

### CAPITULO III

Tirsa S.A. E.S.P. Contra Distrito de Cartagena.

### CAPITULO III

**PARTES:** Tirsa S.A. E.S.P. Contra Distrito De Cartagena

**ARBITRO:** Dr. Rodrigo Martínez Torres - Presidente  
Dr. Hernando Herrera Mercado  
Dr. Mauricio Fajardo Gómez

**SECRETARIO:** Dr. Carlos Eduardo Pareja Emiliani

**FECHA:** 11 de Marzo de 2005

**PROTOCOLIZACIÓN:** E. P No. 1018 del 2 de Junio de 2005  
Notaria 4<sup>a</sup> del Círculo de Cartagena

**NORMAS CITADAS:** Artículo 1º, 2º, 6, 29, 58, 116, 150, 228, 230, 365, Constitución Política de Colombia; Ley 142 de 1994; Ley 80 de 1993; Ley 143 de 1994; Ley 689 de 2001; Ley 222 de 1983; Ley 2<sup>a</sup> de 1959; Artículos 1496, 1497, 1498 Código Civil Colombiano; Artículos 86, 170 – 178, 220 Código Contencioso Administrativo; Artículo 4º, 6, 115, 191, 238, 305, 306 Código de Procedimiento Civil; Decreto 2651 de 1991; Decreto 1818 de 1998; Artículo 19, 68, 28, 29, 39, 50, 51, 53, 55, 59, del Código de Comercio.

**TEMAS JURIDICOS:** Contrato Estatal; Tratamiento de Residuos Sólidos; Terminación y Liquidación de un Contrato Estatal; Arrendamiento de Maquinaria.

**JURISPRUDENCIA:** Sentencia de la Corte Constitucional C – 188 de 1999; Sentencia de la Corte Constitucional C – 1038 de 2002; Sentencia de la Corte Constitucional C – 1436 de 2000; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de junio 08 de 2000 expediente No. 16973; Sentencia del Consejo de Estado fechada en mayo 11 de 1990; Consejo de Estado Sentencia de junio 22 de 1995; Consejo de Estado Sentencia de abril 10 de 1997; Consejo de Estado Sentencia de 9 de marzo de 1998; Sentencia de junio 25 de 1992; Decreto 01 de 1984; Decreto-ley 222 de 1983; Decreto 2282 de 1989; Decreto 2651 de 1991.

## LAUDO ARBITRAL

### TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

**TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P CONTRA EL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS.**

### INDICE

- I. ANTECEDENTES- ASPECTOS GENERALES
- II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.
  1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.
  2. LOS EFECTOS DE LA REFORMA DE LA DEMANDA PRINCIPAL Y LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.
  3. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PARTES Y LA PRUEBA DE SU EXISTENCIA.
    - 3.1. REGIMEN LEGAL APLICABLE A LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS PARTES.
    - 3.2. EL REGIMEN LEGAL APLICABLE AL CONTRATO EN ESTUDIO.
  4. EL TIPO DE CONTRATO Y SU NATURALEZA.
  5. DE LAS FORMAS DE TERMINACION DE LOS CONTRATOS ESTATALES.
  6. NATURALEZA, EFECTOS Y PROCEDENCIA DE LA TERMINACION BILATERAL Y ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS ESTATALES.
  7. LA TERMINACION BILATERAL, POR MUTUO ACUERDO, DEL CONTRATO DAMA 001-2002.
  8. DIFERENCIAS ENTRE TERMINACION DE UN CONTRATO ESTATAL Y SU LIQUIDACION.
  9. LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES Y SUS EFECTOS.
  10. LA LIQUIDACION BILATERAL DEL CONTRATO DAMA-001-2002.
    - 10.1. LAS SALVEDADES DE LAS PARTES, CONVOCADA Y CONVOCANTE, RESPECTO DEL ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL DEL CONTRATO DAMA-001-2002 Y SU RESPECTIVO ALCANCE.
      - 10.1.1. LAS SALVEDADES O RESERVAS DE LA CONVOCADA RESPECTO DEL ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO DAMA-001-2002 Y SU RESPECTIVO ALCANCE.
      - 10.1.2. LAS SALVEDADES O RESERVAS DE LA CONVOCANTE EN RELACIÓN CON EL ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO DAMA-001-2002 Y EL ALCANCE DE LAS MISMAS.
        - 10.1.2.1. EL FUNDAMENTO JURIDICO QUE SIRVE PARA SUSTENTAR LAS SALVEDADES Y PRETENSIONES DE LA CONVOCANTE.
        - 10.1.2.2. LOS VALORES QUE CORRESPONDEN A LAS SALVEDADES O RESERVAS EFECTUADAS POR LA CONVOCANTE RESPECTO DE LA LIQUIDACION BILATERAL DEL CONTRATO DAMA-001-2002.
        - 10.1.2.3. LA ACTUALIZACION DE LOS VALORES SEÑALADOS POR LA CONVOCANTE EN SUS

