para culminar las obras sobre el talud entre el poste 53 y 59 de la vía principal?

De acuerdo a la información entregada por CGR Doña Juana las inversiones necesarias para culminar las obras Postes 53 y 59, para la estabilización del talud, corresponden a \$2`277.676.290, las cuales las obras a realizar son concreto lanzado y señalización"⁵⁵².

Sobre las razones por las cuales el Concesionario no había concluido aún las actividades de estabilización del talud, el dictamen pericial señaló lo siguiente:

⁵⁵¹ Dictamen pericial técnico aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&preview=183.2+dictamen+t%C3%A9cnico+convocante+Parte+2.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

⁵⁵² Dictamen pericial técnico aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&preview=183.2+dictamen+t%C3%A9cnico+convocante+Parte+2.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

“22. Sírvase indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, ¿Qué circunstancias y situaciones han interrumpido o modificado el cronograma para la realización de la estabilización del talud entre los postes 53 y 59 desde la fecha de inicio de las obras y hasta la fecha de realización del presente dictamen pericial?”

Respuesta: Las circunstancias y situaciones se pueden enumerar así:

- 1. La situación financiera del concesionario, consecuencia de la inadecuada remuneración, la cual, además no incluyó la actividad de estabilización del talud entre el poste 53 y 59.*
- 2. Las constantes solicitudes de modificaciones y ajustes a los documentos de justificación y programaciones entregadas por el concesionario, las cuales son solicitadas por la entidad contratante y la interventoría del contrato.*
- 3. Trámites de permisos ambientales: Como se evidenció en el contexto expuesto en el resumen del presente cuestionario, a tramitología ambiental, así como recursos de reposición y solicitudes de aclaraciones con la Autoridad Ambiental, postergaron el inicio de las actividades de estabilización del poste 53 así como las actividades inherentes a la vía alterna. Esto tramites tomaron bastante tiempo ya que la Autoridad Ambiental tardó en resolver dichos recursos y aclarar aspectos relacionados con los permisos de ocupación de cauce y aprovechamiento forestal.*
- 4. Las constantes solicitudes de ajustes por parte de la UAESP y la interventoría del contrato a los documentos presentados por CGR Doña Juana, es así que, en el desarrollo de un documento o programación, solo se avalaban dichos documentos después de generarse varias versiones. Tal es el caso de las programaciones cuya aprobación por parte de la UAESP se dieron bastante tiempo después de presentadas por el concesionario.*
- 5. No contar con el fresado incluido en el plan de trabajo aprobado por la UAESP pues la entidad no continuó haciendo la gestión con la UMV, obligando a buscar alternativas no contempladas en los costos.*
- 6. El incremento de gastos en atención a la pandemia.*
- 7. La reducción del 30% en el ingreso de disposición final para el mes de abril de 2020. Los gastos adicionales generados por el evento del 28 de abril de 2020.*

8. La temporada invernal de noviembre de 2020, mes con 237mm de lluvia, el mes más lluvioso desde que se tienen registros, superando el pico de precipitación del fenómeno de la niña de abril de 2011 cuando se tuvieron 204mm. No se pudo hacer nada en la vía alterna y los costos en la operación se incrementaron ostensiblemente.

9. La pandemia por el Covid 19 (como se pasa a explicar en la siguiente pregunta)”.

Es importante resaltar que las obras necesarias para la estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal, tampoco están incluidas en la remuneración de CGR Doña Juana después de la Resolución CRA 843 de 2018, al haber sido claro para CGR que esta actividad era responsabilidad de la UAESP, ya que no estaba incluida en el Contrato ni en la matriz de riesgos del Contrato 344 de 2010. Se debe tener presente la solicitud de modificación de costos de referencia para la actividad de disposición final fue radicada a la CRA en 2017 y que la Resolución 843 de 2018 se produjo en agosto de 2018, antes del laudo arbitral del 2018”⁵⁵³.

En relación con las circunstancias que han “interrumpido o modificado” el cronograma de obras de estabilización del talud entre los postes 53 a 59, el dictamen técnico de contradicción de ACODAL menciona que:

“Preguntas relacionadas al proceso constructivo.

21. Sírvase indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, ¿qué relación tiene la construcción de la vía alterna con la estabilización del talud entre el poste 53 y 59 de la vía principal? ¿era posible iniciar la estabilización del talud entre postes 53 y 59 sin construir la vía alterna?

22. Sírvase indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, ¿Qué circunstancias y situaciones han interrumpido o modificado el cronograma para la realización de la estabilización del talud entre los postes 53 y 59 desde la fecha de inicio de las

⁵⁵³ Ibidem.

obras y hasta la fecha de realización del presente dictamen pericial?

La estabilización del talud poste 53 a 59, como se menciona en el numeral 8.1.3 está proyectado para ejecutarse en dos etapas, en la primera se debe construir la vía alterna cuya función es garantizar la operación sin interrupciones del relleno sanitario y la seguridad del tráfico de vehículos mientras se estabiliza el talud. Las condiciones inestables del talud representan un alto riesgo por las caídas de bloques de gran tamaño que puede caer mientras se realiza la intervención del talud, desde el punto de vista de seguridad y operacional del relleno la opción que mejor se ajustaba era la construcción de la vía alterna.

La UAESP, aprobó el cronograma con fecha de finalización del 13 de mayo de 2019, bajo las exigencias que solicito el tribunal de arbitramento en el laudo arbitral en donde dio un plazo máximo de 12 meses.

La pandemia no afectó el desarrollo de la obra, dado a que en Colombia decretaron la emergencia sanitaria y anunciaron el aislamiento obligatorio a partir del 25 de marzo de 2020, es decir 12 días calendario después de finalizar las obras según cronograma. Las precipitaciones presentadas en los años de 2019 y 2020, están levemente por encima del promedio histórico de los últimos 20 años, lo que no justifica mayores atrasos y por ultimo las manifestaciones del 21 de nov-19, que efectivamente afectaron la ciudad por tres semanas, que, comparado con los más meses de 24 meses de atraso en la finalización de las obras, los días justificados con lluvias y manifestaciones dejan de ser representativos.

Es claro que el Concesionario incumplió con el cronograma de trabajo de la estabilización del talud poste 53 a 59, y con la sentencia del del laudo arbitral sin justificación, como se mencionó anteriormente ya son más de 24 meses de actividades en mora y el avance general ejecutado del proyecto presenta avance del 83%, la reprogramación de la estabilización del talud presenta un avance del 64% a fecha de corte 3 de agosto de 2022

(...)”⁵⁵⁴

Como se puede apreciar, los planteamientos de CGR expuestos en el dictamen técnico no pueden ser de recibo, porque las circunstancias allí enunciadas corresponden a cuestiones ocurridas todas por fuera de la fecha propuesta por CGR en el Plan de Cumplimiento para la finalización de las obras de estabilización. En este sentido no encuentra el Panel Arbitral una justificación técnica, económica o jurídica que permita excusar el incumplimiento por parte del Concesionario.

En todo caso, el Tribunal considera pertinente mencionar que en el dictamen pericial técnico a cargo de ACODAL y que fue aportado por la UAESP, en relación con los avances de obra del talud y de la vía alterna se señaló lo siguiente:

“4.4.2.1. Inventario del estado actual del talud poste 53 al 59 RSDJ
Los días 21, 15 de febrero y 15 de septiembre de 2021, se realizaron visitas de inspección al Relleno Sanitario Doña Juana -RSDJ, en acompañamiento de los profesionales de la interventoría “UNIÓN TEMPORAL INTER DJ” (ver Anexo actas), se realizaron recorridos sobre la vía principal (vía de acceso al RSDJ), identificando que el talud denominado poste 53 al 59 se encuentra en las abscisas K1+840 y K2+100 en la subcuenca de la Quebrada Yerbabuena (Figura 17, 18 y 19), donde se observan un movimiento en masa tipo Caídas de rocas. (Sin embargo, en la inspección, el talud se ubica en la abscisa K1+915 y K2+060). Cabe anotar que el talud tiene una inclinación general de 60° cerca a la vía, con variaciones entre 20° y 30° sobre la parte alta de la ladera, y cambios de material que con altas precipitaciones favorecen la inestabilidad.

(...)

⁵⁵⁴ Dictamen pericial técnico de aportado de la UAESP a cargo de ACODAL, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjypr/AAD73ox70zGNyKminM0Mjz6ra/Pruebas/259.%20Dictamen%20contrad%20DJ?dl=0&preview=Dictamen.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

Como se observa en las fotografías no se realizó inventario de las obras de estabilización del poste ya que no hay ejecución de alguna obra civil. Como se mencionó anteriormente la estabilización está condicionada a la construcción de la vía alterna.

4.4.2.2. Inventario del estado actual de la vía alterna RSDJ

El 15 de febrero y 15 de septiembre se realizó recorrido sobre la vía alterna, identificando que el trazado tiene una longitud total de 2.22 kilómetros e Inicia su K0+000 en la abscisa K1+057 de la vía principal en donde ingresan a la berma inferior de la Zona IV. Como parámetros generales, se tiene un ancho efectivo de la banca de la vía de ocho (8) metros. En el recorrido del 15 de septiembre se evidencia un alto avance en la vía alterna (Fotografías 21 a 27), la cual inicia con berma en concreto la cual tiene una longitud de 800m (de K0+000 a K0+800) el ancho de vía está por encima de los 8m con variaciones en el ancho de 9,50 mt (K00+069) de 8,8 mt (K00+160), 10,0 mt (K00+956), 13,40 mt. (K1+320) y 5mt (K2+020 a K2+040). En el K00+166 inicia mejoramiento de la vía con fresado hasta K00+460 donde inicia afirmado hasta k00+837, donde inicia el mejoramiento con rajón, en K00+420 con un ancho de 11,7 mt. Desde la abscisa K00+019 hasta K00+810 termina canal en concreto e inicia cuneta en geosintético hasta terminar la vía. Se identifica que faltan 36 señales de tránsito y una luminaria (existe el poste). Se instaló la defensa vial metálica, traslado y reinstalación cerramiento pondajes II y construcción del Box culvert.

(...)

Los avances de obra que se llevan sobre la vía alterna se relacionan con: Preliminares que corresponden a: Localización y replanteo en 100%, traslado y reinstalaciones de cerramiento Pondajes 100%, traslado de postes 100%, descapote a máquina 100%. También a excavaciones a máquina en material común 100%, excavaciones mecánicas en roca 100%, Rellenos (relleno en material seleccionado proveniente de la excavación 80% y relleno en subbase granular Tipo B-400 100%). Además, incluye transporte y disposición final de escombros en sitio autorizado (distancia de transporte 21 km). competente 100%, Suministro e instalación), Box Culvert en concreto 100% Geosintéticos (Geomembrana HDPE lisa

de 30mils) 100%, Iluminación: (1480 metros lineales) 98%, señalización vertical Grupo I 60%, suministro e Instalación, mejoramiento de vía, defensa metálica 100%, traslado y reinstalación cerramiento pordajes 100%. Mejoramiento de subrasante con rajón y obra adicional (demolición del Box Culvert 100% y retiro material del cauce 100%)”⁵⁵⁵.

Esto se ve reforzado con la siguiente manifestación de ACODAL igualmente visible en el dictamen técnico:

“Teniendo como punto de partida el inventario del estado actual de la vía, los diseños presentados por el Contratista CGR, así como toda la información allegada por la Interventoría, y conociendo las cantidades de obra a ejecutar sobre la estabilización del talud ubicado en la vía principal entre poste 53 al poste 59, se procedió a asignar un precio unitario a cada actividad tomando como referencia el “sistema de información de precios del 8 de septiembre de 2021 (publicación 7 de octubre de 2021) de la subdirección general de desarrollo urbano - IDU, dirección técnica estratégica”, ya que la obra a ejecutar se encuentra dentro del casco urbano de la ciudad de Bogotá. Se aclara que el avance de obra del talud está condicionado a la construcción de la vía alterna de acuerdo con la Modificación No. 2 Prorroga y Adición No. 1 a la Adición No 7 C-344- 2010 del 2 de marzo de 2018, dividen el presupuesto en obra civil y presupuesto para las obligaciones ambientales.

El avance de obra específica Talud expuesto poste 53 al 59 es de cero 0%.

El avance de la obra civil de la vía alterna es de un 98 % con un costo de obra ejecutada de \$ 2.284.524.403 (Dos mil doscientos ochenta y cuatro millones quinientos veinticuatro mil cuatrocientos tres pesos M/cte).

⁵⁵⁵ Dictamen pericial técnico de ACODAL presentado por la UAESP, que puede ser consultado en el siguiente enlace:
https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB27M0OrkwN3t_Y3jJMS44Xa/Pruebas/181.%20Dictamen%20convocada?dl=0&preview=181.+Dictamen+agrupado+convocada.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

El avance de las obligaciones ambientales es de un 63 % con un costo de obra ejecutada de \$ 632.852.132,10 (Seiscientos treinta y dos millones ochocientos cincuenta y dos mil ciento treinta y dos pesos con 10 centavos M/cte). El cronograma presentado por CGR desglosa las actividades y fechas a realizar para las obras de estabilización del talud poste 53 y la construcción de la vía alterna para 99,38 días iniciando el miércoles 9 de junio de 2019 y finalizando el sábado 12 de octubre de 2019. Lo que implica que a 15 de septiembre 2021 existe un atraso de 712 días, en cronograma de ejecución y finalización de la obra"⁵⁵⁶ (subrayado y negrita fuera de texto).

Esto confirmaría que el Concesionario con corte a septiembre de 2021 no había ejecutado en su totalidad las obras correspondientes a la estabilización del talud entre el poste 53 a 59 de la vía principal del RSDJ y que sus mayores avances se dan en el frente de obra de la vía alterna. No obstante, en el dictamen pericial técnico de contradicción a cargo de la perito Martha Liliana Ramírez Monsalve, y que fue aportado por la UAESP, se señaló lo siguiente:

*"También es importante resaltar que **la vía alterna se encuentra en operación desde el mes de enero del 2022** permitiendo el transito continuo de los Camiones recolectores.*

Ahora bien, frente a las obras ejecutadas, los peritos de contradicción antes de la entrega del informe de contradicción, el 9 de agosto de 2022, se realizó visita a la obra de estabilización del talud, donde observamos que:

- i) Construcción de vía alterna: A la fecha de visita del 09 de agosto se corroboró la finalización de la adecuación de la vía alterna del proyecto Poste 53 a 59, la cual debido a su comportamiento y la estabilidad que obtuvo durante su uso,*

⁵⁵⁶ Dictamen pericial técnico de ACODAL presentado por la UAESP, que puede ser consultado en el siguiente enlace:
https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB27M0Orkwn3t_Y3jJMS44Xa/Pruebas/181.%20Dictamen%20convocada?dl=0&preview=181.+Dictamen+agrupado+convocada.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

según información suministrada por profesionales de CGR y entrevistas realizadas en la visita, se dejará como una vía alterna permanente del RSDJ, esto soportado adicionalmente en la modificación del permiso de ocupación de cauce de la quebrada Yerbabuena, en donde pasa de ser temporal a permanente como se evidencia en la Resolución ANLA 0281 de 2020 cuyo acto administrativo es dirigido a la UAESP (Anexo 2_4); de acuerdo a lo anterior, las actividades referentes a la demolición del Box Culvert y retiro del material del cauce no se ejecutarán.

- ii) Obligaciones ambientales: El cumplimiento de estas actividades es reportada por ACODAL con un 63% de avance, cuando la realidad del proyecto a la fecha cuenta con un porcentaje de cumplimiento del 100%, con una ejecución por un valor de \$ 634.581.825,27 por parte de ACODAL y \$1.065.524.316 de ejecución real a la fecha.
- iii) Estabilización del talud: El estudio de ACODAL desconoce las actividades que a la fecha han sido ejecutadas por el concesionario, indicando en su análisis que dichas actividades no cuentan con ningún avance, cuando el concesionario ya había realizado actividades preliminares, el manejo de aguas lluvias que involucran la instalación de geosintéticos y actividades de excavación para dichos drenajes; **adicionalmente, en la visita al RSDJ realizada el pasado 9 de agosto, se evidenció el avance y terminación de las excavaciones relacionadas al terrazo del talud y la vía alterna, la cual en este momento se encontraba en mantenimiento. El valor de ejecución presentado por parte de ACODAL es de \$0 mientras para la ejecución con corte al 19 de Septiembre se presenta un valor de \$4.029.146.303,72".**

Lo anterior permite evidenciar un avance considerable por parte del Concesionario en la ejecución de las actividades de estabilización del talud, sin embargo, no demuestra que la totalidad de las actividades necesarias para finiquitar este asunto ya hayan sido realizadas. Esto es así al menos por tres razones: (i) la primera porque el dictamen de contradicción no señala de forma clara que ya se hayan culminado la totalidad de actividades

necesarias para la estabilización del talud sino solo “las excavaciones relacionadas al terraceo del talud y la vía alterna”; (ii) la segunda porque conforme al presupuesto y cronograma de avance presentado en el dictamen de contradicción (página 124) aún había rubros presupuestales pendientes de ejecución, así como ítems con avance en cero, cuatro y treinta y seis por ciento tal como se evidencia en la imagen que se relaciona más adelante, y (iii) en tercer lugar, porque no existe o al menos no obra en el expediente ningún acta de recibo a satisfacción de las actividades de estabilización del talud entre los postes 53 a 59 de la vía principal del Relleno Sanitario Doña Juana.

Tabla 2.9. Avance de actividades ejecutadas para la estabilización del talud poste 53 al 59 al corte de 09 de Septiembre de 2022

Presupuesto Adición No. 7 y Adición 1 a la Adición 7 del Contrato 244 de 2010 Estabilización Poste 53					Corte al 19 Septiembre de 2022			
ESTABILIZACIÓN DE TALUD					Cantidad Ejecutada	Valor Unitario	Valor ejecutado	% de avance
1	PRELIMINARES			\$ 73.440.584,00			\$ 73.440.584,00	100%
1.01	Localización y replanteo	m2	11509,00	\$ 500,00	11509	\$ 500,00	\$ 6.445.040,00	100%
1.02	Descafo	m2	10358,00	\$ 6.468,00	10358	\$ 6.468,00	\$ 66.995.544,00	100%
2	EXCAVACIONES			\$ 1.186.088.001,00			\$ 1.186.088.001,00	100%
2.01	Mecánica en floc - Perfilación de taludes y bermas	m3	36336,00	\$ 27.369,00	36336	\$ 27.369,00	\$ 1.050.368.064,00	100%
2.02	Transporte material de excavación Poste 53-Acceso 1	m3/m	174429,00	\$ 714,00	174429	\$ 714,00	\$ 124.542.306,00	100%
2.03	Manual en floc Cunetas	m3	237,00	\$ 47.163,00	237	\$ 47.163,00	\$ 11.177.831,00	100%
3	RELLENOS			\$ 44.122.848,00			\$ 44.122.848,00	100%
3.01	Material Común	m3	2256,00	\$ 19.558,00	2256	\$ 19.558,00	\$ 44.122.848,00	100%
4	CONCRETOS			\$ 429.417.697,00			\$ 16.133.490,35	4%
4.01	Concreto pobre de 2000 psi - Base de cunetas	m3	19,00	\$ 466.584,00	6.84896	\$ 466.584,00	\$ 3.195.015,15	36%
4.02	Concreto 3000 psi - Cunetas	m3	73,00	\$ 490.282,00	26.38864	\$ 490.282,00	\$ 12.937.875,20	36%
4.03	Concreto Lanzado 3000psi	m3	495,00	\$ 777.297,00			\$ -	0%
5	ACERO Fy = 4200 kg/cm2			\$ 32.396.544,00			\$ 98.226,17	0%
5.01	Malla Electrosoldada 15x15cm Diam 4mm (ox-064) Cunetas	kg	996,00	\$ 3.096,00	31.7208	\$ 3.096,00	\$ 98.226,17	3%
5.02	Malla Electrosoldada 15x15cm Diam 4mm (ox-064) Concreto lanzado	kg	9408,00	\$ 3.096,00			\$ -	0%
6	GEOSINTETICOS			\$ 13.935.870,00			\$ 13.935.870,00	100%
6.01	Geomembrana HDPE lisa de 30 mils	m2	645,00	\$ 21.606,00	645	\$ 21.606,00	\$ 13.935.870,00	100%
7	INSTRUMENTACIÓN			\$ 208.090,00			\$ -	0%
7.01	Mojas de concreto	un	26,00	\$ 8.000,00			\$ -	0%
8	DRENAJES TALUDES			\$ 171.598.400,00			\$ -	0%
8.01	Drenes Transversales Ø 2" Incluye perforación, tubería perforada y revestida con	m	1150,00	\$ 149.216,00			\$ -	0%
COSTOS					COSTO DIRECTO			
COSTOS INDIRECTOS					COSTOS INDIRECTOS			
ADMINISTRACIÓN					ADMINISTRACIÓN			
IMPREVISTO					IMPREVISTO			
UTILIDAD					UTILIDAD			
IVA UTILIDAD					IVA UTILIDAD			
IVA UTILIDAD					IVA UTILIDAD			
TOTAL					TOTAL			
\$ 2.829.155.737,01					\$ 1.713.957.440,09			

VALOR A COSTO ACTUAL			Obligaciones ambientales Otro si 1		
Año	IPC %				
2016		\$ 2.529.155.737			
2017	1,0409	\$ 2.632.647.127			
2018	1,0318	\$ 2.716.308.459			
2019	1,0380	\$ 2.819.529.218			
2020	1,0162	\$ 2.865.163.217			
2021	1,0562	\$ 4.992.412.422			

VALOR A COSTO ACTUAL			Obligaciones ambientales Otro si 1		
Año	IPC %				
2016		\$ 1.713.957.440			
2017	1,0409	\$ 1.784.091.452			
2018	1,0318	\$ 1.840.787.714			
2019	1,0380	\$ 1.910.737.647			
2020	1,0162	\$ 1.941.662.880			
2021	1,0562	\$ 4.029.146.304			81%

Con base en lo anterior, este Tribunal procederá a declarar el incumplimiento parcial del Concesionario, y en consecuencia, accederá a la primera pretensión subsidiaria de la vigésima séptima pretensión principal,

y denegará la totalidad de las excepciones y argumentos de defensa planteados por CGR respecto de esta pretensión.

5.2. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CONSTRUCCIÓN, REPARACIÓN, MANTENIMIENTO Y ASEO DE LA CAPA ASFÁLTICA -INCLUIDAS LAS OBRAS DE ARTE LATERALES- DE LA VÍA PRINCIPAL DEL RSDJ, BAJO LAS NORMAS TÉCNICAS VIALES EXPEDIDAS POR INVIA Y DEMÁS AUTORIDADES COMPETENTES Y DE REALIZAR EL DISEÑO, ELABORACIÓN, REPARACIÓN, COLOCACIÓN, MANTENIMIENTO Y ASEO DE LAS SEÑALES VIALES VERTICALES Y HORIZONTALES BAJO LAS NORMAS TÉCNICAS VIALES EXPEDIDAS POR INVIA

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA NOVENA PRINCIPAL: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. - ESP incumplió el Contrato 344 de 2010, la obligación pactada en su Cláusula 3 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana, sobre la construcción, reparación, mantenimiento y aseo de la capa asfáltica, incluyendo las obras de arte laterales (bajo las normas técnicas viales vigentes al momento de contratar, del INVIA y demás autoridades competentes y sus posteriores modificaciones), de la vía principal del Relleno Sanitario Doña Juana, que va desde la puerta de acceso hasta la zona actual de disposición según lo establece la Resolución UAESP No. 724 de octubre de 2010, contentiva en el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana, desde la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018.”

“TRIGÉSIMA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la VIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN o la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA NOVENA PRINCIPAL, se declare la

terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993."

"PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TRIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL: *Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. - ESP incumplió el Contrato 344 de 2010 en su Cláusula 3 y el Reglamento Técnico del Relleno, al no haber realizado el diseño, elaboración, reparación, colocación, mantenimiento y aseo de las señales viales verticales y horizontales, bajo las normas técnicas viales vigentes INVIAS, desde la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018."*

"TRIGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: *Como consecuencia de prosperidad de la TRIGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN o la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TRIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP con fundamento en la condición resolutoria tacita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993".*

5.2.1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

5.2.1.1. La Demanda de Reconvención Reformada de la UAESP

La demandante en reconvención señaló que conforme a lo dispuesto en los numerales décimo séptimo y décimo noveno de la parte resolutoria del laudo arbitral del 2018, CGR fue condenado a realizar las obras de construcción, reparación, mantenimiento y aseo de la capa asfáltica, incluyendo obras de arte laterales de la vía principal del RSDJ, así como a realizar el diseño, elaboración, reparación, colocación, mantenimiento y

aseo de las señales viales verticales y horizontales del RSDJ (hecho 180). En criterio de la UAESP esto comprende tanto las actividades de mantenimiento reparación y aseo de la vía principal, como la construcción de vías nuevas, pues así lo dispuso el numeral tercero de la parte resolutive de ese mismo laudo (hecho 181).

Según la UAESP para el mantenimiento de vías, el Concesionario presentó un cronograma que fue aprobado por la UAESP el cual debía haber finalizado el 16 de abril de 2020, pero finalmente esta actividad no se cumplió. Sostuvo que durante el plazo de ejecución del cronograma se dictaron las normas de aislamiento de la pandemia por Covid – 19, lo que comportó la suspensión del mismo por un plazo de 28 días calendario (hechos 182 y 183), por lo que las actividades a cargo del Concesionario debieron haber sido finalizadas el 28 de mayo de 2020, no obstante lo cual el concesionario sólo reinició actividades el 21 de agosto de 2020, pese a los múltiples requerimientos de la Interventoría para el reinicio de las labores (hechos 184, 189, 190, 191, 192 y 193).

Señala la UAESP que conforme a un informe de interventoría con corte al 25 de febrero de 2021, el concesionario no había finalizado las actividades sobre la vía registrándose atrasos en vía principal, actividades de ejecución y mantenimiento y reparación y mantenimiento (tramos 1 a 11) y señalización vertical y horizontal (hechos 194 y 195) .

En cuanto a la construcción de la vía nueva, señaló que si bien el concesionario presentó la programación el 6 de diciembre de 2016 a la fecha no ha presentado ni el diseño correspondiente ni le ha dado

cumplimiento en sentido alguno a la obligación a su cargo, pues “no se han iniciado las obras a las que se comprometió”, particularmente en lo que tiene que ver con el nuevo tramo de vía Biogás – Fase 2 y la construcción hasta la zona VIII de disposición (hechos 196 197, 198, 199 y 200).

En lo que respecta a la señalización de la vía, señaló que se trataba de las “condiciones necesarias exigidas en el contrato para la correcta operación de los servicios que allí se presentan”, por lo que consideró que “no resulta más que, solicitar una tutela judicial efectiva a los derechos de la UAESP” (hechos 201 y 202).

5.2.1.2. La Contestación a la Demanda de Reconvención Reformada por Parte del Concesionario

Antes del pronunciamiento concreto sobre los hechos de la demanda de reconvención, la demandante señaló que no es competencia de este Tribunal de Arbitraje pronunciarse sobre el supuesto incumplimiento pues no se trata de un tema que se encuentre comprendido bajo el alcance de la cláusula compromisoria.

Señaló que sí había cumplido con sus obligaciones “pese a los incumplimientos y omisiones por parte de la UAESP”. Señaló que la UAESP “no parece ser consciente” de sus propios incumplimientos, ni de la insuficiencia de la remuneración que “produjo un desquiciamiento grave en sus condiciones y generó una afectación generalizada que irradia la totalidad de actividades y obligaciones en cabeza del Concesionario y dificulta su cumplimiento completo y oportuno, la cual nunca se preocupó por analizar ni remediar”.

Sostuvo que *“los avances en las obras de mantenimiento y construcción de la vía principal del relleno se han logrado a pesar de los múltiples obstáculos injustificados e incumplimientos por parte de la UAESP y a eventos de fuerza mayor. Sin embargo, CGR Doña Juana, diligentemente ha avanzado en el mantenimiento y construcción de la vía principal del relleno”*.

Ahora bien, sobre los hechos concretos planteados en la demanda de reconvención señaló que las transcripciones del laudo arbitral eran simples citas textuales a cuyo tenor se remitía (hechos 181 y 182).

Frente al cronograma para el mantenimiento de la vía principal, sostuvo que el laudo no especificó una fecha exacta para el cumplimiento de dicha actividad, ni obligó al Concesionario a establecer cronograma alguno, sino que ello fue *“una condición unilateralmente impuesta por la UAESP... por lo que es engañoso decir que el cronograma surge del propio deudor”*. Recalcó que la mentada programación desconocía *“cualquier factibilidad técnica y financiera”* y que se omitió señalar que las obras estaban programadas para iniciar el 5 de abril de 2019 y que se han visto afectadas por la ola invernal de 2019 (hechos 182 y 183).

Sobre las normas de aislamiento dictadas por la alcaldía de Bogotá y el Gobierno Nacional destacó que la UAESP ignora *“los efectos que la pandemia ha tenido sobre el personal del Concesionario y la programación de sus actividades”*. Señaló que los conteos de términos hechos por la UAESP son unilaterales y precisó que *“CGR Doña Juana ha cumplido con el avance de las obras, a pesar de las obstrucciones e incumplimientos de la UAESP”*. Sobre los términos computados por la UAESP también sostuvo que eran

insuficientes para intervenir los 4.480 metros del RSDJ (hechos 183 y 184).

En cuanto a las actividades exceptuadas durante la pandemia por COVID 19 señaló que no le era aplicable a las actividades sobre la vía principal y que así lo hizo saber en la comunicación CGR-DJ-0646-20; también indicó que el haber presentado un protocolo de bioseguridad no significaba que debiera reanudar las labores de obra sobre la vía principal (hechos 190, 191 y 192).

Sobre la reanudación de las obras el 21 de agosto de 2020, sostuvo que no se trató de un incumplimiento, sino que fue resultado de haber empleado *“toda su diligencia para poder disponer de su personal y retomar las actividades sobre la vía principal”* (hecho 193). Respecto al informe de interventoría de febrero de 2021 señaló que no le constaba y que con ello *“la reconviniendo intenta es reducir este tema a números y pasar por alto toda la gestión realizada por el Concesionario”*, precisando además que *“los avances que el Concesionario ha logrado a la fecha son prueba de su diligencia y compromiso como contratista”* (hechos 194 y 195).

En cuanto a la construcción de la vía nueva señaló que sí ha cumplido con construir la vía hasta la zona VIII de disposición y que no es cierto lo relativo a construcción hasta la zona de Biogás (hechos 196, 197, 198, 199 y 200).

En punto de la señalización sostuvo que la UAESP distorsionaba la realidad y que las actividades propias de las señales no se pueden ejecutar sin antes *“haber pasado un mes desde la finalización de la capa de rodadura asfáltica de la vía”* (hecho 201).

Por último, señaló que sí ha dado cumplimiento a sus obligaciones y que las situaciones que han afectado el avance de las obras no son imputables al Concesionario *“sino a conductas incumplidoras de la UAESP y la Interventoría y a situaciones de fuerza mayor (lluvias, Covid-19, etc.)* (hecho 202).

En el capítulo de *“oposición a las pretensiones”* el demandado en reconvencción señaló que se oponía a las mentadas pretensiones porque no tienen un verdadero contenido contractual, aunque trate de darle ese ropaje. En tal sentido, expresó que el término que la UAESP estima incumplido no proviene del Contrato, sino del laudo arbitral, luego mal habría de declararse un incumplimiento del Contrato cuando lo que se demanda proviene es del laudo del año 2018. Añadió que el hecho de que lo que se pida sea el incumplimiento del plazo referido en el laudo hace que la pretensión escape al conocimiento de los árbitros.

Agregó que el supuesto incumplimiento ya fue debatido y decidido por el anterior tribunal y concluyó diciendo que en todo caso no ha habido incumplimiento de su parte a las obligaciones alegadas por la UAESP.

5.2.2. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

5.2.2.1. Los Alegatos de la UAESP

La UAESP señaló en sus alegaciones conclusivas que el Contratista tenía la obligación de realizar la construcción de las vías nuevas hasta la zona actual de operación y realizar la reparación, mantenimiento y aseo de la vía principal. Esta obligación fue una sobre la que ya se pronunció el anterior

tribunal de arbitraje en el año 2018. Sostuvo que conforme a la programación aprobada por la UAESP las actividades debían realizarse entre octubre de 2018 y abril de 2020, no obstante las actividades fueron suspendidas el 20 de marzo de 2020 por causa de la pandemia por COVID - 19. Alegó que con corte al 25 de febrero de 2021 el concesionario reportaba un avance de apenas 51,33% en sus actividades, y que no había realizado las obras de señales, ni construido la vía nueva, ni realizado el mantenimiento de la vía principal.

Sobre la posición esgrimida por CGR señaló que esta consistía en que el Tribunal no había fijado un plazo para ejecutar estas actividades, y que la fecha impuesta por la UAESP era arbitraria e insuficiente para atender los 4.480 metros de la vía principal del RSDJ, sin perjuicio de las circunstancias externas que se habían presentado como las lluvias del año 2019 y la declaratoria de pandemia por COVID – 19 durante 2020, lo que obligó al Concesionario a suspender el Plan de Cumplimiento.

En contraposición, la UAESP alegó como prueba del incumplimiento definitivo del Concesionario, el informe de interventoría del 17 de abril de 2021, en el que se establece un atraso en las actividades del 49.27%. Esto para la UAESP se confirma con el testimonio del ingeniero Ian Carlos Ortiz de la interventoría quien manifestó que para el mes de enero de 2022 no se habían ejecutado aún las actividades de mantenimiento y construcción de vías.

De igual forma, sostuvo que con el dictamen pericial técnico de ACODAL también se daba cuenta del incumplimiento y del deterioro encontrado en la vía y las señales del RSDJ. En cuanto la construcción de la vía principal

sostuvo que la actividad arrancó con un atraso de 7 meses y su avance total a la fecha es del 71,5%.

Que el argumento de las lluvias como causal de exoneración también se desvirtuaba con base en ese mismo peritaje de ACODAL donde se demostró que los promedios de lluvias de los periodos que señalaba el concesionario fueron menores comparados con los de los últimos 10 años.

Ante esto, sostuvo que se realizaron los requerimientos correspondientes por parte de la Interventoría, y a la fecha no se ha dado cumplimiento por parte de CGR Doña Juana, lo que da lugar a un incumplimiento definitivo del contrato, que avala su terminación.

En cuanto a la construcción de la nueva vía señaló que también está probado el incumplimiento a partir del dictamen ACODAL y el testimonio rendido por el ingeniero Ian Carlos Ortiz, de cuyo testimonio, manifiesta, se logra probar que hoy no se ha construido la ampliación de la vía principal, y ni siquiera se cuenta con los diseños de la misma.

5.2.2.2. Los Alegatos del Concesionario

En sus alegatos de conclusión, CGR esgrimió seis (6) argumentos con base en los cuales se opuso a las pretensiones de la UAESP, a saber, la falta de competencia, CGR Doña Juana ha cumplido, el estado de las vías no fue el anunciado en la Licitación, Inexistencia de incumplimiento, nadie está obligado a lo imposible y hechos ajenos al Concesionario y de fuerza mayor. nadie está obligado a lo imposible, inexistencia de incumplimiento esencial y daño y hechos

Sobre la “falta de competencia” sostuvo que este Tribunal no era competente para conocer sobre el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el laudo arbitral del año 2018.

Respecto a que “CGR Doña Juana ha cumplido”, manifestó que el Concesionario realizó la construcción y el mantenimiento de la vía principal del Relleno Sanitario Dona Juana que va desde la puerta de acceso hasta la zona VIII de disposición. Bajo estos términos, el tramo a construir corresponde a aquel comprendido entre la abscisa K4+480 y 370m y el acceso a la Zona VIII. También ha construido vías nuevas, mantenido y construido vías secundarias, y culminado la señalización de la vía principal

En relación a que “el estado de las vías no era el de la licitación” señaló que conforme a la información suministrada durante la Licitación No. 001 de 2010, el futuro Concesionario debía reparar, asear y mantener las vías al interior del RSDJ que ya se encontraban construidas y solo debía construir las prolongaciones que se requirieran durante el desarrollo del contrato. No obstante todo lo anterior, la UAESP entregó la vía principal sin que esta cumpliera con la norma INVIAS y en un estado de deterioro dado que el operador Aguas de Bogotá no había ejecutado la totalidad de las obras a las que estaba obligado en materia de mantenimiento y adecuación de la vía principal del RSDJ. Agregó que como fue el caso con múltiples otras obligaciones, la UAESP tampoco entregó a CGR Doña Juana los recursos que descontó al operador Aguas de Bogotá, a pesar de que sabía que el operador había dejado actividades pendientes referentes al mantenimiento y la adecuación de la vía principal del RSDJ.

Dentro del acta de liquidación del contrato 398 de 2009 entre la UAESP y Aguas de Bogotá, la entidad identificó que el operador había incumplido con sus obligaciones de mantenimiento y adecuación de la vía principal del RSDJ. Acta de Liquidación del contrato 398 de 2009 entre la UAESP y Aguas de Bogotá.

Sobre la *“inexistencia de incumplimiento”* adujo que con base en el dictamen pericial técnico se había probado que (i) se ha adelantado un 79% de los trabajos; (ii) el estado de las vías es mejor al que se recibió y (iii) se han invertido más de 10 mil millones de pesos en estas actividades.

En relación con lo anterior, sobre la señalización horizontal, esta no puede hacerse antes de terminar el mantenimiento y finalización de capa de rodadura asfáltica. Sobre la señalización vertical, sostiene con base en el peritaje, que se cuenta con la disponibilidad habiendo 260 señales instaladas y se instalarán 56 señales más.

Además sostuvo que terminó la vía alterna de los postes 53 a 59 y mantenimiento y reparación de 34.000 metros de vías secundarias.

En relación a que *“nadie está obligado a lo imposible”* alegó que el laudo no especificó una fecha para el cumplimiento de dicha actividad, ni ordenó al Concesionario establecer un cronograma para desarrollar las actividades en la materia. La presentación de la programación y las fechas de la misma por parte del Concesionario fueron una condición unilateralmente impuesta por la UAESP y la Interventoría para la realización de las mesas de negociación del plan de cumplimiento del laudo, y a la vez, una imposición unilateral de la UAESP de la potestad de “aprobar” dicha programación.

Reiteró que técnica y constructivamente el plazo impuesto por la UAESP, por medio de sus arbitrarias aprobaciones de las programaciones, era insuficiente para el mantenimiento de los 4.480 m de la vía. Adujo que dadas las condiciones del tránsito interno, la intervención de la vía debía realizarse sobre media calzada a la vez, cosa que duplica el tiempo para la ejecución de la obra.

Por último sobre los “*hechos ajenos al concesionario y fuerza mayor*” señaló omisiones de la Interventoría y de la UAESP de monitorear y controlar el sobrepeso de los vehículos de recolección de basuras de los RBL’s, lo que afectaba las condiciones de las vías internas del RSDJ.

5.2.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

5.2.3.1. La competencia del Tribunal Arbitral respecto de la Primera Pretensión Subsidiaria de la Vigésima Novena Principal, Trigésima, Primera Pretensión Subsidiaria de la Trigésima Primera Principal y Trigésima Segunda

Se ha señalado de manera reiterada que este Tribunal sí es competente para conocer de aspectos relativos a la ejecución e incumplimiento del Contrato, razón por la cual, los argumentos esgrimidos en otros apartados de este laudo para sostener la competencia y alcance del pacto arbitral, se traen a colación aquí de nuevo sin necesidad de transcribirlos por razones de economía procesal.

Ahora bien, en punto específico de la primera pretensión subsidiaria de la primera pretensión subsidiaria de la vigésima novena principal, trigésima,

primera pretensión subsidiaria de la trigésima primera principal y trigésima segunda, este Tribunal encuentra que lo pretendido por la UAESP corresponde específicamente a la declaratoria de incumplimiento de lo pactado en la cláusula 3 y el Reglamento Técnico del RSDJ, por lo que resulta claro a todas luces, que lo pretendido por la demandante en reconvención encuadra dentro del ámbito de habilitación conferida por las Partes a este Panel Arbitral.

Obsérvese que la pretensión nunca solicitó la ejecución de lo decidido en el laudo arbitral del año 2018 ni mucho menos que se librara mandamiento de pago. Incluso, el solo hecho de que en la pretensión se refiera por la UAESP lo resuelto en el laudo del año 2018 no es óbice para desconocer la competencia de este panel; por el contrario, la referencia en la pretensión al laudo del año 2018 simplemente obedece a que la obligación contractual de reparar, mantener, asear y construir las vías al interior del RSDJ y realizar el diseño e instalación del señales verticales y horizontales, sólo fue modulada en su aspecto temporal por lo decidido en el laudo del año 2018, lo que no implica que la fuente de la obligación cuyo incumplimiento se alega por la UAESP sea el laudo del 27 de septiembre de 2018, pues la fuente misma de la obligación sigue siendo el Contrato de Concesión C – 344 de 2010.

En lo que respecta a las pretensiones relativas a la terminación del Contrato por incumplimiento, el Tribunal de igual forma ratificará su competencia, porque al ser estas unas pretensiones meramente consecuenciales, y no estarle prohibido por ley dicho pronunciamiento al Tribunal, también quedan éstas comprendidas dentro del alcance de la arbitrabilidad y competencia con que cuenta este Panel.

Por lo tanto, este Tribunal reitera su competencia para decidir de fondo sobre la obligación contractual relativa al presunto incumplimiento por la no realización de las actividades de (i) construcción, reparación, mantenimiento y aseo de la capa asfáltica de la vía principal del RSDJ y el (ii) diseño, elaboración, reparación, colocación, mantenimiento y aseo de las señales viales verticales y horizontales.

5.2.3.2. El Fondo del Asunto

Estas pretensiones guardan relación con el supuesto incumplimiento del Concesionario relacionadas con la (i) construcción, reparación, mantenimiento y aseo de la capa asfáltica de la vía principal del RSDJ y el (ii) diseño, elaboración, reparación, colocación, mantenimiento y aseo de las señales viales verticales y horizontales.

Como se anotó líneas arriba, el Concesionario y la Concedente ya han ventilado antes controversias relativas a este mismo punto. En efecto, en el laudo arbitral del año 2018 CGR Doña Juana formuló la siguiente pretensión:

“3.1.11 Declarar que la vía principal de acceso al RSDJ al momento de celebrar el contrato de Concesión No. 344 de 2010, no cumplía con normatividad técnica alguna, ni existía obligación legal o contractual respecto del cumplimiento de la normatividad INVIAS, por ser esta exigencia introducida con posterioridad a la celebración del contrato, mediante Resolución de la UAESP No. 724 de octubre de 2010, contentiva del nuevo Reglamento Técnico del RSDJ.

3.1.12 Como consecuencia de la anterior declaración, decretar que los costos en que sea necesario incurrir a efectos de que la vía principal y su mantenimiento cumplan con la normatividad INVIAS, deben ser asumidos por la UAESP; entre ellos, los

soportados por CGR en la reconstrucción de algunos tramos de la vía principal.

3.1.13. Se declare vía arbitral que cuando el contrato de concesión No. 344 de 2010, consagra la obligación para CGR de CONSTRUIR las vías dentro del RSDJ, hace referencia a vías nuevas, y no a las existentes al momento de iniciar el contrato"⁵⁵⁷.

Por su parte, en el anterior arbitraje la UAESP formuló las siguientes pretensiones:

“TERCERO. – Declarar que cuando el Contrato de Concesión No. 344 de 2010 consagra la obligación para CGR de construir las vías dentro del Relleno Sanitario Doña Juana, hace referencia a vías nuevas, y no a las existentes al momento de iniciar el contrato, con lo cual prospera la pretensión 3.1.13 de la demanda principal”.

(...)

DÉCIMA PRIMERA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. - E.S.P incumplió parcialmente en el tiempo actual de ejecución del contrato, la obligación pactada en la Cláusula 3a del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana [RSDJ], sobre la construcción, reparación, mantenimiento y aseo de la capa asfáltica, incluyendo las obras de arte laterales (bajo las normas técnicas viales vigentes al momento de contratar, del INVIAS y demás autoridades competentes y sus posteriores modificaciones), de la vía principal del relleno RSDJ, que va desde la puerta de acceso hasta la zona VIII de disposición según la Resolución UAESP No. 724 de octubre de 2010, contentiva del nuevo Reglamento Técnico del RSDJ).

DÉCIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. - ESP incumplió la obligación pactada en la Cláusula 3a del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno (RSDJ), sobre el diseño, elaboración, reparación,

⁵⁵⁷ Laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 aportado por la UAESP con el escrito de contestación de la demanda principal, que puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1d2ftMU0NhgybWtTq0KcltN-i3RTi3MTv?usp%20=sharing>.

colocación, mantenimiento y aseo de las señales viales verticales y horizontales, bajo las normas técnicas viales vigentes INVIAS”⁵⁵⁸.

De lo anterior se sigue que la controversia previamente surgida entre Concedente y Concesionario, guardaba relación, de una parte, con el concepto y alcance de la obligación de construir vías, y de otra, con el incumplimiento de la obligación de construcción, reparación, mantenimiento y aseo de la capa asfáltica, incluyendo las obras de arte laterales y señalización bajo normas INVIAS.

Sobre esta controversia, el laudo arbitral resolvió lo siguiente:

“DÉCIMO SÉPTIMO. - Condenar a la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP a realizar la construcción, reparación, mantenimiento y aseo de la capa asfáltica, incluyendo las obras de arte laterales (bajo las normas técnicas viales vigentes al momento de contratar, del INVIAS y demás autoridades competentes y sus posteriores modificaciones), de la vía principal del relleno RSDJ, que va desde la puerta de acceso hasta la zona VIII de disposición según la Resolución UAESP No. 724 de octubre de 2010, contentiva del nuevo Reglamento Técnico del RSDJ), lo anterior desde la ejecutoria del Laudo Arbitral, con lo cual, prospera la pretensión trigésima primera de la demanda de reconvención reformada.”

“DÉCIMO OCTAVO. - Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. - E.S.P incumplió la obligación pactada en la Cláusula 3 del Contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno, sobre el diseño, elaboración, reparación, colocación, mantenimiento y aseo de las señales viales verticales y horizontales, bajo las normas técnicas viales vigentes INVIAS, con lo cual, prospera la pretensión décima segunda de la demanda de reconvención reformada.”

DÉCIMO NOVENO. - Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP a la

⁵⁵⁸ Laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018 aportado por la UAESP con el escrito de contestación de la demanda principal, que puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1d2fTU0NhgYbWtTq0KcltN-i3RTi3MTv?usp%20=sharing>.

realización del diseño, elaboración, reparación, colocación, mantenimiento y aseo de las señales viales verticales y horizontales, bajo las normas técnicas viales vigentes INVIAS, lo anterior desde la ejecutoria del Laudo Arbitral, con lo cual, prospera la pretensión trigésima segunda de la demanda de reconvención reformada".

Así las cosas, a este Panel Arbitral, dentro del ámbito de su competencia, corresponde verificar si con posterioridad al laudo del 27 de septiembre de 2018, el Concesionario cumplió o no con la obligación de (i) construcción, reparación, mantenimiento y aseo de la capa asfáltica de la vía principal del RSDJ y el (ii) diseño, elaboración, reparación, colocación, mantenimiento y aseo de las señales viales verticales y horizontales.

Al respecto, este Tribunal encuentra probado que el 30 de diciembre de 2019 las Partes suscribieron el Plan de Cumplimiento, el cual en punto de la vía principal señaló lo siguiente:

"24. Mantenimiento vía principal

En lo que respecta al laudo arbitral, CGR ya está ejecutando las obras y hay una programación vigente y avalada por la Interventoría, por lo tanto cesó el incumplimiento.

A la fecha CGR se encuentra ejecutando las actividades de recuperación de la vía principal y de acuerdo con la programación vigente se debe terminar en abril de 2020. Presenta un atraso del 54% en la obra física, por lo cual se espera un plan de acción por parte del Concesionario o de lo contrario y si persiste el atraso se enviará el informe de incumplimiento respectivo, pero por las cláusulas del Contrato 344 de 2010"⁵⁵⁹.

En consecuencia, las Partes acordaron:

⁵⁵⁹ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace:
https://drive.google.com/drive/folders/18_IsuupbKT4_QKZGfDbCnAiuoyvryK-P.

“24. Mantenimiento vía principal

“La presente actividad ya cuenta con un cronograma de ejecución avalado por la interventoría y aprobado por la UAESP, por lo tanto, la interventoría continuará con el seguimiento de este. En llegado caso que el concesionario no cumpla dicha programación en el tiempo aprobado, la UAESP procederá a conminar al concesionario por vía judicial”⁵⁶⁰.

Derivado de lo anterior, la UAESP mediante comunicación radicado No. 2019300060771 aprobó la versión del plan de acción presentado por el Concesionario en relación con las actividades de la vía principal y las señales. Este plan de acción contemplaba el inicio de actividades el 5 de abril de 2019 y finalizaba el 16 de abril de 2020.

Ahora bien, obran en el expediente la comunicación del (i) 8 de junio de 2020 radicado No. 20203000085041 de la UAESP; (ii) 15 de julio de 2020 radicado No. 20203000104441 de la UAESP; (iii) UTIDJ-202005668 del 4 de mayo de 2020; (iv) UTIDJ-202005670 del 4 de mayo de 2020; (v) UTIDJ-202005756 del 27 de mayo de 2020; (vi) UTIDJ-202006806 del 5 de junio de 2020; (vii) UTIDJ-202007961 del 7 de julio de 2020; (viii) UTIDJ-202007962 del 7 de julio de 2020; (ix) UTIDJ-2020091252 del 21 de septiembre de 2020; (x) UTIDJ-2020091259 del 24 de septiembre de 2020; (xi) UTIDJ-2020091314 del 29 de septiembre de 2020; (xii) UTIDJ-2020101352 del 7 de octubre de 2020 y (xiii) UTIDJ-2020101370 del 14 de octubre de 2020⁵⁶¹.

Además de las anteriores, también reposa la comunicación UTIDJ-

⁵⁶⁰ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/18_Isuupbkt4_QKZGfDbCnAiuoyvryK-P.

⁵⁶¹ Documentos aportados por la UAESP con la demanda de reconvención, los cuales pueden ser consultados en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/18_Isuupbkt4_QKZGfDbCnAiuoyvryK-P.

2020101421 del 29 de octubre de 2020 en donde el Interventor hizo un recuento de la aprobación del programa y de los motivos por los cuales, en su criterio, el Concesionario se encuentra en incumplimiento del mismo. A continuación se traen algunos de los apartes de dicha misiva⁵⁶²:

5. En un claro incumplimiento de la programación presentada, el Concesionario realizó la entrega a UAESP e Interventoría de los diseños definitivos para la rehabilitación de la vía principal, hasta el 24 de septiembre de 2019, mediante comunicado CGR-DJ-1715-19, es decir, con 166 días calendario de atraso, casi seis meses después, respecto a la fecha del 16 de abril de 2020 en la cual se tenía programado la finalización de las actividades de diseño, atraso por el cual no se presenta ningún tipo de justificación sustentada y soportada, siendo totalmente imputable a CGR Doña Juana, único responsable de que las actividades de reparación de la vía iniciaran el 6 de noviembre de 2019 y no el 5 de abril de 2019 como inicialmente se había comprometido con la UAESP.
6. En cuanto a la suspensión derivada de la pandemia, es necesario clarificar que a partir del 20 de marzo de 2020 la Alcaldía Mayor de Bogotá declara el simulacro de aislamiento obligatorio como parte de la alerta amarilla por COVID-19. Posteriormente a través del Decreto 457 con fecha del 22 de marzo de 2020 se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la Pandemia del COVID-19 y el mantenimiento del orden público, declarando el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia a partir del 25 de marzo de 2020.
7. De acuerdo con la programación aprobada por la UAESP, mediante la comunicación 20193000060771, las obras de mantenimiento de la vía principal debían finalizar el pasado 16 de abril de 2020, pero éstas fueron suspendidas desde el día 20 de marzo de 2020, fecha en la cual se inició por parte del gobierno el aislamiento por la emergencia ocasionada para controlar la pandemia del COVID19, por lo tanto, según la programación aprobada y la fecha de suspensión, a CGR Doña Juana le quedaba un plazo de veintiocho (28) días calendario para su finalización, medidos entre el 20 de marzo al 16 de abril del presente año.

⁵⁶² Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace:
https://drive.google.com/drive/folders/18_IsuupbKT4_QKZGfDbCnAiuoyvryK-P.

11. Adicionalmente, se debe considerar que, según la programación elaborada y presentada por CGR Doña Juana, se contempló ejecución en once (11) tramos de 400 metros con duración aproximada de un mes por tramo, que de haberse cumplido se debería tener un avance aproximado de 2,000 m de vía en los más 5 meses de ejecución de obra que manifiesta el Concesionario en la comunicación del asunto, reiterando que por las razones expuestas en los anteriores numerales la UT Inter DJ no está de acuerdo con esos plazos de ejecución.

Pero, al 30 de septiembre de 2020 solo se ha ejecutado un consolidado de 494 m de estructura de vía totalmente pavimentada, equivalente a un rendimiento de tan solo 24,5% respecto al avance mencionado en el párrafo anterior; por lo tanto, esto demuestra que ni siquiera durante el tiempo manifestado por CGR Doña Juana de ejecución se ha evidenciado el avance por el mismo proyectado, lo cual se debe a una evidente deficiencia en la planificación y a la disposición de recursos (al contar solo con un frente de obra para una vía de 4 kilómetros), como ya se lo ha manifestado esta Interventoría mediante comunicados.

Lo anterior permite evidenciar un claro incumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario.

Sumado a lo anterior, en la comunicación UTIDJ-2020121562 del 3 de diciembre de 2020, la Interventoría del Contrato de Concesión C - 344 de 2010 manifestó a CGR sobre deficiencias en la ejecución de actividades a cargo del Concesionario, así:

“Deficiencias que [se] continúan presentando en las vías internas del RSDJ, que ponen en riesgo la operación y seguridad de los vehículos de Recolección Barrido y Limpieza -RBL- dadas las condiciones deslizantes que presenta la superficie arcillosa al no contar con una estructura de vía conformada...

Para tratar de mitigar las falencias expuestas, el Concesionario realiza extendido de material triturado de la vía a transitar a muy baja velocidad por la irregularidad de la superficie, (ii) no permite el sello de la superficie, que junto con un bombeo adecuado reducirán la cantidad de agua lluvia que se infiltra en la vía al conducir estas aguas rápidamente a las cunetas perimetrales. Con el tránsito de vehículos pesados rápidamente el rajón se

hunde en la capa arcillosa o se desplaza a los costados de la vía, quedando en las mismas condiciones iniciales.

(...)

Considerando lo anterior, queda en evidencia que CGR Doña Juana no está dando cumplimiento a los parámetros de diseño en las vías internas del RSDJ, ya que no se está instalando una estructura de vía que garantice la operación de manera continua y segura". (subrayado y negrita fuera de texto).

De igual manera, en comunicación UTIDJ-2020121593 del 11 de diciembre de 2020, la Interventoría del Contrato reportó "deficiencias en la señalización de la actual obra de mantenimiento de la vía principal" por no cumplir con el Plan de Manejo de Tráfico⁵⁶³.

Visto el dictamen pericial técnico aportado por CGR, el Tribunal encuentra una descripción de las actividades realizadas por el Concesionario en punto de mantenimiento de vías y señales:

"Durante los meses de noviembre y diciembre de 2018, se recibieron diferentes ofertas de proponentes, las cuales fueron analizadas, evaluadas y se solicitaron ajustes y/o modificaciones a los contratistas, durante los meses de enero y febrero de 2019. En el mes de febrero se efectuaron las contrataciones y a principios de marzo de 2019, la generación y presentación de las respectivas pólizas de cobertura de la obra.

Dicha contratación está amparada, y tuvo fecha de inicio el pasado 7 de marzo de 2019 para poder iniciar con la ejecución de la mencionada etapa de consultoría del proyecto, y tiene el alcance de llevar acabo el mantenimiento de la calzada del pavimento, las obras de arte y la señalización horizontal y vertical de la vía principal.

Fue así, como se inició con la realización de un trabajo de campo

⁵⁶³ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace:
https://drive.google.com/drive/folders/18_IsuupbKT4_QKZGfDbCnAiuoyvryK-P.

basado en un inventario de daños, la ejecución de apiques cada 50 metros de distancia sobre ambos carriles, la obtención de núcleos de la estructura del pavimento existente, la realización de ensayos de laboratorio de suelos y pavimentos, el levantamiento topográfico de la planimetría y la altimetría de la vía en su estado actual, etc. (ver ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia y ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.). Con dicha información, la empresa contratista presentó los estudios y diseños para tal intervención, los cuales a su vez fueron presentados ante la Interventoría y la UAESP.

(...)

Luego de efectuados algunos ajustes a los diseños presentados, la obra física fue iniciada el 1° de noviembre de 2019, con el inicio de la producción de material de base granular dentro de las instalaciones del relleno sanitario, en el área destinada como acopio de la maquinaria y materiales pétreos propios de la obra. De allí en adelante se procedió con la intervención de tramos conforme a los diseños preestablecidos, realizando control de tráfico y garantizando siempre la normalidad en el servicio de la disposición final de los residuos de la ciudad de Bogotá D.C.

En las siguientes figuras se muestran las dos secciones típicas de la estructura de pavimento escogida para construirse en los dos tramos homogéneos definidos en el diseño:

(...)

En el año 2020 se realizaron las siguientes actividades con respecto a los trabajos de rehabilitación de la calzada del pavimento asfáltico de la vía principal, a continuación, se enumeran los tramos intervenidos y al nivel en que se avanzaron:

En dichos tramos se realizaron los trabajos de demolición y retiro de la carpeta asfáltica existente, la excavación y el retiro de la base granular existente, el arreglo y el mejoramiento de los fallos encontrados a nivel de subrasante con piedra rajón de 10", la instalación del geotextil de separación entre el mejoramiento, la reposición de la subbase granular, la separación de capas granulares con la instalación de geotextil no tejido, la nivelación de la subrasante, el suministro y la instalación de la nueva base

granular y por último la nueva carpeta asfáltica de acuerdo con los diseños.

A finales mes de marzo del 2020, las obras de rehabilitación del pavimento de la vía principal, fueron temporalmente suspendidas, ante las medidas de aislamiento decretadas por el Gobierno Nacional por la presencia de la pandemia del Covid-19. Sin embargo, es de mencionar, que sí se lograron adelantar labores de mantenimiento de las cunetas y bermas existentes, para garantizar el normal flujo de las aguas lluvias a través de la calzada de la vía.

Los tramos que quedaron a nivel de base granular ante la entrada en vigencia del aislamiento, y que, no se les había podido instalar su carpeta asfáltica ante el cierre de las plantas de asfalto en la ciudad, éstos quedaron con un sobrelleno de 10 cm para poder garantizar la normalidad del tráfico de los vehículos mientras se reanudaban los trabajos en la vía principal

(...)

Teniendo en cuenta que las obras de rehabilitación de la calzada del pavimento asfáltico estaban suspendidas desde el mes de marzo del 2020 debido a las situaciones presentadas por la Pandemia, éstas fueron reiniciadas a partir del 30 de agosto del 2020. Para el segundo semestre de 2020 a pesar de las interrupciones ocasionadas durante julio y agosto por los motivos expuestos en las demás preguntas del presente cuestionario, se llevan a cabo las siguientes actividades

(...)

Con respecto a los trabajos de rehabilitación de la calzada del pavimento asfáltico de la vía principal, durante el presente periodo avaluado se lograron intervenir los siguientes tramos conforme al diseño preestablecido:

(...)

Es de anotar que, en estos tramos, no se alcanzó un mayor avance debido a la presencia de las fuertes precipitaciones de los últimos días del periodo, al igual que temas de orden público ante las

manifestaciones en la ciudad.

A nivel de cunetas en concreto armado, a finales del mes de junio del 2021, se lleva un avance de aproximadamente 1.802 metros lineales de estructura construida distribuidos en los siguientes sectores

(...)

Lo anterior permite recopilar en términos generales las intervenciones efectuadas por el Concesionario CGR Doña Juana en la vía principal del relleno sanitario Doña Juana con el propósito de mantener y garantizar la transitabilidad, necesaria para la normal prestación del servicio de disposición final de los residuos sólidos de la ciudad de Bogotá, D.C. Así mismo, es preciso señalar que, de acuerdo a la información puesta a disposición para el presente peritaje, como informes mensuales radicados a la interventoría y a la UAESP, CGR Doña Juana ha ejecutado las labores de limpieza y aseo de la vía de forma permanente, desde el inicio del contrato de concesión 344 de 2010 en la medida que las posibilidades financieras se lo han permitido. La ejecución de todas estas actividades se presenta en los informes mensuales y semestrales específicamente en el capítulo de obras civiles, los cuales son radicados a la interventoría y a la UAESP (Ver Anexo 12_5.9)"⁵⁶⁴.

Ahora bien, a la luz del citado dictamen, el Tribunal también observa que el Concesionario manifiesta tener una ejecución actual del 78% del cronograma de mantenimiento debido a situaciones que afectaron el mantenimiento de la vía principal:

"17. ¿Qué situaciones alteraron el mantenimiento de la vía principal?

Respuesta: La programación ha tenido varios retrasos por diversos

⁵⁶⁴ Dictamen pericial técnico aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&preview=183.2+dictamen+t%C3%A9cnico+convocante+Parte+2.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

factores, que han afectado el normal rendimiento y su avance, los cuales se citan a continuación:

- Déficit en la remuneración del concesionario lo cual desencadenó dificultades financieras durante la operación del relleno, que únicamente permitieron la ejecución de las actividades contractuales prioritarias para garantizar la continuidad en la prestación del servicio.
- Presencia de constantes, frecuentes, y fuertes precipitaciones en diferentes periodos a lo largo del tiempo de ejecución de las obras que generan reprocesos en la etapa constructiva de la obra, ya que las capas granulares deben ser imprimadas luego de haber sido liberadas cumpliendo un requisito mínimo de compactación y de humedad óptima. Las lluvias se han venido presentando desde finales del mes de noviembre de 2019, generándose un periodo aún más crítico desde el mes de noviembre de 2020, y que no ha cesado a lo largo de todo el año 2021, presentándose una variabilidad en el régimen a lo largo de los distintos meses.
- Temporada de problemas de orden público que se presentaron en la ciudad de Bogotá: al igual que en otras ciudades con motivo de los paros que en su momento, obligaban a tener que interrumpirse algunas jornadas de trabajo y/o se dificultaba el traslado hasta las instalaciones del RSDJ. Dichas situaciones de orden público además de afectar la accesibilidad al relleno sanitario, han afectado en algunos casos la disponibilidad de la producción del concreto asfáltico por parte de las plantas de asfalto y materiales pétreos por otros proveedores, lo que no permite contar con la disponibilidad de este tipo de materiales para un asfaltado de cierto tramo traduciéndose en la reprogramación de estas actividades.
- Modificaciones en cantidades de obra: debido a que en algunos tramos se ha encontrado mayor presencia de aguas subsuperficiales en comparación de lo evidenciado en los apiques realizados durante la auscultación de la vía existente, además de evidencias de fallos a nivel de subrasante, que implican sobre excavaciones y mayores espesores de mejoramiento de la subrasante con material de piedra rajón de

10", se han tenido que incrementar y adicionarlas cantidades de obras respecto a las inicialmente contratadas:

- Suspensión temporal de los trabajos ante la emergencia sanitaria generada por la pandemia de la COVID-19, y los distintos decretos emitidos por el Gobierno Nacional para el Aislamiento Preventivo Obligatorio y la Cuarentena Nacional, entre el 7 de abril del 2020 y el 1° de septiembre de 2020. El Anexo 12_19.12 contiene las actas de suspensión del contrato de mantenimiento de la vía principal. **Pese a lo anterior, y teniendo en cuenta que a la fecha de elaboración del presente dictamen las obras continúan en ejecución, y según la información puesta a disposición el cronograma de mantenimiento tiene un avance aproximado del 79%.** (negrita y subrayado fuera de texto).

Ello coincide con el hecho de que la misma perito manifestó que para culminar las actividades de construcción, reparación y mantenimiento de la vía principal y la instalación de señales viales se requiere un monto adicional superior a dos mil millones de pesos, lo que denota, que en efecto las actividades aún no se han ejecutado en su totalidad:

“23. Sírvase indicar, ¿a cuánto ascienden las inversiones necesarias para culminar la construcción, reparación y mantenimiento de la vía principal del RSDJ y la instalación de señales viales?

Respuesta: Las inversiones necesarias para culminar el mantenimiento de la vía principal, corresponden a actividades adicionales por un valor de \$2`283.369.442, debido a que en la medida en que avanzan las obras, aparecen necesidades que representan o generan mayores cantidades de obra, como es el caso de sobre-excavaciones más profundas y reemplazos de subrasante por mejoramientos con piedra rajón con el fin de realizar el mejoramiento de la misma; adicionalmente la construcción de filtros o subdrenes para garantizar el adecuado drenaje de las aguas subsuperficiales que se presentan a lo largo

de la vía"⁵⁶⁵.

Así las cosas, para el Tribunal resulta claro que las actividades relacionadas con la vía principal y las señales no se han ejecutado en un 100% y observa que las mismas constituyen un incumplimiento del Contrato en tanto que para el Panel no se avizoran razones que permitan justificar la tardía -y aún hoy no concluida- ejecución de actividades de obra.

En relación con esto último, el dictamen pericial técnico de contradicción elaborado por ACODAL, señala⁵⁶⁶:

⁵⁶⁵ Dictamen pericial técnico aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&preview=183.2+dictamen+t%C3%A9cnico+convocante+Parte+2.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

⁵⁶⁶ Dictamen pericial técnico de contradicción aportado por la UAESP, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAAslXm8LFkc5ZmslT0UA7hja/Pruebas/258.%20Dictamen%20contradi%20UAESP?dl=0&preview=T%C3%A9cnico.pdf&subfolder_nav_tracking=1

- **VALIDACION DEL CUMPLIMIENTO DEL PLAN DE ACCION VERSION 3.**

Mediante el comunicado de la UAESP N° 20193000060771 (Ver anexo_7.5), anteriormente mencionado aprueban el cronograma de actividades específicamente para la vía principal contenido en el PLAN DE ACCION VERSION 3 (Ver anexo_7.6), con el cual realizamos el seguimiento a su cumplimiento, con inicio de sus actividades el 5 de abril de 2019 y finalizando el 16 de abril-20.

7.1.1. Posibles causas del atraso en el desarrollo de actividades del mantenimiento, construcción, reparación y aseo de la carpeta asfáltica.

• **EJECUCION DE ACTIVIDADES EN TEMPORADA INVERNAL.**

Revisando la programación para el mantenimiento de la vía principal, avalado por la interventoría y aprobado por la UAESP, en el **PLAN DE CUMPLIMIENTO DE ALGUNAS DE LAS OBLIGACIONES EN MORA DERIVADAS DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN 344 DE 2010 V.3** (Ver anexo_7.6), se logra determinar que inicialmente las actividades referentes a la reparación y mantenimiento del 100% en tramos de 400 mt, tienen una duración de 347 días iniciando el 5 de abril de 2019 y finalizando el 16 de abril-20, las intervenciones se hacen por un carril con el fin de garantizar la transitabilidad de los vehículos recolectores por el carril contrario las 24 horas del día.

La concesión CGR doña Juana, tenía programado el inicio de la construcción de la vía el 5 de abril-19 y finalizar todas las actividades inherentes a la reparación y mantenimiento el 16 de abril-20, revisando el registro documental de interventoría se puede concluir que el concesionario incumplió el inicio de la actividad en 7 meses, arrancando con las actividades de mantenimiento y reconstrucción en el mes de noviembre de 2019, desarrollando actividades únicamente dos meses del año 2019, este incumplimiento está asociado a la elaboración extemporánea del análisis de condición actual de la estructura de la vía existente, en otras palabras los diseños, los cuales fueron presentados hasta el mes de noviembre-19.

Ahora el concesionario justifica el atraso en la ejecución de las actividades de mantenimiento, por temporada invernal presentada en 2019, sin embargo, hay evidencia que los atrasos son producto la elaboración y finalización extemporánea de los diseños, por tal razón únicamente desarrollaron actividades de reconstrucción de la vía principal los meses de noviembre y diciembre. Revisando el histórico de precipitaciones de los últimos 10 años y comparándolos con los registros del 2019 cuya fuente es CGR (junio, 2020), el régimen de precipitaciones

del mes de noviembre y diciembre del 2019, son inferiores al promedio histórico de los 10 años anteriores, es decir la intensidad de lluvias para los meses que desarrollaron actividades no son representativas para justificar el atraso en el desarrollo de la reconstrucción de la vía.

En conclusión, las lluvias presentadas en los dos meses que el concesionario desarrollo actividades de mantenimiento de la vía principal no es considerada como una razón representativa que justifique el atraso en la ejecución y terminación de la obra.

• **EJECUCION DE ACTIVIDADES POR EMERGENCIA SANITARIA COVID-19.**

Por otro lado, la emergencia sanitaria decretada por el gobierno nacional por el covid-19, en marzo de 2020 (Decretos COVID, Ver anexo_7.7), afectó en un principio los sectores productivos en especial el de la construcción por las medidas tomadas que a continuación se resumen:

Tabla 7.1 DECRETOS POR EMERGENCIA SANITARIA COVID.