CORRESPONDIENTES SALVEDADES O RESERVAS.

**10.1.2.4.** No aceptación de la autodeclaratoria a paz y salvo por todo concepto que realizó el DISTRITO DE CARTAGENA.

**10.1.2.5.** DISPOSICIÓN DE INERTES EN EL RELLENO DE HENEQUÉN DE BARRANQUILLA.

**10.1.2.6.** COSTOS CLAUSURA LOTE LA CONCORDIA.

**10.1.2.7.** EXIGENCIAS AUTORIDADES AMBIENTALES OBRAS CIVILES RELACIONADAS CON LA ALTERNATIVA TECNOLÓGICA.

**10.1.2.8.** COSTOS DE FUNCIONAMIENTO – SUSPENSIÓN.

**10.1.2.9.** ADQUISICIÓN PREDIO LA CONCORDIA.

**10.1.2.10.** PAGO DE IMPUESTOS, ESTAMPILLAS Y REGISTRO DE LA COMPRA DEL LOTE.

**10.1.2.11.** COMPRA DE MAQUINARIA Y EQUIPOS.

**10.1.2.12.** COMPRA DE EQUIPOS DE COMUNICACIÓN Y COMPUTACIÓN.

**10.1.2.13.** CARGOS DIFERIDOS (VER ANEXO).

**10.1.2.14.** COSTOS DE PRODUCCIÓN Y ARRENDAMIENTO MAQUINARIA.

**10.1.2.15.** LUCRO CESANTE DURANTE SUSPENSIÓN ESTIMADO.

**10.1.2.16.** DAÑO EMERGENTE POR TERMINACIÓN ANTICIPADA ESTIMADO.

**10.1.2.17.** LA ACEPTACIÓN DE LA CONVOCANTE RESPECTO DEL RECONOCIMIENTO EFECTUADO Y LA FORMA DE PAGO ASUMIDA POR LA CONVOCADA EN EL ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL.

**11.** LA OBJECION POR ERROR GRAVE, FORMULADA CONTRA EL DICTAMEN PERICIAL AMBIENTAL.

**12.** LA TACHA DE SOSPECHA SOBRE LOS TESTIGOS.

**13.** LA APRECIACION DE LA PRUEBA CORRESPONDIENTE A LA CONTABILIDAD DE LA CONVOCANTE.

**14.** LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL Y SU VALORACION PROBATORIA.

**15.** LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCION Y SU VALORACION PROBATORIA.

**16.** LAS EXCEPCIONES DE MERITO DE LA CONVOCADA FRENTE A LA DEMANDA PRINCIPAL.

**17.** LAS EXCEPCIONES DE MERITO DE LA CONVOCANTE FRENTE A LA DEMANDA DE RECONVENCION.

### **III. PARTE RESOLUTIVA**

## I. LAUDO ARBITRAL

Cartagena de Indias D. T. y C., once días (11) de marzo del año dos mil cinco (2005).

Agotado el trámite y dentro de la oportunidad legal para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el Laudo que finaliza el proceso arbitral, que fuera propuesto por la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P.**, contra el **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, con ocasión al Contrato N° DAMA-001-2002.

### ANTECEDENTES- ASPECTOS GENERALES.

#### TRAMITE INICIAL.

#### PODER. PRESENTACION DE LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de controversias contractuales, regulada en el artículo 87 del Código Contenciosos Administrativo y de conformidad con las disposiciones legales rectoras del arbitramento la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P.**, representada legalmente por la doctora **DURYS DEL SOCORRO ANGULO FABRRA**, como parte CONVOCANTE, otorgó poder especial al Abogado Doctor **RAFAEL NAVI GREGORIO ANGARITA LAMK**. Quién formuló el día 18 de Diciembre de 2003, demanda de carácter arbitral ante el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, contra **EL DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGEA DE INDIAS**, con el objeto de dirimir las diferencias surgidas con ocasión del Contrato de Concesión DAMA-001-2002 celebrado entre las partes.

#### NOMBRAMIENTO DE ARBITROS.

De conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Compromisoria, en audiencia realizada el 16 de Febrero de 2004, las partes de común acuerdo designaron como árbitros a los doctores **JAIME VIDAL PERDOMO, RODRIGO MARTINEZ TORRES** y **HERNANDO HERRERA MERCADO** y como árbitros suplentes a los doctores **MAURICIO FAJARDO GOMEZ, JUAN DE DIOS MONTES** y **ARNALDO MENDOZA TORRES**.

El doctor **JAIME VIDAL PERDOMO**, mediante memorial de fecha Febrero 27 de 2004, no aceptó la designación que le hicieran las partes, por lo que se designó al doctor **MAURICIO FAJARDO GOMEZ** como árbitro quien aceptó su designación.

#### SUSTITUCIÓN APODERADO CONVOCANTE.

El Doctor **RAFAEL NAVI GREGORIO ANGARITA LAMK**, mediante escrito presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena visible a folio 97 del expediente Tomo N° I, le sustituye poder al Doctor **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**.

#### AUDIENCIA DE INSTALACION DEL TRIBUNAL.

Según Acta de fecha 15 de Marzo de 2004, se celebró la Audiencia de Instalación de este Tribunal de Arbitramento, con asistencia de la Directora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, los árbitros designados, el apoderado sustituto de la parte convocada y el delegado de la parte convocada para el efecto.

Debidamente instalado el Tribunal de Arbitramento, teniendo en cuenta las pretensiones, los antecedentes y elementos de juicio del caso, se notificó al señor Agente del Ministerio Publico y para cumplir con los efectos propios de la etapa Pre –Arbitral consignados en la sentencia C-1038 de noviembre 28 de 2002 de la H. Corte Constitucional se fijo audiencia de Conciliación entre las partes.

#### **PRESENTACION DE PODERES PARTE CONVOCADA- AUDIENCIA DE CONCILIACION.**

El señor Alcalde Mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias Doctor **ALBERTO RAFAEL BARBOZA SENIOR**, mediante memorial de fecha 29 de Marzo de 2004, dirigido al H. Tribunal de Arbitramento, otorgó poder especial amplio y suficiente al Abogado Doctor **ALEXEI JULIO ESTRADA**, para representar los intereses del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias hasta la terminación del proceso arbitral promovido por la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P.**, el cual fue reconocido.

Debidamente representadas las partes y estando presentes mediante audiencia de fecha 29 de Marzo de 2004 el Tribunal abrió el debate entre estas para ver si llegaban a un acuerdo conciliatorio, lo cual no se logró declarándose fracasada la Conciliación entre estas.

#### **ADMISSION DE LA DEMANDA ARBITRAL. TRASLADO AL DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE IINDIAS.**

Por reunir los requisitos legales se admitió la demanda, se ordenó notificar personalmente al señor Alcalde Mayor de la ciudad de Cartagena de Indias y al señor Agente del Ministerio Publico, en la cual se ordenó correr traslado de la solicitud de convocatoria por el término de diez (10) días, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 428 del C. de P.C.

Ordenado lo anterior, el Tribunal procedió a la fijación de gastos, protocolización, registro y otros.