DECRETO	DESCRIPCION	DIAS CALENDARIO DE LA MEDIDA	OBSERVACIONES
457 de la presidencia de la república (22/03/2020)	Art. 1. Aislamiento preventivo obligatorio a partir del 25 de mar-20 hasta el 25 de abr-20. En donde limitan la libre circulación de personas y vehículos con excepciones del art 3.	30	En las excepciones del art 3, no hay libre circulación al sector de infraestructura vial.
593 de la presidencia de la república (24/04/2020)	Art. 1. Aislamiento preventivo obligatorio a partir del 27 de abr-20 hasta el 11 de may-20. En donde limitan la libre circulación de personas y vehículos con excepciones del art 3.	15	Con derecho de circulación de personas en los casos del Art 3, donde la N° 18 menciona "la ejecución de obras de infraestructura y transporte y cadena de suministros de materiales e insumos"
636 de presidencia de la república (06/05/2020)	Art. 1. Ordena aislamiento preventivo obligatorio a partir del 11 hasta el 25 de mayo de 2020	15	Con derecho de libre circulación de personas en los casos del Art 3, N° 18 menciona "La ejecución de obras de infraestructura de transporte y obra pública, así como la cadena de suministros de materiales e insumos relacionados con la ejecución de las mismas"
689 de la presidencia de la república (22/05/2020)	Art. 1. Promover vigencia del decreto 636 del 6 mayo hasta el 31 de mayo-20	6	Lo mismo del Art 636.
749 de la presidencia de la república (28/05/2020)	Art. 1. Ordena aislamiento preventivo obligatorio a partir del 1 de junio hasta el 1 de julio de 2020	30	Libre circulación para actividades contenida en el Art 3, N°17 "Las actividades del sector de la construcción, ejecución de obras civiles y la remodelación en inmuebles, así como el suministro de materiales e insumos exclusivamente destinados a la ejecución de las mismas". Y N°18 "Las actividades del sector de la construcción, ejecución de obras civiles y la remodelación en inmuebles, así como el suministro de materiales e insumos exclusivamente destinados a la ejecución de las mismas"
878 de la presidencia de la república (25/06/2020)	Art. 1. Promover vigencia del decreto 749 del 28 mayo hasta el 15 de julio-20	15	Lo mismo del Art 749.

950 de la presidencia de la república (09/07/2020)	Art. 1. Ordena aislamiento preventivo obligatorio a partir del 15 de julio hasta el 1 de agosto de 2020.	15	Libre circulación para actividades contenidas en el Art 3, Actividades N°17 y 18.
1076 de la presidencia de la república (28/07/2020)	Art. 1. Ordena aislamiento preventivo obligatorio a partir del 1 de agosto hasta el 1 de septiembre de 2020.	30	Libre circulación para actividades contenidas en el Art 3, Actividades N°17 y 18.
1168 de la presidencia de la república (25/08/2020)	Aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable con vigencia del 1 de sep de 2020 hasta el 1 de octubre de 2020.	30	Libre circulación. Con restricción a eventos públicos o privados que implique aglomeraciones.
1297 de la presidencia de la república (29/09/2020)	Promesa vigencia del decreto 1168, decretando el aislamiento selectivo individual responsable hasta el 1 de noviembre-2020.	30	Libre circulación. Con restricción a eventos públicos o privados que implique aglomeraciones.
1408 de la presidencia de la república (03/10/2020)	Promesa vigencia de los decretos 1168 y 1297, insertando el aislamiento selectivo individual responsable hasta el 1 de diciembre-2020.	30	Libre circulación. Con restricción a eventos públicos o privados que implique aglomeraciones.

Fuente de información: <https://compravendimientos.gov.co/colpids/1168/origen.html>

Luego de presentar la anterior tabla, el dictamen técnico de contradicción, trae la siguiente leyenda:

Resumiendo, la anterior tabla, el aislamiento preventivo obligatorio en todo el territorio nacional con restricción para el sector de la construcción fue de un (1) mes desde el 25 de marzo hasta 25 de abril de 2020, luego el gobierno nacional decretó nuevamente el aislamiento preventivo obligatorio por 4 meses aproximadamente (entre los meses de mayo hasta agosto de 2020), con derecho a la circulación de las actividades contenidas en el artículo 3, los numerales 17 y 18, que hacen referencia a las actividades de infraestructura y construcción. En el mes de septiembre-20, decretan el aislamiento selectivo individual responsable en donde hay libre circulación en el territorio nacional con restricciones únicamente a eventos que implique aglomeraciones.

Por último, se concluye lo siguiente:

involucra afectación por clima, emergencia sanitaria de covid-19 y paro nacional del 2021, a continuación, se resume en la siguiente línea de tiempo las afectaciones presentadas y comparadas con la programación presentada por CGR Doña Juana del laudo arbitral.

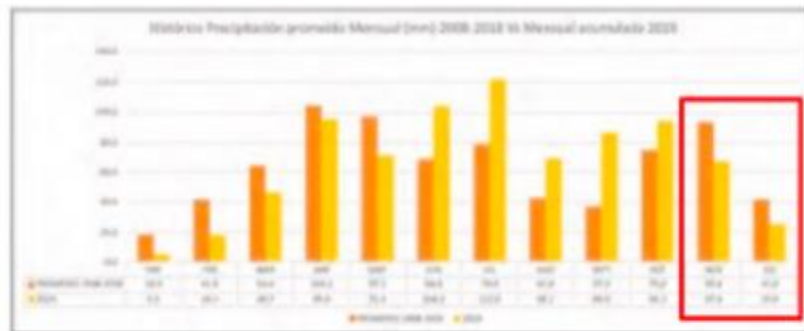
Gráfica VII-1 LINEA EN EL TIEMPO PROGRAMACION Y AFECTACIONES.



De acuerdo al grafico se concluye lo siguiente:

1. CGR doña Juana, NO CUMPLIO con la programación aprobada del laudo arbitral, iniciando las actividades extemporáneamente. Con atraso de 7 meses.
2. Los meses que presuntamente pudo afectar el desarrollo de la obra por temporada invernal fueron noviembre y diciembre de 2019, sin embargo, como se dijo anteriormente las precipitaciones de los meses mencionados son bajas comparándolas con el promedio de los últimos 10 años.

Imagen VII-1 HISTORICO DE PRECIPITACIONES.



Fuente dictamen técnico CGR. (VI. VIAS)

3. La pandemia originada por el COVID-19, no afectan directamente los tiempos de ejecución de la programación vigente.
4. CGR, programó ejecutar y terminar las obras de la vía principal en 347 días y a fecha del 30 de abril-2022, lleva 775 días sin finalizar las obras, es decir 2.1 años de atraso en la finalización de la obra.
5. Las protestas manifestaciones presentadas en Bogotá convocadas para el 19 de noviembre-19 que se extendieron por 3 semanas afectaron el normal desarrollo de las obras.

Con base en lo anterior, el Tribunal no encuentra que existan verdaderas razones que puedan justificar el incumplimiento del Concesionario en tanto (i) los tiempos del Plan de Acción surgieron de su propia propuesta y el Concesionario no probó imposición alguna de la UAESP; (ii) el Plan de Acción aprobado por las Partes no fue ejecutado en los términos y plazos acordados; (iii) las circunstancias enunciadas por el Concesionario relacionadas con el régimen de lluvias, desórdenes sociales, pandemia por COVID - 19, entre otras, son todas posteriores a la fecha inicialmente acordada en el Plan de Cumplimiento, y por lo tanto, no son exculpatorias de su incumplimiento.

Siendo así las cosas, el Tribunal Arbitral declarará el incumplimiento y accederá a las pretensiones primera subsidiaria de la vigésima novena principal y primera pretensión subsidiaria de la trigésima primera principal. En consecuencia negará las excepciones formuladas por el Concesionario

sobre este punto.

6. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA EN RELACIÓN CON LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN C- 344 DE 2010 RELACIONADAS CON LAS OBRAS DE REALCE DEL DIQUE AMBIENTAL

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“TRIGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. – ESP incumplió la Cláusula 2. Obligaciones Generales en el numeral 5 y 13; Cláusula 3. Obligaciones Específicas del Contrato de Concesión 344 de 2010 y lo dispuesto en la Resolución 724 de 2010 y demás disposiciones que hacen parte integral del contrato, al no haber realizado las actividades de realce del Dique Ambiental definido en la Resolución CAR 1351 de 2014, cuyo objetivo es mitigar los efectos ambientales de la operación, especialmente los relativos a la comunidad de Mochuelo Alto”.

“TRIGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la TRIGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993”.

6.1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

6.1.1. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA DE LA UAESP

La UAESP señala que conforme al numeral 6 de la cláusula segunda del

Contrato y el literal c) de otras obligaciones de la cláusula tercera, el Concesionario se encontraba obligado a realizar las obras de realce y construcción del dique ambiental (hecho 203).

Señaló que las obras del dique ambiental estaban previstas desde la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental que sirvió de base a la modificación de la licencia ambiental del RSDJ, que fue elaborado por el Concesionario, el cual preveía que las obras del dique se adelantaran con el material de excavación obtenido de las obras de construcción de la terraza 3 o de otro material rocoso excedente o importado (hechos 204, 205 y 206).

Sostuvo que las obras del dique ambiental fueron aprobadas por la CAR en los artículos tercero y cuarto de la Resolución 1351 de 2014 por la cual se modificó la licencia ambiental del RSDJ, la cual debía haberse entregado el 30 de mayo de 2017 (hechos 208 y 209).

Señaló que en la Plan de Cumplimiento del 30 de diciembre se estipuló un plazo para la ejecución de las actividades de construcción de la terraza 3 y la conformación o realce del dique ambiental, siendo la fecha final de entrega del mismo el 31 de diciembre de 2020 (hecho 210). Adujo que el Concesionario no ha cumplido esta obligación cuya finalidad es la mitigación de impactos ambientales, siendo su avance de 42,7% a enero de 2021 (hechos 211, 213 y 214).

6.1.2. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA POR PARTE DEL CONCESIONARIO

En relación con la cita de estipulaciones contractuales el Concesionario manifestó que se atenía a su tenor literal (hecho 203).

Señaló que era cierto que CGR presentó el Estudio de Impacto Ambiental y que en él se incluyeron las obras del dique ambiental, y precisó que sobre los sobrantes de la excavación *“se dijo expresamente que las cantidades indicadas eran estimaciones sujetas a la verificación real de la cantidad resultante”* y que la calidad de los materiales era ajeno y externo al manejo de CGR. Sostuvo que en cualquier caso se han adoptado las medidas necesarias para mitigar el impacto visual, los olores y el ruido a la comunidad del área de influencia (hechos 204, 205 y 206).

Sobre la Resolución 1351 de 2014 señaló que era un documento a cuyo contenido se atenía, pero precisó que las obras del dique ambiental quedaban sujetas a las actividades de construcción de la terraza. Adujo que la UAESP en su relato omitió mencionar que las obras del dique ambiental no hacían parte de la remuneración sino hasta el año 2018 (hecho 208 y 209).

Sobre el Plan de Cumplimiento señaló que no era cierto que hubiese incurrido en incumplimiento alguno y agregó que la disposición final de residuos en la terraza 3 no ha llegado a su tope, por lo que *“los señalamientos que lanza la reconviniendo resultan desvirtuados”* tanto en los términos del Estudio del Impacto Ambiental, la Resolución 1351 de 2014 y el mismo Plan de Cumplimiento (hecho 210). Señaló que las alegaciones de incumplimiento por parte de la UAESP son *“tendenciosa y sin soporte técnico”* y manifestó que CGR Doña Juana sí ha adecuado y construido el dique ambiental.

En cuanto a los porcentajes de avance reportados por la Interventoría

manifestó que no le constaban los seguimientos y reportes efectuados por esta ya que en su sentir no fueron realizados por un tercero neutro “sino por una interventoría parcializada” (hecho 213)

Reiteró que la construcción del dique está sujeta a la financiación y terminación de la adecuación de la terraza 3 y sostuvo que “la construcción del Dique Ambiental se ha logrado gracias a la diligencia y el cumplimiento por parte de CGR Doña Juana y a pesar de los obstáculos e incumplimientos de la UAESP”. De igual forma insistió que las actividades de realce del dique ambiental no se encontraban incluidas dentro de la remuneración que percibía el Concesionario, la cual solo vino a ser remunerada a partir de la expedición de la Resolución CRA 843 de 2018. En igual orden de ideas, señaló que la construcción del dique estaba prevista con materiales arcillosos encontrados en las terrazas 1 a 4, sin embargo se ha encontrado que las arcillas obtenidas de dichas excavaciones tienen calidades menores de las esperadas, lo que ha conllevado a realizar “mayores inversiones altamente costosas para la adquisición de arcillas de buena calidad con proveedores externos para culminar la construcción del Dique”. Por último señaló que CGR no ha incumplido el Contrato y que “ha adecuado y construido el proyecto del dique ambiental a pesar de los incumplimientos por parte de la UAESP” (hecho 213 y 214).

En el acápite de “oposición a las pretensiones”, CGR se opuso y alegó que sí había cumplido con el Contrato de Concesión en cuanto ha realizado las actividades de realce del dique de acuerdo con lo definido en la Resolución CAR 1351 de 2014. Señaló en tal sentido que la disposición de residuos en la Terraza 3 no ha llegado a su tope.

En cuanto a la pretensión consecuencial de terminación del Contrato, se opuso a ella pues en su sentir la terminación del Contrato debe darse por el incumplimiento grave del objeto del mismo y no por el incumplimiento de una cualquiera de sus obligaciones accesorias. Además, a la luz del artículo 1609 *ibidem* sostuvo que no existe incumplimiento cuando la UAESP incumplió el Contrato (*exceptio non adimpleti contractus*). Por último, manifestó que ninguno de los incumplimientos que le achaca la UAESP son tales, sino que todos son “efectos de una misma causa” que es el “*sinnúmero de incumplimientos gravísimos de la UAESP de la ley y del contrato mismo, que han afectado de manera generalizada y severa las obligaciones a cargo del Concesionario desquiciando por completo la ejecución contractual*”.

6.2. LOS ALEGATOS DE LAS PARTES

6.2.1. LOS ALEGATOS DE LA UAESP

La UAESP dio inicio a sus alegaciones haciendo una breve exposición de los principales argumentos esgrimidos por CRG, para quien la ausencia de material arcillosos de buenas condiciones, ubicado en la zona para la construcción del dique ambiental, ha dificultado el adelantamiento de las obras de construcción, por lo que se ha requerido llevar a cabo mayores inversiones para la adquisición de la materia prima. Sostuvo, que en cambio, en su posición (la de la UAESP) es claro el incumplimiento del Concesionario quien no ha adecuado ni construido el dique ambiental.

Además de lo anterior, la UAESP agregó que fue CGR adelantó el Estudio de Impacto Ambiental para la modificación de la licencia ambiental y quien

determinó las condiciones en que se adelantaría la construcción del dique y los materiales de que dispondría para tal efecto.

Señaló la reconviniendo que las actividades del dique ambiental debían haberse entregado el 30 de mayo de 2017, pero debido al incumplimiento del Concesionario debieron ser modificadas conforme al Plan de Cumplimiento del 30 de diciembre de 2019, acordándose como nueva fecha para su culminación antes del 31 de diciembre de 2020. Sostuvo que a pesar de lo anterior, y de conformidad al informe del mes de diciembre de 2020 del Interventor, era claro que no se habían realizado actividades de realce del dique.

Incluso, manifestó que para el mes de diciembre de 2021 el Concesionario seguía sin cumplir con los compromisos adoptados en el Estudio de Impacto Ambiental y en el Plan de Cumplimiento. Al respecto, citó el dictamen pericial elaborado por ACODAL, el cual, en su entender, da cuenta del incumplimiento del Concesionario.

En cuanto al argumento del Concesionario relativo a la insuficiencia de recursos, no tiene en su sentir ningún asidero pues los materiales debían ser obtenidos de las mismas excavaciones que realizara CGR. Sobre el particular señaló que si bien el peritaje de CGR sostiene que los materiales excavados no eran los adecuados para la construcción del dique, el EIA estableció que el concesionario adquiriría el material rocoso necesario para su construcción, conclusión esta que se ve reforzada por el dictamen de ACODAL.

6.2.2. LOS ALEGATOS DEL CONCESIONARIO

En sus alegatos de conclusión, el Concesionario expuso cuatro (4)

argumentos en relación con la controversia de realce del dique ambiental, a saber: la excepción de contrato no cumplido, culpa exclusiva de la UAESP, inexistencia de incumplimiento y nadie está obligado a lo imposible.

Sobre la “excepción de contrato no cumplido” señaló que la construcción del dique ambiental era una actividad que no se encontraba incluida dentro de la remuneración fijada en el Contrato, circunstancia esta última imputable a la UAESP y a su propio incumplimiento.

En relación con la “culpa exclusiva de UAESP” manifestó que las actividades que debe realizar CGR Doña Juana para la conformación del dique ambiental son significativamente costosas, y han sido estimadas por los peritos técnicos en \$15.000 millones de pesos, de los cuales CGR Doña Juana a octubre de 2021 había podido invertir \$3.600 millones. Sostuvo que a la fecha, el Concesionario ha venido realizando las actividades de realce con cargo al flujo de caja, debido a que no ha podido acceder a financiación por cuanto, en su sentir, la UAESP no ha cesado de obstaculizar y frustrar cualquier oportunidad que ha tenido de concretar una financiación.

Respecto a la “inexistencia de incumplimiento” adujo que existe una relación directa entre la construcción de la terraza 3 y la necesidad de avanzar con el dique ambiental pues no se puede tener por incumplida la construcción del dique ambiental hasta tanto no se hayan culminado las actividades de conformación de la terraza 3, las cuales solo iniciaron en mayo de 2017.

En cuanto al argumento de que “nadie está obligado a lo imposible” señaló que el dique se construiría con el material obtenido de la excavación de las

terrazas, sin embargo, en este caso no se encontró suficiente material apto para la construcción, razón por la cual fue necesario replantear el cronograma de trabajo. En tal sentido hizo énfasis en el testimonio del ingeniero Carlos Niño respecto de inconvenientes de anteriores operadores con la construcción de diques.

Por último, alego que las actividades de construcción (realce) del dique ambiental se han visto afectadas por la suspensión de obras por causa del COVID - 19 y la ola invernal.

6.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En este punto corresponde determinar al Tribunal si el Concesionario incumplió o no con las actividades de construcción (realce) del dique ambiental cuya construcción estaba prevista para la zona de Optimización Fase II del RSDJ.

Las estipulaciones contractuales que se relacionan con esta actividad son las siguientes:

“CLÁUSULA SEGUNDA - OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO: Además

*de las obligaciones que de manera general establece el Artículo 5° de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, **EL CONCESIONARIO** deberá cumplir las siguientes obligaciones generales:*

(...)

5. Cumplir con todas las obligaciones previstas en la Licencia Ambiental Resolución de la CAR 2133 de 2000, todas sus

modificaciones, adiciones, complementaciones o sustituciones y aquellas que en adelante profiera la Autoridad Ambiental competente. Además, deberá acatar lo dispuesto en las normas ambientales vigentes, y las que las reformen, adicionen, complementen, modifiquen o sustituyan. Así como todos los actos administrativos proferidos por la CAR o la autoridad ambiental competente, que contemplen obligaciones ambientales inherentes a cualquiera de los componentes del RSDJ”.

(...)

“CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS. Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, **EL CONCESIONARIO** deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas.

EN LA ZONA DE OPTIMIZACIÓN FASES I Y II

1. Revisar y ajustar, dentro de los tres (3) primeros meses contados a partir de la firma del acta de iniciación del contrato, los diseños de estas zonas, para aprobación por parte de la UAESP, para proceder a su adecuada operación y mantenimiento. En caso de que se realicen ajustes a los diseños, el concesionario deberá solicitar la correspondiente autorización por parte de la autoridad ambiental.

2. Todos los documentos resultantes de la revisión y ajuste de los diseños, establecidos en el numeral anterior deben estar a disposición de la Interventoría y de la UAESP para su consulta y seguimiento.

3. Realizar todas las obras necesarias para garantizar la estabilidad de la disposición futura de residuos dentro de la Zona de Optimización Fase I y II.

Los planos que se relacionan a continuación y que corresponden a la Zona de Optimización, corresponden al Archivo -PLANOS ZONA DE OPTIMIZACION.dwg" y hacen parte del presente Contrato.

(...)

OTRAS OBLIGACIONES

El Concesionario deberá presentar dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha de suscripción del acta de iniciación del contrato, los documentos de carácter técnico que se relacionan a continuación:

c) Un cronograma de ejecución ajustado a los plazos del contrato. El cronograma podrá ser actualizado de mutuo

acuerdo con la UAESP".

Sobre la obligación de realizar la construcción del dique ambiental, el Tribunal encuentra que las Partes están de acuerdo en que la misma surgió a raíz de la presentación por parte del Concesionario del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) ante la CAR. Esta era una obligación del Concesionario quien conforme al Contrato (cláusula sexta) tenía la obligación de solicitar la modificación de la licencia ambiental del RSDJ. Sobre este punto no existe discusión alguna entre las Partes.

Además, está probado que las obras de realización del dique ambiental fueron aprobadas por la CAR en la Resolución 1351 de 2014, la cual contempla lo siguiente:

"ARTÍCULO 1: *Modificar la licencia ambiental única otorgada a la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP, identificadas con el NIT: 899.999.061 y 900-126-860-4; respectivamente, otorgada a través de la Resolución 2133 de 2000, modificada por las Resoluciones 2211 y 2791 de 2008, en el sentido de incluir la ejecución, construcción y operación del proyecto OPTIMIZACIÓN FASE II DE LAS ZONAS VII Y VIII DEL RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA, localizado en la vereda El Mochuelo de la Localidad de Ciudad Bolívar, del Distrito Capital, para la disposición de residuos sólidos urbanos (RSU) de origen doméstico, provenientes de la ciudad de Bogotá y de los municipios con convenio vigente con la UAESP, de conformidad con el contenido del presente acto.*

(...)

ARTÍCULO 3: ***Para la adecuación y construcción de este proyecto, se contará con 4 terrazas de fondo, cimentadas en terreno natural arcilloso, producto de la excavación ordenada, con el fin de obtener el material necesario para las labores de operación con residuos y para las tareas complementarias requeridas, como el cierre y el dique ambiental.*** *Las dimensiones y medidas aproximadas de las terrazas a construir serán las siguientes:*

(...)

PARÁGRAFO 1: El relleno se alzaré hasta la cota 2999 msnm, con lo cual el aprovechamiento del vaso es óptimo y se mejora la relación costo beneficio del proyecto.

PARÁGRAFO 3: En relación con los volúmenes a remover, se espera aproximadamente 2.298.078 m³ de suelo natural, que sumado a la arcilla de cierre de zonas operadas, sobre el estimado de 1 m de espesor genera un volumen total de material arcilloso de 2'532.009 m³.

PARÁGRAFO 5: los sobrantes de excavación, luego de resultar no aptos para la operación del relleno, se pueden disponer ordenadamente en el acopio acondicionado en el sector de ZODME (94.561 m²), tal y como se indica en los planos de diseño. Se cuenta también con la posibilidad de disponer estos materiales sobrantes en el denominado dique ambiental (342.276m³), que será la estructura empleada para mitigar el impacto visual del proyecto a las comunidades altas de la zona de influencia indirecta el proyecto.

PARÁGRAFO 6: Se aceptan las fuentes de materiales de agregados presentadas en el EIA correspondientes a Villa Paula I y II, Cantera la Esmeralda y Piedras y Derivados S.A.

ARTÍCULO 4: Se autoriza la construcción de las siguientes obras preliminares para el proyecto OPTIMIZACIÓN FASE II DE LAS ZONAS VII Y VIII DEL RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA:

1. **Dique Ambiental:** Se deberán utilizar materiales como arcilla, material rocoso u otros similar que sirva estructuralmente a este fin; se localiza más al sur de la servidumbre de alta tensión y estará cimentado en la parte más alta de la colina divisoria de las cuencas Aguas Claras y el Botello; estará totalmente prohibido utilizar escombros para la Construcción de esta obra. Tendrá una altura media entre 18 y 20m. Con una corona de 15m de amplitud, se logra un área suficiente para una siembra de árboles de alta talla y follaje. Se estima emplear para ello un volumen de 240.008m³"⁵⁶⁷

De igual forma está probado que a través de comunicación del 27 de octubre de 2014 el Concesionario entregó a la UAESP la "programación

⁵⁶⁷ Documento aportado CGR con la demanda principal, que puede ser consultado en el siguiente enlace:

https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AACFL7RkrpHkXegP9J66gQK2a/Pruebas/1.%20Exp%20f%C3%ADsico/1.%20Demanda%20principal%20inicial?dl=0&preview=PRUEBAS++2+FOLIO+1-259.pdf&subfolder_nav_tracking=1

*Estimada Optimización Fase II - Resolución CAR 1351 de 2014 y 2320 de 2014 V3", cuya revisión fue realizada junio con la Interventoría y UAESP el 23 de octubre de 2014"*⁵⁶⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, y para efectos de que el Concesionario pudiera llevar a término la construcción (realce) del dique ambiental, las Partes celebraron el denominado Plan de Cumplimiento del 30 de diciembre de 2019. En relación con la construcción y realce del dique ambiental, el Plan de Cumplimiento señaló lo siguiente:

"15. Dique Ambiental.

La construcción del Dique Ambiental es una actividad preliminar del proyecto Optimización Fase II, el cual entre sus funciones se encuentra servir como barrera visual de los residuos. Para garantizar la estabilidad de la obra, la construcción del Dique se debe hacer con un material específico, por lo cual, su construcción se ha extendido en el tiempo y se ha desarrollado a medida que se encuentra dicho material en el proceso de excavación de las terrazas.

CGR Doña Juana propone que al inicio de disposición de residuos de la Terraza 3 (aproximadamente el 15 de marzo de 2020), el dique esté construido en un 62%, con una altura suficiente para que este cumpla su función de acuerdo con la secuencia de llenado de la terraza 3, y finalizar su construcción antes del 31 de diciembre de 2020. Por lo anterior CGR Doña Juana se compromete a entregar propuesta técnica a la autoridad ambiental con copia a la UAESP y a la Interventoría, a más tardar el 31 de diciembre de 2019 junto con una programación para el desarrollo de la obra"⁵⁶⁹

A su turno sobre las obras de adecuación de la terraza 3 de la zona de

⁵⁶⁸ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1TJh7s7pvAnOnvAJiEmaM2SaVA5yULGhu>.

⁵⁶⁹ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/18_IsuupbkT4_QKZGfDbCnAiuoyvryK-P.

optimización Fase II, se señaló en el Plan de Cumplimiento que:

“16. Adecuación Terraza 3 de la zona de optimización Fase II

Con el fin de garantizar la prestación del servicio el concesionario CGR Doña Juana se compromete a finalizar la construcción de la Terraza 3A el 28 de Febrero de 2020. Por lo cual es necesario que las actividades se ejecuten en el horario de 6:00 am a 10:00 pm, en este sentido el concesionario presentará de manera inmediata, comunicación a la autoridad ambiental – ANLA, informando el cambio de horario”⁵⁷⁰

Consta en el expediente que a través de comunicación CGR-DJ-0182-20 del 10 de febrero de 2020, el Concesionario entregó al Interventor ajustes a las programaciones del Plan de Cumplimiento en lo que respecta a la obligación 8 correspondiente al Dique Ambiental⁵⁷¹.

El comunicado CGR-DJ-0182-20 del 10 de febrero de 2020, al que se acaba de hacer referencia, fue objeto de respuesta por la UT Inter DJ a través de comunicación UTIDJ-202002265 del 17 de febrero de ese mismo año, en la que la Interventoría del Contrato señaló que conforme al ajuste presentado por el Concesionario a la programación del dique ambiental, la misma se había ajustado conforme al Plan de Cumplimiento, por lo que conforme a esta programación la “*fecha límite de finalización de la construcción de las 2 etapas del Dique Ambiental Sur*” era el 31 de diciembre de 2020⁵⁷².

Sin perjuicio de lo anterior, en comunicación UTIDJ-202002193 del esa misma fecha la Interventoría presentó un nuevo requerimiento al Concesionario

⁵⁷⁰ Ibidem.

⁵⁷¹ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1TJh7s7pvAnOnvAJiEmaM2SaVA5yULGhu>.

⁵⁷² Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1TJh7s7pvAnOnvAJiEmaM2SaVA5yULGhu>.

para ajustar la programación de actividades relacionadas con la actividad de construcción del dique ambiental, en los siguientes términos:

“Con base en los lineamientos anteriores, el requerimiento de esta Interventoría va encaminado a que el Concesionario especifique claramente la planeación de recursos, teniendo en cuenta que las obras no pueden exceder el límite máximo de vencimiento definido en el Acuerdo suscrito entre CGR y la UAESP, con fecha límite al 31/12/2020. Es decir, que en la citada fecha deben estar culminadas las dos etapas de construcción del dique ambiental sur. Adicionalmente se requiere copia de la propuesta radicada a la ANLA para aprobación de dicha Entidad. Ahora bien, dado que la programación adjunta al oficio excede los plazos previstos, la Interventoría solicita su ajuste inmediato, para dar cumplimiento a los compromisos del Acuerdo suscrito entre CGR y la UAESP del pasado 31/12/2019”⁵⁷³.

En comunicación posterior del 19 de febrero de ese mismo año, la UAESP manifestó al Concesionario que:

“Se realizaron visitas de campo para el seguimiento y control de la ejecución de las actividades adecuación en terraza 3 y dique ambiental sur el día 22 de enero y 12 de febrero de 2020 en compañía de la interventoría donde se evidencia con preocupación el estado del avance, dado que ambas obras presentan retrasos considerables”⁵⁷⁴.

Sumado a lo anterior, el Tribunal encuentra que a través de comunicación UTIDJ-2020121662 del 29 de diciembre de 2020 de la Interventoría UT Inter DJ, esto es, 2 días antes de la fecha máxima para finalizar las obras del Dique Ambiental Sur, se manifestó lo siguiente al Concesionario:

⁵⁷³ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1TJh7s7pvAnOnvAJiEmaM2SaVA5yULGhu>.

⁵⁷⁴ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1TJh7s7pvAnOnvAJiEmaM2SaVA5yULGhu>.

“La interventoría en sus labores de inspección evidencia con preocupación el nulo avance en las actividades de realce del Dique Ambiental Sur que se mantiene en el 42%, desde el mes de julio de 2020, y sin que se demuestre por parte de CGR Doña Juana intenciones de culminar la obra. Al respecto, se debe recordar que en el numeral 15 del Plan de Cumplimiento, firmado el 30 de diciembre de 2019, el Concesionario se comprometió a: CGR Doña Juana se compromete que al inicio de disposición de residuos de la Terraza 3 (aproximadamente el 15 de marzo de 2020), el dique esté construido en un 62%, con una altura suficiente para que este cumpla su función de acuerdo con la secuencia de llenado de la terraza 3, **y finalizar su construcción antes del 31 de diciembre de 2020.** Por lo anterior CGR Doña Juana se compromete a entregar propuesta técnica a la autoridad ambiental con copia a la UAESP y a la Interventoría, a más tardar el 31 de diciembre de 2019 junto con una programación para el desarrollo de la obra”.

CGR Doña Juana no cumplió con el porcentaje de avance comprometido antes de disponer residuos en la terraza 3 de la zona de Optimización Fase 2 y evidentemente no va a cumplir con la culminación de las obras el próximo 31 de diciembre de 2020, por tal motivo, se mantiene vigente la solicitud de proceso sancionatorio presentada por esta Interventoría a la UAESP”⁵⁷⁵.

Ahora bien, el dictamen pericial técnico aportado por CGR indica lo siguiente:

“2. Sírvasse indicar, de acuerdo con la información puesta a su disposición, ¿a cuánto ascienden las inversiones necesarias para las obras sobre el dique ambiental?

Respuesta: De conformidad con la información suministrada, los costos de ejecución para el cumplimiento de la actividad de conformación del dique ambiental sur ascienden a \$15,171'449,551.83 discriminados entre las actividades que se han ejecutado hasta la fecha (octubre 2021) y las actividades

⁵⁷⁵ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1TJh7s7pvAnOnvAJiEmaM2SaVA5yULGhu>.

pendientes por ejecutar.

De acuerdo con lo anterior, las actividades ejecutadas a la fecha alcanzaron un valor total de \$3,611'427,715.93, por otro lado, las actividades pendientes por ejecutar alcanzan un valor de \$10,904'491,699.08 presupuestados en el año de 2019, por esta razón, los costos para las actividades faltantes deben ser indexados a valor presente de acuerdo con los índices de precios al consumidor (IPC) para Colombia emitidos por el DANE el 5 de octubre de 2021, obteniendo de esta manera un valor total de \$15,171'449,551.89, como se soporta en las siguientes tablas"⁵⁷⁶.

Conforme a lo anterior, para el Tribunal resulta claro que el valor de las obras del dique Ambiental tenía un valor total de diez mil novecientos cuatro millones cuatrocientos noventa y un mil seiscientos noventa y nueve pesos con ocho centavos m/cte (\$10.904.491.699,08) a pesos del año 2019, de los cuales el Concesionario sólo logró ejecutar un total de tres mil seiscientos once millones cuatrocientos veintisiete mil setecientos quince pesos con noventa y tres centavos m/cte (\$3.611.427.715,93).

De lo anterior se deduce claramente que, a la fecha, las obras del Dique Ambiental no han sido ejecutadas en su totalidad, existiendo un gran retraso en las mismas, pues, conforme se dejó acreditado en precedencia, el dique debía haber sido entregado a más tardar el 30 de diciembre del año 2020, tal como así se acordó por las Partes en el Plan de Cumplimiento.

Ahora bien, el Concesionario trató de justificar su incumplimiento en el hecho de que supuestamente la construcción del dique ambiental no estaba incluida en la remuneración contractual con anterioridad al año 2018, al punto que el Contrato de Concesión C - 344 de 2010 no hace

⁵⁷⁶ Dictamen pericial técnico aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&subfolder_nav_tracking=1.

referencia en momento alguno a la actividad de construcción del dique.

Pues bien, desde el momento mismo de la celebración del Contrato, era claro para las Partes que el Concesionario tendría a su cargo la modificación de la Licencia Ambiental, a fin de que pudiera ejecutar actividades en la denominada Zona de Optimización Fases I y II, pues así lo establecía expresamente la cláusula sexta del Contrato, y la cláusula tercera.

De conformidad con la normatividad ambiental vigente, para la obtención de una licencia ambiental, o su modificación, se requiere presentar y obtener la aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). La elaboración de este estudio se encuentra a cargo del interesado en obtener la respectiva licencia o su modificación. En el caso concreto, fue el Concesionario quien, al presentar el EIA incluyó las actividades de construcción del dique ambiental, las cuales fueron finalmente aprobadas en la Resolución 1351 de 2014 de la CAR, que otorgó la modificación de la licencia ambiental del RSDJ. Aunado a lo anterior, es necesario destacar que conforme al Contrato de Concesión, era obligación del Concesionario la de *“adecuar, construir y mantener todas las instalaciones que se requieran y las obras existentes necesarias para la correcta administración, operación y mantenimiento del RSDJ”*, incluidas las *“obras de protección y control de impactos ambientales”* (cláusula 2.15).

Ahora bien, en relación con los costos de las actividades derivadas de la expedición de la Resolución CAR 1351 de 2014, el Tribunal ya se pronunció en el capítulo de este laudo correspondiente al análisis del desequilibrio económico invocado por CGR como consecuencia de la modificación de

la licencia ambiental mediante la mencionada Resolución y sus nuevas exigencias y actividades.

Allí se señaló que el Tribunal encontró probado que las actividades y requerimientos establecidos en la modificación de la licencia ambiental en virtud de la Resolución CAR 1351 de 2014 fueron diferentes y adicionales a los vigentes al inicio de la concesión, y por lo tanto, es forzoso concluir que su atención demandó de mayores recursos por parte de CGR.

Al respecto, dijo el Tribunal que de conformidad con el Contrato, la gestión de la modificación de la licencia ambiental le correspondía realizarla a CGR, a su costa, y que fue CGR quien elaboró el Estudio de Impacto Ambiental, siendo así que la modificación de la licencia ambiental no solamente estaba prevista en el Contrato como una posibilidad, sino que su trámite constituía una obligación del Concesionario, con miras a lograr el licenciamiento de los terrenos de la UAESP que para entonces no habían sido autorizado, lo cual conllevaba la posibilidad de extender el plazo del Contrato.

También hizo alusión el Tribunal a la MATRIZ DE IDENTIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO según la cual los riesgos ambientales asociados con el cumplimiento de la licencia ambiental del RSDJ y del Plan de Manejo Ambiental estaría a cargo del Concesionario, y que en el caso en que el Concesionario debiera obtener licencias o permisos ambientales para desarrollar las actividades de aprovechamiento y tratamiento, al igual que aquellas actividades conexas, los costos asociados a la obtención de las licencias o permisos ambientales y al cumplimiento de las obligaciones allí contempladas estarán a cargo del

Concesionario.

No obstante, sobre el particular el Tribunal estableció que esta asignación de riesgo no puede entenderse con el alcance de que los costos asociados a los nuevos requerimientos ambientales incorporados en la modificación de la licencia ambiental, que tuvo por objeto ampliar el área licenciada a otros terrenos de propiedad de la UAESP, hayan de ser asumidos por el Concesionario, independientemente de su naturaleza o cuantía, por cuanto no se trató de un permiso o licencia "para desarrollar la actividad de aprovechamiento y tratamiento", ya que su objeto no fue la obtención de una autorización para desarrollar cierta actividad, sino de la modificación de una licencia ambiental ya existente para incorporar una mayor área.

Además, se dijo, que la interpretación de que los costos asociados a los nuevos requerimientos ambientales hubieran de ser asumidos por el Concesionario, independientemente de su naturaleza o cuantía, conllevaría a que el Pliego de Condiciones exigía al Concesionario asumir obligaciones de alcance ilimitado, lo cual contravendría artículo el 24, numeral 5 de la Ley 80 de 1993, que prescribe que en el Pliego de Condiciones "e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada (...)", y como consecuencia determinaría la ineficacia de esta estipulación del Pliego; de manera que el Tribunal, acudiendo a la norma hermenéutica de la interpretación lógica del contrato , se decantará por la siguiente interpretación.

Por lo anterior, el Tribunal interpretó que el riesgo previsible de conformidad con el Contrato, era el de que se requería tramitar la modificación de la

licencia ambiental para procurar la ampliación del área licenciada del RSDJ, y de este riesgo, la consecuencia económica que asumió el Concesionario fue la de sufragar los costos de dicha gestión. Por el contrario, el riesgo de que de dicha modificación resultaran nuevos requerimientos ambientales, generadores de mayores costos a cargo del Concesionario, cuya magnitud era del todo imprevisible al momento de la celebración del Contrato, no fue asumido por el Concesionario, sino que le corresponde a la UAESP como propietario del RSDJ, interpretación que resulta armónica con la regulación legal sobre la distribución de riesgos, y en particular, con lo establecido en el artículo Cuarto de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, reglamentario de la Ley y vigente para la fecha de la celebración del Contrato.

Así las cosas, el Tribunal concluyó que el acaecimiento de tal circunstancia sobreviniente a la celebración del Contrato (la expedición de la Resolución CAR 1351 de 2014), de la cual surgieron nuevos requerimientos ambientales, generadores de mayores costos a cargo del Concesionario, del todo imprevisibles para el Concesionario en ese momento, generó un desequilibrio de la ecuación económica financiera del Contrato en perjuicio del Concesionario, por lo cual devinieron exigibles o actualmente aplicables las normas establecidas en los artículos 4 (numeral 8) y 27 de la Ley 80 de 1993 que regulan el equilibrio contractual; y que la UAESP incumplió con sus deberes relacionados con el mantenimiento del equilibrio económico y su restablecimiento como consecuencia de circunstancias sobrevinientes e imprevisibles, no imputables a CGR, que hicieron más gravosa la ejecución del Contrato, por lo cual, en principio, esta obligación de realce del dique ambiental devendría inexigible mientras no se restableciera el equilibrio contractual.

No obstante lo expuesto hasta este punto, en lo que toca con esta pretensión en particular está probado que si bien las actividades de realce del dique ambiental no se encontraban incluidas dentro de la remuneración pactada en el Contrato, estas si comenzaron a ser remuneradas al Concesionario a partir del momento en que las partes incorporaron al Contrato los términos y condiciones establecidos en Resolución CRA 843 de 2018, de suerte que, a partir de entonces, el Concesionario quedó obligado a realizar a su costa dichas actividades.

Ahora bien, el Concesionario también alegó que *“hay una relación directa entre la construcción de la terraza 3 y el dique ambiental en cuanto a cronograma, materiales y capacidad de llenado. Si bien la UAESP menciona un incumplimiento en la entrega del dique ambiental dispuesta para el 30 de mayo de 2017, correlacionando el cronograma inicial de la Resolución 1351 de 2014 no aplica que la construcción del dique se haya culminado en mayo de 2017, dado que la construcción de la terraza 3 no se había iniciado en mayo de 2017”*.

Sobre esto, en el dictamen pericial técnico aportado por CGR, y cuya elaboración estuvo a cargo de la perito Martha Liliana Ramírez Monsalve se dijo lo siguiente:

“8. ¿Era técnicamente adecuado o útil llevar a cabo la construcción del dique ambiental sin haber terminado la operación en zona de Terraza 3 Fase II?

Respuesta: No, debido a que la materia prima para la construcción del dique ambiental dependía de la calidad del material encontrado en las excavaciones de Terraza 3 Fase II. En

el EIA, se contempló que el dique ambiental se iba a realizar a partir de los materiales arcillosos de mejor calidad (baja permeabilidad, alta resistencia y no expansiva) encontrados en las terrazas 1 a 4, correspondiente a las arcillas pertenecientes a la formación geológica Bogotá (ver fotografía 16.6); por lo tanto no se encontraba lógico llevar a cabo la construcción del dique ambiental en su totalidad puesto que los materiales esperados a encontrar en esta terraza no satisficieron en realidad los requerimientos para el dique ambiental”⁵⁷⁷.

Pues bien, la relación directa que pueda haber entre la construcción de la terraza 3 y el dique ambiental tampoco es una razón justificativa del incumplimiento, pues independientemente de la relación que pudiera haber entre una y otra, para el Tribunal resulta claro que en todo caso el compromiso del Concesionario era haber entregado las obras de construcción de la terraza 3 a más tardar el 28 de febrero de 2020, y las dique ambiental a más tardar el 30 de diciembre de 2020, ninguna de las cuales fue cumplida por el Concesionario.

También se señaló por el Concesionario que los materiales provenientes de las excavaciones no aportaron las arcillas suficientes para completar las obras de realce del dique ambiental. Al respecto, en el dictamen técnico aportado por CGR, se lee:

“Los sondeos realizados en los estudios de suelos para el EIA arrojaron un alto porcentaje de arcillas idóneas para la construcción del dique ambiental; pero en realidad se han obtenido volúmenes inferiores de estas arcillas, lo cual no ha permitido terminar la construcción del dique ambiental en su totalidad. Por otro lado, en el parágrafo 5 del Artículo 3 de la Resolución 1351 de 2014 se contempló que el dique ambiental sur

⁵⁷⁷ Dictamen pericial técnico aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&subfolder_nav_tracking=1.

debía construirse a partir de las excavaciones realizadas en las terrazas 1, 2, 3 y 4, con un requerimiento de 342.276 m3 de arcilla.”⁵⁷⁸

Sobre el particular, el Tribunal considera que el hecho de que el porcentaje de las arcillas estimadas como necesarias para la construcción del dique ambiental en el EIA hubiesen sido menores de las encontradas en terreno es una situación que no es eximente de responsabilidad por cuanto fue el Concesionario quien realizó el mencionado Estudio de Impacto Ambiental y en él se contempló que las fuentes de materiales podían ser los materiales sobrantes de la excavación o bien otras fuentes diferentes. Al respecto, el dictamen técnico de contradicción de ACODAL señala:

*“El concesionario CGR manifiesta en sus informes mensuales que las actividades están suspendidas por falta de disponibilidad de arcilla, y en reunión conjunta con la UAESP y la comunidad en noviembre de 2021, argumenta que no tiene los recursos para comprar el material faltante para terminar el realce del dique, sin embargo el concesionario CGR Doña Juana, fue quien elaboró y propuso las obras a construir en el EIA, y en su informe manifiesta que el material para la construcción del dique lo obtendrá de la excavación de terrazas, de material rocoso excedente o traído, que sea adecuado para este fin, **con lo anterior se evidencia que CGR, tenía claramente proyectado que necesitaría material de una fuente externa para su culminación**, además no se comparte las respuestas frente al cronograma de cumplimiento puesto que fue propuesto por CGR, y todos los incumplimientos asociados en el cronograma son responsabilidad del concesionario por falta de contundencia en desarrollar las actividades planeadas por ellos mismos”⁵⁷⁹*

⁵⁷⁸ Dictamen pericial técnico aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjypr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&subfolder_nav_tracking=1.

⁵⁷⁹ Dictamen pericial técnico de contradicción aportado por la UAESP, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjypr/AAAsIXm8LFkc5ZmsIT0UA7hja/Pruebas/258.%20Dictamen%20contradi%20UAESP?dl=0&preview=T%C3%A9cnico.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

Sobre este mismo punto de la fuente de los materiales para la construcción del dique ambiental en el dictamen de ACODAL también se puede apreciar lo siguiente:

“• El perito aduce su respuesta a que el material para la construcción del dique debe ser de materiales arcillosos de la mejor calidad y por lo tanto no se encontraba lógico llevar a cabo la construcción del dique en su totalidad puesto que los materiales esperados a encontrar en esta terraza no satisficieron en realidad los requerimientos para el dique ambiental.

• Los estudios geotécnicos y diseños desarrollados para la construcción del dique son de la autoría del concesionario, es decir ellos fueron los que realizaron los estudios de suelos y con base a estos determinaron los volúmenes de material de arcilla competente, que se iba a encontrar en las excavaciones para la zona de optimización fase II y en donde proyectan y mencionan en su informe del EIA (capítulo 4), **“menciona que el material para la construcción del dique será obtenido de la excavación de terrazas, de material rocoso excedente o traído, que sea adecuado para este fin”, por lo que se concluye que CGR, tenía proyectado utilizar material traído o importado de fuentes de materiales externas para la conformación del dique.**

• CGR, también aduce la inoperancia en la finalización del dique a mayores excavaciones que incrementó el requerimiento de arcillas del 50% más, del volumen total dispuesto en la licencia ambiental. Cabe resaltar y mencionar nuevamente que los estudios y diseños fueron desarrollados y elaborados por el mismo concesionario, y ellos en su autonomía deben ajustar los diseños a cuenta y riesgo tal como se resalta en la cláusula 1 del contrato de concesión, es decir, que CGR Doña Juana debe finalizar la obra con material ya sea extraído en el sitio o externo”⁵⁸⁰ (negrita y subrayado fuera de texto).

Así las cosas, el Tribunal declarará el incumplimiento del Concesionario de

⁵⁸⁰ Dictamen pericial técnico de contradicción aportado por la UAESP, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjypr/AAAslXm8LFkc5ZmslT0UA7hja/Pruebas/258.%20Dictamen%20contradi%20UAESP?dl=0&preview=1%C3%A9cnico.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

su obligación de realizar las obras de construcción (realce del dique ambiental), por lo que concederá la pretensión trigésima tercera y denegará las excepciones y argumentos de defensa planteados por el Concesionario sobre este punto.

7. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA EN RELACIÓN CON LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN C- 344 DE 2010 RELACIONADAS CON EL DESLIZAMIENTO DE RESIDUOS DEL 28 DE ABRIL DE 2020

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvencción reformada:

“TRIGÉSIMA QUINTA: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP incumplió la Cláusula 2. Obligaciones Generales en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 15; Cláusula 3 Obligaciones Específicas en los numerales 1, 3; la Resolución 724 de 2010 en sus artículos 12, 24, 30; la Resolución 717 de 2011 artículo 24; Resolución Car No. 1351 De 2014. Artículo No. 6. Numeral 6; Resolución Car No. 2320 De 2014. Artículo No. 1; Decreto 2041 De 2014. Artículo No 29 “Modificación De La Licencia Ambiental”; Decreto 1076 De 2015. Artículo No. 2.2.2.3.7.1 “Modificación De La Licencia Ambiental”; Resolución ANLA No. 822 De 2020. Artículo Primero – Numeral 3 – Literal A; Resolución ANLA No. 846 De 2020. Artículo Primero – Numeral 3; Resolución ANLA No. 1136 De 2020. Artículo Segundo – Numeral 1 – Literal A; Resolución ANLA No. 1136 De 2020. Artículo Segundo – Numeral 10; y las demás disposiciones que hacen parte integral del contrato por realizar la disposición de residuos sólidos en un área no aprobada para el desarrollo de esa actividad; por acopiar, manejar y/o disponer residuos sólidos de origen doméstico relacionados en el deslizamiento de residuos del 28 de abril de 2020 en un área que no cuenta con el aval o autorización de la Autoridad Ambiental, no haber realizado actividades de relocalización de residuos, recolección, transporte y disposición definitiva de los residuos deslizados el 28 de abril de

2020."

"TRIGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la TRIGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993."

"TRIGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. – ESP incumplió la Cláusula 2. Obligaciones Generales en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 15; Cláusula 3 Obligaciones Específicas en los numerales 1, 3; la Resolución 724 de 2010 en sus artículos 12, 24, 30; la Resolución 717 de 2011 artículo 24; Resolución Car No. 1351 De 2014. Artículo No. 6. Numeral 6; Resolución Car No. 2320 De 2014. Artículo No. 1; Decreto 2041 De 2014. Artículo No 29 "Modificación De La Licencia Ambiental"; Decreto 1076 De 2015. Artículo No. 2.2.2.3.7.1 "Modificación De La Licencia Ambiental"; Resolución ANLA No. 822 De 2020. Artículo Primero – Numeral 3 – Literal A; Resolución ANLA No. 846 De 2020. Artículo Primero – Numeral 3; Resolución ANLA No. 1136 De 2020. Artículo Segundo – Numeral 1 – Literal A; Resolución ANLA No. 1136 De 2020. Artículo Segundo – Numeral 10; y las demás disposiciones que hacen parte integral del contrato por no reconfigurar la zona afectada y adoptar medidas efectivas que permitan mitigar los efectos del impacto ambiental derivado del deslizamiento de residuos que tuvo lugar el 28 de abril de 2020 en Biosólidos, Zona 2 Área 3 y Zona VII Área 2 Costado Norte."

"TRIGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la prosperidad de la TRIGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993."

"TRIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN: Declarar que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. – ESP incumplió la Cláusula 2. Obligaciones Generales en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 15; Cláusula 3 Obligaciones Específicas en los numerales 1, 3; la Resolución 724 de 2010 en sus artículos 12, 24, 30; la Resolución 717 de 2011

artículo 24; Resolución Car No. 1351 De 2014. Artículo No. 6. Numeral 6; Resolución Car No. 2320 De 2014. Artículo No. 1; Decreto 2041 De 2014. Artículo No 29 “Modificación De La Licencia Ambiental”; Decreto 1076 De 2015. Artículo No. 2.2.2.3.7.1 “Modificación De La Licencia Ambiental”; Resolución ANLA No. 822 De 2020. Artículo Primero – Numeral 3 – Literal A; Resolución ANLA No. 846 De 2020. Artículo Primero – Numeral 3; Resolución ANLA No. 1136 De 2020. Artículo Segundo – Numeral 1 – Literal A; Resolución ANLA No. 1136 De 2020. Artículo Segundo – Numeral 10; y las demás disposiciones que hacen parte integral del contrato, por no presentar los estudios y diseños definitivos para la reconfiguración, configuración y disposición de los residuos removidos y/o deslizados en el costado norte de zona VII Área 2 el 28 de abril de 2020; no ha dado cumplimiento a lo ordenado por la Autoridad Ambiental respecto a las actividades de relocalización de residuos, recolección, transporte y disposición definitiva de los residuos deslizados el 28 de abril de 2020; no ha dado cumplimiento a lo ordenado por la Autoridad Ambiental respecto a las actividades de remoción de residuos el 28 de abril de 2020 sobre el terreno natural que no cuenta con impermeabilización.”

“CUADRAGÉSIMA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la TRIGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.”

7.1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

7.1.1. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA DE LA UAESP

En términos generales en los hechos 215 y subsiguientes, la entidad Concedente señaló que era obligación del Concesionario (cláusula 3.5 del Contrato) cumplir con las normas ambientales aplicables a la operación del RSDJ, así como todas aquellas otras disposiciones que expida la autoridad

ambiental competente. Señaló que la ANLA, como autoridad competente en la materia, ya había manifestado a la UAESP y al Concesionario que la Zona VII Área 2 – Costado Note (zona donde ocurrió el evento) no estaba autorizada para la disposición de residuos. Sostuvo la UAESP que no obstante lo anterior, el Concesionario inició el 10 de febrero de 2020 el ingreso a dicho sector con disposición de residuos sin contar con el respectivo aval de la autoridad para ejecutar tal labor. Manifestó que la utilización de la Zona VII corresponde al atraso en las obras de adecuación de las terrazas 3 y 4 de Optimización Fase II.

En cuanto al volumen de los residuos desplazados se calculó entre 80.000 y 100.000 m³, pero que con base en estimaciones de la Interventoría se hablaba de un volumen total entre 100.000 y 120.000 m³. Agregó que frente a estos residuos del desplazamiento en masa ocurrido en abril de 2020, la ANLA impartió orden a CGR para la relocalización de los mismos, la cual a la fecha no ha sido cumplida. De igual forma, se ordenó al Concesionario la reconfiguración de la celda asegurando su adecuada conformación, disposición, evacuación de gases y lixiviados, lo que a la fecha, dice, tampoco ha sido cumplido.

Por último, para la UAESP, este deslizamiento, sumado al ocurrido en octubre de 2015, deben dar lugar a la terminación del contrato.

7.1.2. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA POR EL CONCESIONARIO

En términos generales el Concesionario se opuso a los hechos y a las pretensiones formuladas por la UAESP señalando que no era posible ejercer

adecuadamente el derecho de defensa por cuanto la entidad Concedente “*no precisa las obligaciones que reputa incumplidas*”. Planteó que lo que la reconviente pretende es que tras la seguidilla de remisiones normativas, el tribunal termine reemplazando a la autoridad ambiental. Sostuvo, que no existe pronunciamiento de la autoridad ambiental en que se haya declarado un incumplimiento por parte del Concesionario por los hechos ocurridos en abril de 2020.

En cuanto a la autorización para la disposición de residuos sólidos en la zona del evento, CGR señaló que dicha zona sí estaba autorizada para tal fin y que el deslizamiento era algo que escapaba al dominio y control del Concesionario, sin que se le pueda atribuir omisión alguna al respecto, en tanto manifiesta haber cumplido lo ordenado por la autoridad ambiental en punto de las actividades de disposición definitiva de los residuos del evento del deslizamiento.

En cuanto a las pretensiones consecuenciales de terminación del Contrato, se opuso aduciendo las mismas razones que se señalaron para oponerse a las demás pretensiones. Sin embargo, agregó que la condición resolutoria tácita no podía operar ante un incumplimiento que no existe, pero que en todo caso derivaría del supuesto incumplimiento de una obligación ambiental, que no de una obligación contractual, que no ha sido declarada como incumplida por la autoridad ambiental.

Sumado a lo anterior, señaló que, en su sentir, la terminación del Contrato debe darse por el incumplimiento grave del objeto contractual y no por el incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones accesorias del mismo, por lo que resultaría exótica la aplicación del artículo 1546 del

Código Civil (condición resolutoria tácita) en el caso concreto. Además, sostuvo que a la luz del artículo 1609 *ibidem* no existe incumplimiento cuando la UAESP ha incumplido a su vez el contrato (*exceptio non adimpleti contractus*). Por último, manifestó que ninguno de los incumplimientos que le achaca la UAESP son tales, sino que todo son “efectos de una misma causa” que es el “sinnúmero de incumplimientos gravísimos de la UAESP de la ley y del contrato mismo, que han afectado de manera generalizada y severa las obligaciones a cargo del Concesionario desquiciando por completo la ejecución contractual”.

7.2. LOS ALEGATOS DE LAS PARTES

7.2.1. LOS ALEGATOS DE LA UAESP

La UAESP en sus alegatos manifestó que las causas que llevaron a la contingencia del mes de abril de 2020 eran conocidas y resultaban previsibles para el Concesionario. Señaló que antes ya había ocurrido otro evento el 2 de octubre de 2015, respecto del cual en el marco del Tribunal anterior las partes llegaron a un acuerdo en el cual CGR asumió su responsabilidad, así como todos los efectos de dicho evento.

Para la UAESP el deslizamiento fue producto del incumplimiento del Concesionario, particularmente por la disposición de residuos en zonas no autorizadas para ello, incumpliendo con ello las disposiciones de la autoridad ambiental. Sostuvo la UAESP que estas circunstancias se dieron por fuera de las buenas prácticas de la ingeniería y que es la tercera vez que ocurre lo mismo durante la operación del relleno por parte de CGR.

Sumado a lo anterior, la demandante en reconvención señaló que el informe de interventoría del 17 de abril de 2021 expone la gravedad del evento y que existe un latente riesgo de un nuevo deslizamiento por la falta de diligencia del operador. Iteró que el evento del 28 de abril de 2020 era previsible en tanto que el Contratista había advertido un movimiento de masa de residuos presentado en el costado norte de la zona VII el 5 de marzo de 2020. Así mismo, que el interventor del Contrato había advertido a CGR de los riesgos para la infraestructura y el personal de seguir usando esa zona, lo cual en su criterio, se confirma a partir de la declaración de la perito técnica Martha Liliana Ramírez Monsalve y contradice lo dicho por el señor Carlos Niño, quien en su testimonio negó que existieran alertas de un posible deslizamiento. Además sostuvo que el dictamen de contradicción técnico de ACODAL permitió controvertir la tesis del concesionario de que existió un cambio composicional de los residuos y que ello hubiese sido la causa del deslizamiento.

Por último, sostuvo la UAESP que existe evidencia de que los equipos e instrumentación no transmitían en línea por lo que CGR no contaba en tiempo real con los registros de la instrumentación de los piezómetros ni presentó los informes de caracterización y composición de los residuos en el mes de abril de 2020, lo que le hubiese permitido anticipar la ocurrencia del evento.

7.2.2. LOS ALEGATOS DEL CONCESIONARIO

En sus alegatos de conclusión, el Concesionario planteó cuatro (4) argumentos de defensa en contra de las pretensiones de la UAESP, a saber: la inexistencia de incumplimiento, CGR realizó todos los estudios necesarios,

hechos ajenos al Concesionario e inexistencia de daño.

Sobre la *“inexistencia de incumplimiento”* CGR planteó que la ANLA ha emitido decisiones, tales como la Resolución 1136 de 2020, Resolución 846 de 2020, Acta 491 de 2020, Concepto Técnico 07368 de 2020, Acta No. 40 del 2022, entre otras, en los cuales acogió las propuestas presentadas por CGR Doña Juana y verificó el cumplimiento de las actividades a realizar dando por cerrada la vigilancia del evento ocurrido el 28 de abril de 2020, sin encontrar ninguna responsabilidad por parte del Concesionario. Igualmente sostuvo que la ANLA como autoridad ambiental competente mediante Acta 491 de 2020 señaló que CGR Doña Juana ya había estabilizado el talud (reconformado el derrumbe), ya había relocalizado los residuos y en general se habían cumplido todas las obligaciones impuestas en el seguimiento ambiental.

Sobre la alegación de que *“CGR realizó todos los estudios necesarios”*, el Concesionario señaló que cumpliendo con todos los requerimientos del caso, llevó a cabo los estudios pertinentes y necesarios antes de entrar a disponer residuos en esta zona. Lo anterior se puede constatar con la comunicación CGR-DJ-2091-10 con radicado INTER DJ 2019122225, en la que CGR Doña Juana le remite a la Interventoría todos los documentos que en su momento fueron radicados ante la ANLA. Dentro de los documentos antes referidos, se encontraba el análisis de estabilidad y el modelo de estabilidad de la zona de contingencia Zona VII Fase 2 Norte de octubre de 2019. Medida necesaria con la cual el Concesionario validó la estabilidad de la zona para la disposición, y el diseño de las intervenciones sobre el lugar para la construcción de filtros nuevos para la conducción y captación de lixiviados.

Respecto a los *“hechos ajenos al Concesionario”*, manifestó que el deslizamiento era imprevisible y que CGR cumplió con todas las obligaciones y formas preventivas lo cual pretendió soportar con base en el testimonio del ingeniero Carlos Niño, los documentos de la ANLA, el Testimonio del ingeniero Carlos Javier Niño, los documentos ANLA, el informe preliminar contingencia deslizamiento de masa de residuos 28 de abril de 2020 y el dictamen pericial técnico.

Por último, sobre la *“inexistencia de daño”* manifestó que gracias al manejo por parte de CGR Doña Juana el deslizamiento no tuvo consecuencias prolongadas y no ocasionó daños irreversibles. El Concesionario implementó todas las medidas preventivas y correctivas requeridas para mitigar y reparar cualquier impacto proveniente del evento del 28 de abril de 2020.

La afectación ambiental al subsuelo en las zonas donde no había impermeabilización fue evaluada y determinada mediante el estudio *“MODELO DE INFILTRACIÓN POTENCIAL DE LIXIVIADOS EN EL ÁREA DE INFLUENCIA DEL DESLIZAMIENTO OCURRIDO EN LA LADERA NORTE DE LA ZONA VII – ÁREA 2 presentado a la ANLA”* como anexo y sustento del plan de Acción definitivo del evento. Sostuvo que las conclusiones de este estudio y su articulación con el plan de acción fueron avaladas por la ANLA en el acta 491 de 2020 y el concepto técnico 07368 de 2020. Alegó que la vía de acceso a la Zona Optimización Fase II no fue afectada, ya que esta tiene otro trazado. Prueba de ello fue que, a pesar de la ocurrencia del evento, no se dejó de prestar el servicio de disposición final en la Zona Optimización Fase II. Además, que ante la ocurrencia del evento, CGR Doña Juana tomó medidas de contingencia para evitar cualquier riesgo de

contaminación a fuentes hídricas, que de por sí se encontraban bastante retiradas (más de 700 metros) como la Quebrada El Botello.

7.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

7.3.1. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO DE LA PRETENSIÓN TRIGÉSIMA QUINTA, TRIGÉSIMA SEXTA, TRIGÉSIMA SÉPTIMA, TRIGÉSIMA OCTAVA, TRIGÉSIMA NOVENA Y CUADRAGÉSIMA

El Concesionario impugnó la competencia del Tribunal para estudiar y resolver las pretensiones relativas al deslizamiento del mes de abril de 2020, al respecto señaló que este asunto *“escapa de la competencia del Tribunal ya que la vigilancia y supervisión de ese tema está asignada a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, quien ha estado verificando constantemente las actividades realizadas por el Concesionario para dar un tratamiento adecuado a los residuos que se deslizaron el día 28 de abril de 2020 y ya avaló todas las actividades realizadas por el Concesionario”*.

El Tribunal desestimaré las alegaciones del Concesionario pues, sin desconocer el ámbito de competencia propio de la autoridad ambiental, no se encuentra que la decisión que corresponde adoptar a este Panel invada la órbita de atribuciones propia de la ANLA, ni que se vaya a desplazar a ésta en el ejercicio de sus funciones.

En efecto, este Tribunal se limitará a verificar el cumplimiento o no de las obligaciones contractuales a cargo del Concesionario, y en particular aquella relativa a acatar y cumplir las disposiciones expedidas por las

autoridades ambientales, asunto para el cual, claramente sí se encuentra habilitado este Panel Arbitral.

Así las cosas, el Tribunal ratificará su competencia para conocer y decidir en derecho las pretensiones trigésima quinta, trigésima sexta, trigésima séptima, trigésima octava, trigésima novena y cuadragésima de la demanda de reconvención reformada.

7.3.2. EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Corresponde al Tribunal determinar si el Concesionario incumplió el Contrato y demás disposiciones aplicables, con ocasión del evento del mes de abril de 2020 al (i) haber realizado la disposición de residuos en un área no aprobada para el desarrollo de esa actividad al no contar con el aval o autorización de la autoridad ambiental competente; (ii) no haber realizado la disposición final de los residuos deslizados; (iii) no haber reformado la zona afectada y no haber adoptado las medidas de mitigación de los efectos del impacto ambiental derivado del deslizamiento; (iv) no haber presentado los estudios y diseños definitivos para la reconfiguración, configuración y disposición de los residuos deslizados y no haber acatado las órdenes de la autoridad competente en relación con los mismos.

Sea lo primero señalar, que la UAESP alegó en su escrito de demanda de reconvención reformada, así como en los alegatos de conclusión, que el deslizamiento del mes de abril de 2020 tuvo por causa la disposición de residuos sólidos por parte del Concesionario en una zona que no había sido habilitada para tal propósito por parte de la autoridad ambiental competente. En este sentido, la UAESP hizo mención a la comunicación

ANLA No. 2019203153-2-000 del 23 de diciembre de 2019.

Sobre este hecho, el Tribunal encuentra que al plenario se aportó la comunicación UTIDJ-2019101427 del 11 de octubre de 2019, en la cual el Interventor advirtió al Concesionario *“que en el caso que las actividades que adelanta el Concesionario en la Zona VII del RSDJ, sin el previo trámite ante la Autoridad Ambiental, ocasionen la imposición de multas o sanciones a la UAESP ante la posibilidad inminente de negación del permiso solicitado o en contravención el uso del área, el Concesionario CGR, en su condición de garante técnico de la disposición de residuos del Distrito Capital, será el único responsable de asumir las consecuencias económicas legales y jurídicas que de ello se derive”*⁵⁸¹.

De igual forma, la misiva del 18 de diciembre de 2019 radicado No. 20193000317841 del 18 de diciembre de 2019 en la que se puso de presente a CGR Doña Juana, lo siguiente:

“Considerando que el Concesionario CGR Doña Juana S.A. E.S.P. decidió de manera unilateral, iniciar actividades de disposición al costado sur de zona VII área 2 se requiere que de manera INMEDIATA se remita a esta Unidad, el acto administrativo a través del cual la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, aprueba el uso del área en mención como zona de contingencias de acuerdo con el numeral 2 bajo el título “EN MATERIA DE AUTORIZACIONES, LICENCIAS, PERMISOS Y OTROS ASPECTOS AMBIENTALES” de la CLÁUSULA TERCERA, OBLIGACIONES ESPECÍFICAS...

Conforme a lo anterior, se solicita al Concesionario CGR Doña Juana S.A. ESP, remitir de manera INMEDIATA la respuesta a cada una de las anteriores observaciones, y se le requiere para que llegue a esta Subdirección, copia del documento a través del

⁵⁸¹ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/1y9b3-0j2jQ9SfRPBqs6FzHTJHbS-t5K_.

*cual la Autoridad Ambiental autoriza la disposición de residuos en Zona VII área 2”.*⁵⁸²

A su vez, reposa en el expediente la comunicación UTIDJ-20200136 del 7 de enero de 2020, en la cual la Interventoría del Contrato manifestó al Concesionario que:

“Acorde a lo manifestado por la Autoridad Ambiental al Centro de Gerenciamiento de Residuos CGR Doña Juana S.A. E.S.P., mediante comunicado No. 2019203153-2-000 de fecha 23/12/2019, el Concesionario no puede intervenir el costado norte de la zona propuesta como “Zona de contingencia Zona VII Área 2 - Costado Norte”, sin antes adelantar el trámite relacionado con la solicitud de modificación de la licencia ambiental del RSDJ, a razón de lo siguiente:

- El área propuesta se encuentra por fuera del polígono licenciado por la Autoridad Ambiental en los actos administrativos Res. Car 2133/2000, 2211/2008 y 1351/2014.*
- Se requiere identificar los impactos ambientales que se pueden generar en la zona que se encuentra por fuera del polígono licenciado*

(...)

*Por lo anterior la Interventoría reitera la solicitud del oficio UTIDJ-20200133 mediante el cual se le requirió al Concesionario no intervenir el costado norte de la zona propuesta como “Zona de contingencia de los diseños definitivos del área de intervención modificados bajo la consideración de las observaciones realizadas por la Autoridad Ambiental en la última de sus visitas”*⁵⁸³.

Es importante mencionar que más de un mes antes de que ocurriera el evento del 28 de abril de 2020, en la misma zona del RSDJ (Zona VII - Área 2 Costado Norte) se presentó un movimiento de masa de residuos, frente al cual, la Interventoría en comunicación UTIDJ-202003392 del 6 de marzo de

⁵⁸² Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/1y9b3-0j2jQ9SfRPBqs6FzHTJHbS-t5K_.

⁵⁸³ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/1y9b3-0j2jQ9SfRPBqs6FzHTJHbS-t5K_.

2020 señaló que:

*“En consideración al movimiento de masa de residuos presentado en el costado norte de la Zona VII, el día 5 de marzo de 2020 a las 10:30 am, con un desplazamiento de aproximadamente 20 m sobre el talud, la Interventoría solicita al Concesionario que de manera inmediata proceda a la reconfiguración del sector, la recuperación de la infraestructura afectada y el ajuste de su planeación de llenado desde la llave de anclaje hacia el talud. Cabe anotar, que el movimiento se localiza en la zona actual de disposición, en el sector utilizado por el Concesionario como contingencia costado norte de Zona VII fase II, aún sin autorización de parte de la ANLA, generó afectaciones sobre el buldócer que se encontraba operativo y chimeneas del sector, una de ellas se desplazó aproximadamente 8m.
(...)”*

Ahora bien, se le recuerda al Concesionario que la disposición desarrollada sobre el Costado Norte de Zona VII, área 2, sin la aprobación de la Autoridad Ambiental, parte de los atrasos que el Concesionario presenta sobre las obras de la Terraza 3...”⁵⁸⁴.

El 27 de abril de 2020, un día antes del deslizamiento, la Interventoría del Contrato, a través de comunicación UTIDJ-202004528, manifestó al Concesionario que la disposición de residuos en la Zona VII - Área 2 correspondía al atraso de CGR en la construcción de la terraza 3A y reiteró que dicha área no estaba habilitada para disposición:

“Cabe anotar, que el Concesionario ha venido ampliando la capacidad del Costado Norte de Zona VII Área 2, por intermedio de un sobrellenado no contemplado en el diseño que no puede poner en riesgo la estabilidad de esta área, de dar continuidad al procedimiento sobre la Zona VII Área 2, CGR deberá considerar el trámite de aprobación ante la Autoridad Ambiental, dado que este ajuste en la secuencia de llenado exige cambios en el diseño por el sobrellenado del Domo, tanto del costado norte como del

⁵⁸⁴ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/1y9b3-0j2jQ9SfRPBqs6FzHTJHbS-t5K_.

costado sur, lo cual afectará aspectos relevantes como la vida útil del Relleno Sanitario, la cantidad de toneladas proyectadas de disposición, la planimetría y altimetría concebida y el análisis de estabilidad previo.

(...)

Ahora bien, se le recuerda al Concesionario que la disposición desarrollada sobre el Costado Norte de Zona VII área 2, sin la aprobación de la Autoridad Ambiental, se originó por los atrasos que el Concesionario presentó en la ejecución de las obras de adecuación de la Terraza 3, por tanto, es prioritario que se dé culminación a las obras pendientes de la sección definida como 3A y se presenten alternativas definitivas para una zona de contingencia, además del respectivo trámite ante la Autoridad Ambiental”⁵⁸⁵.

Si bien el Tribunal no desconoce el contenido de dichas comunicaciones, en todo caso, de las mismas no encuentra prueba irrefutable de que dicha zona no se encontrara autorizada por la ANLA para la disposición final de residuos sólidos. Por el contrario, observa el Tribunal que conforme al dictamen pericial técnico aportado por el Concesionario se logró demostrar que la zona donde se produjo el evento sí se encontraba dentro del área licenciada:

*“2. ¿La zona en la cual se produjo el evento estaba dentro del área licenciada para realizar disposición final de residuos sólidos? Respuesta: **Si. La zona donde se presentó el deslizamiento estaba dentro del área licenciada para realizar la disposición final de residuos. En la Figura 2 , la línea magenta representa el límite del polígono licenciado para optimización Fase II al costado Norte y al costado Este, la línea azul representa el polígono licenciado de optimización Fase I, y el polígono rojo representa la zona de contingencia - Zona VII Área 2/ Fase II. Así las cosas, es claro que la zona donde se presentó el deslizamiento si se encontraba dentro del área licenciada por Resolución CAR 2211 de 2008 y Resolución CAR 1351 de 2014. La información acá presentada,***

⁵⁸⁵ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/1y9b3-0j2jQ9SfRPBqs6FzHTJHbS-t5K_.

coincide con el informe realizado por CGR el 27 de junio de 2020, denominado “Análisis de causas movimiento de residuos costado norte de zona VII etapa 2 - 28 de abril de 2020” el cual fue presentado por CGR al ANLA, a la UAESP, y a la Interventoría UT Inter DJ, mediante comunicado CGR-DJ-1184-20 del 30 de junio de 2020. (Ver Anexo 17 2.2)

(...)

Mediante comunicación CGR-DJ-1731-19 – ANLA (Ver Anexo 17_2.3) pone en conocimiento de la autoridad ambiental la zona usada como Zona de Contingencia (Costado Sur de Zona VII Área 2) la cual se encontraba ubicada al interior del polígono de la Resolución CAR 2211 de 2008 para la operación de la Fase I del proyecto de Optimización de las Zonas VII y VIII, y dentro del polígono de la resolución 1351 de 2014 modificada a su vez por la resolución 2320 del 2014 (ver ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia).

(...)

A fin de realizar una correcta adecuación de la zona, este primer diseño contemplaba la remoción del material orgánico existente que conforma el cierre de la zona de contingencia a intervenir, en el cual fue considerado un espesor de 1,0m de material orgánico a remover. De esta forma se garantizaría la exposición de la arcilla existente, para proceder a ser cubierta por una capa de geotextil de 200gr/m2 como protección de la misma y evitar su lavado con la acción del lixiviado.

Mediante comunicación 2019112412 - ANLA-2019169970-2-000 - Respuesta radicado 2019146840-1-000 del 25 de septiembre de 2019, la ANLA da respuesta a la comunicación entregada por CGR Doña Juana, en la cual se solicitó ampliación de la información entregada inicialmente involucrando los siguientes aspectos: acciones de manejo ambiental, análisis de estabilidad, sistema de conexión de lixivia dos, aprovechamiento forestal, información del costado norte de la zona, cronograma detallado, vida útil y fecha prevista para comenzar las actividades en la zona (Ver Anexo_17_2.4).

Mediante comunicado ANLA 2019203153-2- 000, con asunto “Zona de Contingencia Zona VII Área 2 / Fase II – Costado Norte del proyecto Relleno Sanitario Doña Juana” Expediente: LAM 8039-00, la autoridad ambiental remite las siguientes observaciones a los diseños iniciales presentados por CGR Doña Juana las cuales se presentan a continuación y hacen parte el

Anexo_17_2.5:

“El área que se proyecta intervenir específicamente por la construcción del dique de contención en el extremo norte y la llave de anclaje con residuos para estabilizar la masa adicional a disponer, ocupa una extensión de terreno de aproximadamente 3.083 m² (ver Figura 1), en la cual, en el evento de realizar las actividades proyectadas, se materializaría la ocurrencia de impactos sobre diferentes componentes ambientales de esa zona, que no se encuentran evaluados dentro de las consideraciones que dieron origen a la licencia ambiental vigente del proyecto.

(...)

En este orden de ideas, es necesario señalar que según lo establecido en el numeral 4 del artículo 2.2.2.3.7.1 del decreto 1076 de 2015 se encuentra como causal de modificación de licencia ambiental de los proyectos la siguiente: “Cuando el titular del proyecto, obra o actividad solicite efectuar la reducción del área licenciada o la ampliación de la misma con áreas lindantes al proyecto”.

De esta manera, se considera necesario que en caso de requerir necesariamente la intervención de las zonas ubicadas por fuera del polígono licenciado se realice el respectivo trámite de modificación de la licencia del proyecto, o que en su defecto se varíen los diseños contemplados para el área de contingencia de la Zona VII Área 2 /Fase II – Costado Norte, de tal manera que las actividades proyectadas se realicen dentro de las áreas contenidas en los polígonos de intervención aprobados.

Por otra parte, en cuanto al uso, aprovechamiento y /o afectación de los recursos naturales en el radicado 2019185416-1-000 del 26 de noviembre de 2019, se informó que en el área denominada la Curva del Duende se requiere retirar 1.077 individuos con un volumen total de 145,48 m³ y en el cerro el Moral se requiere retirar cuatro (4) individuos con un volumen total de 0,02 m³, aclarándose que los individuos ubicados en la Curva del Duende son plantados.

Al respecto, una vez efectuada la visita al sitio el día 13 de diciembre del año 2019 y revisada la información radicada por La Sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P -CGR, se encontró que algunos de los individuos ubicados en la Curva del Duende y los cuatro (4) individuos ubicados en el cerro el Moral se encuentran ubicados por fuera de las áreas autorizadas para el desarrollo del proyecto en la

Resolución CAR 2211 de 2008, Resolución 1351 de 2014 y Resolución 2320 del 2014 (Ver Figura 2), por lo cual, se le advierte a La Sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P -CGR, que debe revisar, si para la intervención de los individuos mencionados debe dar cumplimiento a lo establecido en el numeral 4 del Artículo 2.2.2.3.7.1. del decreto 1076 de 2015 y efectuar el respectivo análisis referente al uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales, lo anterior, teniendo en cuenta que la intervención se proyecta fuera del área autorizada para el desarrollo del proyecto.
(...)

Adicionalmente con respecto al medio socioeconómico, una vez efectuada la visita al sitio el 13 de diciembre del año 2019 y revisada la información radicada por la Sociedad Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P -CGR, se corroboró que no ha sido resuelta la generación de expectativas de la comunidad del área de influencia del relleno sanitario, con respecto a las zonas de contingencia propuestas y los posibles impactos y riesgos de deslizamiento, entre otras, por la operación de estas nuevas áreas de disposición, toda vez que según manifestaron los líderes y habitantes entrevistados, la comunidad no ha sido informada adecuadamente de manera precisa y oportuna.

Lo anterior reviste gran importancia para esa Autoridad, toda vez que la comunidad del área de influencia entrevistada, es la principal receptora de los impactos directos de la construcción y operación de las nuevas áreas propuestas (Zona Sur y Zona Norte) y por lo tanto requiere que la información técnica y ambiental, así como los impactos potenciales, sean socializados de acuerdo con la normatividad ambiental vigente"

Las observaciones presentadas por la autoridad ambiental se enmarcaron en que unas obras, se encontraban por fuera de los polígonos licenciados lo que implicaría intervención de zonas con impactos no previstos ni evaluados, situación que requeriría la modificación de la licencia ambiental del proyecto.

Así las cosas, mediante comunicado CGR-DJ-CE-2056-19 - ANLA - Rpta. comunicación 2019169970-2-000 Entrega Información zona contingencia costado sur y norte, CGR Doña Juana hace entrega

de los diseños modificados, teniendo en cuenta las observaciones planteadas por la autoridad ambiental y en los cuales quedaron todas las obras de adecuación incluidas dentro de los dos polígonos con licenciamiento.

La versión 2 de los diseños de la Zona de Contingencia Zona VII Área 2 Fase II–Costado Norte del proyecto Relleno Sanitario Doña Juana, se encontraba ubicada al interior del polígono de la Resolución CAR 2211 de 2008 para la operación de la Fase I (polígono color azul) del proyecto de Optimización de las Zonas VII y VIII, así como dentro del polígono de la Resolución CAR 1351 (polígono color magenta) y CAR 2320 de 2014 para la operación de la Fase II del proyecto de Optimización de las Zonas VII y VIII⁵⁸⁶.

En igual sentido, en el dictamen pericial técnico de ACODAL se señala lo siguiente:

“1.1 Pregunta N°2. ¿La zona en la cual se produjo el evento estaba dentro del área licenciada para realizar disposición final de residuos sólidos?

Efectivamente, la zona VII, fase 2 costado norte, donde se produce el evento hace parte de la zona licenciada y está dentro del polígono autorizado de optimización fase I en la licencia ambiental. Se debe aclarar que CGR en su informe técnico, no menciona detalles de alta relevancia con respecto a la zona donde ocurrió el deslizamiento de residuos sólidos el pasado 28 de abril del 2020, que se ponen en consideración en el presente informe (...)”⁵⁸⁷.

Pues bien, al margen de las precisiones particulares hechas por ACODAL, su

⁵⁸⁶ Dictamen pericial técnico aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB-Y-xCE4bh_b_6w6ER3dnNa/Pruebas/183.%20Dictamen%20t%C3%A9cnico?dl=0&subfolder_nav_tracking=1

⁵⁸⁷ Dictamen pericial técnico de contradicción aportado por la UAESP, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAAslXm8LFkc5ZmslT0UA7hja/Pruebas/258.%20Dicta%20contradi%20UAESP?dl=0&preview=T%C3%A9cnico.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

respuesta no da lugar a dudas y es que la zona donde ocurrió el evento sí se encontraba licenciada.

Ahora bien, independientemente de la anterior discusión, lo cierto es que este Tribunal encuentra que el Concesionario atendió todas las obligaciones derivadas del evento del 28 de abril de 2020, por lo que no se puede predicar incumplimiento alguno en su contra. En efecto, consta en el expediente el Acta de Reunión No. 491 del 1 de diciembre de 2020 2020 que corresponde a la reunión de control y seguimiento ambiental llevada a cabo por la ANLA cuyos Requerimientos No. 8, 9, 10, 11, 12 y 13 se relacionan con el “Plan para la Reducción del Impacto por Colores Ofensivos”⁵⁸⁸.

En la misma acta se hicieron constar además las “*Obligaciones Cumplidas y Concluidas*”. Dentro de dichas obligaciones se destacan las siguientes⁵⁸⁹:

- Obligación relacionada con la estabilidad de taludes: literales a) y e) del numeral 3 del Artículo Primero de la Resolución 822 de 2020.
- Obligación relacionada con la relocalización de residuos: numeral 3 del Artículo Primero de la Resolución 846 del 7 de mayo de 2020.
- Obligación relacionada con el control de la calidad del aire del plan de acción: literal a) del numeral 4 del Artículo Segundo de la Resolución 846 de 2020.
- Obligación relacionada con el control de vectores: literales g), i) del numeral 6 del Artículo Segundo de la Resolución 1136 de 2020.
- Obligación relacionada con el control de vectores: literales a), c), d) del numeral 4 del artículo Segundo de la Resolución 1136 de 2020

⁵⁸⁸ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/1y9b3-0j2jQ9SfRPBqs6FzHTJHbS-t5K_.

⁵⁸⁹ Ibidem.

- Obligación relacionada con la relocalización de los residuos: numeral 4 del Artículo Primero de la Resolución 1136 de 2020.
- Obligación relacionada con realizar los respectivos estudios y diseños definitivos para la reconfiguración de la celda afectada, los estudios de suelos, geológicos, hidráulicos e hidrológicos en los que se garantice la adecuada configuración y disposición de los residuos removidos, la evacuación de gases y lixiviados, manejo de lluvias y su estabilidad: numeral 10 del Artículo Segundo de la Resolución 1136 de 2020.
- Obligación relacionada con realizar los respectivos estudios y diseños definitivos para la reconfiguración de la celda afectada: requerimiento 37 del Acta de Reunión de Control y Seguimiento Ambiental 289 de septiembre de 2020.

Es importante destacar que en comunicación UTIDJ-20200121667 del 30 de diciembre de 2020 en la que se lee que:

*“En consideración a los requerimientos realizados por la Interventoría referente al Plan de Acción desarrollado por el Concesionario para la atención del deslizamiento presentado el pasado 28 de abril de 2020, la Interventoría solicita al Concesionario la remisión inmediata del Plan de Trabajo ajustado, considerando las observaciones remitidas mediante comunicación UTIDJ-2020111498, **las cuales están encaminadas a desarrollar el movimiento de residuos deslizados, bajo las medidas ambientales respectivas para el control de olores y vectores en el sector, ante los posibles riesgos de filtraciones sobre el terreno natural que pueden incrementarse ante el aumento de las lluvias en la zona**”⁵⁹⁰.*

Si bien es cierto el Interventor seguía efectuando solicitudes y requerimientos

⁵⁹⁰ Ibidem.

al Concesionario, lo cierto es que ya la autoridad ambiental había dado cumplidas las obligaciones del Concesionario en relación con la disposición, reconfiguración y relocalización, razón por la cual, el Tribunal Arbitral desestimará las pretensiones trigésima quinta a cuadragésima de la demanda de reconvención reformada y por lo tanto, declarará probada la excepción denominada Inexistencia de incumplimientos por parte de CGR Doña Juana planteada por el Concesionario frente a dichas pretensiones.

8. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA EN RELACIÓN CON LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN C- 344 DE 2010 RELACIONADAS CON LA MAQUINARIA PERMANENTE PARA OPERACIÓN DEL RSDJ

8.1. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE DISPONER DE LA MAQUINARIA PERMANENTE PARA LA OPERACIÓN DEL RSDJ

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP incumplió la obligación pactada en la CLÁUSULA 2 del contrato 344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario al disponer de la maquinaria permanente para la operación del relleno sanitario, en los términos definidos en el Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018, en los doce (12) meses siguientes de la ejecutoria de la mencionada providencia.”

“CUADRAGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN o la

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. ESP con fundamento en la condición resolutoria tacita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993."

8.1.1. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

La Convocada fundamenta estas pretensiones en los hechos 243 a 255 de la Demanda de reconvención reformada, que corresponden al apartado VI que titula "INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO DE LAS OBLIGACIONES ASOCIADAS A LA MAQUINARIA EN RSDJ". En síntesis, indica que CGR Doña Juana fue condenada en el Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018 a disponer de la maquinaria permanente para la operación del relleno sanitario, dentro de los 12 meses siguientes a la expedición del mismo, conforme a los numerales Vigésimo Cuarto y Vigésimo Quinto de la parte resolutoria y al numeral segundo del Auto 71 que modificó el numeral Quinto del Laudo, señalando en detalle la maquinaria permanente que debía disponer CGR Doña Juana para la operación del relleno y que corresponde, según la resolución del Laudo, a la descrita en la propuesta, el contrato y el acta de acuerdo No. 2 del 27 de diciembre de 2011.

Al efecto, la Demandante en Reconvención, transcribe el numeral Segundo del Auto de aclaración, con la tabla que incorpora el detalle de la maquinaria a la que se ha hecho referencia así:

"SEGUNDO. - Acceder parcialmente a la solicitud denominada Controversias sobre la maquinaria permanente de la concesión propuesta por la UAESP, y aclarar el numeral QUINTO de la parte resolutoria, en relación con la demanda del CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. ESP, que

quedará de la siguiente manera:

QUINTO. - Declarar que la maquinaria que debe tener el carácter de permanente para la operación del Relleno Sanitario Doña Juana, en de la propuesta, el contrato y el acta de acuerdo No. 2 del 27 de diciembre de 2011, es la que se describe a continuación, con lo cual prospera la pretensión 3.1.17 de la demanda principal:
(subrayado añadido)

MAQUINARIA PERMANENTE
TRACTOR AGRICOLA FORD 6610, DOBLE TRANSMISIÓN
TANQUE DE 805 GALONES PARA CARGUE DE ACPM MOTOR HONDA 360 CON BOMBA DE COMBUSTIBLE DE UNA PULGADA Y SU PISTOLA
CARGADOR CATERPILAR SERIE 966C, MODELO 1989
COMPACTADOR CATERPILAR 826H, MODELO 2005
CAMION DUMPER CATERPILAR MODELO 1988 ARTICULADO D25D
CAMION DUMPER D25D MODELO 1988
BULDOZER CATERPILAR D8T,
COMPACTADOR CATERPILLAR 826G, MODELO 2002
TRES Bulldozer CAT D8 nuevos.
UNA Compactadora CAT 826H, nueva.
UNA Compactadora CAT 826H repotenciada
UN Bulldozer CAT D8, repotenciado.

Transcribe también las obligaciones contenidas en el numeral 5 del título "Sobre la Operación del RSDJ" de la cláusula tercera y el párrafo primero de la cláusula décima del Contrato de Concesión, que señalan y detallan las obligaciones del Concesionario relacionadas con la maquinaria que debe tener disponible para la operación del relleno y las condiciones establecidas al efecto. Igualmente, se refiere al artículo 12 de la Resolución UAESP 724 de 2010, que en su artículo 27 le asigna al Concesionario la función de: "Suministrar y mantener en operación la totalidad del equipo y maquinaria pesada requeridos para el cumplimiento de sus obligaciones y realizar su mantenimiento, en los términos señalados en el contrato de concesión, en el Pliego de Condiciones y sus anexos, en el presente

reglamento y demás documentos integrantes del contrato, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Artículo 19 de la Ley 80 de 1993. Se deberá tener disponible y operativa, como mínimo la maquinaria en la cantidad y condiciones ofertadas"

Indica que CGR Doña Juana no cumplió con la obligación de disponer la maquinaria permanente para la operación del relleno, desde la fecha en que suscribió el acta de inicio del contrato, hasta el momento en que quedó en firme el Laudo; y tampoco lo hizo en los 12 meses siguientes a la ejecutoria de dicha decisión, pues llegado el límite máximo fijado por el tribunal para cumplir la obligación impuesta, esto es, octubre de 2019, el Concesionario no tenía dispuesta la maquinaria a la que estaba obligado.

La demandante en reconvención afirma que la falta de maquinaria ha originado graves traumatismos en el operación del relleno, como el ocurrido los días 24 y 25 de junio de 2019, momento en el cual *"según registra la interventoría se presentaron represamientos que afectaron hasta en 2 horas el servicio, generando colas en el acceso al frente de disposición, precisamente por no lograr adecuar la zona"*, en razón a que para esa actividad de disgregación y compactación, solo contaba con un Bulldozer D8T, cuando debía contarse con cuatro Bulldozer CAT D8 y dos compactadoras.

Presenta algunas fotografías que indica son el registro de la interventoría sobre la precariedad de la disposición de la maquinaria y establece que de acuerdo con el Laudo del 2018, para el 11 de octubre de 2019, el concesionario debía contar con catorce máquinas permanentes y como ya mencionó, solo contaba con un Bulldozer CAT D8.

La Convocada afirma también que CGR en el denominado *“Plan de Acción para el Cumplimiento del Laudo Arbitral Expediente 3958 CGR vs UAESP”, propone definir la maquinaria necesaria para la operación del RSDJ*” lo que no suspende la obligación impuesta por el Laudo en un plazo que debió cumplir máximo el pasado 11 de octubre de 2019.

Concluye que el comportamiento negligente del Concesionario en este aspecto, genera un incumplimiento con la entidad suficiente para dar por terminado el contrato, pues insiste en que *“uno de los aspectos fundamentales de una operación diligente es contar con la maquinaria técnicamente necesaria que, para el contrato recibe el nombre de permanente.”*

En esta instancia, la UAESP no indica ni remite a ningún medio de prueba para respaldar sus dichos, salvo el registro fotográfico que se ha mencionado.

8.1.2. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

En su escrito, la Demandada en reconvención pone de presente de antemano su criterio sobre la falta de competencia del Tribunal para abordar el conocimiento de esta pretensión, por considerar que no está facultado para pronunciarse sobre el supuesto incumplimiento de lo resuelto en un Laudo anterior, pues estaría así supliendo al juez de ejecución. Sobre este asunto, el Tribunal reiterará los argumentos y definiciones sobre su competencia conforme ya fue expuesto en los acápites anteriores en

donde se planteó la misma discusión.

Al contestar los hechos, CGR Doña Juana, indica en primer lugar que la evaluación de estas peticiones, debe realizarse solamente desde el momento en que fue proferido el Laudo, pues antes de ello, no se tenía certeza de cuál era la maquinaria permanente que debía ser dispuesta para la operación del relleno; sobre el listado elaborado en el laudo anterior, añade la convocante que es preciso que se entienda que a pesar de haberse referenciado cuatro (4) compactadoras CAT 826, *"solo son tres (3)"* tal como lo ha reconocido el interventor a través de comunicación UTIDJ-201905603 del 8 de mayo de 2019 pues en la lista, estas máquinas están duplicadas; y que de todas maneras, es necesario que el análisis tenga en cuenta el incumplimiento de la UAESP en la entrega debida de la maquinaria permanente señalada en el Apéndice 1 del Pliego de Condiciones, y más aún, en la grave situación en la que es colocado el Concesionario por la insuficiencia tarifaria para la prestación sostenible del servicio, pues *"sin recursos no sólo no puede efectuarse un gasto o asumirse un costo y menos efectuar inversiones"*.

Indica que de acuerdo con la cláusula tercera numeral 5 del Contrato, no es correcto el entendimiento de la UAESP de que la maquinaria permanente solamente debiera ser *"adquirida"* por CGR, pues el texto de la cláusula habilita para que pueda también disponerse a través de otros vínculos o tipos contractuales como el *"leasing"* o el *"arrendamiento"*, por lo cual señala que *"se han celebrado sendos contratos, de todo tipo, tendientes a garantizar la disponibilidad de la maquinaria permanente para el proyecto y de esta forma operar en condiciones de normalidad el relleno sanitario"*.

Manifiesta que a pesar de los incumplimientos de la UAESP en la debida entrega de los equipos y maquinaria enlistada en el Apéndice 1 del pliego de condiciones, CGR se ha aprestado a cumplir con sus obligaciones supliendo todas las necesidades para la debida operación del relleno. A manera ilustrativa, explica cómo un tractor entregado por la UAESP como maquinaria permanente y que se utilizaba para transportar un tanque de combustible, en sus términos, con un remolque “hechizo”, fue reemplazado por un carro-tanque especializado que corrigió la manera anti-técnica en que estaba dispuesta tal maquinaria. Lo anterior lo lleva a la conclusión de que la exigencia del cumplimiento de estas obligaciones relacionadas con la maquinaria, no puede ser “al pie de la letra” desde el punto de vista exegético, pues en realidad lo que debe importar es la disposición de maquinaria que cumpla con los estándares técnicos y garantice la normal operación del relleno.

La Convocante resalta el contenido del párrafo octavo de la cláusula décima del contrato, que ordena la sustitución o el reemplazo de la maquinaria cuando se deban hacer reparaciones mayores -más de una semana de permanencia en el taller-, disposición contractual bajo la cual ha suministrado durante todo el tiempo que ha resultado necesario, las máquinas y equipos de similares condiciones a la maquinaria permanente entregada por la UAESP, que califica como “*del todo vetustas, inservibles e irreparables*”, con el único propósito de evitar que el servicio resultare interrumpido.

CGR reseña varias situaciones que según su punto de vista determinan el incumplimiento de la UAESP en la entrega de maquinaria, pues muchas de

ellas se entregaron en condiciones no operativas o siniestradas, como el caso del “Bulldozer CAT D8”, equipo fundamental para las tarea del relleno que fue incluido en la tabla que incorpora el laudo del 2018, y que tal situación privó *“por largo tiempo a CGR Doña Juana de un equipo fundamental y en este caso, muy pertinente dentro de la lista de Maquinaria Permanente”*.

La Convocante aduce que el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario es del todo evidente, pues, luego de fijado el régimen tarifario no se han realizado descuentos por represamientos ni incumplimientos en los indicadores de calidad del servicio a los que hace seguimiento la Interventoría. Complementa que la operación no se ha visto afectada ni siquiera en la temporada de invierno intenso en el mes de noviembre de 2020, evidenciando que cuenta con los equipos especializados e idóneos para garantizar el servicio aún en condiciones climáticas difíciles que indica han sido la más extremas de los últimos 20 años; y además, que siempre se han atendido los márgenes de densidad de compactación exigidos, cuestión que ha sido validada por la interventoría en sus informes.

Concreta que es un imposible técnico la afirmación de la UAESP de que solo se contaba con una máquina para la operación del relleno, cuando debía contarse con 14, pues eso haría que la operación hubiese colapsado, cosa que no ocurrió. Insiste en que a través de otro tipo de contratos como el leasing y el arrendamiento, permitidos por el Contrato, el Concesionario ha cumplido con tener la maquinaria a disposición del relleno. En resumen, la Convocante indica que ha adquirido y dispuesto para el contrato, *“entre muchas otras, las siguientes máquinas que se corresponden o se incluyen en*

aquellas identificadas en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018:

Compactador	15	AWF00666	AWF00666	CATERPILLAR	826H
Tractor de cadena	17	J8B02903	J8B02903	CATERPILLAR	D8TWH
Tractor de cadena	18	KJ8B02894	KJ8B02894	CATERPILLAR	D8TWH

Tractor de cadena	19	OJ8B03195	OJ8B03195	CATERPILLAR	D8TWH
Buldozer	32	MC03794	CAT00D8TPJ8B034	CATERPILLAR	D8T-05
Buldozer	40	MC03796	CAT00D8TJJ8B0169	CATERPILLAR	D8T
Buldozer	41	MC-037983	CAT00D8TEJ8B0128	CATERPILLAR	D8T
Buldozer	42	MC05156	6YZ00414	CATERPILLAR	D8R

Vale precisar de esta relación de maquinaria permanente que las siguientes máquinas fueron adquiridas entre los años 2019 a 2021:

- Dos (2) Buldócer D8 adquiridos en septiembre de 2019
- Un (1) Buldócer D8 adquirido en mayo de 2020
- Compactadora BOMAG BC772RB-2 adquirida en enero de 2021”

Más adelante señala también que “Vale la pena precisar de esta relación de maquinaria permanente, que en los años 2011 y 2012, la sociedad concesionaria adquirió las siguientes máquinas correspondientes a las enlistadas como permanentes en el laudo arbitral:

<i>Compactador Caterpillar 826H, modelo 2005</i>	10	28-feb-12	U
<i>Bulldozer Caterpillar D8T</i>	7	28-feb-12	U
<i>Tres bulldozers CAT D8 nuevos</i>	17	29-dic-11	N
	18	31-dic-11	N
	19	30-abr-12	N
<i>Una compactadora CAT 826H, nueva</i>	15	18-oct-11	N
<i>Una compactadora CAT 826H Repotenciada</i>	-	28-feb-12	U
<i>Un bulldozer CAT D8, repotenciado</i>	-	28-feb-12	U

En cuanto al denominado “Plan de Acción para el Cumplimiento del laudo arbitral Expediente 3958 CGR vs UAESP” asegura que se ha definido allí la maquinaria actual necesaria para la correcta operación del relleno sanitario, cuestión que además de calificar como sensata, indica que tiene asidero en el contrato mismo de acuerdo con el parágrafo primero de la cláusula décima, pues se habilita a la sociedad a proponer al concedente la modificación de la maquinaria del contrato, por lo que afirma que no es cierto que la formulación de esta propuesta tenga como objeto soslayar el cumplimiento de las obligaciones definidas sobre la maquinaria permanente.

Concluye que “*más allá de mantener dispuestas para el proyecto las máquinas enlistadas en el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018, CGR Doña Juana se ha encargado de realizar las gestiones y actuaciones necesarias con el propósito de efectuar la sustitución de máquinas en los eventos en que la misma no ha estado operativa, para lo cual ha suplido la función respectiva con otra máquina o equipo de similares condiciones que*

ha posibilitado la normal operación del relleno sanitario (...)" Por tanto, de manera alguna puede considerarse la terminación anticipada del contrato.

8.1.3. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LA UAESP

La Demandante en reconvención en sus alegatos de conclusión señala que existe un incumplimiento definitivo propiamente dicho de disponer la maquinaria permanente en la ejecución del contrato. Apoya sus conclusiones en el análisis probatorio que realiza principalmente:

i) Sobre el peritaje aportado por CGR Doña Juana, que afirma es "acomodado" a la conveniencia del concesionario, transcribiendo varias respuestas del interrogatorio de contradicción que según su criterio demuestran que no tiene un fundamento técnico, ni se ocuparon de verificar fácticamente la realidad del contrato en relación con la maquinaria dispuesta de manera permanente, el día de la visita que hicieron como parte de la metodología para lograr las conclusiones;

ii) así mismo, del documento suscrito por las partes el día 30 de diciembre de 2019, señala que contiene un "*Plan de Cumplimiento de algunas de las obligaciones en mora derivadas de la ejecución del Contrato de Concesión 344 2010 y del Laudo Arbitral-Suscrito entre El Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P. y la UAESP*", en el que el Concesionario "*aceptó la existencia y exigibilidad de algunas de sus obligaciones contractuales en mora de cumplimiento y se comprometió con la UAESP a ejecutarlos*", dentro de los cuales está el reemplazo de la maquinaria varada.

iii) del análisis del testimonio del Interventor del Contrato, la Convocada cita apartes en donde según su criterio, se evidencia que CGR Doña Juana no ha cumplido con la obligación de disponer de la maquinaria permanente para lo operación del relleno, aún después de la fecha máxima en que debía cumplirse de acuerdo con lo señalado por el laudo anterior, esto es, el 11 de octubre de 2019;

iv) finalmente se refiere a la prueba documental que contiene varios requerimientos que la interventoría ha realizado por el incumplimiento de la obligación contractual relacionada con la maquinaria permanente con la que debe contar para la operación del relleno.

8.1.4. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE CGR DOÑA JUANA

En su escrito de alegatos, la Demandada en reconvención, reitera en primera medida su argumento sobre la falta de competencia del Tribunal para dirimir este asunto, al considerar que se trata de una petición de ejecución del Laudo del 27 de septiembre de 2018 y el Tribunal solo se encuentra habilitado para conocer sobre peticiones de carácter declarativo, más no sobre pretensiones que busquen la ejecución de un laudo.

Concluye que las peticiones en este caso, se formularon con base en las disposiciones del laudo arbitral del 2018, especialmente lo que tiene que ver con el plazo de doce meses para cumplir con la obligación impuesta y no surgieron así con ocasión de la celebración, ejecución ni liquidación del Contrato, por lo que en su criterio, en realidad la UAESP con estas pretensiones, está *“soslayando que la justicia arbitral no se encuentra*

habilitada para conocer de la ejecución ni de las consecuencias de decisiones judiciales o arbitrales preexistentes"

Sobre la materia de estas pretensiones, la Convocada en su alegato de conclusión plantea cinco temas que según su criterio resumen los argumentos para que el Tribunal las declare no prósperas: i) Excepción de contrato no cumplido; ii) inexistencia de incumplimiento contractual; iii) el contrato permite que la maquinaria permanente se disponga en el RSDJ a través de cualquier tipo o vínculo contractual y iv) inexistencia de la obligación contractual y v) nadie está obligado a lo imposible.

Frente a la excepción de contrato no cumplido, indica que el no cumplimiento por parte de la UAESP de realizar la debida remuneración con Concesionario por la insuficiencia de la tarifa pactada lleva a que CGR no haya podido realizar a su vez todas las inversiones a que comprometió con el contrato, entre las cuales está la de disponer de la maquinaria permanente para la operación del relleno. Para desarrollar este argumento, la Convocante trae a colación algunas preguntas realizadas al pliego de condiciones en la etapa precontractual y las respuestas que la UAESP entregó, de donde concluye que en la licitación se dio certeza sobre la suficiencia de la remuneración para cubrir los costos relacionados con la maquinaria que se requería para operar el RSDJ, habiendo afirmado la UAESP que no exigiría al futuro concesionario la realización de actividades no incluidas dentro de la remuneración. Con apoyo en las conclusiones del dictamen técnico presentado por CGR, indica que a pesar de lo anterior, lo que resultó probado es que la remuneración fijada por la UAESP solo cubrió de manera parcial los costos, gastos e inversiones requeridos para tener disponible la maquinaria para la operación del relleno.

Trae a colación que la situación del Concesionario derivada de lo que califica un comportamiento de mala fe, ha llevado a que no haya podido acceder a financiación desde el año 2016, lo que ha afectado la ejecución normal del contrato incluida la adquisición de maquinaria. Reitera que, adicionalmente el incumplimiento por parte de la UAESP en su obligación de entregar la maquinaria conforme fue establecido en el Pliego de Condiciones, afectó el desarrollo de la actividad de disposición permanente de maquinaria.

Sobre la inexistencia de incumplimiento contractual, concluye, valiéndose de algunos apartes del testimonio del interventor del contrato y de las conclusiones del dictamen técnico aportado por CGR Doña Juana, que siempre ha tenido disponible la maquinaria necesaria para la operación del relleno, por lo que aun siendo no exigible la obligación por la falta de remuneración, el concesionario no ha incumplido el contrato en específico, pues ha operado con normalidad el relleno, al punto de que con posterioridad al Laudo arbitral de septiembre de 2018, la UAESP no ha podido realizar ningún descuento por indicadores de calidad, lo que no sería posible sin la disposición de maquinaria permanente adecuada.

Frente a lo tercero, la Convocante indica que el contrato posibilita la disposición de la maquinaria a través de otros vínculos contractuales diferentes a la adquisición directa, como el leasing y el arrendamiento, por lo que a través de esas figuras es que ha venido solventado las necesidades para el correcto cumplimiento de la disposición de la maquinaria de forma permanente en el relleno, tal como lo confirma el dictamen técnico aportado por ella.

Sobre la inexistencia de la obligación contractual, indica que es un error afirmar que el laudo obliga tener 14 máquinas permanentes, pues en realidad la lista realizada por el tribunal de ese entonces, repitió dos ítems, lo que resulta en que solo son 12 máquinas permanentes. Manifiesta que así fue reconocido en el dictamen técnico elaborado por ACODAL.

Por último, con relación al argumento de que nadie está obligado a lo imposible, indica que varias de las máquinas señaladas en la lista del laudo del 2018 no cumplían con la normatividad establecida para las funciones asignadas, trayendo a colación el caso del tractor agrícola que transportaba un tanque de combustible; concluye que por ello, el Concesionario se ha visto obligado a reemplazar esa maquinaria, por una que de manera adecuada cumpla las funciones de la operación del relleno, como quedó certificado en el dictamen técnico que analizó las condiciones de la máquina dispuesta al efecto (el carro-tanque).

8.2. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

8.2.1. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

El Tribunal ratifica su competencia únicamente en lo que tiene que ver con la primera pretensión subsidiaria de la cuadragésima primera pretensión principal y ratifica igualmente su incompetencia para decidir y conocer de la cuadragésima primera pretensión principal, por las razones que ya fueron

expuestas sobre el ámbito de competencia del Tribunal. En efecto, lo pretendido en este caso por la demandante en reconvención no corresponde a la ejecución de una decisión judicial, pues si bien es cierto el laudo del año 2018 impartió una orden de disponer de la maquinaria permanente para la operación del relleno, ello lo único que hizo fue definir y modular las condiciones de tiempo de ejecución de la prestación a cargo de CGR.

Así las cosas, comoquiera que la controversia a resolver corresponde a un asunto de libre disposición de las partes y que es propio de la ejecución contractual (su incumplimiento), tema que hace parte de la habilitación conferida al Tribunal en la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Concesión C-344 de 2010, el Tribunal ratificará su competencia para decidir de fondo las controversias relativas al cumplimiento de la obligación del concesionario de disponer de manera permanente la maquinaria para la operación del relleno en el periodo comprendido entre la fecha de ejecutoria del laudo arbitral del 27 de septiembre del año 2018 y la de expedición del presente laudo.

8.2.2. EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

La pretensión que se estudia tiene por objeto que se declare el incumplimiento del Concesionario respecto del contenido obligatorio de la cláusula segunda -no se señala numeral- La formulación de la pretensión es del siguiente tenor literal:

“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP incumplió la obligación pactada en la CLÁUSULA 2 del contrato

344 de 2010 y el Reglamento Técnico del Relleno Sanitario al disponer de la maquinaria permanente para la operación del relleno sanitario, en los términos definidos en el Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018, en los doce (12) meses siguientes de la ejecutoria de la mencionada providencia."

Lo primero que debe observar el Tribunal, es que la redacción de la pretensión no precisa cuál es la obligación incumplida y tampoco la conducta que la genera, pues no especifica cuál de las 48 obligaciones generales consagradas en la cláusula segunda es la que considera incumplida y tampoco la parte correspondiente del Reglamento Técnico del Relleno; seguidamente se lee que tal incumplimiento se genera "*al disponer de la maquinaria permanente para la operación del relleno sanitario (...)*" conducta que literalmente indica una manifestación más bien de cumplimiento contractual. A pesar de estas deficiencias en la redacción, habrá de reconocerse que los hechos y argumentos expuestos en la demanda de reconvención reformada así como la contestación a los mismos por parte de CGR Doña Juana, permiten entender que se refieren al incumplimiento del numeral quinto del apartado "sobre operación del RSDJ" de la cláusula tercera y la cláusula décima - equipos y maquinaria, especialmente el párrafo primero, por no haber dispuesto de la maquinaria permanente para la operación del relleno sanitario. A continuación, se transcriben las cláusulas completas para un mejor análisis:

"CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS. *Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, EL CONCESIONARIO deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas.*

SOBRE LA OPERACIÓN DEL RSDJ

(...)

5. Tener disponible y operativa la maquinaria necesaria para operar el RSDJ, en el número y las condiciones que se señalan en la oferta, de manera permanente. Cambios en las características

o cantidad de esa maquinaria podrán ser solicitados por el operador a la UAESP debidamente justificados. Esta maquinaria podrá ser adquirida, tomada en leasing o arrendada y en todo caso se deberá garantizar el cumplimiento de los indicadores establecidos en el reglamento técnico. La UAESP podrá ordenar el mantenimiento correctivo o reemplazo de la maquinaria o equipos que afecten la eficiencia de la operación del RSDJ”

“CLÁUSULA DÉCIMA. EQUIPOS Y MAQUINARIA: EL CONCESIONARIO se obliga a utilizar en la concesión todos los equipos y maquinaria que sean necesarios para garantizar una técnica eficiente, oportuna y adecuada prestación del servicio en el RSDJ.

Utilizar en la concesión todos los equipos y maquinaria que sean necesarios para garantizar una técnica eficiente, oportuna y adecuada prestación del servicio en el RS de J. En el evento en que la u a e SP fundamente técnicamente que el equipo Por el concesionario no es suficiente para el adecuado cumplimiento del contrato, este se compromete de manera inmediata, a partir de requerimiento de la u a e SP adquirir, arrendar o tomar el Leasing los equipos y maquinaria que sean necesarios y a revertirlos de acuerdo con lo establecido en el presente contrato

Parágrafo Primero: En lo que se refiere a la maquinaria para labores de adecuación, disposición y mantenimiento de tendrán dos categorías. La primera, corresponde a maquinaria permanente que estará compuesta por la maquinaria establecida en el apéndice 1 del pliego de condiciones que corresponde a la entregada por la UAESP, sumada a aquella adicional considerada como permanente en la propuesta del CONCESIONARIO. La segunda categoría, correspondiente a la maquinaria no permanente que trabajará en los predios del RSDJ. De acuerdo con las necesidades de la programación de actividades no permanentes a desarrollar.

La maquinaria permanente y no permanente mínima exigible al concesionario al momento de iniciar la operación, será aquella que EL CONCESIONARIO ofreció en el esquema técnico operativo y en el listado de máquinas que hacen parte de su propuesta; esas cantidades y especificaciones técnicas propuestas, podrán variar durante el desarrollo del contrato, en función de los

cambios en las necesidades de la operación, siempre y cuando dichos cambios sean plenamente justificados por EL CONCESIONARIO, y aprobados por la UAESP.

Será obligación del concesionario garantizar que desde el primer día del séptimo mes, contado a partir de la suscripción del acta de inicio, toda la maquinaria que sea ofrecida como maquinaria permanente, será maquinaria nueva, con 0 (cero) horas de funcionamiento y año de fabricación no anterior al año 2009. Una vez transcurridos (8) años, contados a partir de la fecha de adquisición de esta maquinaria por parte del CONCESIONARIO, deberá ser reemplazada por maquinaria nueva, con 0 (cero) horas de funcionamiento y año de fabricación no anterior a un (1) año, del momento de realizar dicho reemplazo.

Parágrafo Segundo. *La maquinaria permanente que oferte EL CONCESIONARIO deberá ser de propiedad del CONCESIONARIO y tendrá dedicación exclusiva al cumplimiento del objeto del contrato. Al finalizar el plazo de la concesión, la maquinaria permanente será revertida a LA UAESP en los términos y condiciones establecidos en el presente contrato.*

No serán objeto de reversión los bienes, maquinaria y/o equipos inherentes a la actividad de aprovechamiento de residuos sólidos, siempre y cuando el retiro de los mismos se realice sin producir detrimento del predio, entendido éste como el inmueble y su infraestructura básica.

Parágrafo Tercero. *Para toda la maquinaria permanente, el concesionario está obligado a contratar y presentar anualmente un peritaje técnico desarrollado por el representante en Colombia del fabricante de la maquinaria. Dicho peritaje será presentado a la UAESP y debe incluir como mínimo la siguiente información para cada máquina: (i) evaluación del estado de todos los componentes, (ii) reparaciones requeridas: y (iii) evaluación de desgaste del equipo. Como anexo a este peritaje, EL CONCESIONARIO adjuntará la hoja de vida de todas las máquinas, la cual debe contar como mínimo con la siguiente información: (i) marca, (ii) modelo, (iii) placa, (iv) número de chasis, (v) propietario, (vi) horas trabajadas totales y (vii) horas trabajadas en el Relleno Sanitario discriminadas por meses, (viii) reparaciones efectuadas con duración y costo de las mismas, (ix)*

costos de operación, (x) depreciación y (xi) valor actual del equipo.

Parágrafo Cuarto. La maquinaria no permanente podrá tener un título diferente al de propiedad. Sin embargo, deberá cumplir con las normas de operación y seguridad y estar amparada por las garantías establecidas en el presente contrato.

Parágrafo Quinto. Previo a la iniciación de las actividades, la UAESP hará entrega al CONCESIONARIO de un inventario de equipos y maquinaria con los que cuenta actualmente para la administración, operación y mantenimiento del RSDJ.

Parágrafo Sexto. Toda la maquinaria suministrada por EL CONCESIONARIO independiente de su condición de permanente o no permanente y de la actividad que vaya a desarrollar dentro del RSDJ, será inspeccionada y aprobada por la Interventoría a su ingreso y salida teniendo en cuenta las normas de seguridad industrial y las demás disposiciones consignadas en este contrato y en los demás documentos que hacen parte del mismo.

Parágrafo Séptimo. Todos los equipos y maquinaria que EL CONCESIONARIO emplee, deberán someterse a mantenimientos periódicos, de acuerdo con las especificaciones del fabricante, con la frecuencia y alcance necesarios para que se mantengan siempre en óptima calidad de servicio.

Parágrafo Octavo. La maquinaria establecida como permanente, deberá estar siempre operativa y disponible en el RSDJ, a excepción de los mantenimientos rutinarios a que haya lugar. Cuando se trate de reparaciones mayores, EL CONCESIONARIO suministrará un reemplazo de similares condiciones durante el tiempo en que la máquina se encuentre en reparación. En todo caso, EL CONCESIONARIO deberá garantizar la existencia de la maquinaria requerida en el RSDJ, para que no se interrumpa en ningún momento la operación del servicio en el mismo.

Para los efectos de esta cláusula se consideran reparaciones mayores aquellas que se estime que superan una semana de permanencia en el taller de la máquina.

Parágrafo Noveno. EL CONCESIONARIO deberá tomar una póliza

contra todo riesgo para todos y cada uno de los equipos entregados por la UAESP al concesionario, así como para los equipos que destine a la administración, operación y mantenimiento del RSDJ, por un periodo igual a la vigencia del presente contrato.”⁵⁹¹. (subrayado y resaltado añadidos).

Adicionalmente, invoca también la demandante en reconvención el artículo 27 de la Resolución UAESP 724 de 2010 - Funciones del Operador de Disposición Final:

“27. Suministrar y mantener en operación la totalidad del equipo y maquinaria pesada requeridos para el cumplimiento de sus obligaciones y realizar su mantenimiento, en los términos señalados en el contrato de concesión, en el Pliego de Condiciones y sus anexos, en el presente reglamento y demás documentos integrantes del contrato, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Artículo 19 de la Ley 80 de 1993. Se deberá tener disponible y operativa, como mínimo la maquinaria en la cantidad y condiciones ofertadas.”

Sobre el incumplimiento del numeral 5 de la cláusula tercera sobre la operación del relleno, el Tribunal encuentra probado que este asunto también fue objeto de discusión en el marco del arbitraje anterior entre las Partes, razón por la cual debe revisarse exactamente la controversia debatida y resuelta en aquella oportunidad a fin de determinar los efectos y consecuencias que podría tener lo decidido allá, respecto de lo que ahora corresponde decidir a este Panel.

En relación con el tema de la disposición de maquinaria permanente para la operación del relleno, el Tribunal encuentra que CGR Doña Juana, formuló en el marco de la anterior controversia, una pretensión en el sentido

⁵⁹¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 85 vuelto.

de determinar cuál era la maquinaria permanente a la que estaba obligado de acuerdo con el contrato de concesión y sus documentos, así:

“3.1.17. Se determine vía arbitral la maquinaria que debe tener el carácter de permanente para la operación del RSDJ, a la luz de la propuesta, el contrato y el acta de acuerdo No. 2 del 27 de diciembre de 2011.”

Al respecto el tribunal anterior analizó los compromisos sobre la maquinaria permanente que había adquirido el Concesionario en los diferentes documentos contractuales a saber, la propuesta, el Contrato y el Acta de Acuerdo No. 2 del 27 de diciembre de 2011, y determinó en su decisión, la maquinaria permanente que debía tener el concesionario en un plazo máximo de 12 meses desde la fecha de ejecutoria del laudo. Tal determinación, consta en el numeral segundo del Auto No. 71 aclaratorio del numeral cuarto del laudo, así:

“SEGUNDO. - Acceder parcialmente a la solicitud denominada Controversias sobre la maquinaria permanente de la concesión propuesta por la UAESP, y aclarar el numeral QUINTO⁵⁹² de la parte resolutive, en relación con la demanda del CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. ESP, que quedará de la siguiente manera:

QUINTO. - Declarar que la maquinaria que debe tener el carácter de permanente para la operación del Relleno Sanitario Doña Juana, en la propuesta, el contrato y el acta de acuerdo No. 2 del 27 de diciembre de 2011, es la que se describe a continuación, con lo cual prospera la pretensión 3.1.17 de la demanda principal:
(subrayado añadido)

⁵⁹² En realidad, el laudo se refiere a la aclaración del punto cuarto de la parte resolutive, que precisamente es el que contiene el listado de la maquinaria de carácter permanente para la operación del relleno.

MAQUINARIA PERMANENTE
TRACTOR AGRICOLA FORD 6610, DOBLE TRANSMISIÓN
TANQUE DE 805 GALONES PARA CARGUE DE ACPM MOTOR HONDA 360 CON BOMBA DE COMBUSTIBLE DE UNA PULGADA Y SU PISTOLA
CARGADOR CATERPILAR SERIE 966C, MODELO 1989
COMPACTADOR CATERPILAR 826H, MODELO 2005
CAMION DUMPER CATERPILAR MODELO 1988 ARTICULADO D25D
CAMION DUMPER D25D MODELO 1988
BULDOZER CATERPILAR D8T,
COMPACTADOR CATERPILLAR 826G, MODELO 2002
TRES Bulldozer CAT D8 nuevos.
UNA Compactadora CAT 826H, nueva.
UNA Compactadora CAT 826H repotenciada
UN Bulldozer CAT D8, repotenciado.

Habiendo precisado cuál era la maquinaria de carácter permanente que debía disponer el concesionario, el tribunal a continuación procedió a “determinar si CGR ha dado cumplimiento o no a la obligación de disponer de la maquinaria permanente para la operación del RSDJ, conforme lo alega la UAESP en su demanda de reconvención reformada”.

En efecto, la UAESP formuló en la demanda de reconvención reformada de ese entonces, la pretensión décima quinta, que plantea igual que el debate actual, el incumplimiento del numeral 5 de la cláusula tercera sobre la operación del relleno, así:

“DÉCIMA QUINTA PRETENSIÓN: Se declare que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A.-E.S.P. incumplió las Cláusulas 2 y 3 del contrato 344 de 2010 y Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana (RSDJ), al no disponer de la maquinaria permanente para la operación del relleno sanitario, desde la fecha en que suscribió el acta de inicio de la ejecución de este contrato, hasta la fecha actual.

El tribunal en su análisis concluyó que prosperaba la pretensión invocada en ese entonces por la UAESP, indicando que: *“Teniendo en cuenta lo anterior, para el Tribunal es concluyente al analizar el acervo probatorio que CGR no ha cumplido con su obligación referida a contar con la maquinaria permanente dispuesta en el contrato, tal como se describió anteriormente. Igualmente, para el Tribunal es claro que CGR no ha cumplido plenamente con su obligación de realizar y entregar los peritajes técnicos sobre la maquinaria permanente en los términos establecido en el contrato”*.

Sobre tal determinación, este Tribunal se permite recordar las consideraciones realizadas anteriormente con respecto de la cosa juzgada, reiterando que no se desatenderán los efectos sobre el incumplimiento declarado por el laudo, en este punto específico y que cobijan la falta de disposición en forma permanente de la maquinaria necesaria para la operación del relleno hasta la fecha misma del laudo, es decir, hasta el 27 de septiembre de 2018. Sin embargo, y habiéndose definido y delimitado la obligación y el tiempo en que esta debería haberse cumplido a través de la decisión arbitral anterior, el Tribunal se pronunciará, en el marco de sus competencias, sobre el incumplimiento alegado después de la fecha del laudo y en la forma en que este determinó que la obligación contractual debería cumplirse, es decir, verificará si la maquinaria que se señaló en el listado transcrito que de acuerdo con la decisión anterior era la que contractualmente le correspondía disponer de manera permanente al concesionario para la operación del relleno, efectivamente se ha así dispuesto en el tiempo señalado de doce meses posteriores al pronunciamiento.

Previo al análisis para establecer el incumplimiento o no de las obligaciones del contrato, el Tribunal considera necesario advertir, con el riesgo de ser reiterativo, que los razonamientos y análisis que se realizarán partirán de las conclusiones que sobre la determinación de la maquinaria permanente hizo el laudo de septiembre de 2018, sin que pueda volverse sobre la discusión de cuáles máquinas deben considerarse permanentes o cuál documento las define o las señala. Así, el estudio realizado por el anterior tribunal fue producto de la pretensión de CGR elevó, precisamente por la disparidad de criterios que las partes habían tenido sobre la definición de cuál era la maquinaria permanente que contractualmente se requería a efectos de la operación del relleno. Por ello, ese tribunal luego de examinar los documentos del contrato, concluyó que:

*“Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal procederá a declarar la prosperidad de la pretensión 3.1.17 de la demanda principal, **en el sentido de determinar que la maquinaria permanente para la operación del RSDJ a la luz de la propuesta, el contrato y el acto de Acuerdo No. 2 del 27 de diciembre de 2011, es aquella establecida en el presente laudo.**”*

Así, a efectos de entender el alcance de las demás cláusulas del contrato que se refieren a obligaciones y derechos que tienen que ver con la maquinaria permanente, desde el momento de la ejecutoria del laudo del 27 de septiembre de 2018, debe entenderse que tal maquinaria es la definida por el tribunal de arbitramento que profirió la decisión.

Bajo esta premisa, este Tribunal descarta cualquier interpretación o argumento de las partes que tienda a abrir nuevamente la discusión sobre si la maquinaria permanente es solamente aquella que está dispuesta en el Acuerdo No. 2 suscrito en 2011, o solamente aquella que está referenciada

en los pliegos, o en la que hizo parte de la propuesta. Teniendo tal premisa como eje de las valoraciones y razonamientos del Tribunal, se procederá entonces a establecer si en efecto existe un incumplimiento en este aspecto por parte de CGR Doña Juana.

De entrada, ha de observarse que el dictamen técnico aportado por la UAESP, elaborado por ACODAL concluye que la maquinaria permanente reseñada en el laudo, se encuentra en estado de no operación o varada, a excepción de un ítem correspondiente al Bulldozer CAT D8TWH ingresado a la concesión el 26 de diciembre de 2012. Se afirma en esta prueba que *“Este inventario de equipos es obtenido del informe mensual de avance con fecha del 1 al 31 de octubre del 2019, el cual en el numeral 2.2 de la página 49 se observa la tabla del equipo permanente totalmente varado es decir con cero horas de producción y desde la página 43, 44 y 45 se observa el inventario general de equipos para ese momento. Sin embargo en la interventoría UT INTER DJ realiza las observaciones del estado actual del equipo permanente y su respectiva reposición. En resumen, el equipo permanente para ese periodo se encuentra varado o desmantelado y el contratista realiza sus trabajos con equipos alquilados o de su propiedad.”*

⁵⁹³ Así mismo, en el dictamen de contradicción al peritaje aportado por CGR, también elaborado por ACODAL, se presenta el registro fotográfico del estado de las máquinas sin dejar duda de que se encuentran inservibles para la operación⁵⁹⁴.

Por su parte el peritaje de contradicción aportado por CGR Doña Juana, no

⁵⁹³ Dictamen Técnico elaborado por ACODAL, aportado la Demandante en reconvención. Página 150.

⁵⁹⁴ Dictamen de Contradicción al dictamen técnico presentado por CGR Doña Juana. Elaborado por ACODAL. Páginas 72 a 76.

logra desvirtuar el estado de la maquinaria; por el contrario, así lo reconoce argumentando que *“La afirmación expuesta por ACODAL, para ese periodo solamente tiene en cuenta la maquinaria relacionada en el Laudo Arbitral. Sin embargo, las observaciones realizadas por parte de la interventoría son impertinentes debido a que analiza maquinaria en estado obsoleto puesto que varios equipos citados se encontraban con su vida útil completamente agotada a la fecha de análisis e incluso desde el inicio del contrato de concesión.”*⁵⁹⁵.

Por lo anterior, para el Tribunal resulta probado, que la maquinaria enlistada en el laudo arbitral de 2018 no está dispuesta de manera permanente para la operación del relleno.

El análisis que debe realizarse enseguida es si la maquinaria con la que actualmente está operando el Concesionario, corresponde al reemplazo que de acuerdo con las cláusulas del contrato debía hacerse de la maquinaria permanente. En este sentido, para el Tribunal resulta razonable, que disponer de la maquinaria referenciada en el laudo no puede entenderse como una obligación que deba cumplirse de manera literal, pues algunos de los equipos allí enlistados estarían en condiciones técnicas inadecuadas para su operación, por ejemplo, por su antigüedad. Y es precisamente por ello, que de acuerdo las estipulaciones del contrato, lo razonable es entender que el cumplimiento del laudo en este punto, debe darse en los términos del párrafo primero de la cláusula décima, es decir, que cada ítem debe ser reemplazando por una maquinaria nueva, y por supuesto acorde con la finalidad para la cual fue establecida para la

⁵⁹⁵ Informe que contiene el dictamen de contradicción al dictamen técnico presentado por la UAESP. Página 141.

operación del relleno. Ya en acápites anteriores, este Tribunal al resolver la no prosperidad de las pretensiones trigésima sexta a trigésima novena de la Demanda Reformada, definió que la maquinaria permanente, dentro de la cual está incluida la entregada por la UAESP al inicio de la operación, debía ser reemplazada durante el plazo de seis (6) meses contados a partir de la fecha del Acta de inicio del contrato, por maquinaria nueva.

Del acervo probatorio del expediente, el Tribunal encuentra probado que la operación del relleno se está realizando en condiciones normales, situación que de suyo implica la disposición de la maquinaria necesaria para lograr tal objetivo. El dictamen pericial aportado por CGR Doña Juana, ante la pregunta puntal sobre la maquinaria actual permanente dispuesta dentro del RSDJ, contestó⁵⁹⁶:

“13. ¿En la actualidad cuál es la maquinaria permanente de la que dispone CGR dentro del RSDJ?

Respuesta: Actualmente se cuenta con cinco máquinas de carácter permanente en el frente de disposición. En la tabla 5.25 se muestra la maquinaria permanente con la que actualmente el concesionario CGR Doña Juana cuenta para las operaciones en la terraza de disposición; en donde es evidente la inclusión de las cuatro maquinarias adquiridas por parte del concesionario en 2019.

⁵⁹⁶ Dictamen Técnico presentado por CGR Doña Juana. Parte 1 página 117

Tabla 5.25 Maquinaria permanente en el RSDJ actual

Maquinaria	No. interno	Referencia	Marca
Tractor de cadena	18	D8TWH	Caterpillar
Tractor de cadena	40	D8T	Caterpillar
Tractor de cadena	41	D8T	Caterpillar
Tractor de cadena	42	D8R	Caterpillar
Compactador	43	BC7772RB-2	Bomag

Resultó también probado que esta maquinaria ha sido adquirida por el Concesionario no con la finalidad principal de ajustarse a la exigencia contractual sobre los ítems de maquinaria permanente o a la orden impartida en el laudo del 2018, sino bajo los presupuestos que éste autónoma y técnicamente considera adecuados para prestar el servicio.

Así lo corrobora el testigo Carlos Javier Niño, director de operaciones del relleno, cuando refiere la inversión que CGR Doña Juana ha realizado para comprar la maquinaria permanente requerida para el funcionamiento del relleno:

“Y más aún, y la hemos comprado adicional y hemos invertido en maquinaria y hemos alquilado maquinaria para cumplir la función, porque se requiere cumplir la prestación de servicio, más allá de que tenga que ser ésta en número así, número asa y la referencia tal, tenemos que prestar el servicio con las condiciones de operación que el mismo contrato define, es que hay cómo medirlo, el contrato establece cómo se mide la operación, están los indicadores y lo innegable es que los hemos cumplido durante muchos meses y eso de qué se deriva, si no tuviéramos la

maquinaria que es, tendríamos indicador de filas, estaríamos clavados con descuentos, se lo garantizo.”⁵⁹⁷ (subrayado añadido)

De la misma manera, el dictamen técnico aportado por la UAESP, reconoce que la operación en el relleno se está cumpliendo y que se tiene a disposición maquinaria al efecto, pero sin lograr precisar cuál de ella tiene el objetivo de reemplazar a la señalada en el laudo como maquinaria permanente. El dictamen presentado por ACODAL concluye:

“Actualmente el concesionario Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. (CGR) cuenta con varias máquinas para la operación del relleno sanitario Doña Juana, según información entregada por la interventoría Unión Temporal Inter DJ y el contratista Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. (CGR) estas pertenecen a terceros o son de su respectiva propiedad.

*Ninguna de estas máquinas mencionadas han sido entregadas oficialmente o con aprobación de la interventoría, por lo tanto el concesionario Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. (CGR) ha ingresado aproximadamente más de 40 equipos para cumplir con las necesidades del relleno sanitario Doña Juana, en el inventario entregado por la interventoría Unión Temporal Inter DJ se observa que algunos de los equipos cumplen con las capacidades del equipo permanente definido en **“El Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018 y complementada en el auto del 10 de octubre de 2018”** adicional a esto no se observa ningún equipo nuevo en el relleno sanitario Doña Juana el cual será para reemplazar a los equipos permanentes.*

Actualmente el relleno sanitario Doña Juana opera bajo las condiciones o parecer del concesionario Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. (CGR), este último decide que equipos requiere para cumplir con su operación, se adjunta archivo de inventario actual de equipos del Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. (CGR), este fue

⁵⁹⁷ Interrogatorio de testigo correspondiente al tiempo de grabación 01:33:46. Testimonios practicados el día 16 de noviembre de 2021

suministrado por la interventoría Unión Temporal Inter DJ."⁵⁹⁸

No existe pues claridad sobre cuál de la maquinaria adquirida por el Concesionario después del año 2018, que corresponde a la reposición que debería haber realizado CGR sobre la maquinaria permanente fijada por en el laudo del año 2018; sin embargo el Tribunal encuentra que el reemplazo no se ha realizado sobre la totalidad de los ítems allí señalados, cuestión que se verifica al menos por lo siguiente: i) al realizar una verificación de la lista dispuesta en el laudo, con la maquinaria adquirida después del año 2018 que se resume en la tabla 5.25 del Dictamen presentado por CGR Doña Juana, existen elementos que no están dispuestos para la operación aún teniendo en cuenta que dos de los ítems se encuentran repetidos equivocadamente (Bulldozer CAT D8 y Compactador Caterpillar modelo 826H modelo 2005); ii) al analizar los argumentos que respaldan la excepción propuesta en la demandada en reconvención "excepción de contrato no cumplido" se entiende el reconocimiento del incumplimiento de su parte, que solicita sea excusado por lo que considera ha sido incumplido por la demandante en reconvención y iii) así también lo revelan las mismas declaraciones del director técnico del relleno Carlos Niño cuando afirma: *"Entonces, cuando uno tiene el recurso limitado y tiene que atender todo lo que hemos hablado en la exposición, que es la vía principal, la planta de tratamiento de lixiviados, la instrumentación, el pago a la gente, en fin, ponerse al día con muchas cosas y si no tiene el recurso limitado, tiene que tomar una decisión o compra un bulldozer nuevo de \$3.500 millones de pesos o con esos \$3500 millones compra dos usados, y eso es lo que hemos hecho responsablemente en Doña Juana para poder atender la operación,*

⁵⁹⁸ Dictamen aportado por la Demandante en reconvención, elaborado por ACODAL. Páginas 154 y 155

con uno nuevo, muy bonito, nuevo y todo no puedo atender la operación, entonces la compra de maquinaria que hemos hecho ha sido desde ese punto de vista, comprar la maquinaria en la medida que puede ser para cubrir la operación en la demanda que tenemos y esfuerzos adicionales. Este año compramos, por ejemplo, compactadora nueva, entonces lo que hemos hecho es lo mejor que hemos podido con los recursos que tenemos para poder mantener la operación y reitero, prueba de eso están los indicadores."⁵⁹⁹ (subrayado añadido).

Para el Tribunal, esta situación refleja que el Concesionario no ha cumplido, dentro del término fijado por el laudo, con disponer de manera permanente de la maquinaria necesaria para la operación del relleno. El Tribunal advierte que a pesar de haberse también reconocido por las partes que la operación del relleno no está paralizada ni actualmente en condiciones precarias, lo cierto es que existen razones que justifican la exigencia de unas determinadas máquinas para tal fin, que obedecen a la planeación misma del contrato y por ello deben contar con el visto bueno de la entidad pública como titular de la prestación del servicio. De requerirse un cambio o una actualización tecnológica en las mismas, debe mediar para ello el procedimiento contractual fijado también en la cláusula décima parágrafo primero, procedimiento que se echa de menos en el presente caso, al menos de manera completa: *"La maquinaria permanente y no permanente mínima exigible al concesionario al momento de iniciar la operación, será aquella que EL CONCESIONARIO ofreció en el esquema técnico operativo y en el listado de máquinas que hacen parte de su propuesta, estas*

⁵⁹⁹ Interrogatorio de testigo correspondiente al tiempo de grabación 01:36:32. Testimonios practicados el día 16 de noviembre de 2021

cantidades y especificaciones técnicas propuestas, podrán variar durante el desarrollo del contrato, en función de los cambios en las necesidades de la operación, siempre y cuando dichos cambios sean plenamente justificados por el concesionario y aprobados por la UAESP" (subrayado añadido). En otras palabras, que la justificación técnica para los cambios y las actualizaciones de la maquinaria deba ser avalada por la UAESP, no es un requisito menor, sino la materialización de las mínimas facultades de direccionamiento que debe tener la entidad pública sobre el funcionamiento del relleno y la prestación del servicio.

Por último, sobre el argumento de CGR relacionado con que es posible disponer de la maquinaria para la operación del relleno a través de la celebración de cualquier tipo de contrato como el leasing o el arrendamiento -y la Convocante afirma, cualquier otro-, el Tribunal considera que tratándose de la maquinaria permanente indispensable para la operación del relleno, el parágrafo segundo de la cláusula décima es claro al disponer que "la maquinaria permanente que oferte EL CONCESIONARIO deberá ser de propiedad del CONCESIONARIO y tendrá dedicación exclusiva al cumplimiento del objeto del contrato. Al finalizar el plazo de la concesión la maquinaria permanente será revertida a LA UAESP en los términos y condiciones establecidos en el presente contrato". (subrayado añadido)

Por tal razón, tratándose de maquinaria permanente, el Tribunal considera que el Concesionario incumple también la obligación al disponerla bajo una condición diferente a ser adquirida y funcionar de manera exclusiva para el relleno, pues ello no le da la certeza al concedente del derecho que tiene a que sean revertidos los equipos y la maquinaria, una vez finalice el

contrato.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal accederá a la primera pretensión subsidiaria de la cuadragésima primera principal, y en consecuencia declarará no probadas las excepciones formuladas al respecto por el Concesionario.

9. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE REEMPLAZAR LA MAQUINARIA PERMANENTE POR MAQUINARIA NUEVA PARA LA OPERACIÓN DEL RSDJ

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“CUADRAGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP incumplió la Cláusula 10 – Equipos y Maquinaria Del Contrato de Concesión 344 de 2010 y demás disposiciones que hacen parte integral del contrato, al no reemplazar la totalidad de la maquinaria permanente por maquinaria nueva con 0 (cero) horas de funcionamiento y año de fabricación no anterior a un (1) año desde su adquisición. El reemplazo, debió realizarse a los ocho (8) años contados a partir de la fecha de la adquisición o la que debió adquirir el Concesionario en los términos de la mencionada cláusula y conforme a la interpretación dispuesta en el punto CUARTO de la parte resolutive del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018.

CUADRAGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la CUADRAGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

9.1. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

La UAESP, expone el sustento fáctico de esta pretensión en los hechos 256 a 262 de la demanda de reconvención reformada. Inicia con la transcripción de la cláusula décima del contrato, subrayando la obligación contenida en el párrafo primero relacionada con que el concesionario debe garantizar que desde el primer día del séptimo mes contado a partir de la suscripción del acta de inicio, toda la maquinaria que sea ofrecida como maquinaria permanente, será maquinaria nueva, con 0 (cero) horas de funcionamiento y año de fabricación no anterior al año 2009. Una vez transcurridos ocho (8) años, contados a partir de la fecha de adquisición de esta maquinaria por parte del CONCESIONARIO, deberá ser reemplazada por máquina nueva, con 0 (cero) horas de funcionamiento y año de fabricación no anterior a un (1) año, del momento de realizar dicho reemplazo.

Indica que el tribunal de arbitramento que estudió la demanda anterior entre las mismas partes, al resolver las solicitudes de aclaración, estableció cuál era la maquinaria permanente para la operación del relleno e incorpora el cuadro con el listado fijado en el laudo del año 2018.

Tras advertir que el laudo proferido en el año 2018 hizo tránsito a cosa juzgada por lo que no es posible volver sobre las discusiones allí planteadas, presenta la Tabla No. 1 en donde enlista la maquinaria que debía ser reemplazada y la fecha límite para realizar tal reemplazo en los términos del párrafo primero de la cláusula décima del contrato; aduce que la información para establecer las fechas de reemplazo, fueron los reportes de la interventoría del contrato.

Concluye que CGR Doña Juana no ha cumplido con esta obligación a pesar de los requerimientos realizado por la UAESP y en su criterio, siendo un aspecto fundamental del contrato, el contrato se debe terminar.