#### **EL PROCESO ARBITRAL.**

#### **LA DEMANDA DE LA SOCIEDAD TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS TIRSA S.A. E.S.P.**

Solicita la Parte Convocante como pretensiones principales y accesorias las siguientes, las cuales en su redacción señalan:

#### **"PRETENSIONES- PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

1. Por las razones fácticas y jurídicas que más adelante expresaré, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal, se declare el incumplimiento por parte del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURA DE CARTAGENA DE INDIAS del contrato de Concesión DAMA-001-2002, suscrito con la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA ESP", por no haber reconocido al concesionario al momento de la liquidación del contrato los valores correspondientes a las inversiones y demás gastos por todo concepto efectuadas por la concesión tendientes a la prestación efectiva del servicio contratado, durante el tiempo que ejecutó el contrato y tendientes al adecuado cumplimiento del objeto pactado y que resulten probados en el proceso.

### ***PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL***

1. Que se declare en relación con el contrato de concesión DAMA-001-2002, suscrito entre el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS con la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP", la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas no imputables al contratista, que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato en contra de los intereses del contratista.

### ***SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONSECUENCIAL Y COMPLEMENTARIA CON LAS ANTERIORES***

1. Por las razones fácticas y jurídicas que más adelante expresaré, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal, se declare que la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP", durante el tiempo que ejecutó el contrato de Concesión DAMA-001-2002, realizó todo tipo de inversiones financieras y económicas, al igual que ejecutó obras civiles, de infraestructura, contrató personal, maquinaria, celebró contratos de asesoría, consultoría y demás necesarios para el adecuado cumplimiento del objeto pactado a veinte años, al igual que para las obligaciones derivadas de la propuesta alternativa, transitoria y provisional. Inversiones que estaban proyectadas para ser recuperadas durante el tiempo pactado de veinte años e incluidas dentro del cálculo de la tarifa por tonelada ofertada. Sumas éstas que no fueron reconocidas en el acta de liquidación, no obstante la insistencia de la sociedad a que se le respetaran sus derechos a obtener la devolución de las sumas invertidas.
2. Que se declare que, como consecuencia de lo anterior, la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP", incurrió en costos y gastos para el cumplimiento del contrato lo cual se hizo a favor del servicio y para ser aprovechado por el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y éste no los reconoció al momento de la liquidación del contrato.
3. Que, como consecuencia de la anterior declaración se condene al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS al restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión DAMA-001-2002 suscrito con la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", a través del reconocimiento y pago de la totalidad de sumas, sobre costos, inversiones, y perjuicios de todo orden que al concesionario le fueron causados bien sea en razón del incumplimiento contractual o por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que dieron lugar a la ruptura de la ecuación económica del contrato, según resulte probado en el proceso. En este sentido debe ordenarse el pago, al igual que se condene y disponga la indemnización por los perjuicios de todo orden que se le han causado a la empresa con ocasión de las acciones u omisiones de las autoridades del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS al momento de liquidar el contrato de Concesión DAMA-001-2002.
4. Que se ordene, condene y disponga pagarle a la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", todas y cualquiera sumas que las autoridades del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS le hubieren retenido o compensado ilegalmente, junto con los intereses a que haya lugar, de acuerdo con la ley, lo anterior con ocasión de la liquidación del contrato de Concesión DAMA-001-2002.
5. Se ordene, condene y disponga pagarle a la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", el daño emergente y lucro cesante producido[s] como consecuencia de la vigencia de lo dispuesto en el acta de liquidación del contrato de Concesión DAMA-001-2002 sin consideración integral de todas las sumas que se le debieron liquidar a la sociedad.

6. Que se condene al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", todos los costos que se demuestren en el proceso, incluyendo los costos de oportunidad relacionados con las inversiones y gastos que haya efectuado por cualquiera de las razones que se expresan en las diferentes pretensiones de esta demanda.
7. Que las anteriores sumas sean pagadas debidamente actualizadas e incluyan los intereses moratorios causados, de conformidad con lo que disponga el correspondiente dictamen pericial que habrá de realizarse en el proceso.
8. Que se condene al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS al pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en derecho, en la cantidad que determine esa Honorable Corporación.
9. Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable, en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.
10. Que en el caso en que el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS no diere inmediato cumplimiento a la sentencia, que ponga fin al proceso que se inicia, se le condene al pago de los intereses sobre el monto de la condena líquida, señalados en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con lo dispuesto en la sentencia de la Honorable Corte Constitucional C-188 de 1999.