9.2. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

CGR Doña Juana inicia poniendo de presente los mismos argumentos ya señalados relacionados con la falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre el incumplimiento de cuestiones que fueron definidas por el laudo proferido en el año 2018; de manera general, enfatiza en que no existe el incumplimiento señalado por la Demandante en reconvención, pues siendo la suficiencia tarifaria para la prestación sostenible de los servicios públicos “piedra angular de la Ley 142 de 1994”, si ella no existe, es imposible tener recursos y *“sin recursos no sólo no puede efectuarse un gasto o asumirse un costo y menos efectuar inversiones, sino que, correlativamente, no pueden exigir la UAESP que se efectúen.”*

Seguidamente al contestar los hechos, precisa que el listado transcrito en el hecho 257, no es correcto, pues no son cuatro compactadoras CAT 826 sino, solamente tres, afirmando que tal cuestión ha sido reconocida por la interventoría mediante comunicación UTIDJ-201905603. Presenta seguidamente una tabla que contiene los ítems que considera son los que corresponden a la maquinaria permanente.

Afirma la Convocante que el cuadro mencionado por la UAESP, no tiene en cuenta el inciso primero de la cláusula décima del contrato y por tanto, no *“se clasifican ni se identifican las máquinas permanente entre (i) las que entregó la UAESP al momento de iniciarse la ejecución de la concesión y (ii)*

las que ofreció y debía adquirir CGR Doña Juana.”. Considera que esta clasificación es importante, en razón a que solo se debe reemplazar por maquinaria nueva la maquinaria ofrecida por el concesionario y no la entregada por la UAESP que debían ser en su criterio “suplidas funcionalmente en los términos del párrafo octavo de la cláusula décima en comento y del numeral 5, del acápite titulado “sobre la operación del RSDJ”, contenido en la cláusula tercera del contrato”.

Aduce que bajo ese entendimiento, solo son cuatro ítems que habrán de reemplazarse en los términos del párrafo primero de la cláusula décima del contrato, a saber:

- Tres bulldozer CAT D8 nuevos
- Una compactadora CAT 826H, nueva
- Una compactadora CATP 826 repotenciada
- Un bulldozer CAT D8, repotenciado

Sostiene la convocante que ese listado se extrae del laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018, *“en cuya página 186 indicó el tribunal con claridad que eran estas las máquinas permanentes que debía adquirir CGR Doña Juana al corresponder a lo ofrecido en su propuesta”.*

Reitera que CGR no tenía la obligación de reemplazar las máquinas entregadas por la UAESP las cuales, según su criterio habrán de permanecer afectas al proyecto y en el evento en que no estén operativas, el concesionario podrá disponer su reemplazo con otras máquinas o equipos de similares condiciones que las sustituyan funcionalmente, “sea por adquisición, arriendo o leasing”, todo a su juicio, con fundamento en el

parágrafo octavo de la cláusula décima del contrato.

Agrega por último que no es cierto que las máquinas que fueron entregadas por la UAESP hubiesen sido adquiridas el 16 de diciembre de 2010, tal como lo muestra la tabla que incluye la Demandante en reconvención en el hecho 260. Afirma que el modelo de esas máquinas es muy antiguo, calificándolas de “vetustas” y “obsoletas”, al punto de que *“todas tenían mucho más de ocho años para el momento en que inició la ejecución de la concesión, razón para entender el por qué no aplica frente a las mismas la obligación de reemplazo que prevé el parágrafo primero de la cláusula décima.”*. Enseguida presenta un cuadro con el modelo de las máquinas entregadas por la UAESP y reitera en la contestación de los demás hechos, los argumentos que ya ha expuesto.

9.3. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

9.3.1. LOS ALEGATOS DE LA UAESP

La demandante en reconvención presenta conjuntamente en sus alegatos las conclusiones conjuntas en relación con el cargo de incumplimiento anterior sobre la no disposición de maquinaria permanente para la operación del relleno y el con el que ahora se estudia de incumplimiento en la obligación de reponer la maquinaria permanente.

Añade a lo señalado con relación a la ya estudiada pretensión sobre la disposición de maquinaria permanente, que existen varios requerimientos de la interventoría al contratista en los que se le ha puesto de presente conminado a cumplir con la obligación de reemplazar la maquinaria

permanente dispuesta para la operación del relleno, además de reiterar que la mayoría de esta se encuentra varada. Al respecto, presenta un aparte de la comunicación de fecha 01 de abril de 2019 en la que la interventoría en informe al concesionario, elabora una tabla que estima que toda la maquinaria está varada, a excepción de dos Bulldozer nuevos marcados con los números 18 y 19, los cuales se encuentran en estado operativo.

Refiere además la entidad, que no se ha dado cumplimiento al procedimiento para dar de baja los equipos que ya no cuenta con vida útil y que a pesar de los requerimientos realizados al respecto, no se ha concretado tal actividad.

Indica la Convocada que el peritaje técnico aportado por el Concesionario incurre en errores, imprecisiones o falsedades en cuanto a la información sobre los descuentos que se han realizado por indicadores de calidad al concesionario, pues el documento base para las conclusiones del peritaje (el informe de interventoría Radicado UTIDJ- 2020091316 de Septiembre de 2020) no está actualizado al momento de la elaboración del dictamen (diciembre de 2021), por lo que no puede ser exacto o cierta la afirmación de *“que hace 16 o 18 meses no se han registrado descuentos al concesionario, pues solo podrá ser analizada la información presentada en la respuesta de la interventoría hasta septiembre de 2020.”*

Sobre el análisis de las pruebas aportadas al expediente, la UAESP señala que el peritaje técnico aportado por CGR Doña Juana, no puede ser tenido en cuenta para probar que los ítems de maquinaria que refiriere comparada, cumplen con el requisito de cero horas de funcionamiento y

año de fabricación no anterior a un (1) año, en razón a que no se tuvieron como soporte las facturas ni la declaración de importación de dichas máquinas. Señala además que el dictamen técnico de contradicción elaborado por ACODAL, muestra que a partir de una visita al relleno con registro fotográfico del 18 de abril de 2022, la compactadora comprada el 31 de enero de 2021 se encuentra desarmada y en estado varada.

Finalmente, apoya las conclusiones de lo que considera el incumplimiento contractual de CGR, en la declaración rendida por el interventor del contrato, de donde extrae algunos apartes que afirman que no se ha dispuesto para la operación del relleno la maquinaria permanente con las especificaciones señaladas en el contrato.

9.3.2. LOS ALEGATOS DEL CONCESIONARIO

En su escrito de alegatos, CGR Doña Juana propone cuatro temas que desarrolla bajo la estructura de excepciones: i) Falta de competencia del Tribunal; ii) Inexistencia de la obligación; iii) excepción de contrato no cumplido y iv) Inexistencia de incumplimiento contractual

Sobre la primera excepción, i) falta de competencia del Tribunal, CGR Doña Juana señala que la pretensión formulada por la UAESP carece de todo fundamento y no es posible su estudio por parte del Tribunal, en tanto el laudo del año 2018 no emitió ninguna orden o disposición de reemplazo de la maquinaria permanente necesaria para el relleno, así:

“Si bien dicho laudo no emitió ninguna orden o disposición respecto del reemplazo de la maquinaria contemplado en la cláusula décima del Contrato 344 de 2010, la UAESP solicita al

presente Tribunal que se declare el supuesto incumplimiento de CGR Doña Juana frente al reemplazo de la maquinaria “conforme a la interpretación dispuesta en el punto CUARTO de la parte resolutive del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018”.

Si se revisa el punto número cuarto de la parte resolutive del mencionado laudo se puede observar que allí el tribunal arbitral únicamente señaló una lista de las máquinas con carácter permanente en el relleno. No existió ninguna disposición u orden arbitral frente a la obligación de CGR Doña Juana de reemplazar la maquinaria.

De esta manera, la solicitud de la UAESP carece de fundamento de todo tipo ya que el laudo arbitral del año 2018 no adoptó ningún tipo de decisión a este respecto.

Adiciona sobre la competencia del Tribunal, que si se llegare a determinar que sí existió una obligación asignada en el laudo del 2018 frente al listado de la maquinaria permanente, ello no podría ser conocido por este panel, en razón a que las órdenes de un laudo arbitral no hacen parte de las controversias que puedan existir entre las partes con ocasión del Contrato de Concesión.

Con respecto a ii) la inexistencia de las obligaciones contractuales, CGR Doña Juana reitera los argumentos señalados en la contestación de la demanda sobre las fechas de adquisición de la maquinaria entregada en un inicio para la operación del contrato, que no corresponden a los años del modelo de fabricación de las máquinas y de lo cual afirma, se desprende que lo que se quiere es inducir a un error al Tribunal.

Reitera también que la única maquinaria que debería cambiarse 8 años después de la fecha de adquisición, según las obligaciones del párrafo tercero de la cláusula décima del contrato es aquella que se ofreció como permanente en la oferta. Realiza un análisis de la oferta, determinando cuál

de esa maquinaria ofertada correspondía a la entregada por la UAESP y cuál sería aportada por el Concesionario, concluyendo que la obligación del reemplazo solamente puede exigirse frente a la maquinaria ofrecidas por en la propuesta.

Así y después de descartar también los ítems que en la lista del laudo arbitral se encontraban repetidos, la demandada en reconvención concluye que solamente estaba obligada a realizar el reemplazo de cuatro máquinas: Tres Buldóceres CAT D8 nuevos y una compactadora CAT 836H nueva.

Sobre la iii) excepción de contrato no cumplido, reitera los argumentos expuestos con anterioridad sobre el incumplimiento de la UAESP al haber afirmado desde la etapa precontractual *“que la remuneración sí contemplaba los recursos requeridos asociados con todos los equipos y maquinaria exigidos y al haber aseverado que nunca exigiría actividades no cubiertas por la remuneración, todo lo cual resultó ser falso”* por lo que concluye que *“no puede ahora la entidad calificar a CGR Doña Juana como incumplido ni mucho menos puede declararse lo pretendido por la UAESP como incumplimiento”*. Finaliza aduciendo que el Concesionario no ha tenido acceso a la financiación que requiere por la actuaciones que califica *“de mala fe”* del Concedente, lo cual ha afectado la ejecución normal del contrato y las inversiones que requiere en maquinaria y que la UAESP además no podría desconocer el plazo del proyecto que corresponde a 25 años de operación y 15 de clausura y postclausura conforme la Resolución CRA 843 de 2018, que es el que se debe tener en cuenta para la realización de las inversiones.

Finalmente, sobre la iv) Inexistencia de incumplimiento contractual, señala

que CGR Doña Juana sí ha cumplido con el reemplazo de maquinaria, afirmado que el Concesionario en un acto de diligencia y buena fe “a pesar de que esta obligación no le era exigible por no estar incluida dentro de la remuneración fijada por la UAESP”, llevó a cabo el reemplazo de las 4 máquinas en el tiempo establecido. Refiere que tal aspecto está probado por el peritaje técnico aportado al proceso en donde en la tabla 5.49 que “CGR Doña Juana desde finales de 2019, 2020 e inicios de 2021 procedió a efectuar el reemplazo de las 4 máquinas que había ofrecido”, realizado una inversión por lo menos de “4.970.000.020” sin contar los costos en los que ha incurrido para su mantenimiento.

9.4. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

9.4.1. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO DE LA CUADRAGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN

El Tribunal ratifica su competencia para resolver sobre la cuadragésima tercera pretensión de la demanda de reconvención reformada, por las razones que ya fueron expuestas sobre su ámbito de competencia. En efecto, lo pretendido en este caso por la demandante en reconvención no corresponde a la ejecución de una decisión judicial; de lo que se trata es del reclamo del incumplimiento de una obligación derivada del contrato, que se desprende a su vez de la decisión del laudo, en este caso, del contenido del numeral cuarto de la parte resolutive que señala cuál es la maquinaria permanente que debe ser dispuesta por el Concesionario para la operación del relleno. El estudio que se solicita ahora, es determinar si CGR Doña Juana, ha cumplido con la obligación de reemplazar la maquinaria

permanente en los términos del párrafo primero de la cláusula décima del contrato de Concesión y para ello, solicita que sea tenida en cuenta la decisión del tribunal en el año 2018 que señaló cuál era la maquinaria permanente al efecto.

Así, el Tribunal se encargará de determinar si existe tal incumplimiento por parte de CGR, bajo la premisa de lo que fue definido en el laudo del año 2018 sobre maquinaria permanente para la operación del relleno; por tanto, como ya fue expuesto anteriormente, si el tribunal anterior resolvió la pretensión 3.1.17 de la demanda de reconvención de entonces, que solicitaba que se determinara vía arbitral la maquinaria que debe tener el carácter de permanente para la operación del RSDJ, definiendo precisamente cuál era esa maquinaria, este Tribunal acogerá en su integridad los efectos de tal definición, sin que pueda volverse sobre la discusión de cuáles máquinas deben considerarse permanentes o cuál documento las define o las señala.

Se reitera que a efectos de entender el alcance de las demás cláusulas del contrato que se refieren a obligaciones y derechos que tienen que ver con la maquinaria permanente, desde el momento de la ejecutoria del laudo del 27 de septiembre de 2018, debe entenderse que tal maquinaria es la definida por el tribunal de arbitramento que profirió la decisión, por lo que se descarta cualquier interpretación o argumento de las partes que tienda a abrir nuevamente la discusión sobre si la maquinaria permanente es solamente aquella que está dispuesta en el Acuerdo No.2 suscrito en 2011, o solamente aquella que está referenciada en los pliegos, o la que se ofreció e hizo parte de la propuesta, o la que entregó la UAESP al inicio del contrato. Teniendo tal premisa como eje de las valoraciones y razonamientos del

Tribunal, se procederá entonces a establecer si en efecto existe un incumplimiento en este aspecto por parte de CGR Doña Juana.

9.4.2. EL FONDO DEL ASUNTO Y EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL

Partiendo de las consideraciones y definiciones ya realizadas por este Tribunal sobre la obligación contenida en el párrafo primero de la cláusula décima del contrato de Concesión, al respecto de que el concesionario debía reemplazar toda la maquinaria permanente (la cual incluye la entregada por la UAESP) desde el primer día del séptimo mes de operación del contrato, contado a partir de la suscripción del acta de inicio, se tiene que al menos de aquella que fue entregada por la UAESP no se encuentra prueba alguna que acredite que tal maquinaria fue reemplazada en ese momento y como consecuencia lógica, tampoco se puede establecer que se haya reemplazado pasados ocho (8) desde que debía realizarse tal adquisición, en las condiciones de maquinaria nueva cero horas. Esta claridad es suficiente para entender incumplida la obligación contenida en el párrafo primero de la cláusula décima del contrato y así declararlo. Sin embargo, el Tribunal considera necesario establecer lo que haya resultado probado en relación con el reemplazo de la maquinaria permanente luego de la expedición del laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018, con el fin de resolver de manera completa la solicitud realizada en la pretensión que se estudia.

Antes del análisis probatorio que corresponde, el Tribunal advierte que no pueden ser de recibo las consideraciones del Concesionario en relación a que su obligación de adquirir y reemplazar la maquinaria permanente, es solamente respecto de los ítems que él considera eran obligatorios, pues

desde un inicio y aún más, luego de proferido el laudo del año 2018, existía claridad suficiente sobre cuál era la maquinaria permanente para la operación del relleno y el listado realizado por el tribunal anterior no excluyó de esa maquinaria permanente para ningún efecto, aquella que fue aportada por la UAESP y que cumplía también con la finalidad de la operación del relleno, tal como quedó establecido en párrafos anteriores.

Esta aclaración se hace pertinente, por lo que resulta evidente que el Concesionario siempre parte de la consideración que expone en los alegatos de conclusión, de que *“la obligación de realizar el reemplazo de máquinas únicamente debe ser analizada respecto de 4 de las 14 máquinas señaladas por la UAESP en su tabla”*, concluyendo que las únicas máquinas que debía reemplazar CGR Doña Juana eran 3 buldóceres CAT D8 y una compactadora 826H.

En coincidencia con ese entendimiento, el dictamen técnico aportado por CGR Doña Juana, determinó sobre las inversiones realizadas a lo largo del contrato para la adquisición de maquinaria permanente, lo que presenta en el numeral 1.1. de la siguiente manera⁶⁰⁰:

⁶⁰⁰ Página 114 Parte I. dictamen técnico aportado por CGR Doña Juana. Prueba 183.1 expediente.

11. Sírvase indicar, con base en la documentación revisada, ¿a cuánto ascienden las inversiones realizadas por CGR Doña Juana para mantener disponible la totalidad de la maquinaria permanente en el CGR Doña Juana?

Respuesta: Las inversiones incurridas en la totalidad de la maquinaria permanente utilizada en el frente de disposición puede desglosarse de la siguiente manera:

Tabla 5.24 Compras realizadas en maquinaria permanente

Maquinaria	Fecha de compra	Valor
Tractor cadenas D8TWH	12/1/11	\$ 1.275.862.999
Tractor cadenas D6TWH	12/1/11	\$ 782.434.634
Compactador 826H	12/1/11	\$ 1.311.118.984
Tractor cadenas D8TWH	12/1/11	\$ 1.437.984.462
Bulldozer D8T	27/9/19	\$ 1.250.000.000
Bulldozer D8T	27/9/19	\$ 1.250.000.000
Bulldozer D8R	31/7/20	\$ 413.054.300
Compactador BOMAG	31/1/21	\$ 2.057.675.720
Total	-	\$ 9.778.131.099

Fuente. CGR Doña Juana, 2021

Así mismo, el dictamen establece cuáles ítems de esa maquinaria adquirida por CGR, han sido aquellos que corresponden a la maquinaria reemplazada a lo largo del contrato. Presenta la información en la tabla 5.46 de la siguiente manera:

22. ¿Qué máquinas ha reemplazado CGR Doña Juana con posterioridad al laudo arbitral de 2018??

Respuesta: En el marco del contrato de concesión el concesionario ha reemplazado cuatro diferentes máquinas. En la tabla 5.46 se muestra la maquinaria que fue reemplazada por parte del concesionario posterior a la modificación en la remuneración al concesionario.

Tabla 5.46 Maquinaria adquirida por CGR posterior a la modificación en la remuneración

Numero interno	Clase	Fecha de compra
40	Bulldozer D8T CAT	27/09/2019
41	Bulldozer D8T CAT	27/09/2019
42	Bulldozer D8R CAT	31/07/2020
43	Compactadora BC7772Rb-2 BOMAG	31/01/2021

Fuente. CGR Doña Juana, 2021

Esta información permite concluir que el Concesionario se aprestó a adquirir la maquinaria permanente en el año 2011 solamente respecto de cuatro ítems que él consideró obligatorio: Tres buldóceres y una compactadora; vale indicar que las inversiones en maquinaria comprada en el año 2011 por el Operador, no fueron descartadas ni refutadas en la contradicción del dictamen técnico que realizó ACODAL, quien por el contrario, reconoce que aquellas se realizaron a partir de un primer requerimiento por incumplir el contrato y que corresponden a las pactada en el Acuerdo No. 02 de 2011. Por otra parte, se concreta la adquisición de otras cuatro maquinas por parte del concesionario en los años 2019 a 2021 que corresponden también a tres buldóceres y una compactadora; sin embargo, pese a que CGR afirma que corresponden al reemplazo de maquinaria permanente⁶⁰¹, el

⁶⁰¹ El dictamen técnico de contradicción entregado por CGR afirma (página 150): "La operación en el relleno sanitario se ha prestado de forma ininterrumpida desde el inicio del Contrato de Concesión a la fecha. Se ha contado con la maquinaria necesaria, adquirida bien sea en leasing, en arrendamiento o de su propiedad, y enfocados a esta pregunta el contratista ha adquirido cuatro máquinas para la operación del patio de disposición, dando cumplimiento bajo el marco contractual al reemplazar las cuatro máquinas acordadas en el acta de acuerdo No. 2 (Anexo 3_1), como son tres (3) buldóceres D8T, usados en buenas condiciones operativas y una compactadora BOMAG 772

Tribunal no encuentra probado que aquel sea un reemplazo en los términos de la cláusula décima parágrafo primero.

Lo anterior, al menos por las siguientes razones: i) Tanto en el dictamen técnico elaborado por ACODAL como en el interrogatorio realizado al interventor del Contrato, se afirma que la maquinaria que se ha dispuesto para la operación luego del laudo del año 2018 no ha sido entregada oficialmente al Concedente a través de la interventoría, cuestión sobre la cual el Tribunal no encontró prueba de que tal incorporación se haya realizado conforme los parámetros del contrato. ii) Adicionalmente y con relación a las condiciones de tal reemplazo, no se encontró prueba dentro del expediente, de que las máquinas compradas en los años 2019 a 2021 tuvieran cero (0) horas de uso como es el requisito de la cláusula. Por el contrario, del interrogatorio realizado a los peritos se desprende que los buldóceres reemplazados no eran nuevos y sobre la compactadora, no se pudo establecer la comprobación del número de horas que tenía al momento en que fue incorporada al relleno.

Por todo lo anterior, el Tribunal considera incumplida la obligación del concesionario CGR Doña Juana, relacionada con el reemplazo de la maquinaria permanente por una nueva en condiciones de cero (0) horas de uso y año de fabricación no anterior a un (1) año del momento de realizar el reemplazo. En consecuencia, declarará procedente la pretensión cuadragésima tercera de la demanda de reconvención reformada y no probadas las excepciones propuestas por el demandando en reconvención al respecto. Sobre la procedencia o no de la indemnización de los perjuicios

RB-2, nueva, cero horas, que han garantizado la prestación del servicio, sin que se hayan presentado problemas en la operación diaria en el relleno sanitario."

el Tribunal se pronunciará al resolver la pretensión quincuagésima quinta.

10. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR Y ENTREGAR LOS PERITAJES TÉCNICOS DE LA MAQUINARIA PERMANENTE PARA LA OPERACIÓN DEL RSDJ

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMA QUINTA PRINCIPAL: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP incumplió el Parágrafo 3 de la Cláusula 10 - Equipos y Maquinaria, del contrato 344 de 2010 y Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana, al no contratar y entregar los peritajes técnicos de la Maquinaria Permanente en los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018.”

“CUADRAGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la prosperidad de la CUADRAGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN o la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMA QUINTA PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.”

10.1. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

La Convocada fundamenta estas pretensiones en los hechos 263 a 276 de la Demanda de reconvención reformada. En síntesis, indica que a CGR Doña Juana mediante el laudo arbitral del 27 de septiembre de 2018, le fue declarado el incumplimiento de la obligación contenida en el parágrafo tercero de la cláusula décima del contrato de concesión 344 de 2010 y

condenada en consecuencia a contratar y entregar los peritajes técnicos de la maquinaria permanente para la operación del relleno sanitario en los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de laudo arbitral, todo de conformidad con los numerales Vigésimo Sexto y Vigésimo Séptimo de la parte resolutive y a la precisión realizada por el numeral segundo del Auto 71 que modificó el numeral Quinto del Laudo, señalando en detalle la maquinaria permanente que debía disponer CGR Doña Juana para la operación del relleno y que corresponde, según la resolución del Laudo, a la descrita en la propuesta, el contrato y el acta de acuerdo No. 2 del 27 de diciembre de 2011.

Aduce que mediante comunicación 20193000060771, radicada el 19 de marzo de 2019, la UAESP le dio la instrucción a CGR Doña Juana, de dar cumplimiento a lo ordenado en el laudo arbitral del año 2018, precisándole que los informes de peritaje debían ser entregados el 12 de abril de 2019.

Manifiesta que los peritajes entregados por el Concesionario no dan cabal cumplimiento a las exigencias del párrafo tercero de la cláusula décima del contrato, detallando uno a uno sus falencias. Así, del peritaje técnico realizado por GECOLSA, indica que no incluye la evaluación del estado de todos los componentes de la maquinaria y que los documentos no cuentan con las firmas del cliente y el técnico de servicio. Sobre el peritaje del tractor agrícola, no se incluye la relación de las reparaciones requeridas y en la certificación presentada por la NTS Equipos, Repuestos y Servicios, no se soporta que sea el representante del fabricante FORD para Colombia; igualmente observa que los documentos no cuentan con las firmas del cliente y el técnico de servicio. Con relación al peritaje del tanque de combustible, señala que el interventor *“entiende las justificaciones del*

concesionario en relación a que no se cuenta con representantes del fabricante para la realización del mismo”, sin que puedan ser de recibo, según su criterio, los análisis del concesionario sobre el estado del tanque y la recomendación para su mantenimiento.

Añade que las hojas de vida de la maquinaria permanente “no incluyen para todas las máquinas, horas trabajadas totales, horas trabajadas por meses, reparaciones efectuadas con duración y costos de las mismas, costos de operación, depreciación y valor actual de los equipos”, por lo que no cumple con los requisitos mínimos señalados en el contrato.

Menciona las comunicaciones y la descripción de los peritajes entregados por CGR Doña Juana, indicando que no estaban completos, por cuanto faltaba la siguiente información:

- **“Reparaciones requeridas y Evaluación de desgaste del equipo:** En estos dos (2) puntos el peritaje del Tractor Agrícola FORD 6610 se limita a indicar de manera general que para habilitar el equipo se debe reparar el 100% todos los sistemas, debe incluir de manera detallada las reparaciones y evaluación de desgaste de los componentes.
- **Horas trabajadas totales y discriminadas por mes:** La hoja de vida del Tanque para cargue de ACPM con Motor y Bomba de Combustible no incluye esta información.
- **Reparaciones efectuadas con duración y costo de las mismas:** La información no incluye los costos de mano de obra de las reparaciones realizadas a cada una de las máquinas.
- **Costos de operación:** CGR Doña Juana presenta una Certificación suscrita por la Contadora Pública MARCELA DEL PILAR RAMÍREZ,

donde relaciona de manera global para toda la maquinaria del RSDJ los costos por concepto de salarios y carga prestacional de 27 operarios y por suministro de combustible. El peritaje es para cada una de las máquinas permanentes, por lo tanto, se deben discriminar los costos de operación para cada una de ellas.

- **Depreciación:** *CGR Doña Juana no presentó información de la maquinaria de propiedad de la UAESP.*
- **Valor actual del equipo:** *El Concesionario presentó un informe de Avalúo realizado por la empresa AJUSTECOL, el cual incluye trece (13) máquinas permanentes, pero solo se incluye valor comercial del Bulldozer D8 con número interno 18, para las demás máquinas se estima su valor por chatarra en función del peso definido en la ficha técnica, lo cual no es lógico dado que a estos equipos aún no se les ha dado de baja, por tanto, CGR Doña Juana."*

Afirma que por todo lo anterior, el concesionario ha incumplido su obligación con relación a la entrega debida de los peritajes de las maquinarias y que aún en la actualidad no se han recibido los mismos en las condiciones pactadas en el contrato.

10.2. CONTESTACIÓN DEL CONCESIONARIO A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

La demanda en reconvención CGR Doña Juana, en la contestación de los hechos de la demanda, indica como primera medida que es necesario entender que tratándose del contenido del peritaje a que se refiere el párrafo tercero de la cláusula décima "el mismo debe validarse conforme a las condiciones específicas o particulares de cada máquina,

siendo posible que para algunas de ellas no sea técnicamente viable una identificación concreta como le exige la firma interventora, más cuando se trata de maquinaria entregada por la UAESP con una larga vida y con grandes desperfectos que impiden la identificación plena de algunos datos requeridos, sin que ello suponga de manera alguna un incumplimiento”.

Relata que los peritajes, tal como fue el compromiso adquirido por el Concesionario, fueron entregados el día 12 de abril de 2019, mediante comunicación CGR-DJ-0713-19 y que frente al relacionado con la máquina con número interno 12 correspondiente al tanque de combustible de 805 galones para cargue de ACPM, ni la interventoría ni la UAESP entregaron direccionamiento sobre la forma de proceder, tras la advertencia que CGR hiciera de la inexistencia de representantes en Colombia del fabricante.

Indica que es un equívoco señalar que los peritajes entregados no cumplen con las exigencias descritas en el párrafo tercero de la cláusula décima del contrato, pues *“más allá de la existencia de un debate puntual y de orden conceptual entre la interventoría y la Concesionaria sobre el estado y algunos datos de unas máquinas, los informes periciales en mención sí se ajustan a lo requerido contractualmente sobre las condiciones técnicas de la maquinaria, sus datos de identificación y el estado de la misma para el momento de los análisis respectivos”*

Añade que las observaciones planteadas por la Interventoría corresponden a análisis formales y concluye que esos peritajes no pueden consistir simplemente en la verificación de una información, pues en cada caso habrá de tenerse en cuenta las justificaciones técnicas para la entrega de la información.

Observa que la UAESP no ha resuelto ni informado a la fecha los datos contables para realizar los cálculos de la depreciación de la maquinaria de su propiedad que fue entregada al inicio de la concesión, lo que ha impedido la complementación de los resultados de la depreciación de algunas máquinas.

Sobre el peritaje entregado por GECOLSA, la demandada en reconvención niega que se trate de informes generales y por el contrario aduce que estos *“contienen el estado en que se encontraba cada equipo, la evaluación del estado de los componentes del equipo, la identificación de piezas faltantes y los arreglos sugeridos.”* y que cuestiones meramente formales como la falta de firma del cliente y del técnico de servicio, no pueden ser objeto de reproche en este tipo de casos.

Al respecto del peritaje realizado por la firma NTS sobre el tractor marca Ford, la convocada en reconvención señala que este se encargó de precisar el estado de la máquina de manera suficiente y que la sociedad que realiza el peritaje es la representante de la marca Ford en Colombia para la línea agrícola, situación que fue informada oportunamente a la UAESP mediante comunicación CGR-DJ-0462-19 del 12 de marzo de 2019, sin que existiera reparo alguno de su parte.

Por último, sobre las observaciones que la UAESP realizó a los peritajes entregados por el Concesionario, CGR manifiesta que *“tampoco pueden tenerse como ciertas y válidas las manifestaciones u observaciones hechas por la interventoría respecto de algunas hojas de vida de unas máquinas, pues, antes de tratarse de la simple validación formal o simplemente*

superflua de verificar la relación de ciertos datos para los equipos, debe considerarse por parte de la firma interventora el Estado y las condiciones reales de la maquinaria objeto de revisión, con lo cual podría constatar sé que ciertos aspectos sean de imposible determinación técnica dadas las condiciones obsoletas de las máquinas o la falta de información que ha habido suministrar la UAESP como propietaria de las mismas.”

Al respecto de las puntuales observaciones realizadas en el hecho 274 a los peritajes, la demandante en reconvención manifestó:

“1. Informe Datos del Vehículo: Lo cual contiene el número interno del equipo, marca, línea, imagen, estado, fecha de registro, medición actual en horas, conductor actual, modelo, color, tipo de medición, tipo de trabajo, combustible principal, combustible secundario. Adicional, contiene información respecto a datos de agrupación, como es, ciudad, centro de costos, grupo primario, grupo secundario y las observaciones sobre el equipo. En la sección denominada “Mas Datos”, se relaciona la identificación auxiliar, propietario, motor, numero motor, número chasis, serie, tipo carrocería, cantidad sillas, toneladas carga, código fasecolda y tipo de servicio. Los datos relacionados como “No definidos”, significa que no existe o no aplica para el equipo.

2. Histórico de Mediciones, lo cual corresponde a las horas trabajadas diarias por mes, contabilizadas desde el primero de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2018.

3. Histórico y Costos por Vehículo, lo cual corresponde a las reparaciones efectuadas con duración y costo de las mismas. Se aclara que este informe está dividido en 3 secciones, la primera de ella contiene el número de orden de trabajo, la fecha, trabajo a realizar, descripción del trabajo y el costo. Para este último ítem no se registra rubro alguno en consideración a que fueron trabajos realizados por empleados del Concesionario. En la segunda sección, se relacionan los repuestos adquiridos por CGR Doña Juana para el mantenimiento del equipo, lo cual, se discrimina así: Numero de orden, fecha, repuesto utilizado, valor del repuesto, cantidad, el total, proveedor del repuesto. En la última sección, se encuentra el registro del combustible empleado en el equipo, en

el cual se relaciona igualmente, el número de orden, fecha, horas de la máquina, horas recorridas, costo, cantidad de combustible y el factor de horas por volumen, entre otros.

4. La depreciación de la maquinaria fue presentada mediante certificación suscrita por la Contadora Mayerly Heredia Nova, se aclara que el ejercicio solo pudo realizarse para los equipos de propiedad de CGR Doña Juana, puesto que, se desconocía el valor y fecha de adquisición de los equipos de la UAESP. La Interventoría indicó en comunicación UTIDJ-202002104, lo siguiente: "(ix) Depreciación: Considerando que la obligación contractual en la cual se indica la información que como mínimo debe contener el peritaje¹ incluye datos que el contratista requiere que sean tomados del inventario de la UAESP, se solicita al Concesionario CGR realizar el peritaje respecto de los numerales i) hasta el ix), del párrafo tercero de la Cláusula Décima del contrato de concesión 344 de 2010, mientras se realiza la consulta a la UAESP para que le remita la información que requiere para realizar la depreciación".

Por último y a modo de conclusión, la demandada en reconvención enfatiza en que no incumplió con su obligación de entregar los peritajes de la maquinaria conforme al contrato, pues está demostrado que además, que se absolvieron las inquietudes frente a los temas puntuales requeridos por la UAESP y que se presentaron incluso nuevos informes de la firma GECOLSA y NTS para precisar la información requerida por la UAESP.

10.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LA UAESP

En sus alegaciones finales, la UAESP reitera que los documentos entregados por el Concesionario que corresponden a los peritajes de la maquinaria permanente, no cumplen con los 14 ítems o puntos establecidos en el párrafo tercero de la cláusula décima del contrato. Señala algunos documentos para respaldar su afirmación, como la respuesta dada por la interventoría a la comunicación CGR-DJ-0713, en donde se indica que los

informes correspondientes al año 2018 no cumplen con los criterios exigidos contractualmente. Así mismo, indica que frente a los del año 2019, se presenta igual situación, tal como lo evidencia el oficio de respuesta de la interventoría a la comunicación CGR-DJ-0962-20.

Por último, indica en que el *Plan De cumplimiento de algunas obligaciones en mora derivadas de la ejecución del contrato de concesión 344 2010 y el Laudo Arbitral-Suscrito entre el Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P. y la UAESP*” suscrito por las partes el día 30 de diciembre de 2019, CGR aceptó que el peritaje entregado en el 2019 “no cumple con todas las especificaciones de la cláusula décima del contrato, comprometiéndose a complementarlo”. Al respecto, cita algunos apartes del documento que contiene el plan.

10.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DEL CONCESIONARIO CGR DOÑA JUANA

La demandada en reconvención estructura su alegato final en tres títulos que estructura a manera de excepción así: i) Falta de competencia del tribunal ii) Inexistencia de incumplimiento contractual y iii) Mala fe de la UAESP.

Sobre la falta de competencia del Tribunal arbitral, indica que se trata de otro caso en el que la UAESP pretende que se le de ejecución al laudo arbitral del año 2018, cuestión que como ya ha señalado, considera que no es competencia de este panel. Añade que dichas pretensiones no contienen un incumplimiento al contenido obligatorio del Contrato, sino que se basan en el laudo del año 2018, al tenerlo como referente.

Frente a la excepción ii) inexistencia de incumplimiento contractual, señala que como resulta probado por los diferentes oficios remisorios, CGR sí cumplió con la entrega de los peritajes en la fecha establecida por las partes y en las condiciones técnicas adecuadas. Refiere al testimonio del señor Carlos Javier Niño, para evidenciar lo que considera es la finalidad de la realización de los peritajes que es hacer *“un seguimiento a las condiciones de operatividad de los equipos que están incluidos en la maquinaria permanente y hacerle una evaluación año con año de cómo va su deterioro, necesidades de mantenimiento y demás”*

Indica que, de acuerdo con el dictamen técnico aportado al proceso, se demuestra que los peritajes de maquinarias entregados a la UAESP, contienen toda la información a la que se está obligado de acuerdo con el contrato, pues indican 1. la ficha técnica, 2. el estado del equipo, 3. las reparaciones requeridas, 4. los mantenimientos realizados, 5. el cuadro comparativo de precio actual vs precio reparación vs precio equipo nuevo, presupuesto y 6. La información correspondiente a presupuesto detallado para reparación, oferta de un equipo nuevo y precio comercial en el estado actual. Afirma que el dictamen técnico también establece que la información de los peritajes permite determinar el estado de la maquinaria y proporciona la información necesaria para tomar las decisiones a que haya lugar sobre su reparación, repotenciación o adquisición de un nuevo equipo.

Sobre lo que denominó iii) mala fe de la UAESP, indica que las observaciones realizadas por la entidad a los peritajes entregados por CGR son cuestiones meramente formales que pretenden fabricar un supuesto incumplimiento

del Concesionario y en algunos otros casos, corresponden a elementos que no se pudieron incluir en los peritajes debido a conductas propias de la UAESP, lo cual demuestra la mala fe que ha tenido en este asunto. Trae como ejemplo, la comunicación enviada CGR-DJ-0462-19 del 12 de marzo de 2019, en el concesionario indicó que para el equipo tanque de combustible no había representación en Colombia, comunicación sobre la cual ni la entidad ni la interventoría hizo pronunciamiento alguno. Concluye sobre este punto, que no es posible realizar un peritaje sobre este ítem, cuando es un equipo totalmente inservible y que carece de representación en el país para llevarlo a cabo.

Finalmente, reitera los argumentos sobre las diferencias conceptuales entre CGR y la interventoría señalando que en consecuencia, la validación de los peritajes no puede consistir en la verificación del lleno de unos datos, pues debe tenerse en cuenta en cada caso la aplicación respectiva da por los técnicos para la elaboración de los informes.

10.5. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

10.5.1. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

El Tribunal ratifica su competencia únicamente en lo que tiene que ver con la primera pretensión subsidiaria de la cuadragésima quinta pretensión principal y ratifica igualmente su incompetencia para decidir y conocer de la cuadragésima quinta pretensión principal, por las razones que ya fueron

expuestas sobre el ámbito de competencia del Tribunal. En efecto, lo pretendido en este caso por la demandante en reconvención no corresponde a la ejecución de una decisión judicial, pues si bien es cierto el laudo del año 2018 impartió una orden al concesionario de contratar y entregar los peritajes técnicos de la maquinaria permanente para la operación del relleno en los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria del laudo arbitral, ello lo único que hizo fue precisar las condiciones de tiempo de ejecución de la prestación a cargo de CGR, contenidas en el parágrafo tercero de la cláusula décima del contrato de Concesión 344 de 2011.

Así las cosas, comoquiera que la controversia a resolver corresponde a un asunto de libre disposición de las partes y que es propio de la ejecución contractual (su incumplimiento), tema que hace parte de la habilitación conferida al Tribunal en la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Concesión C-344 de 2010, el Tribunal ratificará su competencia para decidir de fondo las controversias relativas al cumplimiento de la obligación del concesionario de entregar los peritajes de la maquinaria permanente en las condiciones contractuales establecidas en el laudo arbitral del 27 de septiembre del año 2018.

10.5.2. EL ASUNTO DE FONDO Y EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL

La pretensión que somete a estudio la UAESP, tiene que ver con el incumplimiento del parágrafo tercero de la cláusula décima del contrato y fue formulado en los siguientes términos:

“Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A.- ESP incumplió el Parágrafo 3 de la Cláusula 10-Equipos y Maquinaria, del contrato 344 de 2010 y Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana, al no

contratar y entregar los peritajes técnicos de la Maquinaria Permanente en los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018".

Sobre el incumplimiento del párrafo tercero de la cláusula décima del contrato, el Tribunal encuentra probado que este asunto también fue objeto de discusión en el marco del arbitraje anterior entre las Partes, razón por la cual debe revisarse exactamente la controversia debatida y resuelta en aquella oportunidad a fin de determinar los efectos y consecuencias que podría tener lo decidido allá, respecto de lo que ahora corresponde decidir a este Panel.

Al punto, en el proceso arbitral anterior, se estudió la pretensión décima sexta formulada por la UAESP ASÍ:

"DÉCIMA SEXTA PRETENSIÓN: Se declare que la sociedad CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP incumplió el Parágrafo 3 de la Cláusula 10 - Equipos y Maquinaria, del contrato 344 de 2010 y Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana [RSDJ], al no contratar y entregar los peritajes técnicos de la Maquinaria Permanente. "

Por su parte, las consideraciones del tribunal anterior que fundamentaron la decisión tomada al respecto fueron las siguientes:

"Por otro lado, en cuanto a la obligación de realizar y entregar anualmente el peritaje técnico sobre la maquinaria permanente, CGR ha afirmado en su contestación que efectivamente no la ha entregado a pesar de que manifiesta que los contrató. Además, el informe pericial realizado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, al respecto, concluye que "Revisada la documentación entregada por las partes, se pudo evidenciar que a la fecha el Concesionario CGR

solamente ha entregado un peritaje técnico realizado por el representante del fabricante de la maquinaria permanente el cual fue realizado entre los días 21 y 28 de mayo de 2013 con el número 0062459 por la firma GECOLSA representante en Colombia de la firma CATERPILLAR. Este peritaje se realizó únicamente sobre los Bulldozer D8T CATERPILLAR números 7; 17; 18; 19 y la Compactadora 826H CATERPILLAR número 10⁶⁰².

El tribunal en su análisis concluyó que prosperaba la pretensión invocada en ese entonces por la UAESP, indicando que: *“Teniendo en cuenta lo anterior, para el Tribunal es concluyente al analizar el acervo probatorio que CGR no ha cumplido con su obligación referida a contar con la maquinaria permanente dispuesta en el contrato, tal como se describió anteriormente. Igualmente para el Tribunal es claro que CGR no ha cumplido plenamente con su obligación de realizar y entregar los peritajes técnicos sobre la maquinaria permanente en los términos establecido en el contrato”.*

Como consecuencia, resolvió en los numerales vigésimo sexto y vigésimo séptimo de la parte resolutive lo siguiente:

“VIGÉSIMO SEXTO. - Declarar que la sociedad se CGR Doña Juana S.A.-ESP incumplió el parágrafo 3º de la cláusula 10-Equipos y Maquinaria, del contrato 344 de 2010 y Reglamento Técnico del Relleno Sanitario Doña Juana, al no contratar y entregar los peritajes técnicos de la Maquinaria Permanente, con lo cual, prospera la pretensión décima sexta de la demanda de reconvención reformada.”

“VIGÉSIMO SÉPTIMO. - Condenar a la sociedad se CGR Doña Juana S.A.-ESP a contratar y entregar los peritajes técnicos de la Maquinaria Permanente para la operación del relleno sanitario en

⁶⁰² Laudo arbitral proferido el 27 de septiembre de 2018 Doña Juana Vs. UAESP. Página 189.

los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria del Laudo Arbitral, con lo cual, prospera la pretensión trigésima sexta de la demanda de reconvención reformada"

Sobre tal determinación, este Tribunal se permite recordar nuevamente las consideraciones ya realizadas con respecto de la cosa juzgada, reiterando que no se desatenderán los efectos sobre el incumplimiento declarado por el laudo en este punto específico y que cobijan la falta de entrega de los peritajes de la maquinaria permanente hasta el hasta el 27 de septiembre de 2018. Sin embargo, y habiéndose definido y delimitado en el tiempo por el laudo anterior, la forma en que esta obligación debería haberse cumplido a través, el Tribunal se pronunciará, en el marco de sus competencias, sobre el incumplimiento alegado después de la fecha del laudo y en la forma en que éste determinó que la obligación contractual debería cumplirse, es decir, verificará si fueron entregados los peritajes de la maquinaria permanente dentro del término señalado en la decisión.

Lo primero que se advierte es que para el Tribunal resulta probado que CGR Doña Juana, entregó los documentos que contenían el peritaje de la maquinaria permanente, a través del radicado CGR-DJ-0713-19 de fecha 12 de abril de 2019, término que si bien es posterior a los dos (2) meses posteriores a la ejecutoria del laudo de fecha 27 de septiembre de 2018, fue cumplido en los conforme la UAESP había señalado en la comunicación 20193000060771, radicada el 19 de marzo de 2019, en la que le dio la instrucción a CGR Doña Juana, de dar cumplimiento a lo ordenado en el laudo arbitral del año 2018, precisándole que los informes de peritaje debían ser entregados el 12 de abril de 2019.

Igualmente, se acredita que a través del oficio CGR-DJ-0962-20, el

Concesionario remitió los peritajes técnicos correspondientes al año 2019 y así lo corrobora el oficio de la interventoría UTIDJ-2020006896, en el cual se emitió concepto de los ítems de las obligaciones contractuales relacionadas con el peritaje de la maquinaria permanente.

Se reconoce también que frente a uno de los equipos correspondiente al tanque de combustible, no era posible la contratación y entrega de su peritaje por carecer dicha máquina de empresa representante en el país que pudiese contratarse para estos fines.

Por su parte, se encuentra en el expediente la comunicación CGR – DJ-0668-20 mediante la cual el concesionario da respuesta a las observaciones realizadas por la interventoría a través de oficio UTIDJ202002194, complementado la información solicitada en cuanto a las hojas de vida la maquinaria, se precisa la información del propiedad de un equipo, se describen las horas trabajadas de todos los equipos a excepción del tanque de combustible, se describen las reparación efectuados con duración y costos, se reconoce que falta la información requerida para realizar el ejercicio de la depreciación y se exponen los fundamentos técnicos que considera el concesionario respaldan la dificultad para establecer el requisito de valor actual del equipo.

Por su parte, el análisis realizado en el dictamen técnico aportado por CGR Doña Juana, permite evidenciar que la información relacionada con las características y la finalidad del peritaje, estuvieron contenidas en los documentos presentados por las empresas representantes de las marcas en Colombia GECOLSA y NTS para el caso de la maquinaria Caterpillar y Ford respectivamente. El dictamen de contradicción no realizó ninguna

observación sobre estas conclusiones.

Así las cosas, el Tribunal advierte que las observaciones realizadas a los peritajes por parte de la interventoría del contrato, no pueden tener como efecto determinar que el concesionario no cumplió la obligación de contratar y entregar los peritajes de la maquinaria permanente para la operación del relleno. Es claro que los peritajes fueron recibidos, que sobre ellos se formularon observaciones y que a pesar de que la interventoría considera que no cumplen con los ítems señalados en el parágrafo tercero de la cláusula décima, dicha discrepancia se refiere no al desconocimiento de la obligación como tal, sino a la divergencia sobre las posibilidades técnicas para cumplir todos los requisitos del contrato al efecto.

Por lo anterior, el Tribunal considera que no hay lugar a la prosperidad de la primera pretensión subsidiaria de la cuadragésima quinta principal de la demanda de reconvención reformada, y declara probada la excepción denominada inexistencia de cumplimiento contractual formulada por el Concesionario a este respecto.

Sobre la excepción de mala fe, el Tribunal la declarará no probada por encontrar que se carecen de los fundamentos para demostrar que la UAESP ha faltado a su deber de actuar de buena fe, pues fue han sido precisamente las discrepancias técnicas surgidas por el entendimiento de los requisitos de los peritajes, las que respaldan las actuaciones desplegadas en este asunto.

11. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA EN RELACIÓN CON LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN C- 344 DE 2010 RELACIONADAS CON LAS ACTIVIDADES DE CIERRE, POST – CIERRE Y CLAUSURA

11.1. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CONSTRUIR LAS OBRAS NECESARIAS Y REQUERIDAS Y EL SUMINISTRO DE REPUESTOS, INSUMOS Y MANOS DE OBRA PARA EJECUTAR LAS ACTIVIDADES DE CIERRE, POST – CIERRE Y CLAUSURA, CONFORME AL ACLARATORIO No. 1 DEL 14 DE JUNIO DE 2017

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvencción reformada:

“CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. ESP incumplió la Cláusula Tercera Obligaciones Específicas, al no ha construir las obras necesarias y requeridas, no suministrar los repuestos, insumos y mano de obra, no ejecutar las obligaciones contractuales dentro de sus actividades de cierre, post-cierre y clausura establecidas conforme a lo establecido por las partes en el Aclaratorio No. 1 suscrito el 14 de junio de 2017, y que resultan necesarias para la correcta administración y operación del Relleno Sanitario.”

“CUADRAGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el Artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993.”

11.1.1. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

La UAESP formula la pretensión señalada indicando que el Contrato se ha incumplido *“por no haber construido las obras necesarias y requeridas, no haber suministrado los repuestos, insumos y mano de obra, y en general, no ejecutar las obligaciones contractuales dentro de sus actividades de cierre, post-cierre y clausura establecidas dentro del Aclaratorio suscrito el 14 de junio de 2017 y que resultan necesarios para la correcta administración y operación del relleno sanitario.”* Sustenta esta aseveración en los hechos 277 a 296 de la demanda de reconvención reformada.

En primer lugar, transcribe los numerales de las obligaciones contenidas en la cláusula tercera obligaciones específicas, que tiene que ver con el cierre, clausura y cierre de zonas. Al efecto, señala que corresponden al numeral 3 del acápite Sobre la operación del relleno; a los numerales 1,2,3,4,5,7 del titulado “Sobre las zonas clausuradas en el RSDJ”, los numerales 1,2 y 3 de la parte titulada “sobre la zona viii”. Refiere además que la cláusula quinta del reglamento técnico establece el deber del contratista de conocer la integridad del reglamento y de su aplicación y en general de todos los documentos contractuales.

Señala que la Resolución 720 de 2010, en su artículo 33 estableció las condiciones técnicas para el cierre, clausura y post-clausura de las zonas de disposición, señalando el procedimiento y etapas precisas de estas actividades; por lo anterior, indica que surgió la necesidad de aclarar el contrato de concesión con el fin de definir la interpretación de las partes sobre estas actividades, así como el manejo de los recursos provisionados de conformidad con la Resolución CRA 351 de 2005 y la Resolución CRA 720

de 2015.

Aduce que en consecuencia, las partes suscribieron el Otro Sí Aclaratorio No. 1 del 2017 y transcribe a continuación apartes de la cláusula segunda sobre la remuneración y provisión de recursos para las actividades de cierre, clausura y pos clausura y de la cláusula quinta sobre el cronograma y la metodología para el seguimiento de dichas actividades en las zonas de Biosólidos, Zona II Área 3, Zona VII Área 2 y Optimización Fase 1.

Indica que en reunión realizada el día 7 de octubre de 2016, la interventoría *"socializó la Metodología de Cierre de Zonas, tanto al Concesionario como a la UAESP"* y que a través de correo electrónico del 14 de octubre de 2016, la interventoría *"atendió las observaciones y dio respuesta y aclaraciones a las inquietudes del Concesionario"*; concluye que el 2 de junio de 2017 la UAESP aceptó el documento como la metodología pactada.

La Demandante en reconvención, manifiesta que CGR Doña Juana se comprometió con cronogramas para realizar las actividades de las que aquí se está tratando, en las Zonas VII Área 2, Biosólidos, Zona II Área 3 y Optimización fase I, lo cual consta en el correo electrónico del 02 de junio de 2017 en el que remitió el documento *"1923 programación de Cierres Zona V2.mmp"*.

Aduce que CGR programó la realización de las actividades de cierre desde el 1 de agosto de 2017 hasta el 1 de marzo de 2019, sobre las cuales la interventoría ha identificado atrasos y ha realizado requerimientos al contratista desde el 19 de octubre de 2017. Presenta enseguida una tabla que manifiesta haber elaborado con los datos de la interventoría y que

resume con corte a junio de 2020, lo que califica como *"incumplimiento de las actividades establecidas de los cierres a las mismas programaciones del concesionario"*. Señala también varios oficios en los que la interventoría ha requerido por tal incumplimiento al concesionario, indicando que en las respuestas recibidas del contratista, *"no se presenta un avance, ni evidencia que permita inferir que realizará la totalidad de los cierres de las zonas tal como se estableció."* Lo que, según su criterio, es otra muestra más del incumplimiento de CGR Doña Juana.

Describe, además, cómo en su criterio se afecta el proceso de disposición por no atender en oportunidad y de forma adecuada los cierres de las diferentes zonas en donde se debe realizar tal actividad, así:

- *"En condiciones de lluvias, y con la falta de mantenimiento de los taludes ingresa por las fisuras, a la masa de residuos el agua de escorrentía aumentando el nivel de lixiviados y así mismo la presión de poros generando falencias en la estabilidad.*
- *En condiciones de lluvias y ausencia de estructuras para el manejo de aguas lluvias en zonas cerradas y en proceso de cierre, las bermas se saturan y deforman rápidamente la superficie, impidiendo el normal tránsito vehicular y causando deterioro.*
- *Si las bermas son vías transitables y hacen parte del circuito de recorrido de los vehículos compactadores, en condiciones de lluvias se forman baches profundos, impidiendo la circulación normal de los vehículos provocando aumento en los tiempos de descarga y permanencia de los vehículos de RBL dentro del Relleno Sanitario.*
- *La no realización de las obras de cierre atrasa la obligación del Concesionario de reestablecer paisajísticamente las zonas en las que se ha realizado la disposición.*
- *La falta de mantenimiento en la superficie de los taludes permite la emigración de gases hacia la atmosfera.*
- *Los atrasos en las actividades de cierre por parte de CGR Doña Juana causan igualmente atrasos en la programación*

proyectada por Biogás Doña Juana, con quien la UAESP tiene celebrado un contrato de concesión, exponiéndola a una eventual reclamación económica por la comprobada negligencia del concesionario por no atender sus obligaciones. En efecto, la falta de cierres dificulta las conexiones a las chimeneas y captación de biogás en estas zonas."

Concluye indicando que de acuerdo con el informe de interventoría, se tiene que el nivel de cumplimiento por parte del Concesionario de estas obligaciones es de 4% para las zonas operadas y entre el 28% y 32% para áreas no operadas por CGR, del 100% esperando, de acuerdo al análisis referido en la matriz de seguimiento a las actividades de la denominada Metodología de Cierre. En resumen, la demandante en reconvención concluye que por todo lo descrito *"el concesionario incumplió sus obligaciones de ejecutar las actividades proyectadas en la programación "1923 programación de cierre Zona V2.mmp" y adicionalmente las que, de acuerdo con la normatividad aplicable al contrato específicamente en la actividad de cierre, que se consolidaron en la metodología."*

11.1.2. CONTESTACIÓN DEL CONCESIONARIO A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

La primera cuestión que indica la demandada en reconvención, es que CGR Doña Juana, sí ha ejecutado múltiples actividades de mantenimiento/clausura en las diferentes áreas del relleno como "la Zona II Área 1, Zona II, Zona IV, Zona II Área 2, Zona II Área 3 y ZONA VIII", aduciendo que las actividades se han realizado incluso sin que CGR hubiere recibido algún recurso por este concepto, pues con anterioridad a la expedición de la Resolución CRA 843 de 2018, se aplicaba la Resolución CRA 351 de 2005 que ocasionó en este asunto y en varios otros, *"una insuficiencia financiera*

para el Concesionario, pues ha ejecutado distintas actividades sin que tuviera una remuneración en la tarifa contractual"

Explica enseguida la UAESP en el momento de la entrada en vigencia de la Resolución CRA 351 de 2005, "debió provisionar los recursos necesarios y suficientes para garantizar las actividades de clausura uno en la "Zona II Área 1, Zona II, Zona IV, Zona II Área 2, Zona II Área 3 y Zona VIII, por su condición de ser garante de la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital".

Presenta enseguida una tabla elaborada para establecer las actividades de clausura ejecutadas por CGR en las zonas cerradas entre los años 2011 a 2016, lo que demuestra, según su dicho, el cumplimiento de la obligación por parte del Concesionario.

Enfatiza la demandada en reconvención "que la UAESP no puede obligar al Concesionario a ejecutar las actividades de clausura y post clausura en zonas que no fueron operadas por CGR y que debieron contar con una provisión desde la entrada en vigencia de la Resolución CRA 352 de 2005, para así garantizar la ejecución de dichas actividades sin afectar la suficiencia financiera del contrato de concesión 344 de 2010".

Así mismo, indica que la UAESP "no debió efectuar descuento alguno al Concesionario de las tarifas de disposición final y tratamiento de lixiviados por concepto de actividades de cierre y clausura, ya que es el Concesionario, como prestador del servicio disposición final, a quien corresponde constituir y mantener dicha provisión, situación que concurrió a agravar la insuficiencia tarifaria y la financiera del concesionario."

Sobre la presentación de la programación incluida en el Otro Sí Aclaratorio 1, el demandado en reconvención sostiene que ello fue una condición impuesta por la UAESP y la Interventoría para *“la de devolución de los recursos económicos descontados unilateralmente por la UAESP y que bajo esa condición posteriormente se devolvieron a CGR Doña Juana”* y con relación a la socialización de la Metodología de Cierre de Zonas, indica que aún persisten observaciones realizadas por CGR que la UAESP no ha aclarado, como la permeabilidad de la cobertura final.

Finaliza indicando que *“CGR ha ejecutado actividades de cierre a pesar de lo sucedido respecto de los descuentos que efectuó la UAESP, de la falta de recursos para esta actividad en la tarifa anterior al 2019 y de la insuficiencia financiera del contrato”*. Presenta un registro fotográfico en donde, según su criterio se demuestra la construcción de las obras y por tanto el cumplimiento de las obligaciones.

11.1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LA UAESP

Además de reiterar los argumentos expuesto en la demanda de reconvención reformada y transcribir la pretensión tal cual como fue redactada en la subsanación de esa demanda, la UAESP concluye en sus alegatos que a pesar de que CGR afirma que ha realizado obras correspondientes a las actividades de cierre y post cierre en varias zonas del relleno, lo cierto, según su apreciación, es que ninguna de ellas resultó probada dentro del proceso.

Añade que no obstante que el concesionario no logró probar el

cumplimiento de sus obligaciones, de todas maneras procede a exponer los resultados que arrojó el Informe Técnico allegado por la UAESP que según su criterio demuestra la evidente inejecución de CGR frente a las obligaciones de cierre y post cierre, lo que enseguida describe, apoyando sus argumentos además en las declaraciones del interventor que en el mismo sentido, indica que dan cuenta de los importantes incumplimientos en este punto.

11.1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DEL CONCESIONARIO CGR DOÑA JUANA

En su escrito de alegatos finales, la demandada en reconvención presenta argumentos frente a dos temas que presenta con la estructura de excepciones, a saber: i) Excepción de contrato no cumplido y ii) inexistencia de incumplimiento de la obligación.

Sobre la primera, manifiesta que la UAESP *"incumplió sus obligaciones a lo largo del Contrato 344-2010 al no entregar la remuneración para ejecutar las actividades de cierre, clausura y post clausura"*, indica que en la audiencia de asignación de riesgos del 24 de marzo de 2010, la UAESP señaló que ella asumiría los derivados de las actividades de clausura y post clausura y que no se asignarían pasivo de otros contratistas al futuro concesionario. Trae a colación igualmente la pregunta 41 realizada en la ronda de preguntas y observaciones al pliego de condiciones, en la que según su entender, la UAESP dio tranquilidad a los proponentes en la Licitación Pública 001 de 2010, de que *"no tendrían que asumir los costos de las actividades de clausura y pos clausura de zonas operadas por anteriores operadores, sino que la entidad entregaría esos recursos al nuevo*

Concesionario para la ejecución de dichas actividades".

Concluye que de acuerdo con el artículo 15 de la Resolución CAR 351 de 2005, antes de iniciar el contrato ya debía existir una provisión por parte de los anteriores operadores del relleno con los recursos necesarios para ejecutar las actividades de cierre, clausura y post clausura, precisamente de las zonas que dichos contratistas habían operado. A pesar de todo lo anterior, finaliza afirmando que la entidad incumplió su obligación pues no entregó a CGR Doña Juana estos recursos para la ejecución de las actividades a las que se ha hecho referencia. Apoya su conclusión en las declaraciones de los testigos Carlos Niño y Alcira Tapia.

Sobre la excepción ii) inexistencia de incumplimiento contractual, CGR afirma que la UAESP desde el año 2011 al año 2021, según las estimaciones del peritaje técnico, había aportado 56 mil millones de pesos para actividades de cierre, clausura y post clausura, mientras que CGR Doña Juana, había invertido en esos mismos años más de 36 mil millones en zonas NO operadas por ella y más de 49 mil millones en zonas operadas por ella, lo que da como resultado que el Concesionario ha invertido en estas actividades, mucho más dinero que el recibido de la UAESP.

Se vale de algunos apartes de las declaraciones del ingeniero Juan Manuel Zúñiga para concluir que también la Superintendencia de Servicios Públicos ha reconocido esta situación de inversión por parte de CGR; al efecto cita una comunicación de fecha 8 de marzo de 2022, en donde asegura que la entidad de vigilancia establece tal situación.

Por último, reitera que a pesar de que se configura la excepción de contrato

no cumplido, lo cierto, en su criterio, es que CGR ha cumplido la obligación y ha invertido cuantiosos recursos para la ejecución de actividades de cierre, clausura y pos clausura.

El siguiente punto en el que concreta su pretensión tiene que ver con el incumplimiento del contrato por no provisionar recursos para clausura y post clausura.

11.2. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La pretensión cuadragésima séptima de la demanda de reconvención reformada tiene por objeto que se declare el incumplimiento del Concesionario respecto del contenido obligacional de las cláusulas tercera del Contrato de Concesión C - 344 de 2010, asociadas a la no construcción de las obras necesarias, no suministrar los repuestos, insumos y mano de obra, no ejecutar las obligaciones contractuales dentro de sus actividades de cierre, post cierre y clausura establecidas en el Aclaratorio No. 1 al contrato de Concesión, de fecha 14 de junio de 2017. Así mismo, la demandante en reconvención afirma incumplido el artículo 33 de la Resolución 724 de 2010 y las cláusulas segunda y quinta del Otrosí Aclaratorio No. 1 de 2017.

Las estipulaciones contenidas en el Contrato de Concesión C - 344 de 2010, en el Resolución 724 de 2010 y en el Otrosí Aclaratorio No. 1, relacionadas con las actividades de cierre, post cierre y clausura son del siguiente tenor:

Contrato de Concesión C-344 de 2010:

“CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS. Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, EL CONCESIONARIO deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas.

SOBRE LAS ZONAS CLAUSURADAS EN EL RSDJ

1. En la Zona II Área1: Realizar los trabajos requeridos para que la cobertura final existente evite el ingreso de aguas lluvias y realizar extracción forzada de lixiviados si el monitoreo geotécnico reporta un ascenso en las presiones internas de esta zona. Igualmente, cumplir con las obligaciones ambientales que se encuentren establecidas en los actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental, con el fin de que se puedan ejecutar los pasivos ambientales que lleguen a identificarse.

2. En la Zona II: Realizar los trabajos requeridos para que la cobertura final existente evite el ingreso de aguas lluvias y realizar extracción forzada de lixiviados si el monitoreo geotécnico reporta un ascenso en las presiones internas de esta zona. Igualmente cumplir con las obligaciones ambientales que se encuentren establecidas en los actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental, con el fin de que se puedan ejecutar los pasivos ambientales que lleguen a identificarse.

3. En la Zona IV: Realizar los trabajos requeridos para que la cobertura final existente evite el ingreso de aguas lluvias y realizar extracción forzada de lixiviados si el monitoreo geotécnico reporta un ascenso en las presiones internas de esta zona. Igualmente, cumplir con las obligaciones ambientales que se encuentren establecidas en los actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental, con el fin de que se puedan ejecutar los pasivos ambientales que lleguen a identificarse.

4. En la Zona II Área2: Realizar los trabajos requeridos para que la cobertura final existente evite el ingreso de aguas lluvias y realizar extracción forzada de lixiviados si el monitoreo geotécnico reporta un ascenso en las presiones internas de esta zona, Igualmente cumplir con las obligaciones ambientales que se

encuentren establecidas en los actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental, con el fin de que se puedan ejecutar los pasivos ambientales que leguen a identificarse.

5. En la Zona II Área 3: Realizar los trabajos requeridos para que la cobertura final existente evite el ingreso de aguas lluvias y realizar extracción forzada de lixiviados si el monitoreo geotécnico reporta un ascenso en las presiones internas de esta zona. Igualmente cumplir con las obligaciones ambientales que se encuentren establecidas en los actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental con el fin de que se puedan ejecutar los pasivos ambientales que lleguen a identificarse.

6. Realizar de forma inmediata los correctivos necesarios sobre las zonas ya clausuradas en el RSDJ frente a cualquier evento contingente. Cuando esta actividad corresponda postclausura, aplicarán las previsiones contenidas en el numeral 11 de la Cláusula Segunda.

7. El Concesionario debe realizar el monitoreo y análisis geotécnico de todas las zonas de RSDJ a su cargo para garantizar su estabilidad.

SOBRE LA ZONA VI DE EMERGENCIA DEL RSDJ

5. Realizar el cierre de esta zona una vez se haya agotado su capacidad de disposición final.

SOBRE LA ZONA VIII

3. EL CONCESIONARIO presentara cronograma y planeación de clausura de la Zona VIII a la UAESP con treinta (30) días calendario de anterioridad a alcanzar la cota de diseño en cualquiera de sus áreas, respetando los tiempos establecidos en la obligación anterior. Cuando esta actividad corresponda a postclausura aplicaran las previsiones contenidas en el numeral 11 de la Clausula Segunda.

4. El Concesionario realizará todas las actividades asociadas a la etapa de post clausura de la zona VIII durante el plazo de ejecución del contrato. Cuando esta actividad corresponda a postclausura, aplicarán las previsiones contenidas en el numeral

11 de la Cláusula Segunda.

Resolución 724 de 2010, por medio de la cual se adopta el Reglamento para la Concesión del Manejo y Operación del Relleno Sanitario Doña Juana:

“Artículo 33° Condiciones técnicas para el cierre, clausura y postclausura de las zonas de disposición. El cierre, clausura y postclausura de las zonas de disposición se sujetará a las siguientes condiciones:

1. Las actividades de cierre de las celdas o zonas que se van operando durante el tiempo de la Concesión. El proceso constructivo del cierre o cobertura final de las zonas de disposición, se realizará en dos etapas así: Una primera etapa donde se colocará una capa de material de cobertura directamente sobre los residuos y construcción de drenes en rajón y una segunda etapa que se conformará transcurrido un año de terminada la primera etapa y comprende la construcción de la segunda red de evacuación de biogás, la colocación de una capa de suelo orgánico y empradización. Los costos en que incurra el operador por estas actividades graduales están cubiertos por la remuneración contemplada en los pliegos de condiciones y en la minuta del contrato. Al final de la Concesión el operador deberá dejar cerradas todas las celdas o zonas en las que disponga residuos.

2. La actividad del cierre final del Relleno, acorde con la actividad incluida por la CRA en sus modelos corresponde a la actividad puntual de la desactivación del sistema de recibimiento de desechos y a la instalación del sistema de vigilancia que permanecerá durante los años de postclausura. La primera actividad deberá ser ejecutada por el Concesionario a su costa. La segunda será responsabilidad de la UAESP y deberá ser cubierta con los dineros provisionados

3. La clausura acorde con lo expuesto en la regulación es la remoción de los equipos y sistemas que no serán utilizados en la etapa de postclausura. Esta actividad será desarrollada por la UAESP con los recursos provisionados

4. Antes de la clausura del RSDJ, el Concesionario deberá efectuar las siguientes acciones, que son parte de su actividad final en el RSDJ y que se encuentra cubiertas por la remuneración general descrita en los Pliegos de Condiciones Minuta del Contrato.

Comprenden las siguientes acciones:

- Analizar y evaluar la estabilidad geotécnica del relleno
- Evaluar y reparar el estado de la cobertura final instalada
- Evaluar y reparar el estado de las obras de control de aguas de escorrentía
- Definir el uso futuro de las zonas de disposición del relleno sanitario.

5. La postclausura comprende en general la implementación de actividades correspondientes a preparación y desarrollo del uso futuro de las zonas de disposición del relleno. Estas actividades incluyen las relacionadas con el PMA para la etapa de postclausura (interventoría ambiental, preparación de informes, pagos a las autoridades ambientales por su seguimiento, ensayos y monitoreos, de aire, agua, lixiviados, suelo y biogás. Estas actividades generan gastos administrativos, algunas inversiones y costos operativos que deberán ser cubiertos por la Unidad con los recursos provisionados para tal efecto.

Parágrafo Primero. No obstante, las condiciones técnicas mínimas definidas en los cuatro artículos anteriores, el Operador deberá dar cumplimiento a las especificaciones técnicas y ambientales contenidas en los diseños Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental del RSDJ vigentes.

Otrosí Aclaratorio No. 1 de 2017:

“CLÁUSULA SEGUNDA: Se aclara que para efectos del presente contrato la remuneración y provisión por concepto de cierre, clausura y post clausura se realizará conforme a la regulación vigente establecida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA y, en especial se tendrán en cuenta los porcentajes definidos en los documentos de trabajo y demás soportes de la metodología tarifaria.

Las definiciones y alcances de las etapas de cierre, clausura y post clausura se integrarán de tal manera que faciliten su interpretación y aplicación de acuerdo con la parte considerativa de este documento.

El Concesionario reconoce la obligación de mantener la provisión definida en la regulación y ejecutar las actividades

correspondientes a cierre (incluido postcierre) y clausura de todo el relleno incluido la fase I, las cuales deberán iniciar en el mes de agosto de 2017.

CLÁUSULA QUINTA: METODOLOGÍA DE LAS ETAPAS DE CIERRE Y POSTCIERRE: *Las actividades de cierre, postcierre y clausura se ejecutarán de acuerdo con la metodología adoptada por las partes, la cual se adjunta como anexo del presente documento, dando cumplimiento a los diseños presentados y/o autorizados por la Autoridad ambiental, los requisitos establecidos en la Licencia Ambiental del RSDJ y sus modificaciones, y a los requerimientos contractuales relacionados con estas actividades.*

La metodología y los programas de ejecución deben ser avalados por la Interventoría y aprobados por la UAESP."

Previo a abordar la cuestión específica sobre el incumplimiento o no de las obligaciones en este punto, el Tribunal encuentra que la actividades relacionadas con el cierre, clausura y post clausura de las diferentes áreas de disposición del relleno a las que se comprometió el Concesionario, consagradas en los apartes ya transcritos de la cláusula tercera del Contrato de Concesión, fueron de común acuerdo interpretadas por las partes con el fin de ajustar sus previsiones a la regulación vigente sobre la materia (Resolución CRA 351 de 2005 y CRA 720 de 2015). Así, suscribieron el documento Aclaratorio No. 1 al Contrato de Concesión 344 de 2010, de fecha 14 de junio de 2017, mediante el cual se aclaró que le correspondía al Concesionario realizar la ejecución de las actividades de cierre, post-cierre y clausura del contrato de Concesión No. 344 de 2010 y que tales actividades, se ejecutarán de acuerdo con *"la metodología adoptada por las partes, la cual se adjunta como anexo del presente documento, dando cumplimiento a los diseños presentados y/o autorizados por la Autoridad ambiental, los requisitos establecidos en la licencia ambiental del RSDJ y sus modificaciones, y a los requerimientos contractuales relacionados con estas*

actividades." (Cláusula quinta).

De esta manera, las partes ajustaron las disposiciones contractuales al marco regulatorio vigente, concretando la metodología aplicable a tales actividades en el correspondiente cronograma de actividades que la refleja. Por tanto, considera el Panel que el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones relacionadas con este específico tema, debe tener como referencia la satisfacción o no de las exigencias incorporadas en la mencionada metodología y el seguimiento o no de las actividades que en desarrollo de ella se comprometió a realizar el Concesionario.

Así las cosas, el Tribunal encuentra probado que las obligaciones a cargo del Concesionario relacionadas con las actividades de cierre, post cierre, clausura y post clausura, se han incumplido de manera parcial. A esta conclusión, se arriba luego de analizar el extenso material probatorio que obra en expediente, en específico, el dictamen técnico aportado por CGR Doña Juana, el dictamen técnico de contradicción aportado por la UAESP, los informes de interventoría del contrato de Concesión, las comunicaciones de la interventoría enviadas a CGR Doña Juana y los testimonios de los señores Juan Manuel Zúñiga y Carlos Ortiz Rico director de la interventoría.

Antes de analizar cada una de las pruebas señaladas, el Tribunal considera que es conveniente precisar que las obligaciones referidas se deben cumplir conforme la metodología aceptada por las partes y sobre las zonas y áreas que el contrato establezca se deban desplegar. Lo anterior, precisamente porque uno de los objetivos de la suscripción del Aclaratorio No.1 fue establecer que le correspondía al Concesionario la ejecución de tales actividades en virtud a que "*es de la esencia*" de sus obligaciones

“desarrollar todas las actividades de cierre y dentro de estas las de postcierre contempladas en la regulación, que para los efectos prácticos coinciden en un modo relevante con las actividades de cierre y clausura definidas en la Resolución UAESP 724 de 2010 y el RAS 2000” y en consecuencia, así quedó plasmado en la Cláusula Primera del referido documento:

“CLÁUSULA PRIMERA: Se aclara que le corresponde al CONCESIONARIO la ejecución de las actividades de cierre, postcierre y clausura del contrato de concesión No. 344 de 2010”

Así las cosas, con independencia de si la zona ha sido operada o no por el Concesionario y/o del origen y disposición de los recursos que para esos efectos se desprenda de ello, lo cierto es que le corresponde a este y más claro aún después de la suscripción del Aclaratorio No. 1 de 2017, ejecutar todas estas actividades de cierre, post-cierre y clausura conforme los parámetros ya mencionados.

El dictamen técnico pericial aportado por CGR, si bien tiene como eje principal determinar la cuantificación total de las inversiones en actividades de cierre, clausura y post-clausura de las áreas operadas y no operadas por el Concesionario, en respuesta a la pregunta número 9 (páginas 270 a 274 Parte III) determina también una serie de actividades que CGR Doña Juana ha desplegado para cumplir con sus obligaciones, que en criterio del Tribunal no logran probar que se ha cumplido la obligación en los términos que así estaba pactado. Al efecto, el peritaje presenta la tabla 1.26⁶⁰³ en donde relaciona las “Actividades de clausura y postclausura en zonas no operadas por CGR en el RSDJ”:

⁶⁰³ Dictamen Técnico aportado por CGR Doña Juana. Página 271.

Tabla 1.26 Actividades de clausura y postclausura en zonas no operadas por CGR en el RSDJ.

Actividades de Clausura y Postclausura – Vigencia 2011 – 2021	
Monitoreos Ambientales (Agua, Lixiviados y Gases)	Mantenimiento Extracción Forzada de Lixiviados
Mantenimiento de la Vegetación	Mantenimiento bermas zonas cerradas (Posclausura)
Control de Vectores (Posclausura)	Mantenimiento de cunetas y drenajes (Posclausura)
Vigilancia y Seguridad	Poda (Posclausura)
Alquiler de camionetas	Adecuaciones Locativas (Posclausura)
Servicios Públicos (acueducto)	Red de iluminación (Posclausura)
Servicios Públicos (energía)	Cerramiento (Cerca perimetral) en alambre de púas (Posclausura)
Reposición de Instrumentación	Drenaje interno de lixiviados (Posclausura)
Monitoreo y Control Geotécnico	Mantenimiento de vías (Posclausura)
Consultoría Geotécnica	Alquiler de maquinaria pesada (Posclausura)
Levantamiento Topográfico Posclausura	Herramientas (Posclausura)
Mantenimiento y Reposición de Chimeneas	Estudios de suelos y pavimentos (Posclausura)
Personal	Costos Menores (Posclausura)
Interventoría Ambiental Posclausura	Sellado de grietas (Posclausura)
Captura y Transmisión de Datos (Posclausura)	Mantenimiento de líneas de conducción lixiviados (Posclausura)
Cámaras de Vigilancia (Posclausura)	

Fuente: Informe Final – Análisis del Costo de Disposición Final del Relleno Sanitario Doña Juana de Bogotá DC

Paso seguido, el dictamen enlista una serie de actividades que califica como Actividades de cierre en zonas no operadas por CGR y Actividades de Cierre en zonas operadas por CGR:

Actividades de cierre (Zonas no operadas por CGR):

Teniendo en cuenta la adición N° 1 al contrato 362 de 2010 y la adición N° 3 al contrato 344 de 2010 para el cierre definitivo de la zona VIII (Anexo 1_11.35), las actividades ejecutadas sobre esta zona operada por un anterior concesionario correspondieron a:

- Instalación de filtro en rajón 10" con geotextil NT 1600 (1.15 m x 1.0 m)
- Instalación filtro francés de conducción de brotes
- Perfilación de taludes
- Instalación cuneta en geomembrana
- Colocación de arcilla de cobertura espesor (e=0,80 m)
- Ejecución del plan vectorial
- Perforación de chimeneas

Actividades de cierre (Zonas operadas por CGR):

- Perfilación de taludes
- Perfilación de bermas
- Colocación de arcilla de cobertura espesor (e=0,80 m)
- Ejecución de ensayos de permeabilidad
- Instalación de red de brotes de lixiviados
 - Dren principal de Captación. Filtro en Rajón 10" Geotextil > 190 g/m²
 - Dren principal de Interconexión. Filtro en Rajón 10" Geotextil > 190 g /m², tubería PEAD 6" PN12,5
 - Tubería de conducción de brotes PEAD 6" PN12,5

- Caja de inspección conducción brotes de lixiviado en concreto baja permeabilidad 3000 PSI, refuerzo en malla tipo Q4, sección externa 1,2x1,2m, altura 1,5m, placa y muros e=0,15m
- Cajas en rajón (dados de 2x2x2m)
- Dren principal de Captación. Filtro en Rajón 10" Geotextil > 190 g /m², tubería PEAD 8" PN12,5
- Tubería de conducción de brotes PEAD 8" PN12,5

Estas actividades fueron desarrolladas en: Zona de Contingencia de Biosólidos, Optimización Fase I, Zona de Contingencia Zona VII Área 2 2014, Zona de Contingencia Zona II Área 3, Zona de contingencia Zona VII Área 2 costado norte y sur, durante la vigencia 2014 – 2021.

Y luego, presenta un cuadro con las actividades de cierre desplegadas en la Zona VIII, no sin antes, explicar algunas circunstancias que afectaron los trabajos como condiciones climáticas, aspectos técnicos y económicos que no especifica ni pruebas cuáles fueron. En resumen, presenta en la tabla 1.27⁶⁰⁴ tales actividades:

Tabla 1.27 Actividades de cierre de Zona VIII. 12/12/2010 – 31/05/2011

ITEM	DETALLE DE LA OBRA	UND.	CANTIDAD
1	Filtro en Rajón 10", Geotextil NT 1600 (1.15 m X 1.0 m)	m	820,57
2	Filtro Francés de Conducción de Brotes	m	210,73
3	Perfilación de talud (área para cierre final)	m ²	10.646,75
4	*Colocación de arcilla de cobertura espesor parcial (.30 m)	m ²	10.646,75
5	*Complementación Colocación De Arcilla De Cobertura Espesor (.50 m)	m ²	97.260,02
6	*Complementación Colocación De Arcilla De Cobertura Espesor (.40 m) (Hectáreas H16B y H20)	m ²	20.990
7	Cuneta en geomembrana	m	1.206

Fuente: HMV -ConCol, tomado de comunicado HMV-CONCOL-879-11, 2011.

Finaliza mencionando que en materia de lixiviados CGR ha destinado los recursos para realizar: i) Tratamiento de lixiviados (en el que a partir del año 2019 se cuenta con el sistema de ósmosis inversa la cual aumenta la inversión) y ii) Mantenimiento de la línea de conducción y los pondajes: mantenimiento con vactor y reemplazo de tubería.

Al comparar el listado de estas actividades con aquellas que deberían haberse desplegado conforme la metodología aprobada por las partes, el Tribunal advierte que no es posible establecer así el cumplimiento completo

⁶⁰⁴ Dictamen pericial aportado por CGR. Pág. 274.

y total de las obligaciones a cargo del concesionario. Si se observa tanto el cronograma como la metodología propuesta y aceptada para la ejecución de estas específicas labores⁶⁰⁵, se tiene que el estudio de tal cumplimiento debe realizarse conforme los pasos y múltiples actividades diseñadas para lograr en forma integral la finalidad de la obligación. Por ejemplo, para la etapa 1 de la fase de cierre, el documento metodológico establece las siguientes actividades a las cuales a su vez se les asignan múltiples tareas (que no se transcribirán para simplificar la explicación): i) Levantamiento topográfico; ii) Colación de arcilla de cobertura; iii) Perfilado y construcción final de bermas; iv) Construcción de drenes horizontales y estructuras de captación y drenajes de aguas lluvias; v) Terminación de chimeneas a nivel superficial; vi) Monitoreo de aguas subterráneas y superficiales; vii) Monitoreo de gases; viii) Mantenimiento de superficies; ix) Análisis geotécnico. Todos estos ítems así mismo, son requisito también para las etapas 2 de la misma fase y adicionalmente se fijan sendas actividades para las etapas de pos cierre y clausura.

Por lo anterior, el Tribunal considera que el dictamen técnico rendido por CGR no logra establecer con certeza el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del Concesionario, sin embargo, evidencia que se realizaron algunas obras y actividades para lograr este objetivo, cuestión que dicho sea de paso, no logró desvirtuar el contra-dictamen técnico aportado por la UAESP, que se limitó a poner en duda la relación de las inversiones sin aportar pruebas al efecto.

A pesar de ello, las pruebas aportadas por CGR no logran demostrar el cumplimiento íntegro de las obligaciones que se analizan a cargo del

⁶⁰⁵ Documentos aportadas por la UAESP como anexo de la demanda de reconvención reformada.

Concesionario, pero tampoco lograron desvirtuar por otro lado, las pruebas que la UAESP aportó al proceso y que demuestran frente a cada actividad que debía realizar CGR, un grado de incumplimiento. Al efecto, obran en el expediente los informes de interventoría anuales de los años 2018, 2019, 2020 y el del primer semestre del 2021, en donde se deja en evidencia el incumplimiento de estas específicas obligaciones por parte del Concesionario. Por ejemplo, en el informe semestral del año 2021 (01 de enero a 30 junio de 2021), en el Capítulo 3. Mantenimiento y Obras Civiles, se concluye en el numeral 3.2.7. sobre el mantenimiento de superficies de las zonas cerradas lo siguiente:

“3.2.7. Mantenimiento de Superficies Zonas Cerradas

En los meses de mayo y junio 2021, se evidenciaron algunos trabajos de excavación para filtros y trabajos de cobertura en el sector de Biosólidos de manera intermitente, sin embargo la Interventoría continúa evidenciando el aumento en el deterioro de las coberturas en optimización Fase 1, Zona II Área 3, Zona VII Fase 2 y Zona VIII, encontrando grietas por erosión y arrastre de arcilla por la escorrentía de aguas lluvias, como consecuencia de que CGR no -sic- realice definitivo con tierra negra y empradización. (...) La Interventoría requiere mediante Comunicaciones el mantenimiento a las superficies de Zonas Cerradas, sin que reciba respuesta.”.

Y en las conclusiones del capítulo se lee:

“• En todas las áreas cerradas hay falencias en taludes, bermas, manejo de aguas lluvias y continúan los brotes de lixiviados. Teniendo en cuenta que la estabilidad de la masa de residuos depende en gran parte del control de aguas de escorrentías, así como del manejo de los lixiviados, se requiere evitar que estos ingresen al interior de la masa de residuos incrementando las presiones y por tanto generando inestabilidad. Por lo anterior, es importante dar prioridad a estos mantenimientos, para lo cual se recomienda a la UAESP conminar al concesionario dando trámite a la solicitud de apertura de proceso sancionatorio

(...)

- Se recomienda a la UAESP dar trámite a los procesos administrativos o actos ejecutivos, por los incumplimientos de obras de la Fase 2, específicamente en la construcción de Campamento Taller y, por otro lado, a las actividades de cierres de zonas utilizadas para la disposición de residuos."

En muy similar sentido, el informe anual de interventoría del periodo julio de 2019 a junio de 2020, concluye sobre el estado de incumplimiento de las obligaciones del contratista en este aspecto:

"3.2.7 Mantenimiento de Superficies Zonas Cerradas.

Durante el periodo, el Concesionario continuó realizando actividades de cobertura en el domo Biosólidos, se dispone material proveniente de la Terraza 3 y la actividad es apoyada por un Buldócer y un Vibro Compactador. El Concesionario realizó una entrega parcial del costado oriental a la interventoría después de la verificación de los espesores de la capa de arcilla. A fecha de corte de este informe no ha culminado la actividad. Por otra parte, la Interventoría evidenció el aumento en el deterioro en los taludes de Optimización Fase 1, Zona II Área 3 y Zona VIII, los cuales presentan grietas por erosión y arrastre de arcilla, como consecuencia de que CGR no realice el cierre definitivo con tierra negra y Empradización.

La Interventoría mediante comunicados UTIDJ - 201907877, UTIDJ - 2019081041, UTIDJ - 2019081032, UTIDJ - 202002176, UTIDJ - 202002360, reiteró a CGR el cumplimiento de las programaciones, específicamente el cumplimiento de las fechas proyectadas en las reuniones de Acuerdo de Operadores, para las actividades de cierre en Biosólidos, adicionalmente requirió la entrega de la información y soportes de actividades realizadas de clausura, clasificadas por zonas y tarifa aplicable. También requirió la revisión y verificación de las actividades en Zona II Área 3, de conformidad con lo descrito en la metodología de cierre, así como celeridad en las actividades de Cierre y Postcierre de las zonas pendientes."

Adicionalmente, varias comunicaciones al concesionario fueron radicadas por la Interventoría del contrato, en donde se deja la trazabilidad de puntuales incumplimientos relacionados con las diferentes actividades de cierre, post cierre y clausura sin ejecutar. En especial, el Tribunal destaca el oficio con radicado UTIDJ-2020002360, de fecha 27 de febrero de 2020, a través del cual, la interventoría le recuerda al Concesionario los compromisos adquiridos en el Aclaratorio No. 01 y le solicita *“dar mayor celeridad a las actividades de cierre, teniendo en cuenta que a corte 31 de enero de 2020, presenta el siguiente avance en la programación”*, insertando seguidamente en el documento, una tabla que a partir de los compromisos adquiridos en los cronogramas entregados por el Concesionario con base en las actividades exigidas por la metodología, cuantifica actividad por actividad, los días de atraso en la ejecución de las obras en la diferentes áreas del relleno. En igual sentido y con la misma información, pero a corte 31 de diciembre de 2020, se remitió el oficio UTIDJ-2020121669 del 30 de diciembre de 2020. La UAESP aporta al expediente, esta misma tabla que detalla el incumplimiento de las actividades de cierre, post cierre y clausura actualizada al 31 de enero de 2021.

El Tribunal encuentra que la determinación de estos incumplimientos por parte de la interventoría, se acompaña de la evidencia y el detalle suficiente para darles credibilidad; además, en el mismo sentido el director de la interventoría señor Ian Carlos Ortiz, en el testimonio rendido indicó que *“hoy ya deberían haber zonas cerradas. Inclusive, zonas que el concesionario utilizó por temas de su propia contingencia”* pese a lo cual indica que *“el contratista debería tener cerradas varias zonas, varias que ya dejó de operar y no las tiene totalmente cerradas, ninguna de estas, realmente, ninguna ha cumplido el tema de cierre completo, ninguna*

cumplió la metodología. Un estimado de la interventoría es que en promedio estamos entre un 70, un 80% de incumplimiento de la metodología”⁶⁰⁶. Por su lado, del testimonio rendido por el señor Juan Manuel Zúñiga, el Tribunal encuentra que a pesar de que su relato versó en gran medida sobre su conocimiento de las actividades de clausura y post-clausura, no llegó a precisar si se había cumplido con los cronogramas propuestos en el Documento Aclaratorio 1 de 2017 o si se habían entregado zonas cerradas completamente identificando cuáles o si las obras se habían ejecutado conforme la metodología aceptada por las partes al efecto; en resumen, no se logró probar el cumplimiento integral de las obligaciones del Concesionario que ahora se analizan.

Por todo lo anterior, el Tribunal concluye que si bien hay ejecución de actividades para el cierre, post cierre y clausura según el contrato de concesión No. 344 de 2017 y el Aclaratorio No. 01 de 2017, estas no se encuentran completas, ni cumplen la obligación de manera integral, por lo que declarará su incumplimiento parcial. Al punto, es oportuno mencionar que la UAESP no determinó daño alguno ni cuantificó perjuicios derivados de este incumplimiento en el dictamen técnico aportado.

Por último, el Tribunal considera importante pronunciarse sobre el documento que se aportó al expediente oficio 20224300947721 del 08 de marzo de 2022, expedido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios -SSPD- y dirigido a CGR Doña Juana, en donde la entidad de vigilancia realiza una serie de consideraciones en el marco de las competencias atribuidas por la Circular conjunta 01 de 2017 (expedida por

⁶⁰⁶ Interrogatorio de testigo correspondiente al tiempo de grabación 01:36:08. Testimonios practicados el día 27 de enero de 2022

la CRA, la SSPD y el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio) sobre la provisión y destinación de los recursos para la etapa de post clausura de los rellenos sanitarios. Al respecto de este documento, el apoderado de CGR indica en sus alegaciones que *"Sin perjuicio de que la discusión frente a los recursos que se deben provisionar en el encargo fiduciario para las actividades de clausura y post clausura se tratará a profundidad del siguiente capítulo, es importante hacer alusión en este punto a la comunicación acaba de citar ya que allí la SSPD reconoció que CGR Doña Juana había tenido que ejecutar actividades de clausura y pos clausura en zonas que no había operado ese concesionario y que eso había conllevado una alta carga financiera para CGR Doña Juana asimismo, en la comunicación cita se puede ver que la SSPD analizó todos los costos remitidos por CGR Doña Juana frente a la ejecución de estas actividades y la entidad avaló y aceptó los costos y las actividades realizadas."*

El Tribunal encuentra que tal como quedará fundamentado en el acápite siguiente del Laudo, las determinaciones que se tomen en el marco de las competencia de vigilancia y control de la SSPD frente a la provisión e inversión de los recursos destinados para las actividades clausura y pos clausura, son ajenas en este caso a la valoración que debe hacer el Tribunal sobre el incumplimiento o no de una obligación contractual que las partes han dispuesto en el contrato y aclarado de manera suficiente en el documento Aclaratorio No. 1 de 2017. Por esta razón, no puede entenderse de ninguna manera definida la controversia frente al cumplimiento de las obligaciones del concesionario de realizar las obras necesarias y requeridas, suministrar los repuestos, insumos y mano de obra para las actividades de cierre post cierre y clausura, por las afirmaciones o consideraciones que haya realizado la SSPD, en torno al reconocimiento de inversiones realizadas

para estas actividades con cargo a los recursos destinados para ello.

Con fundamento en todo lo anterior, el Tribunal encuentra no probada la excepción de inexistencia de incumplimiento contractual y accederá parcialmente a la pretensión cuadragésima séptima de la demanda de reconvención reformada, declarando el incumplimiento parcial de las obligaciones relacionadas con las obras, suministro de repuestos, insumos y mano de obra para la ejecución de actividades de cierre, post cierre y clausura del RSDJ.

12. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LA DISPONIBILIDAD DE RECURSOS ECONÓMICOS PARA LA CLAUSURA Y POSCLAUSURA DEL RSDJ

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“CUADRAGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. ESP incumplió el numeral 32 de la Cláusula Segunda del Contrato C-344 de 2010, por no cumplir con la provisión ordenada en el Artículo 2.3.2.3.5.18 del Decreto 1077 de 2015, el Artículo 30 de la Resolución CRA 720 y la Circular 001 de 2017 emitida por la CRA, para garantizar la disponibilidad de recursos económicos para la Clausura y posclausura del Relleno Sanitario Doña Juana.”

“QUINCUGÉSIMA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la CUADRAGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN, se ordene de forma inmediata la consignación de la suma de TREINTA DOS MIL SETESCIENTOS CINCUENTA NUEVE MILLONES CIENTO CUARENTA Y DOS PESOS (COP \$ 32.759.142.642), con corte a la facturación del 31 de enero de 2021, o al mayor valor que deba ser provisionado en las cuentas creadas por la Fiduciaria para depositar y mantener la provisión de los recursos de la clausura y postclausura del Relleno Sanitario Doña Juana.”

12.1. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

La UAESP sustenta estas pretensiones en los hechos 297 a 312 de la demanda de reconvención reformada. Inicia su exposición transcribiendo la obligación número 32 contenida en la cláusula segunda del contrato de concesión, relacionada con el cumplimiento de las obligaciones que les impone a las empresas de servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 de 1994, las resoluciones de la CRA y demás normas concordantes. Posteriormente, señala varias normas que dan cuenta de la obligación de provisión de los recursos para las actividades de cierre, clausura y post clausura de los rellenos sanitarios. Así cita el artículo 2.3.2.3.5.18 del Decreto 1077 de 2015, que señala el deber de las prestadoras del servicio público, de constituir y mantener una provisión que garantice las actividades de cierre, clausura, post clausura y posterior monitoreo, garantizándose *“la disponibilidad permanente de la suma acumulada durante el periodo de operación del relleno sanitario, necesarios para construir las obras que implican estas actividades por el periodo que se determinen en la licencia ambiental”*. En el mismo sentido cita el artículo 30 de la Resolución CRA 720 de 2015, que establece que los recursos provisionados para estas actividades, deben ser llevados a un encargo fiduciario; y la Circular 001 de 2017, mediante la cual la CAR aclara que el artículo 30 de la Resolución CRA 720 de 2015, *“impone la obligación a los operadores de los rellenos sanitarios de hacer la provisión de los recursos para la etapa de post clausura, al igual que define que los recursos provisionados tienen una destinación específica para financiar las actividades relacionadas con el cierre progresivo del relleno sanitario.”*

Aduce que los operadores del servicio público deben depositar estos recursos en un encargo fiduciario constituido para tal fin y que estos no son

remuneración para él, por lo que no puede hacer uso de ellos sino hasta el momento en que se requieran para la destinación que se determinó en la regulación.

Indica que CGR Doña Juana, a partir de la metodología establecida en la Resolución CRA 720 de 2015, ha venido determinando el costo para las actividades de disposición final y tratamiento de lixiviados, de las obras de clausura y post clausura por tonelada y su correspondiente valor total conforme a las toneladas que ingresan al relleno. Presenta enseguida un cuadro que manifiesta haber construido con los informes de la interventoría y que contiene la provisión de los recursos desde enero de 2017 hasta enero de 2021.

Finaliza con la afirmación de que el 1 de noviembre de 2018 CGR y Credicorp Capital Fiduciaria celebraron un contrato de encargo fiduciario de administración de pagos para actividades de clausura y post clausura, sin que CGR haya realizado el depósito de los recursos pagados por los usuarios, los cuales deben encontrarse provisionados en la fiducia.

12.2. CONTESTACIÓN DEL CONCESIONARIO A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

El Concesionario afirma oponerse a todas las razones expuestas en este apartado por varias razones, la primera de ellas es que el planteamiento de la Demandante en reconvención origina una controversia que no puede ser dirimida mediante el presente proceso arbitral, en tanto que la circular 001 de 2017 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios -SSPD-, establece claramente que es esa Superintendencia la autoridad

competente para realizar la vigilancia y control sobre la constitución del encargo funcionario en cuestión.

Expone varias consideraciones sobre la responsabilidad de la UAESP en la circunstancia de la insuficiencia tarifaria que corrigió la Resolución CRA 843 de 2018 y las “*múltiples irregularidades de la Licitación 01 de 2010*” por lo que afirma que todos los incumplimientos que pretende achacar al Concesionario no hacen más que “concretizar y profundizar los efectos y consecuencias de sus gravísimos incumplimientos e irregularidades”.

Recuerda la reconvenida que a través de la Resolución 671 de 2019, la UAESP resolvió su incompetencia para iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio para investigar a CGR por la constitución del encargo fiduciario, pues la única entidad facultada para juzgar esta actividad es la SSPD.

Indica que, a pesar de la falta de competencia expuesta, es menester exponer los argumentos con los que fundamenta la inexistencia de incumplimiento. Al respecto, resume que las normas que cita la UAESP, en realidad señalan que CGR Doña Juana es quien tiene la facultad de definir todos los criterios, bajo los cuales se efectuarán los giros al encargo fiduciario, con base en su operación diaria y no la UAESP. Añade que dentro del control tarifario, que es una actividad que realiza la SSPD, CGR ha explicado las distintas inversiones realizadas en materia de clausura y post clausura, sin que la entidad supervisora haya realizado ningún tipo de observación al respecto.

Finaliza reiterando que el operador del relleno es quien tiene la facultad de

definir en qué momento se realizan los giros al encargo fiduciario, por lo que *“no puede alegar la UAESP un supuesto incumplimiento sobre tal actividad, pues ninguna norma ni estipulación contractual prevé un momento específico en el cual se tengan que efectuar los depósitos de recursos al encargo fiduciario, sino que es el Concesionario quien determina el momento de acuerdo con los diseños del relleno y las proyecciones de vida útil.”*

12.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LA UAESP

La UAESP además de recordar sus conclusiones relacionadas con que los recursos que debe provisionar el Concesionario para las actividades de clausura y post clausura tienen una destinación específica que impiden que sean utilizados como remuneración o gasto de operación, indica que lo probado dentro del proceso no solo es el incumplimiento frente a tal provisión, sino además, el uso distinto que le ha dado CGR a los recursos, como por ejemplo *“ejecutar obligaciones contractuales que debían realizarse con recursos propios de su remuneración y no con la provisión tarifaria”*. Apoya esta conclusión en lo que califica como contradicción dentro de las declaraciones de parte de Mauricio Bernal Marcucci y el testimonio de Alcira Patricia Tapia Hernández.

Señala que resulta imposible que CGR Doña Juana afirme que ha ejecutado actividades de clausura y post clausura en el relleno sanitario, pues a lo largo de la ejecución del contrato, no se han entregado aún zonas clausuradas, como da cuenta de ello el testimonio del ingeniero Juan Manuel Zúñiga, quien a criterio de la UAESP, se contradice, pues en un primer momento indica que se ha realizado actividades de cierre clausura y post clausura y

más adelante, afirma que no se están realizando dichas actividades, para lo cual la demandante en reconvención transcribe varios apartes del testimonio.

Aduce que de acuerdo con el informe técnico de interventoría realizado con fecha marzo de 2021, se hace evidente que el Concesionario no ha realizado actividades de clausura y post clausura. Presenta una tabla que contiene el resumen de lo que afirma sobre tal informe de la interventoría concluyendo que ninguna de las zonas del relleno está en proceso de post clausura.

Finalmente, señala que *“en relación con el incumplimiento del concesionario de la obligación de realizar la provisión ordenada en la Resolución CRA 720, la interventoría del relleno sanitario emitió el siguiente informe con corte a enero de 2021, el cual obra en el expediente y presenta un saldo a 31 01 2021 de \$32.759.142.642, el cual actualizado a corte de octubre de 2022 asciende a \$59.340.734.331”*. Cita in extenso el informe referenciado.

12.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DEL CONCESIONARIO CGR DOÑA JUANA

La demandada en reconvención estructura su alegato presentando las siguientes excepciones: i) Falta de competencia del Tribunal y ii) inexistencia de incumplimiento contractual.

Sobre la primera, afirma que el Tribunal no es competente para conocer sobre el incumplimiento planteado por la UAESP en razón a que la vigilancia

y control respecto de la provisión de los recursos para la clausura y post clausura se encuentra asignada a la SSPD.

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda sobre la competencia de la Entidad de supervisión, recordando que la misma UAESP a través de la Resolución 671 de 2019 decidió archivar la investigación que había iniciado sobre este tema y remitió la actuación a la SSPD con el fin de que esa entidad tomara las decisiones respectivas frente a la provisión de los recursos de clausura y post clausura.

Sobre la segunda excepción, CGR reitera que ha cumplido con las obligaciones en este aspecto y que la SSPD lo ha así reconocido. Al punto, transcribe apartes de la comunicación de la SSPD del 8 de marzo de 2022 en donde según su criterio, la entidad avaló todas las inversiones y actividades ejecutadas por CGR Doña Juana en lo que respecta al cierre, clausura y post clausura. Finalmente, apoya estas conclusiones con apartes del testimonio de la Alcira Tapia y la declaración de Mauricio Bernal.

12.5. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

12.5.1. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO DE LA CUADRAGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN Y SU CONSECUCIONAL

El Concesionario planteó dos reproches específicos sobre la competencia del Tribunal. En el primero de ellos, sostuvo que la Circular 001 de 2017 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliario -SSPD-, le atribuía a dicha entidad la competencia para realizar la vigilancia y control sobre la

constitución del encargo fiduciario objeto de controversia, por lo que excluía de suyo cualquier competencia de este Panel Arbitral al respecto. En el segundo argumento, relacionado con la Resolución 671 de 2019, sostuvo que la UAESP se había declarado incompetente para conocer y resolver sobre un procedimiento administrativo sancionatorio contractual contra CGR Doña Juana, relacionada con la provisión de fondos del encargo fiduciario para las actividades de clausura y postclausura, lo que implicaba que el único competente para conocer en relación con los aspectos atinentes a la constitución del encargo fiduciario y su fondeo era la mencionada Superintendencia.

Respecto de los argumentos así planteados por CGR Doña Juana, el Tribunal advierte de entrada que habrá de confirmar y ratificar su competencia para conocer y decidir en relación con la pretensión cuadragésima novena -y su consecuencial-. Las razones que llevan al Tribunal a confirmar su competencia se plantean enseguida.

En primer lugar, frente a la Circular 001 de 2017, el Tribunal precisa que no se trata de una Circular emitida por la Superintendencia de Servicio Públicos Domiciliarios, sino por la CRA, como erradamente lo sostuvo la demandada en reconvención, y que el asunto u objeto de dicha Circular es la *“aplicación del marco tarifario para personas prestadoras del servicio público de aseo en municipios con más de 5000 suscriptores”*.

En el numeral 1 de la pluricitada Circular, se señala lo siguiente:

*“11 Costo de Disposición Final –CDF
El artículo 30 de la Resolución CRA 720 de 2015, impuso la obligación a los operadores de los rellenos sanitarios de hacer la*

provisión de los recursos para la etapa de posclausura, calculados de conformidad con la fórmula tarifaria definida en el artículo 28 ibídem. Al respecto, la regulación define que los recursos provisionados tienen una destinación específica para financiar las actividades relacionadas con el cierre progresivo del relleno sanitario, en concordancia con los requisitos técnicos definidos por la normatividad ambiental vigente y contemplados en el diseño del relleno sanitario, así como en la licencia ambiental aprobada para el proyecto.

Así las cosas, es potestad del operador del relleno sanitario definir los requisitos necesarios para el giro de los recursos provisionados en el encargo fiduciario, teniendo en cuenta las etapas de diseño del relleno sanitario y las proyecciones de vida útil del mismo, a partir de las cuales se puede definir en qué momentos del tiempo se requerirán los recursos y los montos definidos para la realización de las obras de cierre; lo cual está sujeto a vigilancia y control por parte de la SSPD.

Todos los recursos que hagan parte de la provisión para las etapas de cierre, clausura y posclausura de la disposición final y el tratamiento de lixiviados, incluyendo los intereses o rendimientos de estos recursos; deben ser empleados para las actividades y obras requeridas para los que fueron provisionados"⁶⁰⁷. (subrayado y negrita fuera de texto original).

En segundo lugar, la Resolución 671 de 2019, "por la cual se resuelve archivar y remitir por competencia un proceso administrativo sancionatorio" dispuso⁶⁰⁸:

⁶⁰⁷ Documento aportado por CGR con la contestación de la demanda de reconvención reformada, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://crrlegal-my.sharepoint.com/personal/schemas_chemasasociados_com/_layouts/15/onedrive.aspx?ga=1&id=%2Fpersonal%2Fschemas%5Fchemasasociados%5Fcom%2FDocuments%2FTraslados%20oficiales%2FCGR%20Do%C3%B1a%20Juana%2FPruebas%20%2D%20Contestaci%C3%B3n%5FDem%5FRec%5FRef%2Fcircular%5Fcra%5Faseo%5F001%5Fde%5F2017%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fschemas%5Fchemasasociados%5Fcom%2FDocuments%2FTraslados%20oficiales%2FCGR%20Do%C3%B1a%20Juana%2FPruebas%20%2D%20Contestaci%C3%B3n%5FDem%5FRec%5FRef

⁶⁰⁸ Documento aportado por CGR con la contestación de la demanda de reconvención reformada, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://crrlegal-my.sharepoint.com/personal/schemas_chemasasociados_com/_layouts/15/onedrive.aspx?ga=1&id=%2Fpersonal%2Fschemas%5Fchemasasociados%5Fcom%2FDocuments%2FTraslados%20oficiales%2FCGR%20Do%C3%B1a%20Juana%2FPruebas%20%2D%20Contestaci%C3%B3n%5FDem%5FRec%5FRef%2FResoluci%C3%B3n%20671%20de%202019%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fschemas%5Fchemasasociados%5Fcom%2FDocuments%2FTraslados%20oficiales%2FCGR%20Do%C3%B1a%20Juana%2FPruebas%20%2D%20Contestaci%C3%B3n%5FDem%5FRec%5FRef

“ARTÍCULO PRIMERO: ARCHIVAR la presente actuación administrativa.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar REMITIR copia de la presente actuación con destino a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con el fin de que se investiguen los enunciados fácticos que sustentan en el informe de Interventoría con radicado No. 20196000190081, y, según su competencia, verifique el cumplimiento de la provisión ordenada mediante el Decreto 1077 de 2015 y Resolución No. 720 de 2015”.

En lo esencial, esta decisión se fundamentó en lo siguiente:

“Pues bien, dada una interpretación gramatical del informe puede concluirse que la UT Inter DJ alegó, exclusivamente, como fuente del incumplimiento una norma contenida en la Resolución CRA 720 de 2015, que es de naturaleza eminentemente regulatoria, es decir, tiene como fin regular la tarifa de un sector del servicio público domiciliario, más exactamente, el servicio de aseo.

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para este Despacho que la fuente o fundamento del informe por medio del cual se inició la presente actuación es la presunta vulneración de una norma tarifaria, y de esa manera debe evaluarse la solicitud efectuada por parte de la interventoría y de la SDF tendiente a archivar la actuación y remitir a la SSPD”. (negrita y subrayado fuero de texto).

Pues bien, conforme a lo dicho hasta acá, el Tribunal no encuentra de los documentos antes señalados nada que le impone avocar el conocimiento de la pretensión cuadragésima novena y su consecuencial, como se pasa a explicar.

Es menester recordar que la pretensión de la demanda de reconvención reformada respecto de la cual la convocada en reconvención alega la supuesta incompetencia del Panel Arbitral tiene como fundamento el

presunto incumplimiento de una obligación de carácter contractual, a saber, el numeral 37 de la cláusula segunda del Contrato, la cual es del siguiente tenor:

“CLÁUSULA SEGUNDA - OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO: Además de las obligaciones que de manera general establece el Artículo 5° de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, EL CONCESIONARIO deberá cumplir las siguientes obligaciones generales:

(...)

32. **Cumplir con** las obligaciones que impone a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios la Ley 142 de 1994 y las normas que la desarrollen, modifiquen, adicionen, complementen o sustituyan; **las resoluciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA, y demás normas concordantes.** Además, el Concesionario deberá respetar las obligaciones propias de la diligencia profesional y las buenas prácticas de la industria y de la ingeniería”.

Es por ello, que la obligación cuyo incumplimiento se pretende, consistente en constituir y girar los recursos correspondientes al encargo fiduciario tiene un claro origen contractual en la medida que es el Contrato de Concesión mismo el que impone la obligación de acatar y cumplir “*las resoluciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA*”, siendo el artículo 30 de la Resolución CRA 720 de 2015 el que impone el deber para el Concesionario de provisionar los recursos para las etapas de clausura y posclausura, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 2.3.2.3.5.18 del Decreto 1077 de 2015.

Por si lo anterior no fuera ya suficiente, este Tribunal también deriva su competencia del hecho de que fueron las mismas Partes las que incorporaron la obligación de constituir y fondear el encargo fiduciario

conforme al Aclaratorio No. 1 del 14 de junio de 2017, suscrito por las Partes⁶⁰⁹ documento de clara estirpe contractual.

En las consideraciones de dicho documento Aclaratorio se señaló que:

*“En ese sentido, **es el querer de las partes armonizar el Contrato con la normatividad de orden superior y de carácter público**, para efectos de resolver la incertidumbre provocada en cuanto al alcance de las obligaciones de la concesión y la regulación vigente*

(...)

*Conforme a lo expuesto y a modo de conclusión de lo dicho, **las partes han acordado que, conforme a la regulación vigente, el prestador del servicio será el sujeto responsable de realizar la provisión de los recursos destinados para las actividades de cierre, clausura y postclausura**. Que, en esa misma línea, en el particular caso que nos ocupa, la prestación del servicio de disposición final se realiza como consecuencia de un contrato de concesión y, por tanto, será CGR Doña Juana el prestador del servicio en cuanto a las actividades de cierre, postcierre, clausura y postclausura, si estas están a su cargo por la disposición contractual”*

En virtud de ello, las Partes acordaron:

“CLÁUSULA PRIMERA: Se aclara que le corresponde al CONCESIONARIO la ejecución de las actividades de cierre, postcierre y clausura del contrato de concesión No. 344 de 2010.

CLÁUSULA SEGUNDA: Se aclara que para efectos del presente contrato la remuneración y **provisión** por concepto de cierre, clausura y post clausura se realizará conforme a la regulación vigente establecida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA y, en especial se tendrán en cuenta los porcentajes definidos en los documentos de trabajo y demás soportes de la metodología tarifaria”.

⁶⁰⁹ Documento aportado por la UAESP con la contestación de la demanda y que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/1aJRy4di3lrGL7ZlwZKu-oqU-wyYWrHKH>.

Como se desprende del texto mismo del Aclaratorio No. 1 de 2017, fue la común intención de las Partes, libre y voluntariamente expresada, la de incorporar, entre otras, la obligación de provisión de recursos al Contrato de Concesión C – 344 de 2010, razón por la cual, no es dable alegar la incompetencia del Tribunal cuando es claro que lo que se debate es un asunto que tiene origen y naturaleza contractual no sólo en virtud del numeral 32 de la cláusula segunda del Contrato, sino también en virtud de la incorporación expresa que dicha obligación hicieron las Partes a través del denominado Aclaratorio No. 1 de 2017.

Así las cosas, resulta claro para el Tribunal, que (i) a través del Aclaratorio No. 1 de 2017, las Partes, libre y voluntariamente, incorporaron al Contrato lo relativo al cierre, clausura y postclausura del RSDJ, incluida la obligación de provisión de recursos; (ii) que el archivo de la actuación sancionatoria (Resol. 671 de 2019) obedeció a que la Interventoría en la comunicación que solicitó el inicio del proceso sancionatorio contra el Concesionario por el incumplimiento de la obligación relativa a la provisión de recursos no hizo referencia a ninguna estipulación del Contrato, sino solo a disposiciones regulatorias y (iii) que la pretensión planteada por la UAESP corresponde a la verificación (in)cumplimiento de una estipulación contractual como es la cláusula 2.37 del Contrato –y el Aclaratorio No. 1 de 2017–, que no a un pronunciamiento en relación con normas de orden público de carácter regulatorio. Por lo tanto, habrá de reafirmarse y confirmarse la competencia del Tribunal.

Por último, el Concesionario ha manifestado que la Circular 001 de 2017 le atribuye a la SSPD la competencia para realizar la vigilancia y control sobre la constitución del encargo fiduciario objeto de controversia; hecho que es

cierto y que este Tribunal no desconoce, sin embargo ello no obsta para reconocer la competencia propia de este Panel, en la medida que una cosa es la atribución que pueda y deba ejercer dicha entidad en relación con la vigilancia y control sobre la constitución del encargo fiduciario, y otra muy distinta, es la competencia otorgada por las Partes para decidir en relación con el incumplimiento de las estipulaciones propias del Contrato.

Con base en lo anterior, este Tribunal habrá de ratificar su competencia para conocer y resolver en relación con la pretensión cuadragésima novena y su consecuencial.

12.5.2. EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

La demandante en reconvención solicitó a este Panel Arbitral que declarara el incumplimiento del numeral 32 de la cláusula segunda del Contrato C – 344 de 2010 por parte del Concesionario, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.3.2.3.5.18 del Decreto 1077 de 2015, el artículo 30 de la Resolución CRA 720 de 2015 y la Circular 001 de 2017 de la CRA.

Al respecto, el Tribunal recuerda que el numeral 32 de la cláusula segunda del Contrato, establece que es obligación del Concesionario cumplir con las resoluciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA y demás normas concordantes.

Que precisamente por virtud del numeral 32 de la cláusula segunda antes mencionada, CGR Doña Juana se encontraba obligado a acatar lo dispuesto en el artículo 2.3.2.3.5.18 del Decreto 1077 de 2015 y el artículo 30 de la Resolución CRA 720 de 2015, así como la Circular 001 de 2017.

En tal sentido, el artículo 2.3.2.3.5.18 del Decreto 1077 de 2015 establece:

“ARTÍCULO 2.3.2.3.5.18. Disponibilidad de recursos económicos. Con el fin de garantizar la disponibilidad de recursos económicos para realizar el cierre, clausura, posclausura y posterior monitoreo de los rellenos sanitarios , toda persona prestadora del servicio público de aseo en la actividad de disposición final de residuos sólidos, deberá constituir y mantener una provisión, que garantice la disponibilidad permanente de las sumas acumuladas durante el período de operación del relleno sanitario, necesarias para construir las obras de clausura y posclausura requeridas y llevar a cabo el monitoreo por el período que se determine en la licencia ambiental. La forma de determinar los valores a provisionar será establecida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en la metodología tarifaria del servicio público de aseo”.

Obsérvese que el artículo antes citado establece que la obligación consiste en “constituir y mantener una provisión, que garantice la disponibilidad permanente de las sumas acumuladas durante el periodo de operación del relleno sanitario”. Además, de ello, el artículo en comento dispone que corresponde a la CRA “la forma de determinar los valores a provisionar”. En este orden de ideas, la CRA en Resolución 720 de 2015, dispuso:

“ARTÍCULO 30. Provisión de recursos para las etapas de clausura y posclausura. La persona prestadora de la actividad de disposición final deberá constituir un encargo fiduciario, que permita garantizar los recursos necesarios para la clausura y posclausura del mismo, de tal manera que todas las actividades y obras requeridas para dichas etapas se realicen, acorde con lo establecido en el artículo 2.3.2.3.5.18 del Decreto 1077 de 2015, o el que lo modifique, sustituya o adicione, de acuerdo con la fórmula definida para el **CDF-PC** en el ARTÍCULO 28.
En el caso en que la autoridad ambiental determine un período adicional a diez (10) años para la etapa de posclausura del sitio de disposición final, la persona prestadora calculará su costo a

partir de lo establecido en el Parágrafo 5 del ARTÍCULO 28."

Como se puede ver, la norma antes transcrita dispuso la forma en que se determinarían los valores a provisionar, y además impuso al operador del relleno, en este caso CGR Doña Juana, la obligación de constituir un encargo fiduciario para la provisión y administración de los recursos para las actividades de clausura y posclausura.

Por lo tanto, no cabe duda de que dentro de las obligaciones a cargo del Concesionario en materia de clausura y posclausura se encontraba la de constituir un encargo fiduciario a través del cual se garantizaría la disponibilidad permanente de las sumas de dinero durante la etapa de operación del relleno, con los cuales se ejecutarían a futuro las actividades de clausura y posclausura. Incluso el Tribunal destaca que en el inciso tercero de la cláusula segunda del Aclaratorio No. 1 de 2017, las Partes acordaron que el Concesionario reconocía la obligación de **mantener** la provisión definida en la regulación:

"CLÁUSULA SEGUNDA: *Se aclara que para efectos del presente contrato la remuneración y **provisión** por concepto de cierre, clausura y post clausura se realizará conforme a la regulación vigente establecida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA y, en especial se tendrán en cuenta los porcentajes definidos en los documentos de trabajo y demás soportes de la metodología tarifaria.*

Las definiciones y alcances de las etapas de cierre, clausura y post clausura se integrarán de tal manera que faciliten su interpretación y aplicación de acuerdo con la parte considerativa del documento.

El Concesionario reconoce la obligación de mantener la provisión definida en la regulación *y ejecutar las actividades correspondientes a cierre (incluido postcierre) y clausura de todo el relleno incluido la fase I, las cuales deberán iniciar en el mes de agosto de 2017".*

Con base en todo lo anterior, para el Tribunal aparece probado que el alcance de la obligación contractual que se estima incumplida consistía no sólo en constituir el encargo fiduciario, sino también en provisionar los recursos y mantener dicha provisión.

Ahora bien, el Concesionario ha manifestado que no se encuentra en incumplimiento en tanto que *“no puede alegar la UAESP un supuesto incumplimiento sobre tal actividad, pues ninguna norma ni estipulación contractual prevé un momento específico en el cual se tengan que efectuar los depósitos de recursos al encargo fiduciario, sino que es el Concesionario quien determina el momento de acuerdo con los diseños del relleno y las proyecciones de vida útil”*. Para el Panel Arbitral, esta interpretación propugnada por el Concesionario no se ajusta al tenor literal de las disposiciones normativas y contractuales antes citadas pues una recta inteligencia de las mismas lo que indican es que el Concesionario debe constituir y mantener la provisión durante el periodo de operación del RSDJ a fin de garantizar la disponibilidad a futuro de los recursos necesarios para ejecutar las labores que corresponda.

Es más, visto el numeral 11 de la Circular CRA 001 de 2017, se observa que la potestad a la que se refiere dicha circular es la de *“definir los requisitos necesarios para el giro de los recursos **provisionados** en el encargo fiduciario”*. Nótese que la Circular hace mención de recursos “provisionados” por lo que es dable colegir que la potestad de determinación con que cuenta el Concesionario no recae sobre el momento en que se realiza la provisión o fondeo de recursos, sino que dicha potestad se contrae únicamente a definir los requisitos necesarios para el

giro de los recursos "ya provisionados". Es más, ello es así porque contrario a lo afirmado por el Concesionario, las disposiciones normativas aplicables sí indican con claridad el momento específico en que se deben efectuar los depósitos en el encargo fiduciario, pues no de otra forma se podría entender que el artículo 2.3.2.3.5.18 haga referencia que los recursos deben permanecer provisionados durante el periodo de operación del relleno sanitario.

Dicho esto, el Tribunal no encuentra prueba alguna que demuestre que las provisiones exigidas por el Contrato y la demás normatividad aplicable se hayan cumplido. En efecto, visto el interrogatorio de parte practicado al señor representante legal de CGR y a la señora Alcira Patricia Tapia, ambos son coincidentes en que los recursos no han sido provisionados nunca en un encargo fiduciario como era exigido, sino que, supuestamente los recursos han sido invertidos en actividades de cierre, clausura y posclausura; actividades que dicho sea de paso el Concesionario nunca logró precisar con total claridad cuáles eran, según ya se dejó dicho en un aparte diferente de este mismo laudo.

Incluso, visto el dictamen pericial técnico aportado por CGR se advierte que en la pregunta 9 se indaga por las actividades desplegadas por el Concesionario en materia de cierre, poscierre, clausura y posclausura y la perito Martha Liliana Ramírez Monsalve si bien relaciona una serie de actividades ejecutadas por CGR para las vigencias 2011 - 2021 no indica de forma precisa para cada una de ellas cuándo se ejecutaron, ni en qué zonas fueron realizadas dichas actividades, ni los montos invertidos por CGR, tal como se aprecia en la siguiente tabla:

**Tabla 1.26 Actividades de clausura y postclausura en zonas no operadas por
CGR en el RSDJ.**

Actividades de Clausura y Postclausura – Vigencia 2011 – 2021	
Monitoreos Ambientales (Agua, Lixiviados y Gases)	Mantenimiento Extracción Forzada de Lixiviados
Mantenimiento de la Vegetación	Mantenimiento bermas zonas cerradas (Posclausura)
Control de Vectores (Posclausura)	Mantenimiento de cunetas y drenajes (Posclausura)
Vigilancia y Seguridad	Poda (Posclausura)
Alquiler de camionetas	Adecuaciones Locativas (Posclausura)
Servicios Públicos (acueducto)	Red de iluminación (Posclausura)
Servicios Públicos (energía)	Cerramiento (Cerca perimetral) en alambre de púas (Posclausura)
Reposición de Instrumentación	Drenaje interno de lixiviados (Posclausura)
Monitoreo y Control Geotécnico	Mantenimiento de vías (Posclausura)
Consultoría Geotécnica	Alquiler de maquinaria pesada (Posclausura)
Levantamiento Topográfico Posclausura	Herramientas (Posclausura)
Mantenimiento y Reposición de Chimeneas	Estudios de suelos y pavimentos (Posclausura)
Personal	Costos Menores (Posclausura)
Interventoría Ambiental Posclausura	Sellado de grietas (Posclausura)
Captura y Transmisión de Datos (Posclausura)	Mantenimiento de líneas de conducción lixiviados (Posclausura)
Cámaras de Vigilancia (Posclausura)	

Fuente: Informe Final – Análisis del Costo de Disposición Final del Relleno Sanitario Doña Juana de Bogotá DC

Ahora bien, el Concesionario manifiesta que la SSPD en comunicación del 8 de marzo de 2022 (i) avaló la ejecución de recursos por parte del Concesionario en las actividades de cierre, clausura y posclausura y que (ii) estableció que los recursos sólo debían provisionarse en el encargo fiduciario a partir del mes de enero de 2023. Sin embargo, el Tribunal encuentra que lo mencionado por el Concesionario no es cierto.

En primer lugar, porque si bien la SSPD señala que “en conclusión, el prestador de la revisión de las facturas allegadas para una muestra de las obras ejecutadas soportó que los informes de visita presentan datos verificables y que el prestador invirtió un mayor valor en estas actividades

que el que se debe destinar en la fiducia para estas mismas actividades, por lo tanto no hay valores sobrantes en la fiducia correspondiente”, no resulta claro que ello corresponda necesariamente a los recursos de clausura y posclausura que deben ser provisionados en el encargo fiduciario.

Esto es así, en tanto que esta conclusión se deriva de las “tablas 3-5 a 3-8” contenidas en la mentada comunicación las cuales hacen referencia a las “cantidades y costos para cierre” para (i) Zona de Contingencia Biosólidos, 2017; (ii) Zona de Optimización Fase I - Reconformación de taludes, 2018; (iii) Zona de Contingencia Biosólidos, 2019 y (iv) Zona de Contingencia Biosólidos enero – diciembre 2020.

Se trata pues de cantidades y costos sólo para el cierre de la Zona de Contingencia de Biosólidos, y la Zona de Optimización Fase I, que no de recursos destinados a las actividades de clausura y posclausura. Además, si bien es cierto para el año 2020 la SSPD (tabla 3-8) señala que se efectuó la comprobación de los costos y que “*les sobran recursos gastados*”, para otros años y zonas, por ejemplo, se señala por la SSPD que “*las facturas soportan el 74% de los costos solicitados*” y que “*las facturas soportan el 97% de los costos solicitados*”, de manera que de lo expresado por la SSPD no se puede derivar el cumplimiento de la obligación de mantener la provisión de recursos del Concesionario para las actividades de clausura y posclausura.

Más aún, no se puede perder de vista que la SSPD en la misma comunicación requirió que se hicieran las provisiones pendientes. Veamos:

“En este orden de ideas y con el propósito de tener claridad sobre cuales actividades de posclausura no cuentan actualmente con una financiación a través del vehículo de la fiducia, la

Superservicios recibió respuesta de la Comisión de Regulación de Agua Potable mediante oficio SSPD No. 20225290308102 del 27 de enero de 2022, donde la CRA se pronunció sobre “qué actividades dentro del cierre, clausura y posclausura del sitio de disposición final Doña Juana se remuneran vía tarifa al prestador CGR Doña Juana S.A. ESP, conforme a los costos particulares CDF PCRSDJ y CTLM PCRSDJ aprobados en los artículos 1 y 2 de la Resolución particular CRA 843 de 2018”.

Al respecto la CRA responde lo siguiente: “Ahora bien, en relación con su solicitud, y teniendo en cuenta que tanto para la actividad de disposición final como para la de tratamiento de lixiviados se presenta una variable asociada a la remuneración de las actividades a desarrollaren la etapa de posclausura, a continuación, se presentan los ítems remunerados para dicho fin en cada actividad objeto de modificación”.

(...)

Al respecto, la Superservicios solicita que provisione en la fiducia los recursos necesarios para garantizar todas las actividades de posclausura detalladas por la CRA en el radicado SSPD No. 20225290308102 del 27 de enero de 2022 y transcritas en este aparte de observaciones, para lo cual deberá remitir un informe de la provisión de estos recursos en la fiducia a partir del año 2023 de manera semestral”

Como se puede ver, la comunicación en cita no señala en momento alguno que la provisión de recursos en el encargo fiduciario debiera hacerse sólo a partir del año 2023, sino que hace hincapié en la existencia de actividades que para esa fecha no contaban “con financiación a través del vehículo de la fiducia”, razón por la cual se exige a CGR provisionar los recursos respectivos conforme a lo indicado por la CRA, y como consecuencia de ello, remitir un informe semestral sobre la provisión de estos recursos, lo que es distinto de decir que la SSPD estableció que la provisión sólo era obligatoria desde el año 2023, pues para el Tribunal, vista la citada comunicación, no fue eso lo que expresó la Superintendencia.

Para abundar en razones, el Tribunal señalará que en la misiva que venimos

de citar, CGR Doña Juana también hizo mención que no se encontraban provisionados los recursos y precisó, por requerimiento específico de la SSPD, cuál era la estrategia que seguiría para la provisión de recursos en el encargo fiduciario conforme a lo ordenado en la normatividad aplicable:

“D. Explique cuál es la estrategia del prestador para garantizar que realizará las actividades de cierre, clausura y posclausura una vez culmine la vida útil del relleno. Dado que en el periodo 2017-2021 los recursos gastados para tal fin superan la provisión tarifaria, lo cual es una situación no deseable y que puede traer consecuencias financieras para el prestador, teniendo en cuenta que el relleno exige un periodo de 15 años posteriores al cierre del relleno para estas actividades de clausura y posclausura.

Respecto a los cuestionamientos realizados, el prestador responde lo siguiente en el radicado SSPD No. 20215292072442 del 4 de agosto de 2021: “Previo a la aplicación de la Resolución CRA 843 de 2018, CGR Doña Juana S.A. E.S.P. asumió los costos relacionados con las actividades de Clausura y Posclausura de zonas operadas por anteriores Concesionarios y que requieren de la dinámica de operación del relleno sanitario. Como se mencionó en precedencia, estas actividades se ejecutaron sin que la UAESP hubiese entregado recurso económico alguno para garantizar la ejecución de estas actividades con base en la provisión estipulada en las Resoluciones CRA 351 de 2005 y 720 de 2015, originadas en los Decretos 838 de 2005 y 1077 de 2015. Es así como a la fecha se ha ejecutado un total de 36.811 millones de pesos en actividades de clausura y posclausura en zonas NO operadas por CGR Doña Juana S.A. E.S.P. La situación descrita en el párrafo anterior fue una de las causas por las cuales CGR Doña Juana S.A. E.S.P. operaba con una tarifa deficitaria, motivo por el cual en el documento Informe Final – Análisis del Costo de Disposición Final del Relleno Sanitario Doña Juana de Bogotá DC, entregado como fundamento de la solicitud de modificación de los costos económicos de que dio origen a la Resolución CRA 843 de 2018, se incluyeron los costos de ejecución para garantizar las actividades de clausura y posclausura en zonas No operadas por CGR Doña Juana. Así las cosas, actualmente se viene ejecutando el plan de cierre y clausura de las zonas operadas conforme al recaudo de recursos vía tarifa y la gestión financiera propia del

concesionario". El prestador da alcance al radicado mediante oficio 20215292812462 del 27 de septiembre de 2021:

"CGR Doña Juana S.A. E.S.P. ha dado continuidad a los procesos que demanda la operación, administración y mantenimiento INTEGRAL, pues todas ellas responden a criterios técnicos de la operación de un relleno sanitario en el marco de las obligaciones contractuales y de las previsiones de la licencia ambiental. Tal es el caso de la optimización de las áreas del relleno sanitario para disposición final de residuos, que es una actividad permitida por la licencia ambiental desde 2008.

En ese orden de ideas, los recursos que se han recaudado para ejecutar actividades de clausura y posclausura durante la vigencia del contrato de concesión 344 de 2010, han sido utilizados en la ejecución de las obras mencionadas en el informe entregado al ente de vigilancia y control. **Con respecto a los recursos que deberá dejar CGR Doña Juana S.A. E.S.P. en la fiducia constituida para tal efecto, se informa que ese objetivo está alineado con la estrategia de financiación de la compañía.**

CGR Doña Juana S.A. E.S.P. está trabajando en la consecución de una financiación con un fondo de deuda extranjero, dado que a pesar de la modificación parcial de los costos económicos de referencia de disposición final y de tratamiento de lixiviados aprobado mediante Resolución CRA 843 de 2018, la compañía no ha salido de las áreas de normalización de los acreedores financieros. Esta circunstancia se ha visto profundizada por la pandemia del covid19 que hizo que la banca en general suspendiera el otorgamiento de nuevas líneas de crédito, no obstante que entre diciembre de 2019 y febrero de 2020 se logró presentar una perspectiva de financiación a algunos bancos comerciales de la mano de una importante banca de inversión"

Finalmente, el prestador responde al radicado SSPD No. 20225290237062 del 21 de enero de 2022, donde la Superservicios solicitó:

"Explicar de manera puntual y específica, el monto y la forma de los recursos que se deben provisionar para garantizar la ejecución de las actividades de posclausura del relleno sanitario Doña Juana, detallando el valor de los recursos estimados, que son necesarios para realizar las actividades necesarias en los vasos y zonas de disposición final operados desde el inicio del contrato de

concesión por CGR Doña Juana, así como los mecanismos que serán utilizados para fondear los recursos estimados en el encargo fiduciario previsto por la regulación.

(...)

La estrategia de la estimación de los recursos y fondeo de los mismos, debe soportarse con la descripción detallada de los mecanismos financieros y/o de apalancamiento que serán utilizados para cumplir este fin y poder así garantizar, como lo establece la norma, los recursos correspondientes la ejecución de las actividades de posclausura en virtud de sus obligaciones legales como prestador de la actividad de disposición final del servicio público de aseo.

A lo cual el prestador responde: “A la fecha, CGR Doña Juana S.A. E.S.P. está gestionando un crédito con un fondo de deuda extranjero, cuyas condiciones de monto, plazo y tipo de interés nos abstenemos de informar, pues ellas son reservadas en virtud del acuerdo de confidencialidad suscrito por las partes.

Dentro de este financiamiento, que se estima esté disponible al término del primer trimestre de 2022, se establecerá la estructura Deuda/Ingreso vía tarifa, como mecanismo de fondeo idóneo que le permitirá a la compañía disponer de los recursos para continuar con la ejecución de las actividades de cierre y clausura y provisionar anualmente, a partir del año 2023 en la fiducia, el dinero para las actividades de posclausura del relleno sanitario Doña Juana.

(...)

Al respecto, para la Superservicios solicita que provisione en la fiducia los recursos necesarios para garantizar todas las actividades de posclausura detalladas por la CRA en el radicado SSPD No. 20225290308102 del 27 de enero de 2022 y transcritas en el punto C. de esta comunicación, y remita un informe de la provisión de estos recursos en la fiducia a partir del año 2023 de manera semestral”⁶¹⁰.

Según se tiene visto, el requerimiento de la SSPD era para que el Concesionario efectuara la provisión, lo que no significa que no tuviese que hacerla antes del año 2013, máxime cuando el contrato de encargo

⁶¹⁰ Comunicación aportada por el testigo Juan Zúñiga, que puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://www.dropbox.com/sh/mgynglr8vu64v1y/AACcvFO0zxRPxlw2GljYycaYa?dl=0>.

fiduciario se había celebrado desde el 1o de noviembre de 2018.

En todo caso, el Tribunal resalta que la provisión de recursos de que aquí se trata es aquella necesaria para las actividades de clausura y posclausura una vez se realice el cierre y poscierre de las zonas actualmente operadas por el Concesionario CGR Doña Juana y así lo reconoció este en las consideraciones del contrato de encargo fiduciario celebrado con CrediCorp Capital Fiduciaria:

“3. Que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA-, mediante Resolución CRA 720 de 2015, en su artículo 30 estableció que la administración de recursos para las etapas de clausura y posclausura en la operación de rellenos sanitarios debe ser a través de un encargo fiduciario que permita garantizar la disposición de recursos para ejecutar dichas etapas.

(...)

*6. **Que las obras de clausura y posclausura estarán a cargo de la UAESP y para ello, esta entidad podrá contratar al FIDEICOMITENTE para realizar dichas obras o podrá contratar a un tercero**, caso en el cual se dará por terminado el presente contrato de encargo de administración y pagos.”⁶¹¹*

Por lo tanto, el Tribunal encuentra que si bien el Concesionario constituyó el encargo fiduciario y que pudo haber ejecutado algunas actividades de clausura y posclausura, en todo caso (i) no provisionó los recursos correspondientes y que (ii) no existen razones de hecho o de derecho que justifiquen dicho incumplimiento pues las disposiciones contractuales y normativas aplicables son claras en señalar que la provisión de recursos debe hacerse y mantenerse durante la operación del RSDJ.

⁶¹¹ Documento aportado por la UAESP con la demanda de reconvención reformada, que puede ser consultado en el siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/1KTV_M-1pzYI9MsGdfuwtaZKzEtEyxRg1.

Por lo tanto, al margen de algunas inversiones que pudiese haber efectuado el Concesionario, lo cierto es que la obligación de provisionar los recursos en el encargo fiduciario se encuentra incumplida.

Dicho esto, es menester señalar que la entidad Concedente reclama por este concepto la suma de **treinta y dos mil setecientos cincuenta y nueve millones ciento cuarenta y dos mil seiscientos cuarenta y un pesos (\$32.759.142.641)** con corte a 31 de enero de 2021.

Para probar dicha suma la UAESP se basó en las estimaciones propias del Interventor UT Inter DJ, según consta en quien estableció la provisión de recursos a partir de la metodología establecida en los artículos 28 y 32 de la Resolución CRA 720 de 2015. Las estimaciones económicas del Interventor se pueden observar en un archivo en formato “.docx” aportado por la UAESP con su escrito de demanda de reconvención⁶¹².

Al respecto, el Tribunal señala que la misma no cuenta con los elementos suficientes para dar valor demostrativo a la cuantificación presentada por el Interventor en tanto que (i) se trata de un archivo en formato editable “.docx” el cual carece de firmas, y no es posible determinar su autoría, ni a quién ni cuando fue dirigido; además (ii) estas estimaciones económicas no tienen ningún tipo de respaldo técnico o financiero que permitan determinar los montos reales de las provisiones, razón por la cual el Tribunal no cuenta con los elementos suficientes para dar valor demostrativo a la cuantificación presentada por la Concedente.

⁶¹² Documento aportado por la UAESP en el escrito de demanda de reconvención reformada, que puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://drive.google.com/drive/folders/19QalVNNdc7hRL7AlwoU21BdFvszCsA7j>.

Así las cosas, si bien se encuentra probado el incumplimiento del Concesionario en tanto no se acredita la provisión de los recursos en el respectivo encargo fiduciario, no será posible proferir condena alguna en tanto que no hay pruebas que permitan determinar el valor real dejado de provisionar.

13. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA EN RELACIÓN CON LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN C- 344 DE 2010 RELACIONADAS CON LA ENTREGA DE INFORMACIÓN

13.1. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR INFORMACIÓN SOBRE LOS COSTOS DE OPERACIÓN DEL RSDJ

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN: Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. ESP incumplió el numeral 2 de la Cláusula Segunda del Contrato C-344 de 2010 y el Numeral 1 de la Cláusula Tercera Título Sobre El suministro De Información, al no haber atendido los múltiples requerimientos de suministrar la información de los costos de operación en el marco de la operación de Relleno Sanitario Doña Juana.”

“QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA PRETENSIÓN: Como consecuencia de prosperidad de la QUINCUAGÉSIMA PRIMERA PRETENSIÓN, se condene a CGR DOÑA JUANA S.A. ESP a la entrega de la información de los costos de operación en el marco de la operación de Relleno Sanitario Doña Juana, con sus soportes contables de los costos operativos en que haya incurrido durante el plazo de ejecución de la concesión al tiempo del laudo arbitral

que ponga fin a la controversia. La información deberá ser dispuesta en un medio digital que garantice su integridad y acceso a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, la cual será entregada a LOS CINCO (5) meses siguientes de la ejecutoria del laudo."

13.2. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

13.2.1. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA DE LA UAESP

La demandante en reconvención, sustenta fácticamente esta pretensión en los hechos 313 a 318 de su escrito de demanda. Manifestó que el Concesionario incumplió las disposiciones contenidas en el numeral 2º de la Cláusula Segunda del contrato de concesión C-344 de 2010, y el numeral 1º de la cláusula tercera "*Sobre el Suministro de Información*". Sustenta su argumento, precisando que la interventoría ha solicitado durante la ejecución del contrato la información referente a las inversiones ejecutadas, los costos de operación y mantenimiento, pasivos, entre otros, citando in extenso apartes de lo requerido por el interventor.

Agrega la demandante en reconvención que las solicitudes de información datan desde el año 2011, sin que el concesionario haya jamás revelado soportes contables de sus costos operativos, por lo que refiere que en el año 2014 en comunicación con número de radicado CGR 015 -14 de fecha 11 de febrero de 2014, CGR Doña Juana manifestó que no entregará la información financiera solicitada en razón a que se trata de información confidencial del concesionario; transcribe la Convocada apartes de la comunicación que considera que así lo indican.

Refiere que los requerimientos se evidencian en las comunicaciones: CGR-

042-14 5/03/2014 en donde el Concesionario informa a la UAESP que la información financiera de la concesión es reservada y que por ello, no la va a suministrar a la Interventoría dado que no es el ente competente para revisarla; CGR-201-2014 17/09/2014 en donde el Concesionario informa a la Interventoría que los documentos de los estados financieros de la concesión son confidenciales y que por ello se abstienen de entregarlos; CGR-DJ-1321-17 3/11/2017 en donde el Concesionario informa a la UAESP que la información financiera de CGR es confidencial y que por ello no la pueden suministrar; CGR-DJ-1579-17, 10/11/2017 en donde el Concesionario informa a la Interventoría que CGR debe realizar inversiones para la operación y la licencia ambiental del RSDJ, que en su concepto no están incluidas en los modelos establecidos por la CRA.

Reafirma su tesis incluyendo en el numeral 318 de los hechos un cuadro con número y fecha de radicado, así como la síntesis de las misivas, en donde enuncian algunas de las comunicaciones de requerimiento de información realizadas al Concesionario.

Finalmente, concluye la UAESP que la interventoría requirió al concesionario en múltiples ocasiones sobre el reporte de la información financiera, sin embargo, este se ha negado a las solicitudes, con lo cual, colige el incumplimiento por parte del demandado en reconvención del numeral 1º del Título “*Sobre el Suministro de Información*” de la Cláusula Tercera; así como el numeral 2º de la Cláusula Segunda del Contrato C-344 de 2010, y de contera, según afirma, CGR Doña Juana se encuentra vulnerando el control que la entidad estatal debe realizar sobre la ejecución del contrato para garantizar el cumplimiento de los fines estatales, desconociendo que la información de ejecución financiera de la concesión no es reservada ni

puede ser oculta para la entidad concedente.

13.2.2. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA POR PARTE DEL CONCESIONARIO.

Por su parte, la convocada en reconvención se opuso a los hechos así enunciados por la UAESP. En primer término, señaló que no se presentó ningún incumplimiento, habida cuenta que, CGR Doña Juana suministró toda la información solicitada que correspondía a la ejecución contractual de las obligaciones conforme a la ley.

Señala el Concesionario que efectivamente entregó y suministró su información financiera desde la primera hasta la última vez que le fue solicitada, con estricto apego al Contrato y a la ley. Añade que, pesar de haber entregado y suministrado tal información, la UAESP no hizo ningún uso de ella como lo evidencia el hecho de que no adoptó ninguna medida y, por el contrario, a pesar de la claridad de la información entregada y suministrada por el Concesionario desde el inicio, la cual puso de presente los desbalances entre costos e ingresos debidos a la insuficiencia de las tarifas con las cuales se remuneraban sus actividades bajo el Contrato, sólo la utilizó como instrumento para iniciar *“una feroz persecución en contra del Concesionario que aún hoy no termina”*.

Aunado a lo expuesto censura el demandado en reconvención que los apartes de la transcripción de lo que parece ser una comunicación, más que solicitar informaciones lo que se pide es llenar unos formatos con datos sobre algunos gastos, lo cual en esencia, resulta según su entendimiento, diferente a la facultad que tiene la UAESP de solicitar información financiera que le

permita hacer seguimiento y adoptar, en caso de desequilibrios, insuficiencia en la remuneración o desbalances, las medidas necesarias para preservar o restablecer las debidas equivalencias de acuerdo con la ley.

Así mismo, anotó el demandado en reconvención que toda la información entregable estuvo disponible en forma permanente a disposición de la UAESP, así como de la Interventoría, en razón a que, además, esta se hace pública en la Superintendencia de Servicios Públicos.

Arguye que no es cierto como señala la UAESP que CGR jamás hubiera revelado los soportes contables de sus costos operativos, anota que contrario a ello, desde el comienzo de la ejecución contractual reveló los soportes contables de sus costos operativos sin que frente a lo que la información suministrada revelaba hubiera existido alguna reacción de parte de la UAESP. Considera así que como demostración fehaciente de que el Concesionario entregó toda su información financiera relevante, acorde con el Contrato y la ley, debe tenerse en cuenta que además de la información atinente a los costos operativos, el Concesionario entregó, los estados financieros de la sociedad y todo lo relacionado con ellos.

Afirma que en relación con *"las quejas del reconviniente referentes a la entrega de la información en unos formatos establecidos por la UAESP"*, el Concesionario suministró la totalidad de la información a la que estaba obligado y lo hizo desde los albores de la ejecución contractual, sin que la gravedad de las conclusiones que se desprendían de las informaciones suministradas hubiera suscitado jamás la menor reacción de parte de la UAESP.

Añade el Concesionario que previamente a cualquier solicitud de parte de la UAESP, pidió a la entidad que le entregara el modelo financiero con el cual había estructurado la Licitación Pública No. 001 de 2010 y había determinado los costos y gastos de operación y mantenimiento y estructurado la remuneración del Concesionario. Modelo que, según anota, era fundamental para la determinación de los costos y gastos que la UAESP y su estructurador habían incluido, frente a lo cual anota que la UAESP que inicialmente dijo que lo enviaría, en lugar de suministrarlo terminó negándose, esgrimiendo un concepto jurídico que concluía que no sería entregado con fundamento en un decreto.

Refiere la demandada en reconvención que la información comercial y legalmente reservada no debía entregarla el Concesionario, pues se está frente a un contrato de concesión. Agrega que cuando el Concesionario presentó solicitudes de revisión de la situación tarifaria y financiera del contrato a la UAESP, CGR Doña Juana adjuntó todos los soportes del caso, sin embargo la UAESP y la Interventoría, señalaban que la información entregada no les permitía efectuar un análisis del caso.

Posteriormente incorpora en su escrito un cuadro en el cual da respuesta frente al cuadro que el demandante en reconvención incorporó en el libelo de la reconvención. En dicho esquema, el concesionario, se refiere y plantea su posición frente a cada una de las comunicaciones, el listado de comunicaciones citado por el reconviniente permite apreciar, según sus palabras *“el inoficioso y perverso acoso al que ha sido sometido el Concesionario desde sus inicios por la interventoría y la UAESP para desviar la atención y eludir el cumplimiento de sus obligaciones frente a la*

problemática tarifaria y financiera de la concesión."

Finalmente concluye que, si fuese cierto que el Concesionario se ha negado sistemáticamente a suministrar las informaciones que de acuerdo con el contrato y su naturaleza y la ley estaba obligado a entregar, "*¿cabe preguntarse por qué nunca la UAESP le impuso las correspondientes sanciones por ese supuesto incumplimiento contractual?*", frente a lo cual colige que la respuesta a este interrogante no es otra que no existían tales obligaciones y por ende tampoco los supuestos incumplimientos de CGR Doña Juana.

13.3. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

13.3.1. LOS ALEGATOS DE LA UAESP

A modo de resumen de lo dicho por la UAESP, se señaló en el escrito de alegatos conclusivos que indica se acredita en el acervo probatorio mediante las comunicaciones aportadas en la contestación a la demanda principal reformada, la UAESP y la Interventoría realizaron el seguimiento financiero de la concesión mediante los requerimientos de información financiera detallada de costos reales de la operación e inversiones realizadas en el STL, frente a los cuales la interventoría adecuó el modelo que le exige el contrato sin los valores detallados y reales de operación que solo podían ser suministrados por el Concesionario CGR, quien se rehusó a entregarlos aduciendo en su comunicación CGR – 015-14 dirigida a la Dirección de la UAESP con radicado 20146800058422, que la Concesión se ejecuta por su cuenta y riesgo del concesionario, que la información solicitada reviste el carácter de confidencialidad y reserva por cuanto hace

parte del desarrollo de su modelo financiero estructurado y puesto en funcionamiento durante su gestión y los valores sean positivos o negativos se enmarcan dentro del riesgo asumido al suscribir el contrato 344 de 2010.

De igual modo señala que tal como consta en los informes de interventoría que obran en el expediente, se realizó el análisis de cumplimiento de inversiones a cargo del Concesionario a que se comprometió en su propuesta (página 369) de la propuesta técnica presentada por CGR y aceptada por UAESP-, para lo cual realizó los correspondientes requerimientos de información de inversiones. Así mismo, anota el demandante en reconvención que los innumerables requerimientos realizados por la UAESP y la interventoría, existentes en el expediente, se encuentran aportados con la contestación de la demanda principal reformada en las carpetas 2014, 1015, para lo cual incorpora un cuadro en donde se detalla el número y fecha de las respectivas comunicaciones y el contenido de cada una.

Alega la UAESP que en las comunicaciones de respuesta CGR-042-14; 5/03/2014; CGR201-2014; 17/09/2014; CGR-DJ-1321-17; 3/11/2017; CGR-DJ-1579-17; 10/11/2017; CGR 575 de 2018 obrantes en el expediente, el Concesionario se limitó a contestar los requerimientos aduciendo que la información financiera de la concesión es reservada, que la Interventoría no es el ente competente para revisar dicha información y que los documentos de los estados financieros de la concesión son confidenciales y que por ello se abstiene de entregarlos, tampoco lo hizo al entregar a la UAESP copia de la solicitud de modificación de costos de referencia ante la CRA, la cual entregó sin soportes contables de los costos de operación.

Finalmente concluye que de conformidad con los medios de prueba documentales referidas, se acredita, a su juicio, la renuencia del Concesionario a entregar la información de sus costos constituyendo falta a los deberes de información, lealtad y buena fe hacia su contratante.

13.3.2. LOS ALEGATOS DEL CONCESIONARIO

Encuentra el Tribunal que, en sus alegatos de conclusión CGR no se refirió de manera concreta y puntual a lo concerniente a la pretensión quincuagésima primera, no obstante, de la lectura del documento allegado se advierte que el demandado en reconvención reitera el haber atendido todos los requerimientos de suministro de información que le hubiere efectuado la UAESP, incluyendo soportes financieros y contables.

Paso seguido, el Concesionario se refiere in extenso en su alegato a que no deben prosperar las pretensiones relacionadas con la entrega de la información relacionada con el informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social desde el año 2012, 2013, 2014, 2015 Y 2016, lo cual corresponde a la primera pretensión subsidiaria de la quincuagésima tercera principal, lo cual se estudiará por parte del Tribunal posteriormente.

13.4. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La pretensión quincuagésima primera de la demanda de reconvención reformada tiene por objeto que se declare el incumplimiento del Concesionario respecto del contenido obligatorio del numeral 2 de la

Cláusula segunda y el numeral 1 de la cláusula tercera “Sobre el Suministro de Información”, del Contrato de Concesión C - 344 de 2010, al no haber atendido los múltiples requerimientos de suministrar la información de los costos de operación en el marco de la operación del Relleno Sanitario Doña Juana. Tales estipulaciones contractuales son del siguiente tenor:

“CLÁUSULA SEGUNDA. OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO. Además de las obligaciones que de manera general establece el Artículo 5 de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, EL CONCESIONARIO deberá cumplir con las siguientes obligaciones generales: (...) **2.** Adicionalmente EL CONCESIONARIO suministrará y permitirá el acceso a la UAESP directamente o a quien esta designe y al interventor a toda la información que requieran sin restricciones. EL CONCESIONARIO tendrá la obligación de entregar toda la información relativa a la instalación y operación de equipos, infraestructura y demás requerida para el cumplimiento del objeto contractual que se le solicite y de explicarla cuando sea el caso. Adicionalmente, EL CONCESIONARIO deberá entregar y explicar cuando lo solicite la UAESP, todos los informes y/o la información financiera completa, relativa a este contrato, revisada por sus auditores, que no corresponda a información propietaria o confidencial por virtud de la ley. La UAESP, a expensas propias, podrá mantener consultores, auditores e inspectores presentes en cualquier momento y en cualquiera de los sitios de trabajo durante el montaje e implementación y la operación de los Servicios objeto de este Contrato. El ejercicio del acceso y consulta por parte de la UAESP, no relevará al concesionario del cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con lo estipulado en este contrato. Si la UAESP lo solicita, el concesionario deberá enviarle un listado del personal vinculado al objeto del contrato y entregarle copia de los contratos individuales de trabajo, de los reportes de tiempo y de utilización del personal y copia de los recibos mensuales de pago por concepto de aportes para fiscales y salarios, facilitando su revisión por parte del personal que la OAE se designe para este efecto. La información que la OAE requiera del CONCESIONARIO deberá ser entregada y explicada a satisfacción de la UAESP cuando fuere necesario, en un término no mayor a tres (3) días

calendarios contados a partir de la fecha de la solicitud, o en un plazo diferente cuando así se señale en la respectiva solicitud.

CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS. Sin perjuicio de las obligaciones enunciadas en la cláusula anterior, EL CONCESIONARIO deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones específicas.

1. Suministrar toda la información que le solicité la UAESP, inclusive la información y los soportes de costos tarifarios que se deban presentar a la CRA para el componente de disposición final. “

Lo primero que señala el Tribunal en este punto, es que las partes han aceptado la existencia y el conocimiento de los documentos que enlista la UAESP en el hecho 318 de la demanda de reconvención reformada⁶¹³ y que corresponden en su mayoría al requerimiento desde el año 2014, hasta el año 2018 de información financiera y contable que la Concedente hiciera al Concesionario a través de la Interventoría. Del contenido de las diferentes solicitudes elevadas por la UTL DJ al respecto, el Tribunal encuentra que se requirió información contable, financiera y operativa muy variada; sin embargo, se precisa que la pretensión elevada al Panel tiene que ver en específico con el incumplimiento de la obligación de entregar información sobre “costos de operación en el marco de la operación del Relleno Sanitario Doña Juana”.

Al respecto, el Tribunal encuentra que a pesar de que la demandada en

⁶¹³ Se enlistan estos oficios que tienen que ver con los requerimientos puntuales sobre la información de costos de operación: UTIDJ 390-11 de fecha 21/09/2011; UTIDJ 577-11 de fecha 28/10/2011; UTIDJ 2013040131 19/04/2013; 2014010057 30/01/2014; 2014020122 del 21/02/2014; 20144010079631 de fecha 10/06/2014; UTIDJ-2014060474 de fecha 12/06/2014; UTIDJ 2014111068 de fecha 21/11/2014; UTIDJ 2014121147 de fecha 10/12/2014; UTIDJ 2015010038 de fecha 10/01/2015; UTIDJ-2015010007 de fecha 6/01/2015; UTIDJ 2015010038 de fecha 10/01/2015.

reconvención afirmó en cada pronunciamiento sobre los requerimientos realizados por la UAESP, que CGR Doña Juana había cumplido con su obligación, advirtiendo reiterada y uniformemente que *“el Concesionario sí entregó toda la información relacionada con sus ingresos y los costos y gastos de operación y mantenimiento”*⁶¹⁴, lo cierto es que en ninguna de sus manifestaciones señala el documento mediante el cual realizó la entrega de la información o reseña dónde pueden ellos reposar en el expediente. El Tribunal echa de menos alguna comunicación en donde efectivamente se detalle y responda de fondo los numerosos requerimientos realizados por la interventoría sobre este tema.

Por el contrario, lo que se encuentra probado es la existencia de la comunicación CGR 015 de 2014 del 11 de febrero de 2014, en donde el Concesionario indica, ante la petición de la información financiera relacionada con la operación del relleno que hiciera la UAESP y luego de fundamentar su determinación en un análisis de lo que consideraba la naturaleza del contrato de Concesión que:

“En consecuencia, atendiendo la solicitud realizada por la interventoría, de enviar información acerca de los costos operativos, administrativos e inversiones, CGR Doña Juana S.A. E.S.P se permite manifestarle que para el concesionario, a la luz de la naturaleza del contrato, la información solicitada reviste el carácter de confidencial y de reserva por lo que no le es dable acceder a su petición. No obstante lo anterior, remite lo relacionado con los estados financieros de los años 2010, 2011 y 2012, indicando que no es posible el envío del año 2013 por no haberse aún surtido el procedimiento legal de aprobación de los

⁶¹⁴ Respuesta al hecho 318 que refiere la comunicación UTIDJ 2012040131 del 10 de abril de 2013, en donde UAESP solicita entre otros ítems solicita el envío de la información sobre *“6. Inversiones por clausura y pos clausura correspondientes a 2010 a 2012. 7. Valor de otras inversiones realizadas en ese mismo periodo y los objetivos operativos previstas con ellas 8. El Valor de las inversiones y costos operativos causados en el tratamiento de lixiviados”*

misimos por parte del órgano social competente"

Refiere la UAESP, sin que CGR Doña Juana debata sobre la autenticidad o veracidad de los documentos, que en el mismo sentido, en las comunicaciones CGR-042-14 del 5 de marzo de 2014; CGR 034 -14 del 24 de marzo de 2014; CGR-201-2014 del 17 de septiembre de 2014 y CGR-DJ-1321-17 del 3 de noviembre de 2017, el Concesionario refiere que *"la información financiera de la concesión es reservada y que por ello, no lo va a suministrar a la Interventoría dado que no es el ente competente para revisar dicha información."* Acorde con este entendimiento y en específico sobre el oficio CGR 034 -14 del 24 de marzo de 2014⁶¹⁵, el Concesionario responde en el hecho 318 de la demanda de reconvención reformada que *"el contenido -el del oficio CGR 034-14- evidencia la extralimitación y desviación de finalidades de la interventoría que solicitaba informaciones que por su contenido reservado, el concesionario no está obligado a divulgar. No obstante ello, téngase presente que el concesionario suministró información financiera y siempre estuvo dispuesto a cumplir sus deberes siempre que las informaciones se ciñeran al marco obligacional y legal, esto es, no desbordara la reserva comercial legalmente protegida y, de otra parte, las peticiones no tuvieran finalidades desviadas como la utilización de las mismas para desacreditar públicamente al concesionario o perseguirlo hasta caducar el contrato."*

Hasta aquí, de las mismas afirmaciones de la demanda y su contestación, el Tribunal encuentra que i) la Interventoría del Contrato realizó solicitudes reiteradas a CGR, durante los años 2011 a 2018 relativas a que suministrara la información sobre los costos de la operación del relleno con sus respectivos soportes contables; ii) CGR Doña Juana, respondió tales solicitudes anexando en algunas oportunidades los estados financieros debidamente certificados e invocando la reserva por confidencialidad de los documentos relacionados con los costos operativos, para no entregar

⁶¹⁵ En este oficio, refiere la UAESP que el Concesionario responde la solicitud de la Interventoría contenida en la Comunicación UTIDJ 2014020122 *"consistente en remitir la información financiera, indicando además que CGR Doña Juana ESP manifestó en comunicación CGR 015-14, su posición sobre la entrega de información considerada confidencial, razón por la cual, al ser su solicitud de contenido esencialmente idéntico, respetuosamente sugiere remitirse a lo allí expuesto"*

dicha información.

Sin embargo y pese a los argumentos sobre la reserva de la información, CGR refiere que de todas maneras esta información se volvió pública y de libre acceso a partir del trámite realizado ante la CRA para la modificación de la tarifa en el año 2018: *“Sobra señalar que ese modelo estructurado por CGR con los gastos y costos operacionales, las inversiones al igual que los ingresos que exclusivamente provienen de la remuneración que percibe el concesionario por las actividades de tratamiento del lixiviados y de disposición de residuos sólidos, si eso era lo que quería tener la UAESP, pues lo tuvo no solamente porque se lo compartió con ella sino porque al ser parte del trámite ante la CRA devino en un documento de público acceso y conocimiento.”*⁶¹⁶. Sobre el carácter público de la información también afirma el Concesionario que: *“Obsérvese también, que por supuesto, esto fue lo que entregó y más el Concesionario y, si, en gracia de hipótesis, no lo hubiera hecho, en todo caso la interventoría y la UAESP tenían acceso pues la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios los pública en su página web y son de público acceso en el Sistema Único de información - SUI- del ente de vigilancia y control”*.⁶¹⁷

De todo lo anterior, el Tribunal concluye que i) no está probado dentro del presente trámite que CGR hubiera dado respuesta a los requerimiento de la Interventoría del Contrato relacionados con la información de los costos de operación del Relleno; ii) que tal información, de acuerdo con las mismas

⁶¹⁶ Manifestación realizada por CGR Doña Juana, al contestar el hecho 316 de la demanda de reconvención reformada.

⁶¹⁷ Manifestación realizada por CGR Doña Juana cuando se le pone de presente en el hecho 318 de la demanda de reconvención reformada, el oficio UTIDJ 390-11 del 21 de septiembre de 2011, mediante el cual la Interventoría solicita información de ingresos y costos con el fin de dar cumplimiento al contrato de interventoría 130 de 2011.”

afirmaciones del Concesionario, no tiene el carácter de reservada, pues su acceso es libre y se encuentra a disposición de entidades como la CRA y el Sistema de Único de Información -SUI- de la SSPD, circunstancia que a juicio de este Tribunal iii) no releva de la carga del cumplimiento de las obligaciones al Concesionario, quien debe proveerla de manera organizada y conforme la petición que hiciera la interventoría en cumplimiento de las disposiciones contractuales.

Por lo anterior, se accederá a la pretensión quincuagésima primera de la demanda de reconvención reformada, declarando incumplida la obligación contenida en la cláusula segunda numeral 2 y tercera numeral 1 del título "Sobre El Suministro de Información", al no haber atendido CGR Doña Juana los requerimientos de suministrar información de los costos de operación del Relleno Sanitario Doña Juana.

En consecuencia, se accederá a la pretensión quincuagésima segunda de la demanda de reconvención reformada, ordenando a CGR Doña Juana a que suministre a la interventoría del Contrato y a la UAESP, la información relacionada con los costos de operación en el marco de la operación del Relleno Sanitario Doña Juana, con sus respectivos soportes contables, durante toda la vigencia del contrato. Para tal fin, si bien el Contrato no establece un plazo específico para este propósito, y no es la intención del Tribunal modificar sus términos y condiciones, al tratarse de un plazo indeterminado el mismo ha de determinarse en función del tiempo necesario para cumplir, a efectos de lo cual el Tribunal estima razonable un término de seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del presente laudo

14. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR INFORMACIÓN SOBRE LA INVERSIÓN EN EL ÁREA DE GESTIÓN SOCIAL DESDE EL AÑO 2012, 2013, 2014, 2015 Y 2016

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL: *Declarar que CGR DOÑA JUANA S.A. ESP incumplió la cláusula tercera numeral 3 del contrato de concesión, su obligación contractual de suministrar y permitir el acceso de la información relacionada con el informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social desde el año 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, al no entregar esta información dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria del Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018.*

QUINCUAGÉSIMA CUARTA PRETENSIÓN: *Como consecuencia de prosperidad de la QUINCUAGÉSIMA TERCERA o la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL, se declare la terminación del Contrato de Concesión 344 de 2010 derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo CGR Doña Juana S.A. ESP con fundamento en la condición resolutoria tácita dispuesta en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, aplicable por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.*

14.1. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

14.1.1. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA DE LA UAESP

La UAESP plantea en los hechos 319 a 341 de la demanda de reconvención reformada, que CGR Doña Juana fue condenada en el Laudo Arbitral del 27 de septiembre de 2018 a suministrar y permitir el acceso de la información relacionada con el informe completo y presupuesto utilizado para la

inversión en el área de gestión social desde el año 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 en un término de 10 días siguientes a la ejecutoria de esa decisión. Todo lo cual, indica que consta en los numerales Trigésimo Noveno y Cuadragésimo del referido laudo, que fue además objeto de complementación mediante el Auto 71 del 10 de octubre de 2018.

Indica que a pesar de que mediante comunicado UTIDJ 2018101338 del 31 de octubre de 2018, el interventor del contrato requirió a CGR DJ para que cumpliera la orden del laudo, esta no fue cumplida tal y como se requirió por esa Interventoría, cuestión que fue nuevamente informada al Concesionario a través del oficio UTIDJ-2018101334 del cual no se tuvo respuesta por parte del Concesionario.

Refiere que ante lo anterior, la interventoría solicitó a la UAESP la apertura de proceso administrativo sancionatorio por el incumplimiento del laudo arbitral. Añade que el Concesionario radicó el comunicado CGR-DJ 1686 del 30 de noviembre de 2018 que remitió el informe de inversión social correspondiente a los años 2012 a 2018.

Anota que la interventoría realizó observaciones al documento entregado por el Concesionario y refiere que mediante distintas comunicaciones ha reiterado a CGR Doña Juana la necesidad de entregar la información de manera completa, como según su juicio ordena el laudo del 2018.

Agrega el demandante en reconvención que el demandando se ha limitado a entregar una documentación y descripción de las presuntas inversiones sin que las mismas sean claras, que no definen partidas de inversión debidamente soportadas y con la evidencia de rigor para

establecer que efectivamente la inversión fue realizada. Advierte, que la información entregada hasta la fecha es incompleta, general y sin forma para hacer seguimiento efectivo.

Finalmente, refiere en los hechos que el incumplimiento de esta obligación comporta para la UAESP razón suficiente para dar por terminado el contrato. Conforme a lo anterior, colige que incontrovertible el incumplimiento de la obligación y que debe en este caso procederse con la terminación del Contrato C-344 de 2010 y declararlo en estado de liquidación, lo cual será resuelto por las partes de conformidad al mismo contrato y la ley, o en las instancias administrativas a que haya lugar.

14.1.2. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA POR PARTE DEL CONCESIONARIO

Por su parte, la convocada en reconvención se opuso a los hechos así enunciados por la UAESP. Afirma el demandado en reconvención que el Concesionario CGR entregó la información ordenada por el laudo arbitral. Por lo tanto, como se acreditará en el proceso, el Concesionario no se encuentra incumplido.

Considera el Concesionario que la interventoría exige la información de una determinada manera, cuya entrega resultaba contablemente imposible de desglosar principalmente en los años iniciales, habida cuenta que no se habían implementado sistemas SAP ni normas NIFF que permitieran el desglose en la particular forma como lo requiere la interventoría. Añade que el Concesionario dio respuesta a las solicitudes de información, entre otras remitiendo el informe de Gestión Social para las vigencias 2012-2018 dando

cumplimiento a sus obligaciones. Aclara, que el laudo arbitral citado por el demandante ordena entregar un *“informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social”* y así lo hizo el Concesionario. De este modo, a su juicio, el Concesionario hizo entrega del informe de inversión social correspondientes a los años solicitados, con su respectivo soporte de relación de gastos.

Destaca el demandando en reconvención que el laudo no ordenó que el informe contuviera la discriminación desglosada en cada medida o acción social contenida en las cinco (5) fichas sociales del Plan de Manejo Ambiental, como lo solicita la Interventoría, solicitud que se aleja del fallo del tribunal y riñe con la autonomía propia al contrato de concesión.

En relación con lo señalado por la UAESP con el hecho concerniente a que mediante comunicado 20183000250331 remitió observaciones del documento referido con el fin de que se realicen los ajustes correspondientes en el cual se incluyen las correspondientes a inversión social, responde el Concesionario que los ajustes a los que se refiere la reconviniendo no son en aras del cumplimiento de lo establecido en el laudo como quiera que CGR dio cumplimiento a ello, entregando el *“informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social”*, por el contrario, las observaciones y ajustes solicitados por la UAESP consisten en que la información se presente de la particular manera que la interventoría desea que se haga, la cual dista de lo ordenado en el laudo.

Agrega el demandando en reconvención que según lo relatado por la UAESP en el hecho 333, el demandante en reconvención pone de manifiesto que el Concesionario entregó la información ordenada en el laudo. De esta

forma, insiste en que la interventoría, excediendo lo ordenado en el laudo, solicitó que el informe, además de contener las inversiones realizadas año por año, debía ser desglosado en cada medida o acción social contenida en las cinco (5) fichas sociales del Plan de Manejo Ambiental. Plantea el Concesionario, que los hechos relatados por el demandante, acreditan los “ingentes esfuerzos y la actitud de buena fe del Concesionario, así como la actitud intransigente e impositiva de la interventoría y la UAESP”.

14.2. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

14.2.1. LOS ALEGATOS DE LA UAESP

La UAESP inicia su alegato citando textualmente el numeral segundo de la cláusula segunda del contrato, coligiendo que, si bien el concesionario afirma haber cumplido con todas las obligaciones a su cargo respecto a la entrega de información social, la situación resulta ser otra según se puede cotejar en el informe técnico realizado por la interventoría, para lo cual incorpora un cuadro en donde se compara la disposición incumplida y el concepto del incumplimiento.

Alega la UAESP, que además de los incumplimientos relacionados con el informe completo y el presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social desde el año 2012 a 2016, la interventoría ha puesto en evidencia que CGR sigue incumpliendo a la fecha con sus obligaciones consagradas en la cláusula segunda del contrato de concesión 344 de 2010. Plantea el demandante en reconvención al deudor no le basta con decir que ha cumplido pues, en aplicación del artículo 1757 del Código Civil, resulta preciso que pruebe que efectivamente ha honrado la palabra

empeñada cumpliendo de buena fe con sus obligaciones.

Finalmente concluye en su alegato que la UAESP que ante la falta de cualquier otra prueba que demuestre lo contrario, que CGR ha incumplido una vez más su obligación de entregar la información como lo estableció el contrato de concesión 344 de 2010.

14.2.2. LOS ALEGATOS DEL CONCESIONARIO

En el alegato de conclusión, plantea el Concesionario que en relación con las pretensiones primera subsidiaria de la quincuagésima tercera principal y quincuagésima cuarta, que aduce el demandante en reconvención que CGR Doña Juana no suministró y permitió el acceso de la información relacionada con el informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social desde el año 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016; no puede ser conocida por el Tribunal Arbitral ya que carece de competencia, anota que para ello como se mencionó en el Capítulo I Alegatos Reconvención UAESP, se debe poner de presente que no es claro qué cláusula del contrato es la que imputa la UAESP como incumplida, a lo que agrega, que en todo caso, CGR Doña entregó la información ordenada por el laudo arbitral, por lo que estas pretensiones deben ser negadas.

Señala que el Concesionario dando cumplimiento a lo ordenado en el laudo arbitral del 27 de septiembre mediante la comunicación CGR-DJ-1686-18 remitió el Informe de Gestión Social para las vigencias 2012-2018:

“Atendiendo las comunicaciones UTIDJ-2018101334 y UAESP-

20183000229841 Se remite Informe Inversión Social 2012 a 2018 con su respectivo anexo en medio magnético".

Indica que mediante esta comunicación CGR Doña Juana dio completo y cabal cumplimiento a lo establecido por ese tribunal arbitral remitiendo los informes de gestión social con las inversiones realizadas año por año. Reitera que el laudo no ordenó que el informe tuviera la discriminación desglosada en cada medida o acción social contenida en las cinco (5) fichas sociales del Plan de Manejo Ambiental, como, en su dicho "*acomodadamente y sin razón lo solicita la Interventoría, solicitud que se aleja del fallo del tribunal y que riñe con la autonomía propia al contrato de concesión y resulta contablemente imposible de desglosar porque en aquel entonces no se habían implementado sistemas SAP ni normas NIFF que permitieran el desglose en la particular forma como lo desea la interventoría*".

Destaca en su alegato el demandado en reconvención, que CGR Doña Juana NO incluyó la entrega de la información social en las 5 versiones del Plan de Cumplimiento del Laudo Arbitral (que finalmente no fueron firmados), porque CGR Doña Juana ya había cumplido con su obligación, lo que aconteció según su alegato es que esta actividad es nombrada en dichos planes, pero haciendo claridad que la obligación ya había sido cumplida. Agrega que se puede apreciar en los anexos de dicho plan de cumplimiento, que CGR Doña Juana allegó certificación de las inversiones realizadas dadas por el revisor fiscal.

Anota el Concesionario que también hizo llegar un informe con el detalle de cada una de las actividades realizadas y el presupuesto empleado para cada año. Finalmente, concluye su alegato las pretensiones primera subsidiaria de la quincuagésima tercera principal y quincuagésima cuarta

deben ser negadas pues CGR Doña Juana mediante la comunicación CGR-DJ-1686-18 allegó el *"informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social"* y en los anexos del plan de cumplimiento allegó un informe con el detalle de cada una de las actividades realizadas y el presupuesto empleado para cada año, así como la certificación del revisor fiscal de las inversiones realizadas en materia de inversión social.

14.3. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

14.3.1. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

El Tribunal ratifica su competencia únicamente en lo que tiene que ver con la primera pretensión subsidiaria de la quincuagésima tercera pretensión principal y ratifica igualmente su incompetencia para decidir y conocer de la quincuagésima tercera principal, por las razones que ya fueron expuestas sobre su ámbito de competencia. En efecto, lo pretendido en este caso por la demandante en reconvención no corresponde a la ejecución de una decisión judicial, pues si bien es cierto el laudo del año 2018 impartió una orden de entregar dentro de los 10 días siguientes a su ejecutoria la información relacionada con el informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social desde el año 2012,2013,2014,2015 y 2016, ello lo único que hizo fue definir y modular las condiciones de tiempo de ejecución de la prestación a cargo de CGR.

Así las cosas, se reitera que comoquiera que la controversia a resolver corresponde a un asunto de libre disposición de las partes y que es propio de la ejecución contractual (su incumplimiento), tema que hace parte de la habilitación conferida al Tribunal en la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Concesión C-344 de 2010, el Tribunal ratificará su competencia para decidir de fondo las controversias relativas al cumplimiento de la obligación del concesionario de entregar dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria del laudo del año 2018, la información relacionada con el informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social desde el año 2012,2013,2014,2015 y 2016, conforme la obligación contenida en la cláusula segunda numeral 2 del Contrato de Concesión 344 de 2010.

14.3.2. EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

La pretensión que somete a estudio la UAESP, la fundamenta en el incumplimiento de la cláusula segunda – obligaciones generales, numeral 2, cuyo tenor literal es el siguiente:

"CLÁUSULA SEGUNDA. OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO. Además de las obligaciones que de manera general establece el Artículo 5 de la ley 80 de 1993 y aquellas que corresponden a la naturaleza del contrato de concesión, EL CONCESIONARIO deberá cumplir con las siguientes obligaciones generales: (...) **2.** Adicionalmente EL CONCESIONARIO suministrará y permitirá el acceso a la UAESP directamente o a quien esta designe y al interventor a toda la información que requieran sin restricciones. EL CONCESIONARIO tendrá la obligación de entregar toda la información relativa a la instalación y operación de equipos, infraestructura y demás requerida para el cumplimiento del objeto contractual que se le solicite y de explicarla cuando sea el caso. Adicionalmente, EL CONCESIONARIO deberá entregar y explicar cuando lo solicite la

UAESP, todos los informes y/o la información financiera completa, relativa a este contrato, revisada por sus auditores, que no corresponda a información propietaria o confidencial por virtud de la ley. La UAESP, a expensas propias, podrá mantener consultores, auditores e inspectores presentes en cualquier momento y en cualquiera de los sitios de trabajo durante el montaje e implementación y la operación de los Servicios objeto de este Contrato. El ejercicio del acceso y consulta por parte de la UAESP, no relevará al concesionario del cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con lo estipulado en este contrato. Si la UAESP lo solicita, el concesionario deberá enviarle un listado del personal vinculado al objeto del contrato y entregarle copia de los contratos individuales de trabajo, de los reportes de tiempo y de utilización del personal y copia de los recibos mensuales de pago por concepto de aportes para fiscales y salarios, facilitando su revisión por parte del personal que la OAE se designe para este efecto. La información que la OAE requiera del CONCESIONARIO deberá ser entregada y explicada a satisfacción de la UAESP cuando fuere necesario, en un término no mayor a tres (3) días calendarios contados a partir de la fecha de la solicitud, o en un plazo diferente cuando así se señale en la respectiva solicitud.

Sobre el incumplimiento por no suministrar y permitir el acceso a la información relacionada con el informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social desde el año 2012 hasta el año 2016, el Tribunal encuentra probado que este asunto también fue objeto de discusión en el marco del arbitraje anterior entre las Partes, razón por la cual debe revisarse exactamente la controversia debatida y resuelta en aquella oportunidad a fin de determinar los efectos y consecuencias que podría tener lo decidido allá, respecto de lo que ahora corresponde decidir a este Panel.

En el proceso arbitral anterior, se estudió la pretensión décima novena formulada por la UAESP así:

“DÉCIMA NOVENA PRETENSIÓN: Declare que el Concesionario incumplió la cláusula tercera numeral 3 del contrato de concesión, su obligación contractual de suministrar y permitir el acceso de la información relacionada con el informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social desde el año 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.

Por su parte, las consideraciones del tribunal anterior que fundamentaron la decisión tomada al respecto fueron las siguientes:

“Ha sostenido el demandante en reconvención que CGR incumplió su obligación de suministrar y permitir el acceso a la información relacionada con el informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social desde 2012 a 2016 a pesar de haber sido requerido por ella y la interventoría en numerosas ocasiones, con lo que no se ha podido hacer el respectivo control, seguimiento y supervisión de la ejecución del presupuesto de inversión social de este periodo de años. CGR sostiene por su parte que ha cumplido con la obligación al remitir dichos informes (2013, 2014 y 2015) mediante radicado CGR-DJ-1183-15-09-15 y que se encuentra en proceso de remitir aquel informe de 2016.

Consta en el expediente pruebas de que CGR ha sido requerido en varias ocasiones para dar cumplimiento a esta obligación (documentos del interventor UTIDJ-2013110487-11-13, UTIDJ-2014030160-03-14, UTIDJ-2014050392-05-14, UTIDJ-2014080705-08-14, UTIDJ- 2014090832-09-14, UTIDJ-2014100996-10-14, UTIDJ-2014111101-12, UTIDJ-2016050449- 16 y UTIDJ-2015060919-06-15).

En esa medida, consta al Tribunal que si bien CGR ha remitido lo que ha considerado son los informes para los años 2013, 2014 y 2015, CGR admite que no ha remitido el del año 2012. Igualmente, la interventoría ha considerado que dichos informes no han sido enviados de manera completa y ha requerido a CGR para que los remita correctamente. En ese sentido, el Tribunal ha constatado que CGR no ha cumplido plenamente esta obligación y, en consecuencia, procederá a reconocer las pretensiones décima novena y trigésima octava, y así lo dispondrá en la parte resolutive.”

Como consecuencia, tras acceder a la solicitud de aclaración realizada, el

numeral tercero del Auto No. 71, incluyó los numerales trigésimo noveno y cuadragésimo al laudo. así:

"TERCERO. - Acceder a la solicitud denominada "incumplimiento de las obligaciones en gestión social, relacionadas con la entrega del informe completo y detallado de inversión social, el presupuesto, el costo de cada una de las acciones y/o actividades ejecutadas con soportes para los años 2012 al 2016" y, en

consecuencia aclarar la parte resolutive del Laudo e incluir los numerales TRIGÉSIMO NOVENO y CUADRAGÉSIMO, así:

TRIGÉSIMO NOVENO. *Declarar que el Concesionario incumplió la cláusula tercera numeral 3 del contrato de concesión, su obligación contractual de suministrar y permitir el acceso de la información relacionada con el informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social desde el año 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.*

CUADRAGÉSIMO. *Condenar a la sociedad CGR Doña Juana a entregar dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria del laudo que resuelva la presente controversia, la información relacionada con el informe completo y presupuesto utilizado para la inversión en el área de gestión social desde el año 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.* (subrayado añadido)

De acuerdo con la orden impartida en el laudo del 27 de septiembre de 2018, los informes de los que ahora se ocupa el Tribunal, deben revelar i) las actividades completas realizadas en el componente de inversión social, ii) el presupuesto asignado al efecto y iii) corresponder a los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.

Encuentra probado el Tribunal que CGR Doña Juana, a través de oficio número CGR-DJ-1686-18 de fecha 30 de noviembre de 2018, entregó a la UAESP los informes de inversión social correspondientes a los años 2012 a 2018. Así mismo, el demandado en reconvención anexó el informe de las actividades correspondientes a la inversión social año por año desde el 2012

hasta el 2016, certificado el monto total del presupuesto a través del representante legal y del revisor fiscal del operador CGR Doña Juana.

Con estas pruebas, el Tribunal concluye que las exigencias del laudo del 2018, se encuentran cumplidas, pues existe en efecto una descripción de las actividades realizadas, el presupuesto certificado sobre los costos en inversión año a año y la información se refiere a los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, tal como el numeral cuadragésimo de aquella decisión lo ordenó. Resalta por último el Panel, que en esa oportunidad no se identificaron ni especificaron otro tipo de exigencias para entender cumplida la obligación, tal como las determinadas por la Interventoría del contrato en los correspondientes informes que trae a colación la UAESP, por lo que no se accederá a la Primera Pretensión subsidiaria de la quincuagésima tercera principal y su consecuencial la quincuagésima cuarta.

15. LAS PRETENSIONES CONSECUCIALES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DERIVADO DE LOS INCUMPLIMIENTOS A CARGO DE CGR DOÑA JUANA QUE HAN SIDO DECLARADOS EN ESTE LAUDO ARBITRAL

Corresponde al Tribunal Arbitral emitir el pronunciamiento que en derecho corresponde en relación con la pretensión quincuagésima octava, la cual es del siguiente tenor:

“QUINCUAGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la prosperidad de alguna o todas las pretensiones relacionadas con la declaratoria de terminación del Contrato 344 de 2010, se declare que éste se encuentra en estado de liquidación, para que las partes de conformidad con lo establecido en la CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA y en defecto de lo anterior, se proceda con lo

dispuesto en la CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉPTIMA del mencionado contrato, las partes procedan de conformidad con lo pactado y lo establecido en la Ley”.

El fundamento axial de la anterior pretensión se encuentra en el artículo 1546 del Código Civil que establece lo siguiente:

“ARTICULO 1546. <CONDICIÓN RESOLUTORIA TACITA>. *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”.*

La condición resolutoria tácita ha sido entendido por doctrina y jurisprudencia como aquel remedio contractual que permite al contratante cumplido a obtener la terminación del contrato en caso de que su cocontratante deshonre el contenido obligacional a su cargo.

Al respecto, Fernando Hineirosa en su obra Tratado de las Obligaciones enseña que:

*“Como es bien sabido, en los denominados contratos “bilaterales”, o sea en los de prestaciones correlativas, cual ha habido oportunidad reiterada de indicarlo, frente al incumplimiento de uno de los contratantes, “el otro podrá pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios” tal la figura denominada usualmente “condición resolutoria implícita” en aquellos (art. 1546 c.c.); acción alternativa de la ejecución específica de la prestación fallida, y cuya prosperidad implica la restitución mutua de lo dado o ejecutado y, de plano, la extinción de las obligaciones surgidas del contrato cuya ejecución se encuentre pendiente.
Dicha figura se articula con la llamada exceptio non adimpleti contractus o non rite adimpleti contractus, esto es, de no*

*ejecución de la prestación o de su ejecución "imperfecta", prevenida por el artículo 1609 c.c.: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". De suerte que para la prosperidad de cualquiera de las acciones previstas en el art. 1546 c.c., es menester que el demandante haya satisfecho exactamente lo de su cargo o esté presto a hacerlo, o que, siendo exigibles las prestaciones de la contraparte, las suyas no lo sean aún"*⁶¹⁸

Sobre esta figura, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

"4. En tratándose de contratos bilaterales, el artículo 1546 del Código Civil consagra la condición resolutoria tácita, que consiste en la facultad a favor del contratante cumplido para pedir la resolución o el cumplimiento del pacto, en uno y otro caso, con indemnización de perjuicios, frente al extremo contrario del negocio que no respetó las obligaciones que adquirió.

Así lo tiene adoctrinado la Sala al señalar que:

En el ámbito de los contratos bilaterales y en cuanto toca con la facultad legal que, según los términos del artículo 1546 del Código Civil, en ellos va implícita de obtener la resolución por incumplimiento, hoy en día se tiene por verdad sabida que es requisito indispensable para su buen suceso en un caso determinado, la fidelidad a sus compromisos observada por quien ejercita esa facultad habida cuenta que, como lo ha señalado la Corte, el contenido literal de aquél precepto basta para poner de manifiesto que el contratante incumplido utilizando el sistema de la condición resolutoria tácita, no puede pretender liberarse de las obligaciones que contrajo.

Es preciso entender, entonces, que no hay lugar a resolución de este linaje en provecho de aquella de las partes que sin motivo también ha incurrido en falta y por lo tanto se encuentra en

⁶¹⁸ HINESTROSA FORERO, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia. 2007. Página 899.

situación de incumplimiento jurídicamente relevante, lo que equivale a afirmar que la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda culpa, habiendo cumplido rigurosamente con sus obligaciones, al paso que sea la otra quien no haya hecho lo propio, de donde se sigue que "...el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor..." (CSJ SC de 7 mar. 2000, rad. nº 5319).

Por ende, como regla general y en tratándose de compromisos que deben ejecutar las partes simultáneamente, es menester, para el buen suceso del reclamo del demandante, que este haya asumido una conducta acatadora de sus débitos, porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria prevista en el aludido precepto, en concordancia con la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus) regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo tenor ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Ahora, en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque ésta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada.

Así lo tiene señalado la Corte de antaño, al analizar la excepción de marras, en fallo que se transcribe en extenso porque fue el que sirvió de base al juez ad-quem para desestimar las pretensiones de los promotores en el sub judice:

(...) indispensable determinar con claridad y precisión la estructura y el mecanismo de ese medio de defensa: es suficiente que quien pide la resolución del contrato no haya cumplido ni allanándose a cumplir sus propias obligaciones en la forma

pactada, o se requiere que éstas o las del otro contratante guarden entre sí determinada relación, sin la cual la excepción no es procedente?

El punto es de suma trascendencia, porque si ambos contratantes incumplen y en tal evento ninguno puede lograr ni la resolución ni el cumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios, el contrato quedaría definitivamente estancado, perdiendo su exigibilidad las recíprocas obligaciones que ha generado.

Semejante solución, inaceptable desde todo punto de vista, hace caso omiso de la tradicional estructura que tiene la responsabilidad de cada uno de los contratantes, independientemente considerados, a más de que establece desacertadamente una especie de modo, no de extinción, pero sí de suspensión indefinida e insalvable de los efectos que naturalmente tienen las mutuas obligaciones.

(...)

El deudor demandando no está en mora si, por una parte, no ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor -salvo que la obligación sea a término o de ejecución exclusivamente dentro de cierto tiempo hábil-, o si, por otra parte, él ha dejado de cumplir con apoyo en que el acreedor demandante tampoco cumplió ni se allanó a hacerlo en la forma y tiempo debidos.

El aspecto unilateral de la mora, en lo que atañe a la resolución del contrato, no ofrece dificultades. Las ofrece el bilateral que plantea el artículo 1609, cuya correcta inteligencia es preciso fijar.

Según esta disposición, “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

Varias hipótesis pueden presentarse:

PRIMERA.- El demandante cumplió sus obligaciones. Es claro que no cabe aquí la excepción de contrato no cumplido.

SEGUNDA.- El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, PORQUE el demandado, que debía cumplir antes que él, no cumplió su obligación en el momento y la forma debidos, ni se allanó a hacerlo. En tal caso tampoco cabe proponer la excepción, pues de lo contrario fracasaría la acción resolutoria propuesta por quien, debido al incumplimiento previo de la otra parte, aspira legítimamente a quedar desobligado y a obtener indemnización de perjuicios.

TERCERA.- El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, y el demandado, que debía cumplir después de aquel según el contrato, tampoco ha cumplido ni se allana a hacerlo, PORQUE el demandante no lo hizo previamente como debía. En esta hipótesis sí puede el demandado proponer con éxito la excepción de contrato no cumplido.

CUARTA.- Demandante y demandado tenían que cumplir simultáneamente, es decir que sus mutuas obligaciones eran exigibles en un mismo momento, "dando y dando".

(...)

El texto del artículo 1609 no puede pues apreciarse en el sentido de que el contratante que no cumple fracasa siempre en su pretensión de que se resuelva el contrato. Si así se lo entendiera, sin distinguir las varias hipótesis que puedan presentarse, entonces sería forzoso concluir que la resolución del contrato bilateral, prevista en el artículo 1546, no tiene cabida en sinnúmero de eventos en que sí la tiene: todos aquellos en que el demandado tenía que cumplir sus obligaciones antes que el demandante, o que teniéndolas que cumplir al mismo tiempo que las de éste, sólo el demandante ofreció el pago en la forma y tiempo debidos, o ninguno lo ofreció simplemente porque ni uno ni el otro concurrieron a pagarse. El ejercicio de la acción resolutoria no se limita al caso de que el demandante haya cumplido ya e intente, en virtud de la resolución, repetir lo pagado; se extiende también a las hipótesis en que el actor no haya cumplido ni se allanó a cumplir porque a él ya se le incumplió y por este motivo legítimamente no quiere continuar con el contrato.

No es siempre necesario que el contratante que demanda la resolución con indemnización de perjuicios haya cumplido o se

allane a hacerlo. Puede negarse, en los casos ya explicados, a cumplir si todavía no lo ha hecho y no está dispuesto a hacerlo porque el demandado no le cumplió previa o simultáneamente. Por el contrario, el que pide el cumplimiento con indemnización de perjuicios sí tiene necesariamente que allanarse a cumplir él mismo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en aquel primer caso, en que el contrato va a DESAPARECER por virtud de la resolución impetrada, y con él las obligaciones que generó, en el segundo va a SOBREVIVIR con la plenitud de sus efectos, entre ellos la exigibilidad de las obligaciones del demandante, las que continuarán vivas y tendrán que ser cumplidas a cabalidad por éste. (CSJ SC de 29 nov. 1978, en igual sentido SC de 4 sep. 2000 rad. n° 5420, SC4420 de 2014, rad. n° 2006-00138, SC6906 de 2014, rad. n° 2001-00307-01, entre otras).

Así las cosas, el contratante que primero vulneró la alianza queda desprovisto de la acción resolutoria, mientras que su contendor sí la conserva a pesar de que también dejó de acatar una prestación, siempre que su actuar se encuentre justificado en su inexigibilidad por la previa omisión de aquel.

Igualmente, si la pretensión invocada no es la resolutoria sino la de cumplimiento del pacto, quien así lo demanda requiere haber honrado sus compromisos o haberse allanado a hacerlo, aun en el supuesto de que su contraparte no lo haya hecho previamente.

En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió, así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; mientras que si de demandar la consumación del pacto se trata, sólo podrá hacerlo el negociante puntual o que desplegó todos los actos para satisfacer sus débitos, con independencia de que el otro extremo del pacto haya atendido o no sus compromisos, aun en el supuesto de que estos fueran anteriores”⁶¹⁹.

Así pues resulta claro conforme a la jurisprudencia de la Alta Corporación

⁶¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del 20 de abril de 2018. Radicado No.: 11001-31-03-025-2004-00602-01 (SC1209-2018). M.P.: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

citada, que la condición resolutoria tácita tiene lugar cuando uno de los contratantes incumple, y el otro por su parte ha cumplido o se ha allanado a hacerlo.

Sobre esta misma cuestión el Consejo de Estado desde el año 1984 ha señalado que:

“Por eso, el artículo 1546 predica que la resolución la puede pedir el contratante que ha cumplido con su obligación, y exigir perjuicios. El que se encuentra en estado de incumplimiento, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia de Casación Civil, de 7 de diciembre de 1982, puede intentar la acción resolutoria, siempre y cuando el otro contratante también permanezca en idéntica situación, pero sin poder reclamar indemnización alguna.

El ejercicio del derecho alternativo que surge de un contrato bilateral, en cualesquiera de sus manifestaciones, cumplimiento o resolución, supone, para el que lo intenta, la atención o realización de las prestaciones que, en ese momento se deriven de la ejecución del negocio jurídico. Por eso el Código Civil consagra, en su artículo 1546, la condición resolutoria tácita, como factor de aniquilamiento del acto en que descubra que la tutela del interés del acreedor se ha quebrantado, siempre y cuando no existan causas extrañas que impidan la realización de ese interés o que, por parte del otro contratante no se ofrezca la realización de ese interés o que, por parte, del otro contratante no se ofrezca ningún hecho que afecte el cumplimiento del deber contractual.

De ahí que el artículo 1609, de manera particular enuncie que ningún contratante (de un contrato bilateral) se coloque en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla por su parte, o se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. La conservación de los derechos guarda estrecha relación con el cumplimiento de sus deberes. **Los caracteres del incumplimiento deben ser considerados en relación con los términos del contrato y con las obligaciones que se contraigan, por cuanto no siempre pueden reportar las mismas consecuencias. Aquellos compromisos insignificantes o intrascendentes, en el desarrollo de un negocio jurídico, no alcanzan a tener la misma connotación,**

que cuando se trata de aspectos obligacionales, de especial significación, que inciden en la ejecución del contrato, y por suerte, permiten su resolución"⁶²⁰.

En providencia mucho más reciente, esta misma Corporación ha señalado:

“En todas las disposiciones antes referidas la ley otorga la opción al contratante cumplido, en aquellos eventos en los cuales la otra parte de la relación contractual incurre en el incumplimiento de sus obligaciones, de solicitar la resolución del contrato con la respectiva indemnización de perjuicios, incluso aunque dicha alternativa no se encuentre expresamente estipulada en el acuerdo de voluntades, de suerte que por ministerio de la ley opera una condición resolutoria tácita, incorporada al contrato a pesar de que las partes no la hayan convenido; eso sí, también pueden los contratantes –como aconteció en el asunto sub examine– pactar expresamente la resolución del contrato cuando alguna de ellas incumpla sus obligaciones, evento en el cual se estará en presencia del denominado pacto comisorio, figura que se encuentra consagrada en los artículos 1935 y 1937 del Código Civil para el contrato de compraventa, sin perjuicio de que pueda convenirse en otras modalidades contractuales.

En el anterior orden de ideas, la condición resolutoria, ora la aplicable por disposición de ley, ora la pactada expresamente por las partes para el evento en el cual tiene lugar el incumplimiento de lo pactado –pues no siempre las condiciones que determinan la resolución del contrato van de la mano con la inobservancia de alguna de las obligaciones asumidas por las partes–, supone que el hecho futuro e incierto se realiza cuando una de las partes no cumple en absoluto la obligación contraída o la cumple apenas parcialmente o, encontrándose vinculada por varias obligaciones, observa una de ellas y deja de lado el deber de honrar alguna de las demás; en todo caso, cumplida la condición a la cual aquí se alude, esto es acaecido el hecho del incumplimiento, el contrato no pierde su eficacia, sino que surge para el contratista cumplido y respecto de quien su co-contratante ha insatisfecho alguna prestación contractual, el

⁶²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Antología Jurisprudencias y Conceptos (1817 – 2017). Sección Tercera Tomo IIIA. Página 607. 2019.

derecho de optar por uno de los dos referidos caminos que la ley o el pacto le otorgan y exigir el cumplimiento del contrato o pedir su resolución, en ambos casos, con la respectiva indemnización de perjuicios, pero para ello resulta necesario incoar la respectiva acción judicial.

Ello comporta que las condiciones resolutorias anudadas al incumplimiento de las obligaciones contractuales, ni la denominada tácita ni la convenida por las partes, operan ipso iure sino que se hace menester deprecuar su aplicación judicialmente, de suerte que aún ocurrido el incumplimiento, el contrato subsiste hasta tanto se profiera la correspondiente sentencia y, por lo mismo, hasta ese momento subsisten los actos de disposición realizados por las partes en ejecución del vínculo negocial; precisamente, dado que esta modalidad de condición resolutoria no opera de plano sino que resulta insoslayable acudir ante el juez del contrato para que declare la resolución del negocio jurídico, se ha señalado que en realidad el artículo 1546 del Código Civil no consagra una condición resolutoria tácita sino el derecho de resolución judicial del contrato.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha ocupado de examinar cuáles son los principales presupuestos que determinan la operatividad de la resolución judicial del contrato para indicar (i) que si bien en principio la condición resolutoria encuentra terreno abonado para su aplicación, en principio, en los contratos sinalagmáticos, ello no constituye óbice para que también pueda ser empleada en negocios jurídicos unilaterales; (ii) **que dicha resolución judicial del contrato presupone un incumplimiento culpable de sus obligaciones por alguna de las partes, para lo cual resulta necesario que la misma se encuentre en mora de satisfacer la prestación respectiva y (iii) que el demandante de la resolución del contrato debe haber cumplido cabalmente con las prestaciones contractuales a su cargo, de suerte que al co-contratante incumplido no le resulte jurídicamente viable invocar la exceptio non adimpleti contractus:**

"En los precisos términos del artículo 1546 del C. C., tan solo los contratos bilaterales o sinalagmáticos en los cuales existen obligaciones correlativas y entonces cada una de las partes es a la vez acreedora y deudora, serían susceptibles de extinguirse por

vía de la acción resolutoria, no obstante, por excepción, nada impide que la acción resolutoria opere para algunos contratos unilaterales, tal como lo admite la doctrina nacional y extranjera.

Otro de los presupuestos que se deducen del artículo 1546 del C. C, para que se configure la condición resolutoria del contrato y se abra paso a la resolución o extinción del negocio jurídico, es el incumplimiento culposo del contratante que ha dejado voluntariamente de cumplir sus obligaciones, pues no habría lugar a ella en los eventos en que el incumplimiento se derive del acaecimiento de circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito.

Sucede que el deudor tan solo se encuentra en situación de incumplimiento cuando ha retardado la satisfacción de sus obligaciones, una vez éstas se hayan hecho exigibles, esto es, cuando se encuentra constituido en mora, bien que se trate de una obligación pura y simple o sometida a plazo o condición. En el primer evento la obligación es exigible desde el momento mismo de su nacimiento, en el segundo, una vez vencido el plazo o cumplida la condición. Ocurridos estos eventos sin que el deudor satisfaga la obligación, el acreedor podrá a su arbitrio ejercer la acción para que el deudor acuda al cumplimiento de sus obligaciones o solicitar al juez la resolución del contrato.

(...)

También constituye presupuesto para la prosperidad de la acción resolutoria, que el actor esté libre de culpa, esto es, que no haya incurrido en incumplimiento de sus obligaciones, puesto que de lo contrario, estaría impedido para exigirle al deudor el cumplimiento de la obligación, toda vez que en virtud del principio según el cual, la mora purga la mora, consagrado en el artículo 1609 del Código Civil, al contratante demandado le asiste el derecho de proponer como medio de defensa la excepción de contrato no cumplido".

Pues bien, la resolución judicial del contrato, tanto con fundamento en lo preceptuado por el artículo 1546 del Código Civil, como con sustento en la aplicación de una específica estipulación negocial en la cual se haya pactado la correspondiente condición resolutoria, bien puede ser deprecada en relación con los contratos estatales a través del ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo

87 del Código Contencioso Administrativo –C.C.A.–, precepto que se caracteriza por la amplitud del objeto que puede constituir materia de los litigios que se promuevan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo mediante la utilización del mencionado cauce procesal, cuya estructura, contenido y alcances permiten que por intermedio suyo se formulen, de manera conjunta o autónoma, pretensiones anulatorias, declarativas, indemnizatorias, entre otras, como el propio tenor literal de la citada disposición, en su inciso primero, con claridad lo señala:

"Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas" (subrayas añadidas).

Por lo demás, así lo ha indicado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

"La resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, es aplicable a los contratos estatales con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil, y podrá hacerse efectiva por vía de la acción de controversias contractuales, toda vez que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo al consagrar la referida acción establece como finalidad de ésta: i) la declaratoria de existencia o nulidad del contrato con sus consecuenciales declaraciones, condenas o restituciones; ii) que se ordene su revisión; iii) que se declare su incumplimiento; iv) que se condene a la indemnización de perjuicios y v) que se hagan otras declaraciones y condenas. Quiere, decir, que la declaratoria judicial de resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes de la relación negocial, en virtud de la denominada condición resolutoria tácita, consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, puede enmarcarse, sin reparo alguno, dentro de esta última finalidad prevista por la ley para el ejercicio de la acción contractual" (subrayas en el texto

original))."⁶²¹

De la doctrina y jurisprudencia antes citada, resulta claro que la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del Código Civil debe ser entendida en estrecha o íntima relación con el artículo 1609 *ibidem*. De modo tal que solo podrá solicitar la resolución del negocio jurídico la parte que prueba estar en estado de cumplimiento de sus obligaciones. Además, que no cualquier clase de incumplimiento es idóneo para producir la resolución del contrato, pues solo aquel incumplimiento que se repute esencial o de especial significación permiten la resolución del negocio.

Sobre este último aspecto, esto es, la relevancia del incumplimiento resolutorio, la Sala de Casación Civil en sentencia del, precisó que:

"[p]ara no dejar en inexcusable olvido la tesis que en torno al alcance de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil expone el Tribunal Superior de Medellín en su sentencia, apenas sí tendría que decir la Corte que la doctrina universal, al determinar los requisitos que debe presentar el incumplimiento parcial para acarrear la resolución de un contrato, dice que ésta sólo procede en el caso de que el demandante "no tenga un interés apreciable en el cumplimiento parcial" (Dalmartello, Arturo: Risoluzione del contratto, Edición 1969, pág. 103).

En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del Juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra.

⁶²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de mayo de 2014. Radicado No.: 2500023-36-2001-02126-01 (28.397). C.P.: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

(...)

A su vez en la SC 18 dic. 2009, rad. 1996-09616, frente a una petición de resolución por incumplimiento de la compraventa de un establecimiento industrial y comercial, se llamó la atención a que

(...) la facultad de resolver los contratos por incumplimiento requiere la presencia de varios presupuestos o requisitos que, aunque no generan unanimidad en la doctrina, se han concretado tradicionalmente en la existencia de un contrato bilateral válido, el incumplimiento de uno de los contratantes y el cumplimiento o la Radicación n° 08001---0231 03 004 2017 00111 disposición a cumplir del otro. **Igualmente, se ha indicado que en la institución de que se trata resulta protagónica la figura del incumplimiento, como elemento estructural de esta causa de extinción de los contratos, pues, sobre la base del respeto al principio de normatividad de los negocios jurídicos, se establece una circunstancia excepcional que permite solicitar a la administración de justicia la aniquilación de la relación contractual, consistente en que uno de los contratantes determinados deberes de prestación-- deudor de ha incumplido o desatendido sus compromisos, y dicho incumplimiento es de tales características que puede dar lugar a que se adopte una solución del mencionado temperamento o rigor. Por lo anterior, cuando se alude al señalado requisito se lo denomina como incumplimiento resolutorio, por cuanto no toda separación del programa obligacional por parte del deudor habilita a su contraparte para ejercer la mencionada facultad enderezada a que se decrete la extinción del contrato.»**⁶²².

Sobre la especial significación del incumplimiento que puede dar lugar a la terminación del vínculo jurídico negocial, el tratadista Jorge Suescún Melo ha señalado que “si bien un criterio importante para rechazar la resolución es que la fracción cumplida de la obligación sea superior a la incumplida, debe el juez evaluar objetivamente las circunstancias tomando en consideración el interés del acreedor para determinar si dicho interés ha sido

⁶²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de junio de 2020. Radicado No.: 08001-31-03-004-2017-001111-02 (SC1690-2022). M.P.: Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

ya sustancialmente satisfecho, en cuyo caso no declarará la resolución, y le dejará al acreedor la única vía de pedir el cumplimiento en especie o por equivalencia de la parte residual insatisfecha”⁶²³.

En el caso concreto, se ha declarado el incumplimiento del Concesionario respecto de las pretensiones undécima (sistema de redundancia eléctrica), décima tercera (calibración de equipos y certificación metrológica), décima quinta (contramuestras), segunda subsidiaria de la vigésima primera principal (mantenimiento de pondajes), vigésima tercera (Celda VI), primera pretensión subsidiaria de la vigésima quinta (ASL), primera subsidiaria de la vigésima séptima (estabilización talud), y primera subsidiaria de la vigésima novena (vía principal), primera pretensión subsidiaria de la trigésima (señales verticales y horizontales), trigésima tercera (dique ambiental), primera pretensión subsidiaria de la cuadragésima primera principal (disposición maquinaria permanente), cuadragésima tercera (reemplazo maquinaria permanente), cuadragésima séptima (actividades de cierre, post-cierre y clausura), cuadragésima novena (provisión de recursos actividades de clausura y posclausura) y quincuagésima primera (suministro información sobre costos de operación).

Para determinar si alguno de los mentados incumplimientos tiene la vocación resolutoria que pretende la UAESP, se considera necesario contrastar dichos incumplimientos respecto del objeto contractual.

El objeto del Contrato es:

“CLAUSULA PRIMERA - OBJETO DEL CONTRATO: Por el presente

⁶²³ SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo I. Segunda Edición. Universidad de Los Andes. Página 53. 2005.

*contrato **EL CONCESIONARIO** asume por su cuenta y riesgo, mediante la modalidad de concesión, la Administración, Operación y Mantenimiento Integral del Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C- Colombia. en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados. con alternativas de aprovechamiento de los residuos que ingresen al RSDJ, provenientes del servicio ordinario de aseo".*

Según se aprecia, el objeto del Contrato básicamente consiste en la operación integral, a cuenta y riesgo del Concesionario, del RSDJ en sus componentes de (i) disposición final de residuos sólidos y (ii) de tratamiento de lixiviados.

Pues bien, vistos los incumplimientos en que ha incurrido el Concesionario, algunos de ellos guardan relación con el tratamiento de lixiviados y otros con la infraestructura del RSDJ, sin que ninguno de ellos pueda llegar a catalogarse como un incumplimiento esencial del Contrato de Concesión C – 344 de 2010, pues en ningún caso han impedido que se lleve a cabo la labor de tratamiento de lixiviados ni que se suspenda o interrumpa la operación del Relleno Sanitario Doña Juana ni que se suspenda la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá.

Más aún, el principio de conservación del derecho, y en particular de los contratos, lleva a considerar siempre como indeseable la aniquilación del vínculo contractual, lo cual es perfectamente aplicable al caso concreto en que se analiza la existencia o no de un incumplimiento resolutorio. En este sentido, el principio de conservación del contrato viene a influir la manera en que el juez debe valorar las circunstancias particulares del caso a fin de determinar si ha habido un incumplimiento contractual de tal gravedad que haga necesario resolver el vínculo negocial.

Sobre este principio, el Consejo de Estado en providencia del 11 de febrero de 2009, señaló:

"2.3.1.2. Conservación de los actos jurídicos

Como una aproximación a la noción y utilización del principio de conservación de las declaraciones de voluntad, se puede señalar la consideración de Savigny de que "las manifestaciones de voluntad dudosas deben interpretarse de manera que el negocio jurídico pueda mantenerse, y no de manera que pierda efecto". De acuerdo con Messineo, tal principio se constituye en "...un modo mediante el cual el ordenamiento jurídico viene en auxilio de las partes, supliendo la imperfecta manifestación de voluntad o salvando los efectos del contrato que utilitatis causa, deben escapar a las razones de invalidez, rescisión o de resolución""⁶²⁴.

Este principio de conservación además tiene sustento legal en la interpretación por efecto útil consagrada en el artículo 1620 del Código Civil⁶²⁵ en virtud del cual habrá de preferirse aquella interpretación de un contrato en virtud del cual este pueda producir algún efecto, respecto de aquella que no.

Así las cosas en atención a la prevalencia del interés general que envuelve todo contrato estatal, y considerando que a la fecha no existe un incumplimiento que haya devenido en esencial en tanto que, a pesar de los incumplimientos registrados, en momento alguno se ha interrumpido la prestación del servicio a cargo del Concesionario, pues no reposan en el plenario pruebas de que el Concesionario haya dejado de operar el RSDJ o que se haya dejado de prestar el servicio público de aseo, y a fin de

⁶²⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado No.: 25000-23-26-000-1996-02036-01 (16.100) A. C.P.: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁶²⁵ **ARTICULO 1620. <PREFERENCIA DEL SENTIDO QUE PRODUCE EFECTOS>**. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

salvaguardar el negocio celebrado por las Partes, el Tribunal desestimará las pretensiones duodécima, décima cuarta, décima sexta, vigésima segunda, vigésima cuarta, vigésima sexta, vigésima octava, trigésima, trigésima segunda y trigésima cuarta de la demanda de reconvención reformada.

Por lo demás, cabe mencionar que ya en otros apartados de este laudo arbitral se ha señalado que la UAESP incurrió en incumplimiento de la Ley y del Contrato, y que como consecuencia de ello, dichos incumplimientos serán así declarados en los numerales séptimo, octavo y noveno de la parte resolutive de esta providencia. Siendo así, el incumplimiento de la entidad Concedente enerva la pretensiones de resolución contractual, haciendo que prospere la excepción de contrato no cumplido para efectos de la controversia sobre la resolución contractual.

De igual forma se denegará la quincuagésima octava pretensión, pues no existe materia que liquidar por cuanto el Contrato se encuentra vigente y no se ordenará su terminación conforme a lo señalado en este capítulo y lo manifestado en relación con el plazo del Contrato.

16. LAS PRETENSIONES DE CARÁCTER INDEMNIZATORIO

Corresponde al Tribunal pronunciarse en relación con las pretensiones quincuagésima quinta y quincuagésima sexta. Las pretensiones que aquí se analizarán son del siguiente tenor:

“QUINCUAGÉSIMA QUINTA PRETENSIÓN: Como consecuencia de los incumplimientos declarados, condenar a CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP a pagar dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria del Laudo que ponga fin a la controversia la cláusula penal

pecuniaria contemplada en la CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA del Contrato 344 de 2010. Además, se ordene a indemnizar los daños y perjuicios que, en exceso de la penal, resulten probados y todas las sumas garanticen la compensación integral de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS por los probados incumplimientos de CGR DOÑA JUANA S.A. ESP."

"QUINCUAGÉSIMA SEXTA PRETENSIÓN: Que se disponga lo necesario en las declaraciones a que haya lugar y se establezcan las condenas que resulten procedentes para reparar integralmente el daño causado a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, bajo los criterios establecidos en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, incluyendo todas las partidas indemnizatorias que resulten probadas por los incumplimientos contractuales de CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP.

En el caso concreto, se ha declarado el incumplimiento del Concesionario respecto de las pretensiones undécima (sistema de redundancia eléctrica), décima tercera (calibración de equipos y certificación metrológica), décima quinta (contramuestras), segunda subsidiaria de la vigésima primera principal (mantenimiento de pondajes), vigésima tercera (Celda VI), primera pretensión subsidiaria de la vigésima quinta (ASL), primera subsidiaria de la vigésima séptima (estabilización talud), primera subsidiaria de la vigésima novena (vía principal), primera pretensión subsidiaria de la trigésima primera (señales verticales y horizontales), trigésima tercera (dique ambiental), primera pretensión subsidiaria de la cuadragésima primera principal (disposición maquinaria permanente), cuadragésima tercera (reemplazo maquinaria permanente), cuadragésima séptima (actividades de cierre, post-cierre y clausura), cuadragésima novena (provisión de recursos actividades de clausura y posclausura) y quincuagésima primera (suministro información sobre costos de operación).

De conformidad con el capítulo de "Juramento Estimatorio" del escrito de

demanda de reconvención reformada, respecto de los incumplimientos así declarados, la entidad Concedente únicamente solicitó la indemnización respecto del incumplimiento relativo a (i) la no realización del mantenimiento de todos los pondajes del RSDJ; (ii) no haber reemplazado la maquinaria a los ocho (8) años de operación; (iii) no haber dispuesto de los instrumentos de geotecnia en línea y la automatización del RSDJ; (iv) no haber realizado las actividades relativas a vías y señales; (v) la no estabilización del talud entre los postes 53 a 59 de la vía principal del RSDJ y (vi) provisión de recursos para actividades de clausura y posclausura⁶²⁶.

Cabe agregar, en cualquier caso, que el juramento estimatorio de la demanda de reconvención reformada fue oportunamente objetado por la reconvenida, de manera que no constituye prueba del monto de las indemnizaciones, compensaciones o frutos que persigue mediante sus pretensiones.

Por lo tanto, el Tribunal se centrará en estudiar únicamente lo relativo a la cláusula penal y los demás perjuicios que se hubiesen causado a la UAESP como consecuencia de los cuatro incumplimientos antes referidos a la luz de las pruebas que fueron oportunamente allegadas al expediente.

16.1. SOBRE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

La cláusula penal pecuniaria se encuentra definida en el Código Civil colombiano como *“aquella en que una persona, para asegurar el*

⁶²⁶ Se advierte que si bien la UAESP también incluyó en el juramento estimatorio lo relativo a la optimización del STL y el pago de la multa impuesta por la ANLA, las mismas no serán objeto de análisis en este apartado del laudo teniendo en cuenta que las pretensiones de declaratoria de incumplimiento, que servían de fundamento a la indemnización que se deprecia, fueron negadas por este Tribunal Arbitral.

cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”⁶²⁷.

La cláusula penal puede tener distintas funciones, pues bien puede ser puramente conminatoria como cuando se trata de la imposición de un apremio a fin de instar al contratista al cumplimiento de la prestación debida, o puede tener función sancionatoria, como cuando cumple el rol de estimar de manera anticipada los perjuicios sufridos a causa del incumplimiento del otro contratante. Sobre esta distinción, el Consejo de Estado ha señalado:

“Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista”⁶²⁸.

Sobre la cláusula penal en su función de tasación anticipada de perjuicios, la doctrina autorizada en cabeza de Fernando Hinestrosa ha señalado:

“Consiste en la estimación anticipada que hacen los contratantes de los perjuicios que el incumplimiento o la mora de cualquiera de ellos ha de ocasionar al otro (art. 1592 c.c.), aparte de su función complementaria de apremiar al deudor para el cumplimiento cabal de la obligación”⁶²⁹.

⁶²⁷ **ARTICULO 1592. <DEFINICIÓN DE CLAUSULA PENAL>**. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.

⁶²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Radicado No. 68001-23-15-000-1994-09826-01 (28.875). C.P.: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶²⁹ HINESTROSA FORERO, Fernando. Tratado de las Obligaciones II. Universidad Externado de Colombia. Página 1182. 2015.

Al ser una tasación anticipada de perjuicios, el principal efecto de la cláusula penal es que libera al deudor de probar la cuantía de los perjuicios sufridos, pues le bastará con probar el solo incumplimiento o la mora del deudor para que la cláusula penal surta sus efectos (art. 1599 C.C⁶³⁰). Ahora bien, sobre la pena y la indemnización de perjuicios, el Código Civil en su artículo 1602⁶³¹ dispuso que no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, sino solo una de ellas, a elección del acreedor, a menos que se haya pactado expresamente de esa manera.

En el caso concreto, las Partes pactaron la siguiente cláusula penal:

“CLAUSULA DECIMO NOVENA- CLAUSULA PENAL-. Si el Concesionario incumple en forma total o parcial el objeto del contrato o a las obligaciones emanadas del mismo. Pagará a la UAESP el valor correspondiente al diez por ciento (10%) del valor estimado del contrato, como estimación anticipada de perjuicios.

Lo anterior, sin perjuicio de la declaratoria de caducidad del contrato y de la imposición de multas.

EL CONCESIONARIO autoriza a la ***UAESP*** para hacer efectivo el valor de la cláusula penal, con cargo a cuentas a su favor o a la garantía única.

La pena de que trata esta cláusula se hará efectiva en los casos de declaratoria de caducidad o incumplimiento del contrato, como pago anticipado y parcial de los perjuicios que se causen a la UAESP. Con todo, la entidad contratante podrá instaurar las acciones pertinentes para obtener el resarcimiento de aquellos

⁶³⁰ **ARTICULO 1599. <EXIGIBILIDAD DE LA PENA>**. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.

⁶³¹ **ARTICULO 1600. <PENAL E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS>**. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.

perjuicios realmente sufridos y no compensados por esta sanción." (negrita y subrayado fuera de texto).

De la cláusula pactada por las Partes vale la pena resaltar lo siguiente: (i) fue pactada como una estimación anticipada de perjuicios; (ii) se fijó como monto de la pena el equivalente al 10% del valor estimado del Contrato; (iii) no se limitó la posibilidad de la UAESP de "*obtener el resarcimiento de aquellos perjuicios realmente sufridos y no compensados por esta sanción*".

Así las cosas, lo primero que debe indicar el Tribunal es que el valor de la cláusula penal corresponde en este caso a la suma de **veintidós mil novecientos setenta y cuatro millones doscientos nueve mil novecientos sesenta y cuarenta pesos con siete centavos m/cte (\$22.974.209.974,7)** que corresponde al 10% del valor estimado del Contrato fijado en la cláusula octava del mismo.

La UAESP alegó que este valor debía ser actualizado al valor actual de ejecución contractual, sin embargo, este argumento no será de recibo en tanto que las Partes determinaron de forma clara y categórica que el valor de la pena sería un valor determinado equivalente al 10% del valor estimado y el valor estimado por las Partes fue de doscientos veintinueve mil setecientos cuarenta y dos millones noventa y nueve mil seiscientos cuarenta y siete pesos m/cte (\$229.742.099.647). Esa fue la común intención de las Partes, por lo que habrá de estarse a lo que fue acordado por ellas.

Dicho esto, sobre el valor de la cláusula penal, es importante señalar que en el laudo arbitral del año 2018 se condenó al Concesionario a pagar en favor de la UAESP, a título de cláusula penal, la suma de dos mil ciento setenta y dos millones trescientos cincuenta y cuatro mil novecientos setenta y seis

pesos m/cte (\$2.172.354.976), por lo que el saldo restante a la fecha de la cláusula penal es de **veinte mil ochocientos un millones ochocientos cincuenta y cuatro mil novecientos noventa y ocho pesos con setenta centavos m/cte (\$20.801.854.998,70).**

Por lo tanto debe el Tribunal efectuar el análisis respecto de los perjuicios alegados por la UAESP para determinar su existencia, extensión y cuantía a fin de establecer los reconocimientos económicos a efectuar en favor de dicha entidad.

16.1.1. PERJUICIOS SUFRIDOS POR LA UAESP COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO POR LA NO REALIZACIÓN DEL MANTENIMIENTO DE TODOS LOS PONDAJES DEL RSDJ

En relación con el incumplimiento por la no realización de los mantenimientos anuales de los pondaes el Tribunal concluyó que (i) el Concesionario suscribió el Plan de Cumplimiento; (ii) que dicho Plan no fue cumplido; (iii) que los únicos mantenimientos reportados y probados para los periodos 2018 – 2019 y 2019 – 2020 por el Concesionario fueron los efectuados a los pondaes 7⁶³², secador de lodos⁶³³, pondaes II-1⁶³⁴ y pondaes II-2⁶³⁵; (iv) que no se probó haber completado más mantenimientos a los demás pondaes y (v) que las causas que originaron los retrasos del

⁶³² Cuyo mantenimiento fue probado a través de comunicación del 4 de mayo de 2020 (UTIDJ-202005660), así como reconocido de forma expresa por la UAESP en el hecho 134 de la demanda de reconvención reformada.

⁶³³ Cuyo mantenimiento fue probado a través de comunicación del 4 de mayo de 2020 (UTIDJ-202005660), así como reconocido de forma expresa por la UAESP en el hecho 134 de la demanda de reconvención reformada.

⁶³⁴ Cuyo mantenimiento fue reconocido por la UAESP expresamente en los hechos 135 y siguientes de la demanda de reconvención reformada.

⁶³⁵ Cuyo mantenimiento fue probado a través de comunicación del 4 de mayo de 2020 (UTIDJ-202005660).

Concesionario no son justificables pues la supuesta imposibilidad técnica corresponde a circunstancias que debieron haber sido previstas por el Concesionario al momento de presentar su oferta y de celebrar el Contrato y que (vi) la supuesta ineficiencia de la realización del mantenimiento anual no era circunstancia que enervara el incumplimiento de la obligación.

En este sentido, de los pondajes del RSDJ quedó probado que el Concesionario incumplió la obligación de mantener aquellos pondajes que conforme al Contrato debían ser objeto de mantenimiento al menos una (1) vez al año.

Sobre el costo del mantenimiento anual de los pondajes del RSDJ, el dictamen pericial técnico elaborado por ACODAL señala que el costo por año es de tres mil diez millones cuatrocientos treinta y ocho mil seiscientos setenta y dos pesos m/cte (\$3.010.438.672). Para llegar a esta suma, el perito técnico parte del documento denominado “Modelo Modificación CTL – RSDJ” que dice contener “los costos estimados por el Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P. para el mantenimiento de los pondajes”.

Este documento relaciona los “costos anuales de mantenimiento de pondajes por año” incluyendo el pondaje 7, pondaje secador de lodos, pondaje 2 – antiguo, pondaje 2-1, pondaje 2-2, pondaje 2-3, pondaje 2-4, pondaje oriental PTL y pondaje occidental PTL, totalizando un valor de costo anual de mantenimiento de dos mil novecientos cincuenta y cinco millones novecientos ochenta y un mil ciento noventa y seis pesos (\$2.955.981.196).

En el dictamen se lee lo siguiente⁶³⁶:

De la anterior tabla se puede deducir que los costos necesarios para la realización de los mantenimientos de los pondajes del RSDJ en la actividad de cambio de los elementos que se requieran para el buen funcionamiento asciende a **DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS PESOS (\$2,955,981,196) M/CTE** por año.

La suma anterior se discrimina como sigue:

COSTOS ANUALES DE MANTENIMIENTO DE PONDAJES	VALOR POR AÑO
<i>Pondaje 7</i>	
Remoción de lodos - Servicio de Vactor	\$95,353,000
Reparación de geomembrana - Termisellado	\$163,925,544
<i>Secador de lodos</i>	
Remoción de lodos - Servicio de Vactor	\$87,500,400
Reparación de geomembrana - Termisellado	\$390,822,486
<i>Pondaje 2-Antiguo</i>	
Remoción de lodos - Servicio de Vactor	\$23,221,260
Reparación de geomembrana - Termisellado	\$125,942,796
<i>Pondaje 2-1</i>	
Remoción de lodos - Servicio de Vactor	\$464,761,740

⁶³⁶ Dictamen pericial técnico aportado por la UAESP, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace:
https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB27M0Orkwn3t_Y3jJMS44Xa/Pruebas/181.%20Dictamen%20convocada?dl=0&preview=181.+Dictamen+agrupado+convocada.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

COSTOS ANUALES DE MANTENIMIENTO DE PONDAJES	VALOR POR AÑO
Reparación de geomembrana - Termisellado	\$316,522,900
<i>Pondaje 2-2</i>	
Remoción de lodos - Servicio de Vactor	\$97,820,960
Reparación de geomembrana - Termisellado	\$271,543,330
<i>Pondaje 2-3</i>	
Remoción de lodos - Servicio de Vactor	\$94,006,840
Reparación de geomembrana - Termisellado	\$266,545,600
<i>Pondaje 2-4</i>	
Remoción de lodos - Servicio de Vactor	\$81,779,220
Reparación de geomembrana - Termisellado	\$269,877,420
<i>Pondaje Oriental PTL</i>	
Remoción de lodos - Servicio de Vactor	\$44,872,000
COSTOS ANUALES DE MANTENIMIENTO DE PONDAJES	VALOR POR AÑO
Reparación de geomembrana - Termisellado	\$58,306,850
<i>Pondaje Occidental PTL</i>	
Remoción de lodos - Servicio de Vactor	\$44,872,000
Reparación de geomembrana - Termisellado	\$58,306,850
TOTAL, COSTOS ANUALES MANTENIMIENTO	\$2,955,981,196

Fuente: Documento "Modelo Modificación CTL – RSDJ"

Adicional a lo anterior, el perito técnico señaló lo siguiente⁶³⁷:

En la misma hoja “Optimización STL Fase 1 Línea Lodos” del documento “Modelo Modificación CTL – RSDJ”, el Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E. S.P. incluyó un ítem denominado “Reparación equipos actuales”, estos costos si se verían afectados por la condición del numeral 3.2.2.3 de la resolución 843 de 2018 de la CRA respecto a *“en el sentido de aprobar todos los costos incorporados en el modelo por el valor solicitado, exceptuando del cálculo de cada costo el rubro denominado “Beneficio Proveedor” en los eventos en los que fue incluido en el modelo, en razón a que ninguna parte de la solicitud o de los soportes que la acompañan, dan cuenta del origen o destino de este rubro”*, así las cosas los precios para estos rubros pueden observarse en la tabla No. 9 a continuación:

(...)

Por lo anterior para esta actividad, el Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E. S.P. incluyó dentro de sus costos para la actividad de mantenimiento de equipos y accesorios un valor total que ascendería a **MIL OCHENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$1,089,149,525) M/CTE** en todo el periodo de operación, lo cual arrojaría un valor de **CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$54.457.476) M/CTE** por año.

Así las cosas, el costo por año previsto por el Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E. S.P. para la realización de la totalidad de mantenimientos de los pondajes del RSDJ es de, aproximadamente, **TRES MIL DIEZ MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$3,010,438,672) M/CTE** por año.

Por su parte, en el dictamen pericial técnico de contradicción a cargo de la perito Martha Liliana Ramírez Monsalve, se atacó la estimación hecha por ACODAL aduciendo errores en la metodología empleada y algunos errores de cálculo. En particular se reprochó el hecho de haber tomado los costos de referencia CTL presentados por el Concesionario para la expedición de

⁶³⁷ Dictamen pericial técnico aportado por la UAESP, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace:
https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjvpr/AAB27M0OrkwN3t_Y3jJMS44Xa/Pruebas/181.%20Dictamen%20convocada?dl=0&preview=181.+Dictamen+agrupado+convocada.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

la Resolución CRA 843 de 2018, particularmente porque dicho CTL no incluía un rubro o monto específico para mantenimiento de pondajes. En efecto, señaló la perito de contradicción que:

“En conclusión la aprobación de la modificación del costo de referencia CTL los costos de referencia CTL, no corresponden a la aprobación de valores específicos o puntales, sino a la aprobación de un modelo o ecuación que al ser alimentado con los valores de las variables independientes, arrojaría el valor del CTL, la cual arroja a precios de diciembre de 2018 un valor de 15.190.86 pesos y lo cual indica que el porcentaje aprobado por la CRA para diciembre de 2018 es de un 67% sobre el total solicitado en la solicitud de modificación de costos económicos de referencia. Por lo tanto, no es preciso concluir que la CRA aprobó todos los costos solicitados por CGR exceptuando los costos asociados al rubro beneficio proveedor presentado en el documento MODELO MODIFICACIÓN CTL – RSDJ, ya que estos costos fueron un soporte de los valores correspondientes a la inversión, operación y mantenimiento que requiere el relleno sanitario Doña Juana con sus características y exigencias ambientales particulares a nivel nacional. por el contrario, como ya se ha mencionado, la CRA modificó el modelo adaptando los costos de referencia específicamente para el RSDJ **y finalmente con la aplicación del modelo y la fórmula para el CTL no es posible discriminar los rubros incluidos en el modelo y que valor fue asignado a cada rubro o actividad”**⁶³⁸.

Pues bien, visto lo anterior, para el Tribunal los argumentos de contradicción expresados no son suficientes para desvirtuar la estimación de costos de mantenimiento anual expresados por ACODAL en tanto que, como bien se señaló, los costos de referencia de los mantenimiento son tomados con base en las propias estimaciones de CGR.

⁶³⁸ Dictamen pericial técnico de contradicción aportado por CGR, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.dropbox.com/sh/cwz2kwzjewpjypr/AAD73ox70zGNYKminM0Mjz6ra/Pruebas/259.%20Dictamen%20contrad%20DJ?dl=0&preview=Dictamen.pdf&subfolder_nav_tracking=1.

Así las cosas, el Tribunal tendrá los valores señalados por la UAESP como costo de mantenimiento anual de pondajes de tres mil diez millones cuatrocientos treinta y ocho mil seiscientos setenta y dos pesos m/cte (\$3.010.438.672) será la base para la estimación de la cuantía del perjuicio a efectos de la aplicación de la cláusula penal pecuniaria y su ponderación en consideración a la magnitud del incumplimiento. En este orden de ideas, comoquiera que el incumplimiento alegado y probado por la demandante en reconvención se contrae a los mantenimientos de los años 2019 y 2020 tomará el anterior valor para cada uno de dichos años, para llegar a un monto de **seis mil veinte millones ochocientos setenta y siete mil trescientos cuarenta y cuatro pesos m/cte (\$6.020.877.344)** de los cuales se descontará lo correspondiente al mantenimiento de un año de los pondajes 7, secador de lodos, pondaje II-1 y pondaje II-2:

Pondaje	Costo total mantenimiento anual
Pondaje 7	\$259.278.544
Pondaje secador de lodos	\$478.322.886
Pondaje II-1	\$781.284.640
Pondaje II-2	\$369.364.290
Total \$1.888.250.360	

Por lo tanto, el Tribunal condenará al Concesionario a pagar en favor de la UAESP la suma de **cuatro mil ciento treinta y dos millones seiscientos veintiséis mil novecientos ochenta y cuatro pesos m/cte (\$4.132.626.984)** correspondientes a la aplicación de la cláusula penal pecuniaria como estimación de los perjuicios derivados del valor del mantenimiento de los pondajes dejados de mantener durante los años 2019 y 2020.

16.1.2. PERJUICIOS SUFRIDOS POR LA UAESP COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO POR NO HABER REEMPLAZADO LA MAQUINARIA A LOS OCHO (8) AÑOS DE OPERACIÓN; NO HABER DISPUESTO DE LOS INSTRUMENTOS DE GEOTECNIA EN LÍNEA Y LA AUTOMATIZACIÓN DEL RSDJ; NO HABER REALIZADO LAS ACTIVIDADES RELATIVAS A VÍAS Y SEÑALES; LA NO CULMINACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE ESTABILIZACIÓN DEL TALUD ENTRE LOS POSTES 53 A 59 DE LA VÍA PRINCIPAL DEL RSDJ; Y NO HABER REALIZADO LA PROVISIÓN DE RECURSOS PARA ACTIVIDADES DE CLAUSURA Y POSCLAUSURA

El Tribunal advierte desde ahora que no concederá indemnización alguna en favor de la UAESP ni a título de cláusula penal ni a ningún otro concepto, en tanto que los supuestos perjuicios que aquí se analizarán carecen de los requisitos mínimos para ser considerados resarcibles.

En efecto la responsabilidad contractual se edifica sobre la base de un incumplimiento, un daño y un nexo de causalidad entre uno y otro. Se tiene por sabido, que los daños (o de forma más concreta, los perjuicios) para ser considerados resarcibles deben tener carácter personal y cierto. Sobre este particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que:

“Desde antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, la ley civil y la jurisprudencia de la Sala -con base en la doctrina extranjera- señalaba y estudiaba, respectivamente, que el perjuicio debía tener las siguientes características: Que sea cierto, es decir, que haya lesionado un derecho del perjudicado (presente o futuro cierto). Que sea particular, es decir, a la persona que solicita reparación. Que sea anormal, porque excede los inconvenientes inherentes al funcionamiento del Estado. Que verse sobre una situación jurídicamente protegida.

Por regla general el perjuicio con sus cualidades, como cualquier otro hecho procesal, es materia de prueba. La Ley establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen (C. de P. C., art. 177). En consecuencia, quien pretende judicialmente la reparación de un daño, debe probarlo toda vez que este elemento, como quedó explicado, es presupuesto indispensable de la obligación de indemnizar”⁶³⁹.

Así las cosas, resulta claro que el sólo incumplimiento no es elemento suficiente para que se abra paso la obligación de indemnizar, antes bien, se requiere además de la prueba del daño y del carácter cierto del perjuicio. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha aceptado que el perjuicio cierto (bien sea este actual o futuro) es aquel que se opone al eventual o hipotético.

En relación con el carácter cierto del daño, el tratadista Juan Carlos Henao ha señalado:

“De entrada se puede, entonces, comprobar que en ambos países [hace referencia a Francia y Colombia] existe la regla según la cual el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. Eventualidad y certeza se convierten en términos opuestos desde un punto de vista de lógico, pues el perjuicio es calificado de eventual -sin derecho a indemnización-, o de cierto – con lo cual surge entonces la posibilidad de derecho a indemnización- pero jamás puede recibir las dos calificaciones.

(...)

Para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente

⁶³⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sentencia del 8 de febrero de 2001. Radicado No.: 20001-23-31-000-1995-02313 (Exp. 12848). C.P.: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

ya se produjo, bien sea probando que, como lo enuncia una fórmula bastante utilizada en el derecho colombiano, el perjuicio “aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual”. Pero debemos subrayar que no debe confundirse perjuicio futuro con perjuicio eventual e hipotético, puesto que aquél es indemnizable, siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará”⁶⁴⁰.

Sobre este mismo aspecto la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló:

“5.2.- Es importante resaltar, que por daño ha de entenderse la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Daño que deberá ser personal, cierto y directo, tal y como lo explica Mazeaud:

“Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido» [...]”.

5.3.- Así, los elementos constitutivos del daño son: (1) **la certeza del daño**; (2) **el carácter personal**, y (3) **directo**. **El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual. Al efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio:**

“[...] tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o

⁶⁴⁰ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El Daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia. 2007. Página 130.

conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia".

De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio"⁶⁴¹.

Ahora bien, cabe señalar, que es a la parte actora -quien solicita la indemnización-, a quien incumbe la carga de la prueba del perjuicio (art. 177 del C.G.P.); así además lo ha reconocido la Sección Tercera del Consejo de Estado:

"Así pues, para que surja la obligación de reparación como consecuencia del incumplimiento de un contrato, resulta necesario acreditar en el proceso la existencia de los perjuicios que dicho incumplimiento ocasionó, como serían, por ejemplo, los mayores costos que debió soportar el contratista por concepto de gastos de administración, disponibilidad de maquinaria y equipo, jornales del personal, entre otros, pues si bien es cierto que es tarea del juez la estimación de los perjuicios alegados por el acreedor, también lo es que para ello requiere de su prueba y cuantificación, carga que incumbe al acreedor insatisfecho que debe acreditarlos plenamente, de conformidad con los dictados del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil"⁶⁴².

Pues bien, en el caso concreto, este Tribunal encuentra que con relación al incumplimiento del Concesionario por no haber reemplazado la maquinaria a los ocho (8) años de operación; no haber dispuesto de los instrumentos de geotecnia en línea y la automatización del RSDJ; no haber realizado las

⁶⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 5 de julio de 2018. Radicado No.: 08001-23-31-000-2000-02568-01 (43.212). C.P.: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶⁴² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sentencia del 25 de febrero de 2009. Radicado No.: 25000-23-26-000-1992-07929-01 (Exp. 16103). C.P.: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

actividades relativas a vías y señales; la no culminación de las actividades de estabilización del talud entre los postes 53 a 59 de la vía principal del RSDJ; y no haber realizado la provisión de recursos para actividades de clausura y posclausura, si bien la entidad Concedente en su dictamen pericial técnico presentó una serie de cálculos y estimaciones económicas sobre los valores dejados de las prestaciones no ejecutadas por el Concesionario constitutivos del supuesto perjuicio, resulta ser lo cierto, que al margen de dichas cuantificaciones, la UAESP no logró demostrar un verdadero desmedro o menoscabo patrimonial derivado del incumplimiento imputable al Concesionario.

En efecto, la UAESP no logró acreditar el carácter cierto de los perjuicios reclamados bajo los conceptos antes señalados. Téngase en cuenta que la Concedente no ha demostrado que su patrimonio se haya visto afectado o menoscabo por el hecho del incumplimiento de CGR Doña Juana. El dictamen pericial técnico de ACODAL parte de la cuantificación de los perjuicios sin explicar cómo o por qué el patrimonio de la UAESP se ha visto menoscabado.

Ahora bien, en cuanto a un eventual daño futuro, es claro que los perjuicios reclamados tampoco tienen hoy ese carácter en tanto que siguen siendo meramente hipotéticos o eventuales, en tanto que, será al momento de la liquidación del Contrato que se deberá determinar la inejecución, ejecución tardía o defectuosa con carácter cierto y definitiva de las obligaciones que a la fecha se han declarado incumplidas.

En efecto, la cuantificación sobre el perjuicio irrogado a la UAESP con relación al reemplazo la maquinaria a los ocho (8) años de operación; no

haber dispuesto de los instrumentos de geotecnia en línea y la automatización del RSDJ; no haber realizado las actividades relativas a vías y señales; la no culminación de las actividades de estabilización del talud entre los postes 53 a 59 de la vía principal del RSDJ; y no haber realizado la provisión de recursos para actividades de clausura y posclausura, sólo se podrá determinar a ciencia cierta en el momento de la liquidación del contrato.

Será pues al momento de la terminación del Contrato y su liquidación que se podrá saber verdaderamente si el Concesionario incumplió de manera definitiva sus obligaciones por no haberlas ejecutado durante el plazo, haberlas ejecutado de forma tardía o haberlas ejecutado de manera imperfecta.

En el entretanto, el hecho de que no sea posible cuantificar un perjuicio en este momento (por no tener carácter cierto sino eventual o hipotético), en nada impide a la UAESP de ejercer los instrumentos conminatorios que le brinda el Contrato (declaratoria de incumplimiento para la multas para apremiar a CGR a que cumpla, amparadas por las garantías de cumplimiento, etc.), si se dan las condiciones para ello.

Por tal razón, al no haber acreditado la UAESP la existencia de un perjuicio actual y cierto, y por haberse demostrado su condición puramente hipotético o eventual, el Tribunal se abstendrá de impartir condena alguna en contra del Concesionario respecto del incumplimiento de las obligaciones de reemplazo la maquinaria a los ocho (8) años de operación; no haber dispuesto de los instrumentos de geotecnia en línea y la automatización del RSDJ; no haber realizado las actividades relativas a vías

y señales; la no culminación de las actividades de estabilización del talud entre los postes 53 a 59 de la vía principal del RSDJ; y no haber realizado la provisión de recursos para actividades de clausura y posclausura.

Conforme a lo anterior, el Tribunal procederá a condenar a CGR en favor de la UAESP en la suma de **cuatro mil ciento treinta y dos millones seiscientos veintiséis mil novecientos ochenta y cuatro pesos m/cte (\$4.132.626.984)** correspondientes al valor del mantenimiento de los pondajes dejados de mantener durante los años 2019 y 2020, según lo dicho en la sección 10.a de este laudo. La suma antes señalada se imputará a título de cláusula penal.

Por lo anterior, este Panel Arbitral declarará la prosperidad parcial de la pretensión quincuagésima quinta, y al no haber más medidas pecuniarias por adoptar, desestimará la pretensión quincuagésima sexta.

17. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA EN RELACIÓN CON LA DECLARATORIA QUE EL ACTA 01 DE 2014, CELEBRADA POR LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS Y CGR DOÑA JUANA S.A. -ESP, NO ES CONSTITUTIVA DE UNA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL Y POR TANTO NO ES GENERADORA DE DERECHOS NI OBLIGACIONES, DADO SU CARÁCTER PROVISIONAL.

En este punto, corresponde al Tribunal resolver las siguientes pretensiones formuladas por la UAESP en la demanda de reconvención reformada, contenidas en la Quincuagésima novena pretensión y sus tres (3) subsidiarias, así:

“QUINCUAGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN: Declarar que el Acta 01

de 2014, celebrada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS y CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP, no es constitutiva de una modificación contractual y por tanto no es generadora de derechos ni obligaciones, dado su carácter provisional.”

“PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA NOVENA PRINCIPAL: Declarar que el Acta 01 de 2014, celebrada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS y CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP, es un acuerdo contractual provisional que estipuló una condición resolutoria asociada a la clarificación ante las autoridades ambientales y la obtención de los respectivos cambios normativos en la materia.”

“SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA NOVENA PRINCIPAL: Declarar que el Acta 01 de 2014, celebrada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS y CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP, es un acuerdo contractual provisional hasta que la UAESP definiera una solución definitiva para la autorización de descargue, separación, traslado del material de rechazo (RSO) y acopio transitorio de los residuos de construcción y demolición – RCD que están mezclados y provienen de los puntos críticos y/o de arrojo clandestino de la ciudad de Bogotá, que ingresan o se encuentran en el Patio de Mixtos del Relleno Sanitario Doña Juana.”

“TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINCUAGÉSIMA NOVENA PRINCIPAL: Declarar la nulidad absoluta del Acta 01 de 2014, celebrada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS y CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP, por ser contraria a las normas y principios imperativos de contratación estatal.”

18. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

18.1. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA DE LA UAESP

La UAESP fundamenta este grupo de pretensiones en los hechos 342 a 371 de la Demanda de Reconvención reformada. Previo al inicio del recuento

fáctico, pone de presente el objeto del contrato determinado en la cláusula segunda, señalando con especial énfasis la mención al desarrollo de la operación con *alternativas de aprovechamiento de los residuos sólidos*; y el numeral 1 sobre el *proyecto de aprovechamiento* de la cláusula tercera que establece la obligación para el Concesionario de desarrollar los mecanismos de aprovechamiento que considere técnica y económicamente viables en unas especiales condiciones pactadas en la cláusula.

Refiere que CGR Doña Juana a través de comunicación CGR-DJ-235-11 solicitó a la UAESP autorización para realizar en el mes de marzo de 2011 una prueba piloto para un proyecto de aprovechamiento de los denominados residuos mixtos, para ser utilizados en la conformación de vías internas del relleno. Aduce que fruto de la viabilidad técnica que CGR le dio a ese producto para la conformación de vías, el operador presentó a la UAESP una propuesta como alternativa de cumplimiento a la obligación contractual a su cargo y se procedió a modificar el Anexo Técnico (Resolución 724 de 2010) mediante la Resoluciones 672 y 764 de 2011 “*con las que se contempló el aprovechamiento de escombros mezclados con los residuos sólidos ordinarios separando estos últimos y aprovechando los mencionados escombros*”.

Menciona que el 7 de septiembre de 2012, la Corporación Autónoma Regional - CAR realizó visita al relleno, conceptuando que la disposición de residuos mixtos estaba prohibida bajo la regulación ambiental requiriéndose permiso previo ante la autoridad ambiental. Igualmente refiere que el 20 de septiembre de 2012 esa autoridad envió oficio a la UAESP, en donde advierte que los escombros deberán ser dispuestos en escombreras

autorizadas por la Alcaldía Mayor.

Así mismo, refiere que el 8 de octubre de 2012, la interventoría mediante radicado 20121118400 dirigido a la CAR, informó que el ingreso de escombros no estaba autorizado al RSDJ, precisando que el único material autorizado es el mixto (escombros mezclados con residuos sólidos) que son *“aprovechados por el operador en aras de dar cumplimiento a lo establecido en el contrato de Concesión 344 de 2010”*.

Indica que la CAR a través de la Resolución 039 de 2013 impone medida preventiva de suspensión inmediata de las actividades de disposición de escombros en el RSDJ; a su vez, señala que la UAESP presentó a la CAR mediante radicado 20137010984951, solicitud de revocatoria directa parcial y levantamiento de la medida preventiva contenida en la Resolución 039 de 2013. Menciona que el 18 de junio de 2014 se expidió la Resolución CAR 1351 que modificó la licencia ambiental del relleno incluyendo la zona de Optimización Fase II.

Seguidamente la UAESP señala que las partes suscribieron en el año 2014 un documento denominado Acta de Acuerdo No. 1 de 2014, que *“de manera clara y meridiana precisó su carácter provisional, supeditó la definición del pago a una tarifa que no se estableció en el documento y además estableció como condición para el desarrollo de éste la viabilidad del proyecto de aprovechamiento del material de residuos de construcción y demolición que se hayan separado en el Relleno Sanitario Doña Juana, siendo necesario que se incluyera en la licencia ambiental.”*

Manifiesta que la UAESP presentó a la CAR una propuesta para realizar de

forma temporal la actividad de separación y clasificación de residuos provenientes de puntos críticos y/o arrojos clandestinos.

Anota la parte actora en reconvención que con radicado UAESP 20141000149391 del 20 de noviembre de 2014, la UAESP presentó a la autoridad ambiental, CAR, una propuesta para realizar de forma temporal la actividad de separación y clasificación de residuos provenientes de puntos críticos y/o arrojito clandestino.

Aduce que el 30 de marzo de 2015, la UAESP presentó a CGR Doña Juana propuesta para celebrar la Modificación No. 5 al Contrato de Concesión 344 de 2010, sin haber obtenido respuesta por escrito; sin embargo, refiere que verbalmente el representante legal del concesionario manifestó no celebrar la adición mencionada. Transcribe enseguida el aparte de la propuesta que modificaba el objeto del contrato y adicionaba a la cláusula primera lo concerniente a residuos mixtos.

Advierte que el Acta 1 de 2014 no puede tener la virtud de ser un documento contractual eficaz y de considerarlo así, el mismo podría resultar en alguna de dos figuras jurídicas abiertamente ilegales: “**(i)** una modificación del objeto del contrato, frente a lo cual es pacífica la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la inmutabilidad del objeto del contrato estatal, por tanto, abiertamente ilegal; **(ii)** una modificación del contrato 344 de 2010 que no está contemplado en su objeto”. Manifiesta así mismo que “la recepción, pesaje, separación, cargue, transporte y disposición final de los denominados residuos mixtos no estaba contemplado en el objeto del contrato. Tanto es así que, en la propuesta técnica presentada por CGR durante la Licitación no incluyó un proyecto

de aprovechamiento de residuos mixtos, sino dos proyectos de aprovechamiento de residuos, uno de orgánicos y otro de inorgánicos provenientes de Zonas industriales y comerciales."

Añade que la CAR, a través de la Resolución 2155 del 3 de octubre de 2015 impuso una multa a la UAESP por valor de \$462.289.881 pesos por la disposición de escombros en el polígono licenciado. Posterior a ello, el Concesionario presentó una propuesta a la CAR para el ingreso de RCDs limpios para la adecuación de vías temporales del Relleno, la cual había sido previamente revisada por la interventoría quien había incluso realizado observaciones al respecto.

Indica que posterior a ello, la CAR acompaña la realización de una prueba piloto de producción y aprovechamiento de agregado reciclado a partir de los residuos mixtos acopiados desde 2014 y aquellos que ingresan diariamente al Relleno para el mejoramiento de vías internas y temporales; narra que, tras la presentación de los informes de la prueba piloto por parte de CGR, la CAR autorizó una segunda fase de dichas pruebas, que se inició en octubre de 2016. Como consecuencia de ello, señala que CGR presentó un informe en diciembre de 2016 con radicado 20156010274772 en donde se determinan los recursos para realizar el aprovechamiento de residuos mixtos que ingresan diariamente al RSDJ y enfatiza que el concesionario *"deja claro que ya no está interesado en intervenir el acopio que se formó desde 2014."* Prosigue mencionando que dicho informe fue presentando a la CAR sin que se haya hecho un pronunciamiento de la autoridad ambiental al respecto, por lo que *"el aprovechamiento de agregados reciclados se siguió realizando en las condiciones definidas en la prueba piloto, evitando que se aumente el acopio conformado entre 2014 y 2016."*

Así mismo, la UAESP menciona que CGR remitió mediante radicado UAESP2017000169112 del 11 de julio de 2017 un documento técnico para atender un requerimiento de la CAR (Refiere un Auto que no se identifica y contextualiza debidamente), que fue revisado por la Unidad y la interventoría y sobre el cual se hicieron observaciones mediante radicados 201730009451 y 20177000234922, sin que el Concesionario haya contestado ni completado la información, por lo que presume que desistió de la solicitud.

Refiere que “de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1077 y el concepto de la CRA remitido a la Unidad con radicado UAESP 20177000299392 del 17 de noviembre de 2017, el precio para la disposición final será pactado libremente entre prestador y usuario, de manera que no podrá trasladarse a la tarifa”

Señala que, a partir de febrero del año 2018, ante el cambio del modelo de aseo, los Residuos Provenientes de Puntos Críticos -RPC- quedan por fuera del mismo -del modelo de aseo-, por tanto, la gestión de los RPC “no es reconocida en la regulación tarifaria establecida por la Comisión de Regulación de agua potable y saneamiento básico-CRA y no pueden ser remunerados vía tarifa”. Añade que el Decreto 1784 de 2017, expedido por el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio que modifica el Decreto 1077 de 2015, “establece que la actividad que se venía realizando, lo que se consideraba, el aprovechamiento de dichos recursos, no es aprovechamiento sino tratamiento y por tanto, no se puede considerar que a partir de la actividad se esté dando cumplimiento de la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión No. 344 de 2010”.

También indica que a través de la Resolución No. 358 del 13 de marzo de 2019 “por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CAR 2155 del 29 octubre de 2015” se define el monto a pagar de \$424.080.486 pesos. Esta Resolución impuso multa a la UAESP por la disposición de escombros en el polígono licenciado.

Menciona que el Concesionario mediante oficio CGR-DJ-0679-2020, enviado por correo del 3 de abril de 2020 informó sobre la cesión de actividades con los denominados residuos mixtos, comunicación que fue respondida por la UAESP a través de oficio de fecha 6 de abril con radicado 20203000056211, en los siguientes términos: *“En atención a lo solicitado, la unidad administrativa especial de servicios públicos domiciliarios UAESP, entiende los alcances de sus acciones, en consecuencia, manifiesta y enfatiza en la necesidad de abstenerse de realizar cualquier actividad con los citados residuos en el área de mixtos hasta tanto no se adelanten acciones tendientes a una adición del Contrato 344 de 2010 o se defina por esta entidad la ruta técnica, operativa, ambiental y financiera de estos residuos”*.

Finaliza indicando que el día 8 de mayo, funcionarios de la UAESP intentaron mejorar las condiciones de disposición realizando algunas adecuaciones de acceso con maquinaria, sin embargo, el Concesionario se opuso e impidió realizar tal trabajo.

La UAESP, en los fundamentos de derecho de su demanda de reconvención reformada, numeral 2, esgrime los argumentos jurídicos que respaldan sus pretensiones relacionadas con el acta 01 de 2014. A pesar de que la

demandante en reconvención señala que tales argumentos respaldan la “Vigésima Cuarta Pretensión (subsidiarias)” solicitando así mismo su prosperidad, el Tribunal entiende que tales argumentos están referidos a las pretensiones en este punto estudiadas: Quincuagésima Novena y sus tres subsidiarias, por lo que analizará los argumentos allí planteados que se resumen a continuación:

Considera el demandante en reconvención que el Acta 01 de 2014 suscrita por la UAESP y CGR Doña Juana es un acuerdo que contempla una solución provisional a la disposición de residuos contaminados o mezclados, mientras se clarificaba la situación de los mismos en la regulación de las autoridades competentes. De este modo, anota que se aprecia que en el mismo se ofrece como razón del acuerdo, el vacío normativo en lo relativo a los residuos mixtos. Por tanto, concluye que el Acta 01 de 2014, **no es un acuerdo permanente** que tenga como propósito constituirse como una solución definitiva para el manejo de los residuos mixtos al interior del Relleno Sanitario Doña Juana y de la ciudad, agrega que se trató de una forma de resolver de manera provisional la problemática asociada y que posterior a su suscripción, se pretendió celebrar una genuina modificación al contrato que no se logró, lo que demuestra que fue un acuerdo provisional, por lo que podría la UAESP legítimamente elegir entre adelantar esta actividad con la participación de CGR Doña Juana o con otro operador.

Finalmente aduce razones para concluir que conforme a las características del Relleno, lo estimado en el Acuerdo no constituye una solución definitiva a los retos que enfrenta la administración.

Seguidamente, presenta los argumentos relacionados con la primera

pretensión subsidiaria de la quincuagésima novena principal bajo el título: **“Subsidiaria: condición resolutoria del Acta 01 de 2014 supeditada a la definición de normas en la materia.”**, indicando que en una de las consideraciones del mencionado acuerdo las partes dejaron una expresa condición resolutoria:

“QUINTA: Que se hace necesario encontrar una solución provisional a la disposición de residuos contaminados o mezclados, mientras se clarifica esta situación ante las autoridades ambientales y se obtienen los cambios normativos.”

Encuentra la UAESP que esta manifestación se realiza como consecuencia de la siguiente consideración:

“CUARTA: Que, adicionalmente, revisada la normatividad vigente que regula lo relacionado con este tipo de materiales, descritos en la consideración primera, se encuentra un vacío normativo respecto a la regulación en su manejo y su disposición.

Por tanto, concluye que la expresión provisional contenida en el acuerdo es constitutiva de una condición resolutoria, con sustento en el artículo 1536 del Código Civil, cuya disposición señala que las partes de un contrato pueden someter a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto la extinción de un derecho adquirido en virtud del acuerdo contractual y que por tanto, se trata de un pacto expreso cuyo efecto principal es el de extinguir el vínculo cuando se clarificara la situación por parte de las autoridades en la materia y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1620 del Código Civil, esta conclusión resulta lógica puesto que viene de asignar efecto a la expresión provisional plasmada en el acuerdo.

Finalmente esboza el demandante en reconvención que ante los cambios

normativos en la materia se concluye que se extinguió el contenido prestacional dispuesto en el Acta 01 de 2014. Frente a ello, recuerda que con la expedición del Decreto 1784 del 2017, proferido por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio que modificó el Decreto 1077 de 2015 establece que la actividad que se venía realizando, lo que se consideraba, el aprovechamiento de dichos residuos, no es aprovechamiento sino tratamiento. De allí que, el Acta 01 de 2014 que sostenía el pago de una tarifa por esta actividad, aunado a la naturaleza de las actividades para el manejo de estos residuos da lugar a que se “*resolviera el acuerdo celebrado por las partes*”.

Así mismo, plantea la UAESP que al definirse el modo concreto mediante la Resolución CRA 720 de 2015 que el manejo de los residuos mixtos no estaría contemplado en la tarifa que compone el servicio de aseo, precisando que este concepto sería asumido por los municipios. Así mismo, a partir del mes de febrero de 2018, en virtud del cambio de modelo de aseo, los RPC quedan absolutamente por fuera de cualquier reconocimiento asociado a las tarifas. Por lo tanto, la gestión de los residuos provenientes de puntos críticos no es reconocida en la regulación tarifaria establecida por la Comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico CRA y no pueden ser remunerados vía tarifa.

Frente a la ***segunda pretensión subsidiaria de la quincuagésima novena principal*** relacionada con la declaratoria de que el Acta 01 de 2014 es una solución provisional hasta que el Distrito ejecutara una solución frente a la problemática de los residuos provenientes de los puntos críticos de la ciudad, reitera los argumentos expuestos sobre la provisionalidad que en su criterio las partes le dieron al documento y estima que al ser una

problemática de la Ciudad y en consideración de los fines misionales de la UAESP, debe la Entidad adoptar una solución definitiva frente a la problemática de los residuos provenientes de puntos críticos, mediante algún instrumento de intervención con una clara definición asociada a la separación, clasificación, almacenamiento temporal de los residuos provenientes de puntos críticos recibidos a partir del inicio de la ejecución del presente contrato, así como el transporte a la celda de disposición final dentro del Relleno Sanitario Doña Juana de los residuos sólidos ordinarios separados y clasificados. Por esas razones, aduce que la UAESP resolvió celebrar el contrato UAESP-211-2020 con Aguas de Bogotá, con el fin de realizar las actividades de autorización de descargue, separación, traslado del material de rechazo (RSO) y acopio transitorio de los residuos de construcción y demolición – RCD que están mezclados y provienen de los puntos críticos y/o de arrojo clandestino de la ciudad de Bogotá, que ingresan o se encuentran en el Patio de Mixtos del Relleno Sanitario Doña Juana o en el predio que definan las partes para la realización de tales actividades.

Finalmente, sobre la **tercera pretensión subsidiaria de la quincuagésima novena principal**, que solicita la nulidad de la referida Acta 01 de 2014, plantea que es abiertamente ilegal al haberse celebrado con desconocimiento de normas y principios imperativos de la Contratación Estatal al haberse celebrado sin fundamento legal alguno, por atentar contra los principios de legalidad, transparencia, economía y demás disposiciones legales y Constitucionales, reiterando al punto todos los argumentos que a lo largo de la sustentación de sus pretensiones ha puesto de presente al Tribunal, añadiendo que las prórrogas y adiciones a los contratos no pueden ser negocios jurídicos nuevos, como lo han reconocido

en su criterio, la sección tercera del Consejo de Estado en providencia del 2 de septiembre de 2004, rad. 1996-4029, y la Sala de Consulta y Servicio Civil de la misma corporación, en concepto del 13 de diciembre de 2004, rad. 1614.

Por último, considera que no puede dejar de anotarse que uno de los aspectos fundamentales de cualquier modificación contractual es precisamente la precisión, certeza y limitación temporal y que en el caso concreto, se advierte que se trata de una solución temporal y que no existe en grado de precisión y certeza los aspectos claves del desarrollo de la actividad.

18.2. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA POR PARTE DEL CONCESIONARIO

CGR Doña Juana, pone de presente al inicio de la contestación de la demanda de reconvención reformada, que *“el aprovechamiento de residuos mixtos no fue una actividad realizada a riesgo y en beneficio del Concesionario; bien al contrario, la actividad de aprovechamiento de residuos mixtos, fue autorizada mediante acta de acuerdo expresamente suscrita para ello el desarrollo del contrato 344 2010, de manera que CGR Doña Juana actuó en forma regular y todo lo que en términos de aprovechamiento de estos residuos hizo, fue en ejecución del contrato y con plena aquiescencia de la UAESP, quien por su parte durante años ejecutó de manera plena y consciente de lo estipulado en el acta de acuerdo número 01 de 2014.”*

Manifiesta estar de acuerdo con los hechos que describen el momento de

la suscripción del Acta objeto de controversia y de las modificaciones al Reglamento Operativo del relleno, sin embargo, sobre las comunicaciones cruzadas entre la CAR y la UAESP, se atiende a lo que resulte de ello probado; advierte que la totalidad de las actuaciones relativas a los llamados residuos mixtos fueron dirigidas por la UAESP de acuerdo con el Contrato y resalta que el titular de la licencia ambiental para ese entonces era la UAESP.

Igualmente, indica que el Acta de Acuerdo No. 1 de 2014 no señaló que tuviera un carácter provisional, sino que, en su consideración, es un desarrollo del Contrato. Señala que la provisionalidad que menciona el Acta no es frente al documento mismo, sino frente al proceso y lugar de disposición de estos residuos, lo que explica así: *“la mención que se hace en el Acta la provisionalidad es respecto del proceso y lugar de disposición para separar los escombros de los residuos sólidos, que es el patio de separación y clasificación el cual, si bien está ubicado dentro del relleno sanitario Doña Juana, se encuentra por fuera de los polígonos licenciados por la CAR para la disposición de residuos sólidos. Es decir que, mientras se realiza la separación de los escombros de los residuos sólidos urbanos u ordinarios, el material se deposita en el patio de separación y clasificación. Esto indica, a las claras, que no son una tercera especie de residuos como es la tesis que ensaya el reconviniente, sino que son residuos sólidos mezclados con escombros que se colocan en ese patio (ubicado, repito, por fuera de los polígonos licenciados por la CAR para la disposición de residuos sólidos) para separarlos y mientras esa separación se realiza. El patio de separación y clasificación, lugar para separar los escombros de los residuos sólidos, se utilizará para ello mientras la autoridad ambiental viabiliza el aprovechamiento de los escombros. Así, mientras ello sucede, dicho patio se utilizaría para la separación y clasificación de los residuos y los escombros*

separados son llevados a sitios específicos para ellos, esto es, una escombrera autorizada por la autoridad ambiental o se determinaba su uso al interior del relleno sanitario. En cuanto a los residuos sólidos una vez separados de los escombros, estos fueron dispuestos en el relleno. Por consiguiente, se aprecia que no es el Acta la que tiene un carácter, sino el proceso y el lugar de separación, mientras la autoridad ambiental hacía las definiciones correspondientes."

Afirma el Concesionario que el Acta es válida, no se advierten vicios, fue suscrita por los representantes legales de ambas partes. Aunado a que no modifica el objeto contractual, pues este incluye residuos sólidos y los residuos mixtos, en su criterio, son eso, de residuos sólidos mezclados con materiales de construcción y que su disposición en un sitio provisional (patio de separación y clasificación) para su separación, no significa que se trate de una tercera especie o tipo de residuos.

Reseña que la UAESP estuvo tan de acuerdo con el contenido del Acta de Acuerdo No. 01 de 2014 que con fundamento en ella emitió los oficios UAESP 20154010045041 (CGR DJ 20150-1161) y UAESP 20154010066421 (CGR DJ 2015-1791) dando instrucciones precisas al Concesionario sobre el alcance del aprovechamiento de residuos mixtos.

Sobre los hechos relacionados con el plan piloto para el aprovechamiento de residuos mixtos, manifiesta que fue aprobado precisamente por los beneficios ambientales derivados de la utilización del agregado y las actividades a implementar, una vez se diera la aprobación de la autoridad ambiental. Indica que el 28 de septiembre de 2016, la UAESP le dio traslado a CGR de la autorización dada por la CAR al proyecto de

aprovechamiento, contenida en la comunicación CAR 01162106037.

Manifiesta que no es cierto que CGR en el informe remitido mediante comunicación CGR DJ 1265-16 (UAESP 20166010274772) del 22 de diciembre de 2019 haya afirmado que “ya no está interesado en intervenir el acopio que se formó desde 2014”, pues lo dicho por el Concesionario, complementa, se refirió *“al alcance, etapas de implementación, localización, recurso humano y maquinaria requerida para la implementación del proyecto(...)”*, agregando que lo que sí fue cierto es la suscripción de la Adición No. 8 del Contrato, que precisamente según su criterio, deja sin sustento la aseveración sobre la falta de interés de CGR en la intervención de los referidos residuos acumulados. Transcribe al efecto, el contenido de la Adición No. 8 en lo que tiene que ver con la modificación de las obligaciones contenidas en la cláusula segunda del contrato numeral 54: *“realizar la primera etapa del proyecto de desmonte y/o desmantelamiento del acopio de residuos provenientes de puntos críticos, realizar la gestión integral de dichos residuos acopiados, mediante la separación, el tratamiento, disposición o gestión integral técnica que corresponda a cada uno de los residuos obtenidos de la separación, conforme las especificaciones técnicas de ingeniería descritas en la propuesta técnica del concesionario se CGR DOÑA JUANA S.A. E.S.P. avalada y aprobada por la Interventoría”*

Señala que a través de comunicación CGR DJ 0994-17 (UAESP 20177000169112) de fecha 11 de julio de 2017, el Concesionario respondió las observaciones técnicas formuladas por la CAR mediante Auto No. 576 del 18 de mayo de 2017. Adicionalmente, indica que es cierto lo relacionado con que CGR informó de la cesación de actividades sobre los residuos

mixtos a través de correo electrónico de fecha 3 de abril de 2020; sin embargo, complementa que existieron numerosas comunicaciones antecedentes y posteriores que dirigió CGR a la UAESP, dando alcance a ella por lo que no puede entenderse esta decisión sin el contexto debido. Señala al efecto el oficio CGR DJ 0376-2020 de fecha 3 de marzo de 2020 en donde el Concesionario solicita el pago de las facturas imputables al tratamiento de residuos mixtos de los meses de diciembre de 2019 y enero de 2020 y que en razón de la falta de pago de dichas facturas que correspondían a servicios ya prestados, se informó a la UAESP a través de comunicación CGR DJ 0679-2020 de fecha 3 de abril de 2020 la decisión del Concesionario de *“Realizar solamente el recibo de los residuos mixtos”* y que *“en el momento en que se restablezca la remuneración y se cancele el valor de las facturas adeudadas desde diciembre de 2019, CGR doña Juana continuará ejecutando la actividad que ha venido realizando desde 2014.”* Refiere igualmente la comunicación del 4 de abril de 2020 CGR DJ 0684-2020, mediante la cual el concesionario informó previas unas consideraciones sobre su compromiso en el marco de la Pandemia generada por el COVID-19, que *“no obstante la situación advertida en nuestra comunicación del 3 de abril de 2020 y haciendo un esfuerzo con los mayores costos que lo propio implica tomó la decisión de reiniciar y realizar las actividades respecto de los residuos mixtos al interior del relleno sanitario doña Juana a partir de hoy sábado 4 de abril de 2020 a las 2:00 pm”*

Seguidamente, en respuesta al hecho 370, referencia cinco comunicaciones remitidas por CGR a UAESP, entre abril y mayo de 2020, en donde a su juicio se evidencia la disposición del concesionario para ejecutar la actividad de conformidad con lo establecido en el contrato, organizar el patio de tratamiento de residuos mixtos que colmó la capacidad de

disposición y contribuir a la solución del problema de contaminación e invasión de espacio público, en tiempos de pandemia.

Sobre los sucesos del 8 de mayo de 2020, relacionados con los trabajos para adecuaciones de acceso que indica la UAESP no se pudieron concretar por la oposición del Concesionario, CGR manifiesta que ese episodio fue un “atropello deliberado por parte de la UAESP”, explicando según su apreciación, que hasta el acompañamiento de la Policía Nacional que tenía la UAESP, se había retirado del sitio tras escuchar los argumentos del CGR sobre la responsabilidad a su cargo de la administración del relleno.

Seguidamente, refiere las comunicaciones del 13 de mayo de 2020, mediante la cual la UAESP remitió el protocolo de ingreso de vehículos de transporte de residuos mixtos, en virtud del contrato interadministrativo suscrito con Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. para la realización de actividades de tratamiento de residuos mixtos. Y finalmente, señala y describe en detalle la comunicación del 16 de mayo de 2020 mediante la cual CGR Doña Juana le informa y reitera a la UAESP los derechos y obligaciones derivados del Acta 01 de 2014 y expresa su decisión de no permitir que ningún tercero efectúe cualquier actividad al interior del relleno sin consentimiento previo del Concesionario, por lo que le informa que *“el día de hoy 16 de mayo de 2020 iniciará las labores de recolección, y tratamiento de los mismos, disponiendo para ello de la maquinaria, equipos y personal, así como la reconfiguración del patio de mixtos, actividades que obviamente serán cobradas judicial o extrajudicialmente”*.

Refiere las comunicaciones cruzadas entre el Concesionario y la Entidad, con relación a la entrega del “patio de mixtos” al nuevo contratista Aguas

de Bogotá y la respuesta que CGR dio sobre su responsabilidad como único encargado de la administración y operación del relleno. Finaliza indicando que, no obstante, el no pago de las facturas por partes la UAESP, CGR con cargo a sus recursos propios adelantó la limpieza del patio de tratamiento de residuos mixtos.

Luego de contestar los hechos, la demandada en reconvención se pronunció sobre los fundamentos de derecho, manifestando su oposición la pretensión quincuagésima novena principal y a las tres subsidiarias de esta, en síntesis invocando los argumentos ya esgrimidos en la contestación de los hechos, relacionado con que el Acta 01 de 2014 no tiene carácter provisional, pues es un desarrollo del Contrato 344 de 2010; que es válida pues no ha sido anulada, es eficaz y se encuentra vigente y en tal virtud ha sido ejecutada por las partes durante varios años, por lo tanto, produce efectos y genera derechos obligaciones para las partes.

Finalmente, la demandada en reconvención formula la excepción de "Actos Propios" frente a este grupo de pretensiones de la Demanda de Reconvención mediante la cual manifiesta que la UAESP *"negoció acuerdos, pactó acuerdos, suscribió actas de acuerdo, hizo manifestaciones de cumplimiento de CGR que ahora quiere desconocer, lo cual no resulta válido de conformidad con la teoría de los actos propios y los principios de buena y de confianza legítima consagrados en la ley y en el artículo 83 de la Constitución Política."*

18.3. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

18.3.1. LOS ALEGATOS DE LA UAESP

El demandante en reconvención, en resumen, planteó en sus alegatos de

conclusión que la controversia en este punto se suscribe a un asunto eminentemente jurídico, y es en relación a la validez y fuerza vinculante del Acta de acuerdo Nro. 1 de 2014, suscrita entre las partes, pues, añade “(...) *estos residuos mixtos, no hacen parte de las actividades contractuales ni remuneradas en el marco del Contrato de Concesión, pues estos residuos mixtos no son provenientes del servicio ordinario de aseo, y no pueden ser contemplados como una forma de cumplimiento de la obligación de aprovechamiento, que se encuentra contenida en el objeto contractual, cláusula primera del contrato.*” Anota que esto fue objeto de pronunciamiento en el en el marco del Tribunal Arbitral en el año 2018. Alega la convocante en reconvención que lo anterior se reconoce igualmente en la Adición Nro. 8 realizada al contrato en 19 de junio de 2018, que en sus consideraciones establece que las actividades objeto de adición son actividades adicionales pues no se encuentran contempladas en las obligaciones del contrato, y que por ello se realiza la adición.

Arguye en su alegato, que ni siquiera en la resolución CRA 843 de 2018 se evidencia que el concesionario haya presentado costos asociados a la disposición o tratamiento de residuos mixtos, reiterando los argumentos ya expuestos en la demanda de reconvención reformada sobre la provisionalidad del Acta 01 de 2014 por haber obedecido al vacío normativo en lo relativo a los residuos mixtos y que existiendo la normatividad al respecto, el acta pierde su validez y su eficacia; anota que esto se puede corroborar con el tenor de los numerales quinto de la parte considerativa y del acuerdo de dicha acta respectivamente.

Reitera además los argumentos sobre la ilegalidad de la mencionada Acta, para concluir que el concesionario no tenía, ni tiene un derecho adquirido

por la ejecución de dichas actividades, máxime, cuando posterior a la celebración del acta se pretendió celebrar una genuina modificación al contrato 344 de 2010, a la que el concesionario se negó.

Refiere seguidamente los documentos que en su criterio prueban que las actividades de tratamiento de residuos mixtos no hacen parte del contrato de Concesión, tal como la Adición No. 8 al contrato, respuesta dada por la UAESP al concesionario el 14 de abril de 2020, ante la solicitud del pago de facturas por este concepto y en la que manifiesta que él pone de presente al concesionario el fundamento normativo por el cual los residuos mixtos no pueden ser contemplados como una forma de cumplimiento de la obligación de aprovechamiento, que se encuentra contenida en la cláusula primera, en el objeto contractual.

Finalmente, se opone a la afirmación del dictamen financiero elaborado por E-Concept sobre la afectación del flujo de caja del concesionario por el no pago de las facturas relacionadas con el tratamiento de residuos mixto, manifiesta que el dictamen *“se basó en la opinión y o entrevista realizada a un tercero, sin mayor análisis y estudio financiero y contable, ni sustentos documentales, por lo cual, el dictamen incurre en error grave, la información allí contenida no es acorde con la realidad material de la ejecución del contrato ni es posible contrastarla”*. Así mismo, indica que la declaración al respecto ofrecida por el señor Carlos Niño, no puede ser tenida en cuenta en razón a que *“su profesión y sus conocimientos son de ingeniería civil y geotecnia”*. Finalmente indica que esas conclusiones son contradictorias con otros testimonios como el del Señor Jesús Antonio Mercado, quien precisamente fue contratado para gestionar el crédito ante Gramercy Funds y *“se demuestra que en la resolución CRA 843 de 2018 y de acuerdo*

con el modelo de costos de la remuneración no hay un costo asociado al tratamiento de los residuos mixtos".

Concluye su alegato la UAESP señalando que, en su criterio, queda demostrada la prosperidad de la pretensión QUINCUAGÉSIMA NOVENA PRINCIPAL o sus subsidiarias.

18.3.2. LOS ALEGATOS DEL CONCESIONARIO

Encuentra el Tribunal que, en sus alegatos de conclusión CGR se refirió a la discusión de los efectos y validez del Acta 01 de 2014, bajo el título XIX *"No deben prosperar las pretensiones relacionadas con la interpretación y efectos del acta de acuerdo número 01 de 2014: residuos mixtos o residuos provenientes de puntos críticos"*.

Estructura sus alegaciones bajo los siguientes temas que plantea a manera de excepciones: i) El Acta No. 01 de 2014 es un desarrollo del contrato; ii) El Acta No. 01 de 2014 es un acuerdo válido que no infringe la ley; iii) El Acta No. 01 no es provisional y iv) El Acta No. 01 de 2014 se encuentra vigente, vincula y genera derechos y obligaciones para la UAESP y CGR Doña Juana.

Para sustentar estos argumentos, reitera y desarrolla los ya expuestos en la contestación de la demanda de reconvención reformada, señalando que la UAESP en la pretensión quincuagésima novena y sus subsidiarias formula una serie de pretensiones que buscan anular y privar de efectos al Acta No. 1 de 2014. Plantea, que estas pretensiones no deben prosperar toda vez que el Acta No. 1 de 2014 no tiene un carácter provisional, por el contrario, es un desarrollo del Contrato 344 de 2010, es válida, no ha sido anulada, es eficaz,

se encuentra vigente y como tal fue ejecutada por CGR Doña Juana y la UAESP durante varios años y generó obligaciones para las partes.

En relación con el argumento concerniente a que el Acta No.1 de 2014 es un desarrollo del Contrato 344 de 2010, señala CGR que el Acta No.01 es un acuerdo valido que se enmarca en el objeto del contrato y no es más que un desarrollo de este, alega que la UAESP nunca probó que el Acta No.1 no fuera un desarrollo del contrato o estuviera por fuera del objeto del contrato y esa ausencia de “su carga de la prueba es razón suficiente para negar la pretensión quincuagésima novena y sus subsidiarias”. Agrega el convocado en reconvención que contrario a lo que aduce la UAESP -sin prueba y sustento- en estas pretensiones, la actividad a la que el Acta No. 1 se refiere está dentro del marco del Contrato 344 de 2010. Advierte el demandado en reconvención que en la misma acta se señaló que esta se firmaba con ocasión y en desarrollo del contrato 344 de 2010.

Colige de lo expuesto, que el Acta No. 1 de 2014 es un desarrollo del Contrato 344 de 2010 ya que esta versa sobre el tratamiento y separación de los “residuos mixtos” que son residuos sólidos mezclados con escombros que se depositan en un patio para separarlos y allí permanecen mientras esa separación se realiza, como se plasmó por la misma UAESP en el Acta No. 1. Afirma que en los pliegos de condiciones de la Licitación 001 de 2010 al definirse el objeto de la licitación se señaló que sería la administración, operación y mantenimiento del RSDJ en sus componentes de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados:

"1.3 OBJETO DE LA LICITACIÓN Contratar mediante la modalidad de concesión la Administración, Operación y Mantenimiento Integral del Relleno Sanitario Doña Juana de la ciudad de Bogotá D.C. - Colombia, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, con alternativas de aprovechamiento de los residuos que ingresen al RSDJ, provenientes del servicio ordinario de aseo."³⁶². (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Añade el Concesionario que los residuos sólidos, como componente entregado en concesión a CGR Doña Juana, fueron definidos también desde los pliegos de condiciones de la Licitación 001 de 2010 y en dicha definición se incluyeron los residuos de construcción e industriales que ingresan al RSDJ:

"1.2 DEFINICIONES Y SIGLAS (...) Residuo Sólido: Es todo objeto, sustancia o elemento en estado sólido, sobrante de las actividades domésticas, recreativas, comerciales, institucionales, de la construcción e industriales y aquellos provenientes del barrido de áreas públicas, independientemente de su posterior utilización."³⁶³. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Considera el Concesionario que desde el proceso de licitación se informó a los proponentes sobre la existencia de residuos de construcción o industriales en el RSDJ y se los catalogó y definió como residuos sólidos, los cuales serían entregados en concesión a CGR Doña Juana junto con las alternativas de aprovechamiento que se lograrán.

En lo que respecta al objeto del contrato, anotó CGR que como el objeto del Contrato 344 de 2010 en tanto comprende los residuos sólidos, los incluye, como se señaló en la misma licitación pública 001 de 2010, el Acta No. 1 de 2014, materialmente se trata de un acuerdo celebrado de mutuo acuerdo entre los contratantes, sin observaciones ni reservas, de manera libre y voluntaria, en ejercicio de la voluntad y capacidad contractual de

cada co-contratante, el cual fue desarrollado y cumplido por ambas partes durante varios años, de ahí que, no puede restársele mérito a este acuerdo y, menos aún, afirma “desconocerse su vigencia y exigibilidad”.

Agrega el Concesionario que de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 el Contrato Estatal para su perfeccionamiento únicamente requiere un acuerdo de voluntades sobre el objeto y la contraprestación y se eleve a escrito, alega CGR que ha sido reiterado por el Consejo de Estado, de lo cual destaca la sentencia del 27 de septiembre de 2018 en donde dicha Corporación señaló: “(...) los contratos que se rigen por la Ley 80 de 1993, se [entienden] celebrados cuando exista acuerdo de voluntades entre el objeto y la contraprestación, y este sea elevado a escrito, de conformidad con el artículo 41 de esta normativa”.

Al paso, citó otras providencias en donde, colige que los contratos que se rigen por la Ley 80 de 1993, se entenderán celebrados cuando exista acuerdo de voluntades entre el objeto y la contraprestación, y este sea elevado a escrito, lo cual, en su criterio satisface el Acta No. 01 de 2014. Por su parte, plantea el convocado en reconvención que el Acta No.1 de 2014 es un desarrollo del Contrato 344 de 2010 y vincula a la UAESP y a CGR Doña Juana al tratarse de un acuerdo válido y elevado a escrito por ambas partes.

En relación con el alegato concerniente a que el Acta No.1 de 2014 es un acuerdo válido que no infringe la ley, ni entraña vicios, en primer lugar señala que la UAESP no precisa realmente qué norma o principio de la contratación se incumplió con la celebración del Acta 01 de 2014, de allí que, en su criterio, la indeterminación hace que no deba prosperar la

excepción de la UAESP puesto que, todo reproche acerca de la validez de un acuerdo de voluntades exige necesariamente la indicación de la norma imperativa supuestamente infringida, lo que la convocada, según su entendimiento, no hizo en este caso y lo que lleva a desestimar de plano la excepción y al margen de lo que en adelante se indica para recabar en esa desestimación.

Plantea el Concesionario que contrario a lo que aduce la UAESP, con la celebración del Acta 01 de 2014 no se modificó el objeto Contrato de Concesión 344 de 2010, puesto que, en primer término, el Acta 01 de 2014 es desarrollo del Contrato 344 de 2010, como se desprende, según afirma del mismo contenido de dicho acuerdo. En segundo lugar, alega que la actividad de separación de "residuos mixtos" a la que esta Acta 01 se refiere está dentro del marco del contrato y fue contemplada desde los pliegos de condiciones de la Licitación 001 de 2010, en la medida que los residuos mixtos son residuos sólidos mezclados con residuos de construcción y demolición, es decir, con escombros de obra civil que son dispuestos en vías y áreas públicas.

En tercer término, plantea CGR Doña Juana que desde el año 2011 realizó la separación y tratamiento de los residuos mixtos, aspecto que fue consentido por la UAESP. Añade que incluso, la UAESP modificó la Resolución 724 de 2010 mediante la Resolución 672 de 2011 y la Resolución 764 de 2011 para contemplar actividades de aprovechamiento de escombros mezclados con los residuos sólidos ordinarios, separando estos últimos y aprovechando los mencionados escombros, como lo dictaminaron los peritos técnicos el 24 de enero de 2022, de lo cual cita textualmente lo esbozado al respecto.

En cuarto lugar, añade el demandado en reconvención que existe un pronunciamiento expreso de la Autoridad ambiental que habilitó el desarrollo de las actividades de tratamiento de los residuos sólidos mezclados con materiales de construcción y demolición, llamados residuos mixtos, en el Relleno Sanitario Doña Juana. Agrega que se trata del concepto técnico rendido por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR Cundinamarca, el 26 de septiembre de 2016, donde se validó el desarrollo de este tipo de actividades y se confirmó la posibilidad para que CGR Doña Juana las llevase a cabo.

Posteriormente, se refiere a una serie de comunicaciones que da cuenta de la postura defendida por CGR, de manera que concluye que, en su criterio, la UAESP pasa por alto el contenido de estas comunicaciones que dan cuenta de la postura de la entidad contratante para celebrar y avanzar con la ejecución de la actividad y con ello dar solución a una situación que sin la participación de CGR Doña Juana hubiese ocasionado problemas de contaminación ambiental y mal uso del espacio público. De este modo, agrega que los residuos mixtos no solo derivan en el marco de la naturaleza de la concesión, sino que estaban incorporadas en el objeto del contrato 344 de 2010, por lo cual, el acta y la actividad que se ejecutaba en virtud de ella, son totalmente válidos y legales.

En cuanto a la modificación que en su criterio supuso el Acta No. 1 de 2014, anota que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una imposibilidad absoluta de hacer modificaciones a los Contratos Estatales; por el contrario, de conformidad con la ley, la jurisprudencia y la doctrina es posible realizar ajustes y modificaciones al contenido contractual, incluso al

objeto del contrato. Cita in extenso que los contratos estatales tienen razón en el *ius variandi* contemplado en los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993, según los cuales es posible modificar los contratos estatales con la finalidad de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo o asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación del servicio, introducir modificaciones a lo contratado. Agrega que, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-300 de 2012, es dable concluir que es legal la modificación de los contratos estatales para la realización del objeto concesionado y el límite a dicha modificación es la transformación o alteración total del objeto contractual, y resalta jurisprudencia del Consejo de Estado de la cual razona que los contratos estatales pueden modificarse o adicionarse para hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo.

Finalmente, concluye que de entender que los residuos mixtos no son residuos sólidos y que no estaban incorporados dentro del objeto contractual -que sí lo están-, la modificación del contrato 344 de 2010 mediante el Acta No.1 de 2014, aún bajo ese entendimiento, es totalmente válida y ajustada a la ley en cuanto se realizó con la finalidad de adecuar las necesidades de la ejecución del contrato a la realidad y a evitar una emergencia sanitaria por el no tratamiento de los residuos mixtos, toda vez que estos residuos sin esta acta o con ella ingresarían al RSDJ.

En lo que respecta a que, el Acta No.1 de 2014 no es provisional, afirma el demandado en reconvención que de la lectura del texto se desprende que este nunca señaló que tuviera un carácter provisional citando in extenso las disposiciones del referido acuerdo. Agrega, que la mención a la provisionalidad en el Acta No. 1 es frente al patio de separación y

clasificación, como lugar para separar los escombros de los residuos sólidos, en la medida que este se utilizará para ello mientras la autoridad ambiental viabiliza el aprovechamiento de los escombros. Añade que, mientras ello sucedía, dicho patio se utilizaría para la separación y clasificación de los residuos y los escombros separados son llevados a sitios específicos para ellos, esto es, una escombrera autorizada por la autoridad ambiental o se determinaba su uso al interior del relleno sanitario.

Por tanto, concluye el Concesionario que, no es el Acta la que tiene un carácter provisional, sino el proceso y el lugar de separación, mientras la autoridad ambiental hacía las definiciones correspondientes, como lo dictaminaron los mismos peritos técnicos, de lo cual cita *in extenso* lo correspondiente.

Por su parte, en relación con la condición resolutoria del Acta No. 01 de 2014, afirma CGR que el Acta No. 01 de 2014 no incorpora una cláusula resolutoria y tampoco se probó que se hubiese dado la supuesta “clarificación ante las autoridades ambientales y la obtención de los respectivos cambios normativos en la materia”. Plantea el convocado en reconvención que en el Acta de Acuerdo No. 1 de 2014 nunca se señaló que el acuerdo se resolvería si existía una “clarificación ante las autoridades ambientales y la obtención de los respectivos cambios normativos en la materia”, como se desprende de la lectura de su mismo clausulado, y cita *in extenso*.

Así mismo, afirma el Concesionario que el Acta No.1 de 2014 se encuentra vigente, vincula y genera derechos y obligaciones para la UAESP y CGR Doña Juana, precisando que, la actividad de aprovechamiento de residuos mixtos fue autorizada mediante el Acta No.1 de 2014 expresamente suscrita

para ello en desarrollo del Contrato 344 de 2010, de manera que CGR Doña Juana actuó en forma regular y todo lo que en términos de aprovechamiento de estos residuos hizo, fue en ejecución del Contrato y con plena aquiescencia de la demandante en reconvención, quien por su parte durante años ejecutó de manera plena y consciente lo estipulado en el Acta de Acuerdo No. 01 de 2014. Concluye CGR que, el Acta No.01 de 2014 como se mencionó no es nula, no es provisional y no contenía una condición resolutoria de manera que es totalmente válida.

Agrega el convocado en reconvención que, no es cierto que CGR Doña Juana en el informe remitido mediante comunicación CGR DJ 1265- 16 (UAESP 20166010274772) del 22 de diciembre de 2016 haya afirmado que "(...) ya no está interesado en intervenir el acopio que se conformó desde 2014", por el contrario considera que dicha afirmación falta a la verdad pues en dicho informe el concesionario solamente se refirió al alcance, etapas de implementación, localización, recurso humano y maquinaria requerida para la implementación del proyecto de aprovechamiento de residuos mixtos para la generación de agregado reciclado para ser utilizado en vías internas del relleno sanitario Doña Juana.

Agrega el demandado en reconvención que lo que sí indicó CGR es que el tratamiento de los residuos acopiados en la llamada "montaña de la vergüenza" serían objeto de un acuerdo con la UAESP, al que efectivamente se llegó como consta en la Adición No. 8 del Contrato, con lo que se desvirtúa, según su dicho "la afirmación mendaz del reconviniente sobre el supuesto desinterés de CGR".

Advierte el Concesionario en su alegato que CGR Doña Juana nunca dio

por terminada el Acta de Acuerdo No. 01 de 2014 y que siempre estuvo dispuesto y ejecutó las actividades a las que se había comprometido en el Acta No. 1 de 2014; sostiene que fue la UAESP quien conminó al contratista para que dejara de ejecutar actividades relacionadas con los residuos mixtos.

Solicita finalmente que se niegue la pretensión quincuagésima novena y sus subsidiarias contenidas en la demanda de reconvención reformada presentada por la UAESP, toda vez que “el Acta No. 1 de 2014: **(i)** no tiene un carácter provisional, **(ii)** es un desarrolló del contrato 344 de 2010, **(iii)** es válida, **(iv)** no ha sido anulada, **(v)** es eficaz, **(vi)** se encuentra vigente **(vii)** no contiene una condición resolutoria y **(viii)** genera obligaciones para la UAESP y CGR Doña Juana.”

18.4. LO PROBADO EN EL PROCESO Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

De entrada, se advierte que el estudio de la existencia, validez y eficacia del Acta No. 1 de 2014 ya se llevó a cabo por parte del Tribunal en su pronunciamiento sobre las pretensiones vigésima séptima y vigésima octava -y su subsidiaria- de la demanda principal reformada. Allí se señaló que:

6. El Acta No. 1 de 2014 constituye un acto jurídico existente, habida cuenta de que se otorgó por escrito y en ellas constan los derechos y obligaciones que recíprocamente se derivan de ella a favor y a cargo de cada una y fruto del consentimiento libre de vicios de las partes.
7. El objeto del Acta de Acuerdo hace parte del Contrato de Concesión,

y así lo entendieron las partes, pues la suscribieron “*en desarrollo del Contrato*”.

8. El Acta de Acuerdo fue celebrada en función de los hechos relacionados en las Consideraciones, los cuales han de tenerse por ciertos, a saber: que en Bogotá existían materiales de desecho arrojados clandestinamente al ecosistema, conformados por sobrantes de construcción y demolición mezclados con residuos domiciliarios ordinarios (mixtos); que los mixtos tenían que ser recogidos por los operadores de Recolección, Barrido y Limpieza en los denominados puntos críticos; que si los escombros no se podían disponer en los polígonos licenciados para residuos sólidos urbanos en el RSDJ, a la vez los mixtos no eran aceptados en las escombreras legalmente establecidas; y que existía un vacío normativo en la regulación respecto del manejo y disposición de los mixtos, por lo cual no adolece de causa ilícita.

9. En virtud del Acta la UAESP, de conformidad con su misión institucional, determinó que dichos residuos mixtos fueran ingresados, con carácter provisional, al patio de separación y clasificación de este tipo de material, que se encontraba por fuera de los polígonos licenciados por la CAR para la disposición de Residuos Sólidos Urbanos (RSU) pero dentro del Relleno Sanitario Doña Juana, con el propósito de separarlos.

10. En virtud de Acta No. 1 de 2014 las partes pactaron:

a. Que los materiales producto de la separación de los mixtos se

dispondrán así: Los RSU, serían dispuestos en los polígonos autorizados para ello por la CAR y los materiales de construcción y demolición resultantes de la separación, serían llevados a las escombreras autorizadas para tal fin.

- b. Que la UAESP pagaría a CGR las labores de separación, cargue, transporte y disposición de los escombros en las escombreras, mediante la tarifa que se acordara para tal fin, en caso de que tales labores le fueran encomendadas a CGR.
- c. Que tramitarían conjuntamente ante la CAR, las solicitudes necesarias para viabilizar proyectos de aprovechamiento del material residuo de construcción y demolición separado en el Relleno Sanitario Doña Juana, y que se incluyera en la licencia ambiental.

También se dijo en relación con dicha Acta, lo siguiente:

La actividad de manejo de Residuos Mixtos en el RSDJ hizo parte del Contrato de Concesión, de manera que no se requería incluirla mediante una modificación modificatoria de su objeto.

El hecho de que la actividad de manejo de los residuos mixtos no se pudiera remunerar con cargo a la tarifa de aseo a partir de la reforma al sistema de aseo que tuvo lugar en el año 2018, no quiere decir que dicha actividad no haga parte del objeto del Contrato, pues por el contrario, las partes entendieron que si lo era y por ello suscribieron el Acta No. 1 de 2014, señalando expresamente que lo hacían “en desarrollo del Contrato”; y no solamente eso, sino que además, a partir de 2016, el Concesionario efectivamente llevó a cabo tales actividades y la UAESP se las pagó, en

desarrollo de los acuerdos y autorizaciones que al efecto gestionaron. Es decir, que la reforma *ex post facto* mencionada, que eliminó la posibilidad de remunerar la actividad contra la tarifa, no puede entenderse como una exclusión de la misma del objeto del Contrato de Concesión N° 344 de 2010.

Está claro que las actividades de disposición de residuos mixtos, aunque no se encuentren reconocidas actualmente en la metodología tarifaria, son inherentes a las necesidades del servicio público de aseo de Bogotá, como quiera que es obligación de la UAESP propender por la recolección de dichos residuos en los sitios críticos y que, dado que no tenía otra alternativa, porque los mismos no eran recibidos en las escombreras autorizadas por estar contaminados, la UAESP resolvió depositarlos en el RSDJ y finalmente encomendar a CGR la labor de separación de los residuos mixtos y autorizar la disposición de los escombros resultantes para el afirmado de las vías del relleno, por lo cual, a partir de 2018, pudo y debió remunerarlos con los Excedentes de los Esquemas del Servicio Público de Aseo o con recursos que para este fin disponga el Distrito Capital -UAESP.

A partir de lo anterior, y de las conclusiones que dejó plasmadas el Tribunal en aparte anterior de este capítulo del Laudo, es forzoso concluir que el Acta No. 1 de 2014 no se encuentra viciada por ilicitud en su objeto, ya que siendo éste posible, hacía parte del alcance del Contrato de Concesión en desarrollo del cual se celebró, sin que se advierta ninguna violación de normas de orden público, de manera que de dicha Acta se derivaron en favor y en contra de las partes los derechos y obligaciones a los que ya se hizo referencia, unos y otros válidamente exigibles por virtud de la licitud de su objeto, aunado al hecho de que, como también se señaló atrás, reúne todos los requisitos para predicar de ella su existencia, incluyendo la

solemnidad del escrito; fue fruto del consentimiento libre de vicios de las partes, ambas capaces para celebrar dicho acto; y su causa fue existente y lícita.

Las facturas que presentó CGR a la UAESP por concepto de actividades de manejo de Residuos Sólidos entre diciembre de 2019 y marzo de 2020 fueron en consecuencia devueltas sin una razón válida que justifique su rechazo. Por lo demás, se encuentra probado su monto y al respecto no existe en el expediente ninguna prueba que lo desvirtúe.

De otra parte, si bien el Acta No. 1 de 2014 podría entenderse sometida a una condición resolutoria en la medida en que en sus consideraciones se expresó *“revisada la normatividad vigente que regula lo relacionado con este tipo de materiales, descritos en la consideración primera, se encuentra un vacío normativo respecto a la regulación en su manejo y su disposición”* (Cuarta) por lo cual *“se hace necesario encontrar una solución provisional a la disposición de residuos contaminados o mezclados, mientras se clarifica esta situación ante las autoridades ambientales y se obtienen los cambios normativos”* (Quinta), lo cierto es que las actividades de manejo de los Residuos Mixtos se llevaron a cabo de común acuerdo entre las partes, al amparo de las autorizaciones que se obtuvieron al efecto, sin que las disposiciones que regularon lo relativo a la remuneración vía tarifa o mediante otras fuentes constituyeran acaecimiento de la condición resolutoria; prueba de ello -de que era y es posible el manejo de los mixtos al interior del RSDJ-, es que la UAESP celebró un contrato con un tercero con dicho objeto. Vale decir que los acuerdos relativos al manejo de Residuos Mixtos por parte de CGR derivados del Acta No. 1 de 2014 terminaron en virtud de los hechos de que da cuenta el capítulo de análisis probatorio de

este capítulo del Laudo

Por lo tanto, es claro para este Panel Arbitral que el Acta No. 01 de 2014 es un documento de carácter contractual existente, válido y eficaz que ha producido efectos jurídicos para las partes, que hace parte del objeto del Contrato de Concesión C – 344 de 2010, que no se encuentra sujeto a condición resolutoria alguno, y que si en gracia de discusión así se entendiere, la misma no se habría materializado, razón por la cual, habrán de denegarse la pretensión quincuagésima novena y sus subsidiarias, y en su lugar, declarará probada la excepción denominada actos propios formulada por CGR Doña Juana en su contestación a la demanda de reconvención reformada.

19. PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA PUBLICACIÓN DE REGISTROS ORDENADOS POR LA LEY

En este punto, corresponde al Tribunal resolver la siguiente pretensión formulada por la UAESP en la demanda de reconvención reformada:

“QUINCUAGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN: Como consecuencia de los incumplimientos declarados en contra de CGR DOÑA JUANA S.A. –ESP, se ordene su publicación en los registros determinados por la Ley y el reporte de la misma a la Cámara de Comercio respectiva, así como a la Procuraduría General de la Nación”.

Sobre esta pretensión, baste decir que el Tribunal no ordenará publicación de registro alguno, pues no existe mérito para ello. Al respecto vale la pena recordar que el artículo 31 de la Ley 80 de 1993 dispone que los actos y sentencias sancionatorias, una vez ejecutoriados se publicarán en el SECOP y se comunicarán a la Cámara de Comercio en que se encuentren inscrito

el contratista respectivo y a la Procuraduría General de la Nación⁶⁴³.

A su turno, el artículo 6.2 de la Ley 1150 de 2007, dispone que en el Registro Único de Proponentes -RUP- que administran las Cámaras de Comercio se registrarán las sanciones y multas que se hayan impuesto a los inscritos⁶⁴⁴. El artículo 2.2.1.1.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015⁶⁴⁵, reglamenta este deber.

Así las, como quiera que en el caso concreto no se está sancionado al Concesionario ni se le está imponiendo multa alguna, ni se está declarando la terminación o caducidad del Contrato, el Tribunal desestimará la pretensión quincuagésima séptima. Por lo demás, el deber de registrar las sentencias sancionatorias de que trata el artículo 31 de la Ley 80 de 1993 recae sobre las entidades estatales⁶⁴⁶, por lo que corresponderá a la UAESP

⁶⁴³ **Ley 80 de 1993. Artículo 31. De la publicación de los actos y sentencias sancionatorias.** <Artículo modificado por el artículo 218 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> La parte resolutive de los actos que declaren la caducidad, impongan multas, sanciones o declaren el incumplimiento, una vez ejecutoriados, se publicarán en el SECOP y se comunicarán a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista respectivo. También se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación.

⁶⁴⁴ **Ley 1150 de 2007. Artículo 60. De la verificación de las condiciones de los proponentes.** <Artículo modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal. 6.2. De la información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos. Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados. Las condiciones de remisión de la información y los plazos de permanencia de la misma en el registro serán señalados por el Gobierno Nacional. El servidor público encargado de remitir la información, que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta.

⁶⁴⁵ **Artículo 2.2.1.1.1.5.7. Información de multas, sanciones, inhabilidades y actividad contractual.** Las Entidades Estatales deben enviar mensualmente a las cámaras de comercio de su domicilio, copia de los actos administrativos en firme, por medio de los cuales impusieron multas y sanciones y de las inhabilidades resultantes de los contratos que hayan suscrito, y de la información de los Procesos de Contratación en los términos del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007. Para el efecto las cámaras de comercio pueden establecer mecanismos electrónicos para recibir la información mencionada. El registro de las sanciones e inhabilidades debe permanecer en el certificado del RUP por el término de la sanción o de la inhabilidad. La información relativa a multas debe permanecer en el certificado del RUP por un año, contado a partir de la publicación de la misma. Las cámaras de comercio deben tener un mecanismo de interoperabilidad con el SECOP para el registro de la información de que trata el presente artículo.

⁶⁴⁶ Ver CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de enero de 2013. Radicado No.: 11001-03-26-000-2003-00026-01(25151). C.P.: Dra. Stella Conto Díaz del Castillo:

determinar lo correspondiente una vez este laudo cobre ejecutoria.

D. JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la ley 1743 de 2014, dispone que, si la cantidad estimada bajo juramento excediere en un 50% la que resulte probada, se condenará a la parte a pagar al Consejo Superior de la Judicatura una suma equivalente al 10% de la diferencia entre la suma estimada y la probada. Dicha sanción será del 5% cuando quien hizo el juramento no demuestre los perjuicios.

Como se puede observar en la exposición de motivos que dio lugar a la expedición del Código General del Proceso, la institución que aquí se analiza fue creada con el fin de disuadir a las partes de formular demandas temerarias o altamente infundadas y frenar aquellas expectativas desmedidas de ganancia de los litigantes, como consecuencia de un abuso del derecho de litigar.

Dos son los supuestos que prevé la norma para la aplicación de la sanción, ambos se dan en el caso en el que el Juez entre a analizar los daños. El primero consiste en que, probado el detrimento, este exceda la suma estimada; y, el segundo, que no se demuestre perjuicio alguno. Aquél, como se observa, es por exceso en la estimación en relación con lo que finalmente se pruebe en el proceso; el último, hace alusión a la ausencia absoluta de prueba que conlleva la negación de las pretensiones. En ambos casos se

Con la documentación proveniente de las entidades estatales, relacionada con contratos, multas y sanciones, las Cámaras de Comercio conformarán un registro de inscritos clasificados y calificados por actividades, especialidades y grupos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes y servicios ofrecidos y expiden las certificaciones que sobre el mismo se les solicite

considera que el litigante ha sido desmedido en su reclamación, ya sea porque prueba menos de lo que pide o por cuanto no demuestra nada de su aspiración, y, por ende, debe ser sancionado.

Analizado el capítulo correspondiente al juramento estimatorio contenido en la demanda principal reformada y en la reconvención reformada, el Tribunal advierte que no hay lugar a aplicar sanción alguna pues, la no prosperidad de la prosperidad total de las pretensiones de ambos escritos no obedece a una falta de prueba del daño ni a un exceso de la misma, sino a que el Tribunal no encontró probados los supuestos de hecho y de derecho que hubiera permitido acceder a ellas.

Si bien la cuantía a la cual se accederá con ocasión de la demanda de principal reformada resulta sustancialmente inferior a la estimada, es importante tener en cuenta que ello no es consecuencia de un actuar temerario al momento de formular las pretensiones, ni tampoco de negligencia o decidida desidia en el actuar de la convocante. Es importante resaltar en este punto que una cosa es que el demandante estime de manera exagerada sus peticiones y otra, que estas no se abran paso por razones diferentes a su cuantificación.

En este punto es importante resaltar que En sentencia C-157 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad condicionada, considerando que cuando la causa de la no satisfacción de la carga de la prueba de los perjuicios no era imputable a la parte que los había estimado, no había lugar a la sanción.

La razón de esa decisión fue que, para la Corte, en ese evento una sanción resultaría excesiva y desproporcionada frente al principio de la buena fe, al derecho de acceder a la administración de justicia y al debido proceso. Y si bien dicha consideración se previó solamente para el caso de falta de demostración del daño, encuentra el Tribunal una regla consistente en que cuando la diferencia entre la estimación y lo probado ocurre a pesar del obrar diligente de la parte, no hay lugar a la sanción.

Es por esta razón que, en el presente caso, a pesar de que la suma estimada bajo juramento por la convocante excede en más de un 50% la suma a la cual será condenada la convocada y que las pretensiones de la demanda de reconvención no se abren paso, no habrá lugar a proferir la condena prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, pues, se reitera, el Tribunal no advierte una conducta temeraria de las partes, que deba ser sancionada.

E. COSTAS

Teniendo en cuenta que tanto las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvención, como las excepciones formuladas respecto de ellas prosperan parcialmente, el Tribunal, con fundamento en el numeral quinto del artículo 365 del Código General del Proceso, se abstendrá de proferir condena en costas.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral convocado por **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA**

S.A. E.S.P., para dirimir sus controversias surgidas con la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP**, administrando justicia, por habilitación de las Partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Respecto de las pretensiones de la demanda principal reformada:

Primero: Declarar probada la excepción **cuadragésima** denominada “No puede el convocante actualizar sus reclamaciones bajo el WACC definido por el regulador” formulada respecto de las pretensiones duodécima, vigésima principal, vigésima octava principal, trigésima principal y trigésima quinta principal de la demanda reformada.

Segundo: Declarar parcialmente probada la excepción **Vigésima quinta** denominada “La improcedencia del reconocimiento de actividades asociadas a los residuos mixtos desde el 3 abril de 2020” formulada respecto de las pretensiones vigésima octava principal y subsidiaria de la demanda reformada.

Tercero: Abstenerse de estudiar las excepciones Décima sexta denominada “la indebida gestión de riesgos por parte del concesionario no puede (sic) la razón para trasladar los costos de impuestos e intereses en su gestión”, décima octava “La improcedencia de la décima octava pretensión asociada al descuento ofertado” vigésima primera, “La naturaleza de la concesión y los riesgos explícitos e implícitos hace improcedente la reclamación de CGR Doña Juana – la improcedencia de

reclamación económica según el mismo concesionario", vigésima novena "Improcedencia de reclamación por multas impuestas por la UAESP", Trigésima "Improcedencia de reclamación por multas impuestas por la Superintendencia de Servicios Públicos – cosa juzgada por acuerdo conciliatorio", trigésima tercera "Improcedencia de recibir doble indemnización por la misma causa", trigésima cuarta "El Tribunal no puede convertirse en juez de la ejecución" y trigésima quinta "pago".

Cuarto: Declarar no probadas las demás excepciones formuladas por la convocada respecto de la demanda principal reformada.

Quinto: Acceder a la pretensión segunda de la demanda reformada y, en ese sentido, declarar que la tarifa del Contrato de Concesión 344 de 2010, para el componente de tratamiento de lixiviados, que hacía parte de la remuneración de la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.**, que rigió desde el 16 de diciembre de 2010 y hasta el momento en que se introdujo la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 del 2015, resultó no ser suficiente para permitir la recuperación de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana y atender las obligaciones ambientales.

Sexto: Acceder a la pretensión tercera de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la tarifa del Contrato de Concesión 344 de 2010, para el componente de disposición de residuos sólidos, que hacía parte de la remuneración de la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.**, que rigió desde la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 y

hasta la implementación de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 843 del 2018, resultó no ser suficiente para permitir al Contratista la recuperación de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana y atender las obligaciones ambientales.

Séptimo: Acceder a la pretensión cuarta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la tarifa del Contrato de Concesión 344 de 2010, para el componente de tratamiento de lixiviados, que hacía parte de la remuneración de la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.**, que rigió desde la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 de 2015 y hasta la implementación de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 843 del 2018, resultó no ser suficiente para permitir al Contratista la recuperación de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana y atender las obligaciones ambientales.

Octavo: Acceder a la pretensión quinta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP** incumplió la ley y el Contrato de Concesión 344 de 2010 al establecer, para las actividades de disposición de residuos sólidos, en el periodo comprendido entre el momento de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la Resolución CRA 720 del 2015 y la entrada en vigor de la Resolución CRA 843 de 2018, una tarifa que resultó no ser suficiente para permitir al Contratista la recuperación en forma completa de los costos y gastos propios de la

operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana y atender las obligaciones ambientales.

Noveno: Acceder a la pretensión sexta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP** incumplió la ley y el Contrato de Concesión 344 de 2010 al establecer, para las actividades de tratamiento lixiviados, una tarifa que resultó no ser suficiente para permitir al Contratista la recuperación en forma completa de los costos y gastos propios de la operación, expansión, reposición y mantenimiento de los activos del Relleno Sanitario Doña Juana y atender las obligaciones ambientales.

Décimo: Acceder a la pretensión octava de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP** incumplió la ley y el contrato al no observar ni atender en debida forma sus deberes de vigilancia y control, y de revisión respecto del Contrato de Concesión No. 344 de 2010.

Undécimo: Acceder a las pretensiones décima y vigésima tercera de la demanda principal reformada y, en ese sentido, condenar a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP** a pagar a la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** a título de indemnización y compensación, para el periodo enero 2017 a octubre 2018, la suma de \$ 22.889.587.460 la cual se encuentra actualizada a la fecha de este laudo, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Duodécimo: Acceder a las pretensiones undécima y vigésima tercera de la demanda principal reformada y, en ese sentido, condenar a la **UNIDAD**

ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a pagar a la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.**, a título de indemnización y compensación, para el período 2010 a octubre 2018, la suma de \$ 30.167.674.339, la cual se encuentra actualizada a la fecha de este laudo, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Decimotercero: Acceder a la pretensión vigésima primera de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que actos y hechos de autoridades y de terceros y circunstancias y situaciones extraordinarias e imprevisibles, ajenos todos a la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.**, afectaron adversamente la situación del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 ocasionando y profundizando su desequilibrio económico y financiero.

Decimocuarto: Acceder a la pretensión vigésima segunda de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que los incumplimientos de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP** y los actos y hechos de las autoridades y de terceros, así como las circunstancias y situaciones extraordinarias e imprevisibles, ajenos todos a la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.**, probados en el proceso, produjeron la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 y ocasionaron daños y perjuicios a la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** que constitucional y legalmente no tiene el deber de soportar.

Decimoquinto: Acceder a la pretensión vigésima quinta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP** violó la ley al no estimar adecuadamente el valor del riesgo de optimización de la planta de tratamiento de lixiviados, tal como se aprecia en la Cláusula Segunda, numerales 7, 8 y 9, en la Cláusula Tercera, sobre los lixiviados, numeral 1, y en la Cláusula Séptima, literal b) del Contrato 344 de 2010.

Decimosexto: Acceder a la pretensión vigésima sexta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar la nulidad absoluta del numeral 8 de la cláusula segunda del Contrato de Concesión No. 344 de 2010, así como el siguiente aparte contenido en el numeral 9 de esa cláusula *"En caso de requerirse de inversión adicional, el Sistema de Tratamiento de Lixiviados deberá, a partir del primer día del octavo mes, cumplir con la totalidad de los parámetros exigidos por la Autoridad Ambiental. Desde las fechas establecidas, EL CONCESIONARIO está en la obligación de garantizar el vertimiento de lixiviados cumpliendo con la norma de vertimiento hacia los cuerpos de agua"*.

Decimoséptimo: Acceder a la pretensión vigésima sexta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar la nulidad absoluta del siguiente aparte de la cláusula tercera del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 *"En caso de requerirse de inversión adicional, el Sistema de Tratamiento de Lixiviados se deberá operar a partir del primer día del octavo mes, cumpliendo con la totalidad de los parámetros exigidos por la Autoridad Ambiental. Desde las fechas establecidas, EL CONCESIONARIO está en la obligación de garantizar el vertimiento de*

lixiviados cumpliendo con la norma de vertimiento hacia los cuerpos de agua".

Decimoctavo: Acceder a la pretensión vigésima sexta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar la nulidad absoluta del siguiente aparte de la cláusula séptima del Contrato de Concesión No. 344 de 2010 *"La UAESP cubrirá de sus recursos hasta CUATRO MIL CIENTO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$4.100.000.000)"*.

Decimonoveno: Acceder a la pretensión vigésima séptima de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP** incumplió el Acta No. 01 de 2014 y el Contrato de Concesión 344 de 2010, al desconocer lo pactado en dicha Acta sobre la disposición y la remuneración de los residuos provenientes de demolición y construcción de arrojo clandestino mezclados con residuos sólidos ordinarios.

Vigésimo: Acceder parcialmente a la pretensión vigésima octava subsidiaria de la demanda principal reformada y, en ese sentido, condenar a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP** a pagar a la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** la suma de \$ 5.626.917.230 correspondiente a las facturas no pagadas, la cual se encuentra actualizada a la fecha de este laudo.

Vigésimo primero: Acceder a la pretensión vigésima novena de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP** aplicó y efectuó descuentos a la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** con base en indicadores de calidad improcedentes, sin

observancia del debido proceso ni del derecho de audiencia y sin tener en cuenta la afectación derivada de la insuficiencia de la remuneración del Concesionario, con lo cual incumplió la ley y el Contrato de Concesión 344 de 2010 y afectó el equilibrio económico del mismo.

Vigésimo segundo: Acceder a la pretensión trigésima subsidiaria de la demanda principal reformada y, en ese sentido, condenar a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP** a reembolsar a la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** la suma de \$ 6.376.824.728 por concepto de descuentos indebidamente realizados, la cual se encuentra actualizada a la fecha de este laudo.

Vigésimo tercero: Acceder a la pretensión trigésima tercera de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP** tenía a su cargo la responsabilidad de asumir y pagar las actividades y obras de reparación sobre el Pondaje II-2, como pasivo ambiental rezagado de las contrataciones anteriores al Contrato de Concesión 344 de 2010.

Vigésimo cuarto: Acceder a la pretensión trigésima cuarta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** ejecutó actividades y obras de reparación sobre el Pondaje II-2, a las que no se encontraba contractualmente obligada.

Vigésimo quinto: Acceder a la pretensión trigésima quinta de la demanda principal reformada y, en ese sentido, condenar a la **UNIDAD**

ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - UAESP a reconocer y pagar en favor de la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** la suma de \$ 422.330.116 por concepto de las actividades y obras de reparación ejecutadas sobre el Pondaje II-2, suma que se encuentra actualizada a la fecha del laudo.

Vigésimo sexto: Negar las demás pretensiones de la demanda principal reformada.

Respecto de las pretensiones de la demanda de reconvención reformada:

Vigésimo séptimo: Declarar probada la vigésima excepción denominada "*Actos Propios*" formulada respecto de la pretensión quincuagésima novena de la demanda de reconvención reformada.

Vigésimo octavo: Declarar probada la segunda excepción denominada "*inexistencia de incumplimientos por parte de CGR Doña Juana*" en lo que se refiere a las pretensiones séptima, novena, trigésima quinta, trigésima séptima, trigésima novena y primera subsidiaria a la cuadragésima quinta principal, de la demanda de reconvención reformada.

Vigésimo noveno: Declarar probada la trigésima tercera excepción denominada "*ausencia de perjuicio*" formulada respecto de la pretensión novena de la demanda de reconvención reformada.

Trigésimo: Declarar probada la excepción trigésima novena denominada "*Improcedencia de la acción resolutoria*" planteada respecto de las pretensiones décima, duodécima, décima cuarta, décima sexta, vigésima segunda, vigésima cuarta, vigésima sexta, vigésima octava, trigésima,

trigésima segunda y trigésima cuarta de la demanda de reconvención reformada.

Trigésimo primero: Declarar no probadas las demás excepciones formuladas por la convocada respecto de la demanda principal reformada.

Trigésimo segundo: Acceder parcialmente a las pretensiones primera y segunda de la demanda de reconvención reformada en el entendido de declarar que el plazo del contrato de concesión C-344 de 2010 termina cuando se haya copado la capacidad del área licenciada al inicio de la concesión y la capacidad adicional que se logró mediante la modificación a la licencia ambiental contenida en la Resolución CAR 1351 del 18 de junio de 2014.

Trigésimo tercero: Acceder a la pretensión décima primera de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** incumplió el contrato de concesión 344 de 2010 al no haber realizado el mantenimiento correctivo de los equipos del Sistema de Tratamiento de Lixiviados del Relleno Sanitario Doña Juana, cuando estos queden fuera de servicio ni haber realizado los remplazos correspondientes.

Trigésimo cuarto: Acceder parcialmente a la pretensión décima tercera de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** incumplió el contrato de concesión 344 de 2010 por no haber calibrado los equipos FT20, RXT2 y RXT3.

Trigésimo quinto: Acceder a la pretensión décima quinta de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** incumplió el contrato de concesión 344 de 2010 al haber cumplido parcialmente la obligación de realizar los contramuestreos para establecer el desempeño del Sistema de Tratamiento de Lixiviados y el cumplimiento de la normatividad de vertimientos.

Trigésimo sexto: Acceder a la pretensión segunda subsidiaria de la vigésima primera principal de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** incumplió el contrato de concesión No. 344 de 2010 al no realizar el mantenimiento ambiental anual de los pondajes existentes dentro del relleno.

Trigésimo séptimo: Acceder a la pretensión vigésima tercera de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** incumplió el contrato de concesión No. 344 de 2010 por almacenar lixiviados en la celda VI.

Trigésimo octavo: Acceder a la pretensión primera subsidiaria de la vigésima quinta de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** incumplió el contrato de concesión No. 344 de 2010 por atender parcialmente las obligaciones relativas a las actividades de automatización y seguimiento en línea.

Trigésimo noveno: Acceder a la pretensión primera subsidiaria de la vigésima séptima principal de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** incumplió el contrato de concesión No. 344 de 2010 al no culminar las obras de estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal.

Cuadragésimo: Acceder a la pretensión primera subsidiaria de la vigésima novena principal de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** incumplió el contrato de concesión No. 344 de 2010 por no haber realizado la reparación, mantenimiento y aseo de la capa asfáltica de la vía principal del Relleno Sanitario Doña Juana, que va desde la puerta de acceso hasta la zona actual de disposición.

Cuadragésimo primero: Acceder a la pretensión primera subsidiaria de la trigésima primera principal de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** incumplió el contrato de concesión No. 344 al no haber realizado el diseño, elaboración, reparación, colocación, mantenimiento y aseo de las señales viales verticales y horizontales del Relleno Sanitario Doña Juana.

Cuadragésimo segundo: Acceder a la pretensión trigésima tercera de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que la sociedad **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** incumplió el contrato de concesión No. 344 de 2010 al no haber realizado las actividades de realce del dique ambiental definido en la Resolución CAR 1351 de 2014.

Cuadragésimo tercero: Acceder a la pretensión subsidiaria a la cuadragésima primera de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** incumplió el contrato de concesión No. 344 de 2010 al no disponer de la totalidad de la maquinaria permanente para la operación del relleno.

Cuadragésimo cuarto: Acceder a la pretensión cuadragésima tercera de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** incumplió el contrato de concesión No. 344 de 2010 al no remplazar la totalidad de la maquinaria permanente por maquinaria nueva con 0 (cero) horas de funcionamiento y año de fabricación no anterior a un (1) año desde el momento en que debía realizar su reemplazo.

Cuadragésimo quinto: Acceder parcialmente a la pretensión cuadragésima séptima de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** incumplió el contrato de concesión No. 344 de 2010 al no ha construir totalmente las obras necesarias y requeridas, no suministrar todos los repuestos, insumos y mano de obra, ni ejecutar totalmente las obligaciones contractuales dentro de sus actividades de cierre, post-cierre y clausura necesarias para la correcta administración y operación del Relleno Sanitario Doña Juana.

Cuadragésimo sexto: Acceder parcialmente a la pretensión cuadragésima novena de la demanda de reconvención reformada y, en

ese sentido, declarar que **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** incumplió la cláusula 2.32 el contrato de concesión No. 344 de 2010 al no hacer la provisión ordenada en el Artículo 2.3.2.3.5.18 del Decreto 1077 de 2015, en el Artículo 30 de la Resolución CRA 720 y en la Circular 001 de 2017 emitida por la CRA, para garantizar la disponibilidad de recursos económicos para la clausura y posclausura del Relleno Sanitario Doña Juana.

Cuadragésimo séptimo: Acceder a la pretensión quincuagésima primera de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, declarar que **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** incumplió el contrato de concesión No. 344 de 2010 al no haber atendido los múltiples requerimientos de suministrar la información de los costos de la operación del Relleno Sanitario Doña Juana.

Cuadragésimo octavo: Acceder a la pretensión quincuagésima segunda de la demanda de reconvención reformada y, en ese sentido, ordenar a **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** entregar la información sobre los costos de la operación del Relleno Sanitario Doña Juana, con sus soportes contables de los costos operativos en que haya incurrido durante el plazo de ejecución de la concesión al tiempo del laudo arbitral que ponga fin a la controversia. La información deberá ser dispuesta en un medio digital que garantice su integridad y acceso a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, la cual será entregada en un plazo de seis (6) meses siguientes de la ejecutoria del laudo.

Cuadragésimo noveno: Acceder parcialmente a la pretensión quincuagésima quinta de la demanda de reconvención reformada y, en

ese sentido, condenar a **CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA S.A. E.S.P.** a pagar a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS**, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de este Laudo, la suma de \$4.132.626.984 por concepto de cláusula penal pecuniaria como estimación anticipada de los perjuicios derivados de la falta de mantenimiento de los pondajes durante los años 2019 y 2020.

Quincuagésimo: Negar las demás pretensiones de la demanda de reconvención reformada.

Disposiciones comunes

Quincuagésimo primero: Abstenerse de proferir condena en costas.

Quincuagésimo segundo: Ordenar el levantamiento de las medidas cautelares decretadas.

Quincuagésimo tercero: Ordenar la expedición de copias de este laudo con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.

Quincuagésimo cuarto: Ordenar la devolución del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para su archivo.

Esta providencia queda notificada en estrados.

ALBERTO YEPES BARREIRO
Presidente



RODRIGO ANTONIO DURÁN BUSTOS

Árbitro



LUIS ARTURO DE BRIGARD CARO

Árbitro



ANTONIO PABÓN SANTANDER

Secretario

TABLA DE CONTENIDO	Pág
I. Antecedentes	2
II. Consideraciones del Tribunal	88
A. La tacha de sospecha a los testimonios	88
B. Estudio de la demanda principal reformada	93
1. Pretensiones de la demanda reformada en relación con la remuneración del contratista y con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato respecto de las actividades de disposición de residuos sólidos	93
1.1. Posiciones de las partes	95
1.2. Cuestiones jurídicas por resolver	105
1.2.1 Insuficiencia originaria	105
1.2.2 Insuficiencia sobrevenida	105
1.3. Recuento probatorio	106
1.3.1 Antecedentes de la celebración del contrato de concesión:	106
1.3.1.1. En cuanto a la información puesta a disposición de los interesados en presentar ofertas	110
1.3.1.2. En cuanto al alcance del contrato de concesión 344 de 2010	113
1.3.1.3. En cuanto a las obligaciones derivadas del contrato a cargo de CGR	116
1.3.1.4. En cuanto a la distribución de los riesgos contractuales	144
1.3.1.5. En cuanto a la remuneración del contratista	152
1.3.2 En cuanto a la celebración y ejecución del contrato	154
1.4. Consideraciones del Tribunal en cuanto a las pretensiones relacionadas con la remuneración y el restablecimiento del equilibrio económico respecto de las actividades de disposición de residuos sólidos	177

1.4.1	Desde el momento de la celebración del contrato y hasta la entrada en vigor de la resolución 720 de 2015	177
1.4.1.1.	Pretensiones declarativas quinta y sus subsidiarias, primera séptima, octava y su subsidiaria, vigésima primera y vigésima segunda de la demanda reformada	177
1.4.1.1.1.	En cuanto a la pretensión principal quinta	177
1.4.1.1.1.1.	La naturaleza de la remuneración en favor del contratista bajo el contrato de concesión 344 de 2010	178
1.4.1.1.1.2.	La ecuación económica del contrato de concesión 344 de 2010	186
1.4.1.1.2.	En cuanto a las pretensiones primera y segunda subsidiarias de la principal quinta	194
1.4.1.1.3.	En cuanto a la pretensión primera principal de la demanda reformada	201
1.4.1.1.4.	En cuanto a la pretensión séptima principal de la demanda reformada	212
1.4.1.1.5.	En cuanto a la pretensión octava principal de la demanda reformada	216
1.4.1.1.5.1.	Deber de planeación (l. 80 de 1993 art. 25, numeral 12) y deberes de buena fe y colaboración (c.p. art. 83; c.c. 1603)	217
1.4.1.1.5.2.	Deber de transparencia e información (l. 80 de 1993 art. 24, numeral 5, literales d y e)	231
1.4.1.1.5.3.	Deber de estimación de los riesgos (l. 1150 de 2007 art. 4)	233
1.4.1.1.5.4.	Deberes de vigilancia y control (l. 80 de 1993 art. 5, numerales 1 y 3), y el deber de revisión (l. 80 de 1993 art. 4, numerales 8 y 9; art. 5, numeral 3; art. 27 y art. 28)	233
1.4.1.1.5.5.	Deberes de suficiencia tarifaria (l. 142 de 1994 art. 87)	244
1.4.1.2.	En cuanto a la pretensión subsidiaria de la octava principal de	248

la demanda reformada	
1.4.1.3. En cuanto a las pretensiones vigésima primera y vigésima segunda de la demanda reformada	249
1.4.2. Pretensiones de condena novena, décima y sus subsidiarias, duodécima y su subsidiaria, vigésima tercera, vigésima cuarta y su subsidiaria, consecuentes de las pretensiones declarativas enunciadas en los apartados anteriores	254
1.4.3. Pronunciamiento sobre las excepciones de mérito formuladas por la demandada en cuanto a las pretensiones relacionadas con la remuneración y el restablecimiento del equilibrio económico respecto de las actividades de disposición de residuos sólidos desde el momento de la celebración del contrato y hasta la entrada en vigor de la resolución 720 de 2015	256
1.5. Consideraciones del Tribunal en cuanto a las pretensiones relacionadas con la insuficiencia de la remuneración y con el restablecimiento del equilibrio económico respecto de las actividades de disposición de residuos sólidos, desde el momento de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la resolución CRA 720 del 2015 hasta la entrada en vigor de la resolución CRA 843 de 2018	257
1.5.1. Eventos que, según la convocante, generaron la insuficiencia sobreviniente en la remuneración del Concesionario respecto de las actividades de disposición de residuos sólidos	261
1.5.1.1. Primer grupo	261
1.5.1.1.1. Particularidades del relleno sanitario Doña Juana	261
1.5.1.1.2. Zonas y equipos del RSDJ entregados en un estado distinto al anunciado en la licitación 001 de 2010	262

1.5.1.1.2.1.	Capacidad remanente	262
1.5.1.1.2.2.	Maquinaria	263
1.5.1.1.2.3.	Cierres, clausura y postclausura	264
1.5.1.1.2.4.	Equivocación con la licencia ambiental	265
1.5.1.1.2.5.	Pasivos ambientales de anteriores operadores	266
1.5.1.1.2.6.	Estabilización del talud poste 53 a 59	268
1.5.1.2.	Segundo grupo	269
1.5.1.2.1.	Licencia ambiental 1351 de 2014 y sus nuevas exigencias y actividades	269
1.5.1.2.2.	Aplicación de los costos económicos de referencia de la resolución CRA 720 de 2015	279
1.5.1.3.	La insuficiencia de la remuneración contractual por las actividades de disposición de residuos sólidos en el período 2016 a 2018	282
1.5.1.3.1.	La determinación de la “tarifa suficiente”	284
1.5.1.3.2.	Determinación de la suficiencia de la remuneración para la actividad de disposición de residuos sólidos en el período 2017 a 2018 ...	289
1.5.1.4.	Pronunciamiento sobre las excepciones formuladas por la demandada en relación con las pretensiones del capítulo 5.2	292
1.5.2.	Conclusiones del Tribunal en cuanto a las pretensiones relacionadas con la insuficiencia de la remuneración y con el restablecimiento del equilibrio económico respecto de las actividades de disposición de residuos sólidos, desde el momento de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la resolución CRA 720 del 2015 hasta la entrada en vigor de la resolución CRA 843 de 2018	309
1.5.2.1.	En cuanto a las pretensiones declarativas tercera, quinta, octava, vigésima primera y vigésima segunda de la demanda	309

reformada	
1.5.2.2. Pretensiones de condena novena, décima y sus subsidiarias, duodécima y su subsidiaria, vigésima tercera, vigésima cuarta y su subsidiaria, consecuenciales de las pretensiones declarativas tratadas en el apartado anterior	312
2. Las pretensiones de la demanda reformada en relación con la insuficiencia tarifaria para las actividades de tratamiento de lixiviados; el desequilibrio económico del contrato en relación con las actividades de tratamiento de lixiviados; y el riesgo de optimización de la planta de tratamiento de lixiviados	314
2.1. Las pretensiones de la demanda reformada	314
2.1.1. En relación con la alegada insuficiencia tarifaria de la remuneración por las actividades de tratamiento de lixiviados, la parte convocante solicita en la demanda reformada lo siguiente	314
2.1.2. En relación con el alegado desequilibrio de la ecuación económica financiera del contrato, por concepto de las actividades de tratamiento de lixiviados, la parte convocante solicita en la demanda reformada lo siguiente	317
2.1.3. En relación con el riesgo de optimización de la planta de tratamiento de lixiviados, la parte convocante solicita en la demanda reformada lo siguiente	319
2.2. Las posiciones de las partes	320
2.3. Cuestiones jurídicas por resolver	339
2.3.1. En cuanto a la insuficiencia tarifaria	339
2.3.2. En cuanto al desequilibrio de la ecuación económica del contrato	339
2.3.3. En cuanto a la estimación del riesgo de optimización de la	340

planta de tratamiento de lixiviados	
2.4. Consideraciones del Tribunal	340
2.4.1. Consideraciones del Tribunal relacionadas con la optimización de la PTL; pretensiones vigésima quinta y vigésima sexta con sus subsidiarias	341
2.4.1.1. La información de la licitación pública no. 001 de 2010 en relación con la optimización de la PTL	341
2.4.1.2. El estado en el que el Concesionario recibiría de la UAESP la planta de tratamiento de lixiviados -el plan de cumplimiento y el plan de choque propuestos por la UAESP a la CAR	356
2.4.1.3. La realidad de las condiciones en las que se entregó la planta de tratamiento de lixiviados al Concesionario	365
2.4.1.4. La previsibilidad del riesgo de construcción de la optimización de la PTL	374
2.4.1.5. Conclusiones del Tribunal	387
2.4.1.6. Pronunciamiento sobre las excepciones propuestas por la demandada contra las pretensiones que se analizan	394
2.4.1.7. El sentido de las decisiones del Tribunal respecto de las pretensiones de la demanda reformada en relación con la optimización de la planta de tratamiento de lixiviados	404
2.4.2. Consideraciones del Tribunal relacionadas con la insuficiencia tarifaria inicial en relación con las actividades de tratamiento de lixiviados - pretensiones segunda, cuarta, sexta y octava (parcial) de la demanda reformada	411
2.4.2.1. Recuento probatorio	413
2.4.2.2. Análisis y conclusiones del Tribunal	427
2.4.2.2.1. Deber de planeación (l. 80 de 1993 art. 25, numeral 12) y	440

deberes de buena fe y colaboración (c.p. art. 83; c.c. 1603)	
2.4.2.2. Deber de transparencia e información (l. 80 de 1993 art. 24, numeral 5, literales d y e)	442
2.4.2.2.3. Deber de Estimación de los Riesgos (l. 1150 de 2007 art. 4)	442
2.4.2.2.4. Deberes de suficiencia tarifaria (l. 142 de 1994 art. 87)	443
2.4.2.3. El sentido de la decisión del Tribunal	444
2.4.3. Consideraciones del Tribunal relacionadas con la insuficiencia tarifaria sobreviniente y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en relación con las actividades de tratamiento de lixiviados - pretensiones octava (parcial) vigésima primera y vigésima segunda de la demanda reformada	445
2.4.3.1. Recuento probatorio	446
2.4.3.2. Consideraciones del Tribunal	472
2.4.3.3. Pronunciamiento sobre las excepciones formuladas por la demandada en relación con las pretensiones de los capítulos 4.2 y 4.3	483
2.4.3.4. El sentido de las decisiones del Tribunal en cuanto a las pretensiones declarativas relacionadas con la insuficiencia de la remuneración y con el restablecimiento del equilibrio económico respecto de las actividades de disposición de residuos sólidos, desde el momento de la modificación tarifaria con base en los costos de referencia de la resolución CRA 720 del 2015 hasta la entrada en vigor de la resolución CRA 843 de 2018	493
2.4.4. Análisis y conclusiones respecto de las pretensiones de condena novena, décima y sus subsidiarias, duodécima y su subsidiaria, vigésima tercera, vigésima cuarta y su subsidiaria, consecuenciales de las pretensiones declarativas enunciadas en los capítulos 4.2 y 4.3	495

anteriores	
3. Pretensiones de la demanda reformada en relación con intereses y mayores costos por financiación	503
3.1. Las posiciones de las partes	504
3.1.1. Posición de la convocante	504
3.1.2. Posición de la convocada	506
3.2. Consideraciones del Tribunal	507
3.2.1. Problema jurídico	507
3.2.2. Análisis del Tribunal	507
3.2.3. Análisis de las excepciones propuestas	510
3.3. El sentido de la decisión del Tribunal	511
4. Pretensiones relativas a los costos por sanciones e intereses por cargas tributarias	511
4.1. Las posiciones de las partes	512
4.1.1. Posición de la convocante	512
4.1.2. Posición de la convocada	515
4.1.3. Excepciones de la convocada	516
4.2. Consideraciones del Tribunal	516
4.2.1. Problema jurídico	516
4.2.2. Análisis del Tribunal	517
4.3. El sentido de la decisión del Tribunal	517
5. Descuento del 10% sobre la remuneración	518
5.1. Las posiciones de las partes	519
5.1.1. Posición de la convocante	519
5.1.2. Posición de la convocada	520
5.2. Consideraciones del Tribunal	522
5.2.1. Problema jurídico	522

5.2.2.	Análisis del Tribunal	522
5.3.	Excepciones de la convocada	527
5.4.	El sentido de la decisión del Tribunal	529
6.	Las diferencias entre las partes derivadas del acta no. 01 de 2014	529
6.1.	Las pretensiones de la demanda reformada	529
6.1.1.	Las posiciones de las partes	530
6.1.1.1.	Posición de la parte convocante	530
6.1.1.2.	Posición de la parte convocada	532
6.1.2.	Las excepciones de la convocada frente a las pretensiones de la demanda reformada	533
6.1.3.	Traslado de excepciones	536
6.2.	Consideraciones del Tribunal	537
6.2.1.	Los problemas jurídicos	537
6.2.2.	Análisis probatorio	537
6.3.	Conclusiones del Tribunal	559
6.4.	El sentido de la decisión	561
7.	Aplicación de descuentos con base en indicadores de calidad improcedentes	565
7.1.	Posiciones de las partes	566
7.1.1.	Posición de la parte convocante	566
7.1.2.	Posición de la parte convocada	568
7.1.3.	Excepciones frente a las pretensiones	570
7.1.4.	Traslado de excepciones	572
7.2.	Consideraciones del Tribunal	573
7.2.1.	Problemas jurídicos	573
7.2.2.	Análisis probatorio y conclusiones del Tribunal	573
7.3.	El sentido de la decisión	582

8.	Pretensiones de la demanda reformada en relación con multas impuestas por la UAESP y la super servicios	586
8.1.	Posiciones de las partes	587
8.1.1.	Posición de la convocante	587
8.1.2.	Posición de la convocada	589
8.2.	Consideraciones del Tribunal	589
8.2.1.	Problemas jurídicos	589
8.2.2.	Análisis probatorio y conclusiones del Tribunal	590
8.3.	El sentido de la decisión	593
9.	Pretensiones de la demanda reformada sobre la reparación del Pondaje II-2	594
9.1.	Las posiciones de las partes	595
9.1.1.	Posición de la convocante	595
9.1.2.	Posición de la convocada	597
9.1.3.	Excepciones	598
9.2.	Consideraciones del Tribunal	599
9.2.1.	El problema jurídico	599
9.2.2.	Análisis probatorio y conclusiones del Tribunal	600
9.3.	El sentido de la decisión	607
10	Pretensiones de la demanda reformada respecto del incumplimiento en la entrega de maquinaria	609
10.1.	Las posiciones de las partes	610
10.1.1.	Posición de la convocante	610
10.1.2.	Posición de la parte convocada	612
10.1.3.	Excepciones	614
10.1.4.	Traslado de excepciones	616
10.2.	Consideraciones del Tribunal	617
10.2.1.	Problema jurídico	617

10.2.2. Análisis probatorio y conclusiones del Tribunal	617
10.3. El sentido de la decisión	631
11. Sobre el plazo del contrato de concesión 344 de 2010	631
11.1 Las pretensiones de las demandas	632
11.1.1. Pretensión de la demanda principal reformada en relación con el plazo del contrato de concesión c - 344 de 2010	632
11.1.2. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada en relación con el plazo del contrato de concesión c – 344 de 2010	632
11.2. Fundamentos de las demandas y sus contestaciones	633
11.2.1. La demanda principal reformada	633
11.2.2. Contestación a la demanda principal reformada	634
11.2.3. La demanda de reconvención reformada	635
11.2.4. Contestación a la demanda de reconvención reformada	637
11.3. Los alegatos de conclusión de las partes	638
11.3.1. Los alegatos de CGR Doña Juana	638
11.3.2. Los alegatos de la UAESP	642
11.4. Consideraciones del Tribunal	644
11.4.1. La interpretación judicial	644
11.4.2. El entendimiento del plazo en la etapa precontractual	647
11.4.2.1. Los estudios previos y el pliego de condiciones	647
11.4.2.1.1. Las observaciones, preguntas y respuestas al pliego de condiciones	654
11.4.2.2. Conclusiones del análisis del pliego de condiciones, observaciones, preguntas y respuestas	665
11.4.2.2.3 Conclusiones del Tribunal sobre el entendimiento del plazo en el pliego de condiciones	670
11.4.2.3 Análisis de la oferta presentada por CGR Doña Juana en relación con el entendimiento del plazo del contrato	672

11.4.2.4 Conclusiones del Tribunal sobre el entendimiento del plazo en la etapa precontractual	676
11.4.3 La voluntad de las partes en el texto de la cláusula	678
11.4.4 La interpretación de la cláusula sexta en el contexto de las demás cláusulas del contrato de concesión 344 de 2010	690
11.4.5 El comportamiento de las partes en la ejecución del contrato. La posibilidad de interpretación auténtica del contrato estatal	705
11.4.5.1. La interpretación auténtica y la modificación del contrato	710
11.4.5.2 Examen de la eficacia del supuesto de modificación del contrato	712
11.4.5.2.1. Incumplimiento del requisito la solemnidad del contrato estatal	712
11.4.5.2.2. Vulneración de los principios de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad, prevalencia del interés general y transparencia	714
11.4.5.2.3. Violación del principio de la buena fe en la fijación de los elementos del contrato	718
11.4.6. La doctrina de los actos propios	720
11.4.7. La Resolución CRA 843 de 2018 y el plazo del contrato de concesión 344 de 2010	724
11.4.8. Conclusiones. Pronunciamiento sobre las pretensiones y las excepciones sobre el plazo del contrato	727
C. Estudio de la demanda de reconvención	730
1. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada en relación con los presuntos incumplimientos de las obligaciones del contrato de concesión c – 344 de 2010 relacionadas con el tratamiento	731

de lixiviados al interior del RSDJ	
1.1. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada en relación con el presunto incumplimiento de la obligación de optimización del sistema de tratamiento de lixiviados	731
1.1.1. La demanda y su contestación	732
1.1.1.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	732
1.1.1.2. La contestación a la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario	734
1.1.2. Los alegatos de conclusión de las partes	742
1.1.2.1. Los alegatos de la UAESP	742
1.1.2.2. Los alegatos del Concesionario	747
1.1.3. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	749
1.1.3.1. La competencia del Tribunal arbitral respecto de la tercera pretensión subsidiaria de la tercera principal	749
1.1.3.2. El fondo de la controversia	755
1.2. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada en relación con el presunto incumplimiento de la obligación de tratamiento integral de lixiviados y vertimientos	760
1.2.1. La demanda y su contestación	760
1.2.1.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	760
1.2.1.2. La contestación a la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario	762
1.2.2. Los alegatos de conclusión de las partes	768
1.2.2.1. Los alegatos de conclusión de la UAESP	768
1.2.2.2. Los alegatos del Concesionario	769
1.2.3. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral..	771
1.3. Pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento de la	783

obligación de control de brotes y derrames de lixiviados	
1.3.1. La demanda y su contestación	783
1.3.1.1. La demanda de reconvención reformada	783
1.3.1.2. La contestación a la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario	784
1.3.2. Los alegatos de conclusión de las partes	788
1.3.2.1. Los alegatos de conclusión de la UAESP	788
1.3.2.2. Los alegatos del Concesionario	789
1.3.3. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	791
1.4. Pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento de la obligación de disponibilidad de uso y/o adquisición e implementación de plantas eléctricas de respaldo, circuitos eléctricos preferenciales y/o circuitos eléctricos redundantes para la solución de fallas del suministro eléctrico del sistema de tratamiento de lixiviados	801
1.4.1. La demanda y su contestación	802
1.4.1.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	802
1.4.1.2. La contestación de la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario	803
1.4.2. Los alegatos de conclusión de las partes	806
1.4.2.1. Los alegatos de la UAESP	806
1.4.2.2. Los alegatos del Concesionario	807
1.4.3. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	809
1.5. Pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento de la obligación de mantenimiento correctivo de los equipos del sistema de tratamiento de lixiviados del RSDJ y de realizar los reemplazos correspondientes	821
1.5.1. La demanda y su contestación	822

1.5.1.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	822
1.5.1.2. La contestación de la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario	823
1.5.2. Los alegatos de conclusión de las partes	826
1.5.2.1. Los alegatos de la UAESP	826
1.5.2.2. Los alegatos de CGR	827
1.5.3. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	829
1.6. Pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento de la obligación de calibrar los equipos y de obtener la certificación metrológica actualizada y disponer de los controladores automatizados, indicadores y registradores de caudal, certificados metrológicamente sellados y conectados al sistema de monitoreo y control en línea del sistema de tratamiento de lixiviados	847
1.6.1. La demanda y su contestación	848
1.6.1.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	848
1.6.1.2. La contestación de la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario	849
1.6.2. Los alegatos de conclusión de las partes	851
1.6.2.1. Los alegatos de la UAESP	851
1.6.2.2. Los alegatos del Concesionario	852
1.6.3. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal	853
1.7. Pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento de la obligación de realizar los contramuestreos y asumir los costos necesarios para establecer el desempeño del sistema de tratamiento de lixiviados y el cumplimiento de la normatividad de vertimientos	863
1.7.1. La demanda y su contestación	863
1.7.1.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	863

1.7.1.2.La contestación de la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario	864
1.7.2. Los alegatos de las partes	867
1.7.2.1.Los alegatos de la UAESP	867
1.7.2.2.Los alegatos de CGR	868
1.7.3. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral ..	869
1.8. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada en relación con los presuntos incumplimientos de las obligaciones del contrato de concesión relacionadas con pagar las tasas, multas o sanciones que se impusieran por las autoridades por incumplimiento de las normas ambientales en la operación integral del RSDJ y de mantener indemne a la entidad concedente	873
1.8.1. Pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento de la obligación de pagar la multa impuesta por la autoridad nacional de licencias ambientales mediante las resoluciones 01462 del 5 de septiembre de 2018 y 01506 del 25 de julio de 2019 y de pagar las tasas retributivas por vertimiento al tramo 2 del río Tunjuelo de los periodos 2014 a 2018.....	873
1.8.1.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	874
1.8.1.2. La contestación a la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario UAESP	877
1.8.2. Los alegatos de conclusión de las partes	883
1.8.2.1. Los alegato de la UAESP	883
1.8.2.2. Los alegatos del Concesionario	885
1.8.3. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	889
1.8.3.1. La competencia del Tribunal arbitral respecto de las pretensiones décima séptima, décima octava, décima novena y	889

vigésima	
1.8.3.2. El fondo de la controversia	891
2. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada en relación con los presuntos incumplimientos de las obligaciones del contrato de concesión c – 344 de 2010 relacionadas con el mantenimiento de pondajes del RSDJ	904
2.1. La demanda y su contestación	905
2.1.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	905
2.1.2. La contestación a la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario	906
2.2. Los alegatos de las partes	910
2.2.1. Los alegatos de la UAESP	910
2.2.2. Los alegatos del Concesionario	911
2.3. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	913
2.3.1. La competencia del Tribunal arbitral respecto de la segunda pretensión subsidiaria de la vigésima primera pretensión principal y su consecuencial	913
2.3.2. El fondo de la controversia	917
3. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada en relación con los presuntos incumplimientos de las obligaciones del contrato de concesión c- 344 de 2010 relacionadas con el uso de la celda vi	935
3.1. La demanda y su contestación	936
3.1.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	936
3.1.2. La contestación a la demanda de reconvención reformada por parte de la UAESP	937
3.2. Los alegatos de las partes	941

3.2.1. Los alegatos de la UAESP	941
3.2.2. Los alegatos del Concesionario	943
3.3. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral ..	945
4. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada en relación con los presuntos incumplimientos de las obligaciones de instalación y conexión de los instrumentos de geotecnia en línea en tiempo real	951
4.1. La demanda y su contestación	952
4.1.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	952
4.1.2. La contestación a la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario	953
4.2. Los alegatos de conclusión de las partes	955
4.2.1. Los alegatos de la UAESP	955
4.2.2. Los alegatos del Concesionario	956
4.3. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	958
4.3.1. La competencia del Tribunal arbitral respecto de la primera pretensión subsidiaria de la vigésima quinta y su consecuencial	958
4.3.2. El fondo del asunto	960
5. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada en relación con los presuntos incumplimientos de las obligaciones del contrato de concesión C- 344 de 2010 relacionadas con las obras civiles al interior del RSDJ	977
5.1. Pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento de la obligación de estabilización del talud entre los postes 53 y 59 de la vía principal	977
5.1.1. La demanda y su contestación	978

5.1.1.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	978
5.1.1.2. La contestación de la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario	980
5.1.2. Los alegatos de conclusión de las partes	983
5.1.2.1. Los alegatos de conclusión de la UAESP	983
5.1.2.2. Los alegatos de conclusión del Concesionario	985
5.1.3. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal	986
5.1.3.1. La competencia del Tribunal para resolver respecto de la primera pretensión subsidiaria de la vigésima séptima principal	986
5.1.3.2. El fondo de la controversia	988
5.2. Pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento de la obligación de construcción, reparación, mantenimiento y aseo de la capa asfáltica -incluidas las obras de arte laterales- de la vía principal del RSDJ, bajo las normas técnicas viales expedidas por invias y demás autoridades competentes y de realizar el diseño, elaboración, reparación, colocación, mantenimiento y aseo de las señales viales verticales y horizontales bajo las normas técnicas viales expedidas por Invias	1004
5.2.1. La demanda y su contestación	1005
5.2.1.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	1005
5.2.1.2. La contestación a la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario	1007
5.2.2. Los alegatos de conclusión de las partes	1010
5.2.2.1. Los alegatos de la UAESP	1010
5.2.2.2. Los alegatos del Concesionario	1012
5.2.3. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal	1015

5.2.3.1. La competencia del Tribunal arbitral respecto de la primera pretensión subsidiaria de la vigésima novena principal, trigésima, primera pretensión subsidiaria de la trigésima primera principal y trigésima segunda	1015
5.2.3.2. El fondo del asunto	1017
6. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada en relación con los presuntos incumplimientos de las obligaciones del contrato de concesión c- 344 de 2010 relacionadas con las obras de realce del dique ambiental	1036
6.1. La demanda y su contestación	1036
6.1.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	1036
6.1.2. La contestación a la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario	1037
6.2. Los alegatos de las partes	1040
6.2.1. Los alegatos de la UAESP	1040
6.2.2. Los alegatos del Concesionario	1041
6.3. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	1043
7. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada en relación con los presuntos incumplimientos de las obligaciones del contrato de concesión c- 344 de 2010 relacionadas con el deslizamiento de residuos del 28 de abril de 2020	1060
7.1. La demanda y su contestación	1062
7.1.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	1062
7.1.2. La contestación a la demanda de reconvención reformada por el Concesionario	1063
7.2. Los alegatos de las partes	1065

7.2.1.	Los alegatos de la UAESP	1065
7.2.2.	Los alegatos del Concesionario	1066
7.3.	Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal	1069
7.3.1.	La competencia del Tribunal arbitral respecto de la pretensión trigésima quinta, trigésima sexta, trigésima séptima, trigésima octava, trigésima novena y cuadragésima	1069
7.3.2.	El fondo de la controversia	1070
8.	Pretensiones de la demanda de reconvención reformada en relación con los presuntos incumplimientos de las obligaciones del contrato de concesión c- 344 de 2010 relacionadas con la maquinaria permanente para operación del RSDJ	1081
8.1.	Pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento de la obligación de disponer de la maquinaria permanente para la operación del RSDJ	1081
8.1.1.	La demanda de reconvención reformada	1082
8.1.2.	La contestación a la demanda de reconvención reformada ...	1085
8.1.3.	Los alegatos de conclusión de la UAESP	1091
8.1.4.	Los alegatos de conclusión de CGR Doña Juana	1092
8.2.	Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	1095
8.2.1.	La competencia del Tribunal arbitral respecto de la primera pretensión subsidiaria de la cuadragésima primera pretensión principal	1095
8.2.2.	El fondo de la controversia	1096
9.	Pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento de la obligación de reemplazar la maquinaria permanente por maquinaria nueva para la operación del RSDJ	1114
9.1.	La demanda de reconvención reformada	1115

9.2.	La contestación a la demanda de reconvención reformada	1116
9.3.	Los alegatos de conclusión de las partes	1118
9.3.1.	Los alegatos de la UAESP	1118
9.3.2.	Los alegatos del Concesionario	1120
9.4.	Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	1123
9.4.1.	La competencia del Tribunal arbitral respecto de la cuadragésima tercera pretensión	1123
9.4.2.	El fondo del asunto y el pronunciamiento del Tribunal	1125
10.	Pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento de la obligación de realizar y entregar los peritajes técnicos de la maquinaria permanente para la operación del RSDJ	1130
10.1.	La demanda de reconvención reformada	1130
10.2.	Contestación del Concesionario a la demanda de reconvención reformada	1133
10.3.	Alegatos de conclusión de la UAESP	1137
10.4.	Alegatos de conclusión del Concesionario CGR Doña Juana	1138
10.5.	Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	1140
10.5.1.	La competencia del Tribunal arbitral respecto de la primera pretensión subsidiaria de la cuadragésima primera pretensión principal	1140
10.5.2.	El asunto de fondo y el pronunciamiento del Tribunal	1141
11.	Pretensiones de la demanda de reconvención reformada en relación con los presuntos incumplimientos de las obligaciones del contrato de concesión C- 344 de 2010 relacionadas con las actividades de cierre, post – cierre y clausura	1147
11.1.	Pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento de la obligación de construir las obras necesarias y requeridas y el suministro de repuestos, insumos y manos de obra para ejecutar las actividades de cierre, post – cierre y clausura, conforme al aclaratorio no. 1 del 14	1147

de junio de 2017	
11.1.1. La demanda de reconvención reformada	1148
11.1.2. Contestación del Concesionario a la demanda de reconvención reformada	1151
11.1.3. Alegatos de conclusión de la UAESP	1153
11.1.4. Alegatos de conclusión del Concesionario CGR Doña Juana	1154
11.2. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	1156
12. Pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento de la obligación de garantizar la disponibilidad de recursos económicos para la clausura y posclausura del RSDJ	1173
12.1. La demanda de reconvención reformada	1174
12.2. Contestación del Concesionario a la demanda de reconvención reformada	1175
12.3. Alegatos de conclusión de la UAESP	1177
12.4. Alegatos de conclusión del Concesionario CGR Doña Juana	1178
12.5. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	1179
12.5.1. La competencia del Tribunal arbitral respecto de la cuadragésima novena pretensión y su consecuencial	1179
12.5.2. El fondo de la controversia	1186
13. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada en relación con los presuntos incumplimientos de las obligaciones del contrato de concesión C- 344 de 2010 relacionadas con la entrega de información	1199
13.1. Pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento de la obligación de entregar información sobre los costos de operación del RSDJ	1199
13.2. La demanda y su contestación	1200
13.2.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	1200

13.2.2. La contestación a la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario	1202
13.3. Los alegatos de conclusión de las partes	1205
13.3.1. Los alegatos de la UAESP	1205
13.3.2. Los alegatos del Concesionario	1207
13.4. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	1207
14. Pretensiones relacionadas con el presunto incumplimiento de la obligación de entregar información sobre la inversión en el área de gestión social desde el año 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016	1214
14.1. La demanda y su contestación	1214
14.1.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	1214
14.1.2. La contestación a la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario	1216
14.2. Los alegatos de conclusión de las partes	1218
14.2.1. Los alegatos de la UAESP	1218
14.2.2. Los alegatos del Concesionario	1219
14.3. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	1221
14.3.1. La competencia del Tribunal arbitral respecto de la primera pretensión subsidiaria de la quincuagésima tercera pretensión principal	1221
14.3.2. El fondo de la controversia	1222
15. Las pretensiones consecuenciales de terminación del contrato derivado de los incumplimientos a cargo de CGR Doña Juana que han sido declarados en este laudo arbitral	1226
16. Las pretensiones de carácter indemnizatorio	1243
16.1. Sobre la cláusula penal pecuniaria	1245
16.1.1. Perjuicios sufridos por la UAESP como consecuencia del incumplimiento por la no realización del mantenimiento de todos los pondajes del RSDJ	1249

16.1.2. Perjuicios sufridos por la UAESP como consecuencia del incumplimiento del Concesionario por no haber reemplazado la maquinaria a los ocho (8) años de operación; no haber dispuesto de los instrumentos de geotecnia en línea y la automatización del RSDJ; no haber realizado las actividades relativas a vías y señales; la no culminación de las actividades de estabilización del talud entre los postes 53 a 59 de la vía principal del RSDJ; y no haber realizado la provisión de recursos para actividades de clausura y posclausura	1256
17. Pretensiones de la demanda de reconvención reformada en relación con la declaratoria que el acta 01 de 2014, celebrada por la unidad administrativa especial de servicios públicos y CGR Doña Juana S.A. –ESP, no es constitutiva de una modificación contractual y por tanto no es generadora de derechos ni obligaciones, dado su carácter provisional	1062
18. La demanda y su contestación	1063
18.1. La demanda de reconvención reformada de la UAESP	1063
18.2. La contestación a la demanda de reconvención reformada por parte del Concesionario	1274
18.3. Los alegatos de conclusión de las partes	1280
18.3.1. Los alegatos de la UAESP	1280
18.3.2. Los alegatos del Concesionario	1283
18.4. Lo probado en el proceso y consideraciones del Tribunal arbitral	1292
19. Pretensión relacionada con la publicación de registros ordenados por la ley	1297
D. Juramento estimatorio	1299
E. Costas	1301
III. Parte resolutive	1301