### **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONSECUENCIAL Y COMPLEMENTARIA CON LAS ANTERIORES**

1. Que se declare que la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", durante el tiempo que ejecutó el contrato de Concesión DAMA-001-2002, fue obligada por las autoridades del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y en especial por la interventoría del mencionado contrato, a realizar inversiones en infraestructura y obras civiles que desbordaron la ejecución normal del contrato y cuya realización no estaba prevista. En este sentido de manera unilateral las autoridades distritales hicieron incurrir a la sociedad en mayores costos no recuperables por la vía de tarifas. Sumas éstas que no fueron reconocidas en el acta de liquidación, no obstante la insistencia de la sociedad a que se le respetaran sus derechos a obtener la devolución de las sumas invertidas, inversión realizada siempre en procura de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público objeto del contrato.
2. Que se declare que, como consecuencia de lo anterior, la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", ha incurrido en costos y gastos para el cumplimiento del contrato que no estuvieron contemplados ni en los Términos de Referencia ni en el Contrato, todo lo cual sólo ha sido aprovechado por el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y éste no los ha reconocido al momento de la liquidación del contrato.
3. Que, como consecuencia de la anterior declaración se condene al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS al restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión DAMA-001-2002 suscrito con la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", a través del reconocimiento y pago de la totalidad de sumas, sobre costos, inversiones, y perjuicios de todo orden que al concesionario le fueron causados bien sea en razón del incumplimiento contractual o por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que dieron lugar a la ruptura de la ecuación económica del contrato, según resulte probado en el proceso. En este sentido debe ordenarse el pago, al igual que se condene y disponga la indemnización por los perjuicios de todo orden que se le han causado a la empresa con ocasión de las acciones u omisiones de las

autoridades del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS al momento de liquidar el contrato de Concesión DAMA-001-2002.

4. Que como consecuencia de las anteriores pretensiones, se declare y disponga que la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", tiene derecho al reconocimiento y pago de todas las sumas derivadas de dicha ejecución en la cuantía que resulte probada, principalmente con lo que disponga el correspondiente dictamen pericial que habrá de realizarse en el proceso. Para estos efectos, se debe pronunciar el Tribunal profiriendo la correspondiente condena.
5. Que las anteriores sumas sean pagadas debidamente actualizadas e incluyan los intereses moratorios causados, de conformidad con lo disponga el correspondiente dictamen pericial que habrá de realizarse en el proceso.

#### **CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONSECUENCIAL Y COMPLEMENTARIA CON LAS ANTERIORES**

1. Que se declare que la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", durante el tiempo que ejecutó el contrato de Concesión DAMA-001-2002, fue obligada por las autoridades del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS o se vio en la necesidad de realizar inversiones y gastos como los siguientes: Disposición de Inertes en el Relleno de Henequén de Barranquilla. Costos Clausura Lote La Concordia. Exigencias autoridades ambientales obras civiles relacionadas con la alternativa tecnológica. Costos de funcionamiento – Suspensión. Adquisición predio La Concordia. Pago de impuestos, estampillas y registro de la Compra del lote. Compra de maquinaria y equipos. Compra de equipos de comunicación y computación. Cargos diferidos. Costos de producción y arrendamiento maquinaria. Lucro cesante. Daño emergente por terminación anticipada. Sumas éstas que no fueron reconocidas en el acta de liquidación, no obstante la insistencia de la sociedad a que se le respetaran sus derechos a obtener la devolución de las sumas invertidas, inversiones realizadas siempre en procura de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público objeto del contrato.
2. Que se declare que, como consecuencia de lo anterior, la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", ha incurrido en costos y gastos para el cumplimiento del contrato que ha aprovechado al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y no los ha reconocido al momento de la liquidación del contrato.
3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones condene al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS al restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión DAMA-001-2002 suscrito con la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", a través del reconocimiento y pago de la totalidad de sumas, sobre costos, inversiones, y perjuicios de todo orden que el concesionario le fueron causados bien sea en razón del incumplimiento contractual o por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que dieron lugar a la ruptura de la ecuación económica del contrato, según resulte probado en el proceso. En este sentido debe ordenarse el pago, al igual que se condene y disponga la indemnización por los perjuicios de todo orden que se le han causado a la empresa con ocasión de las acciones u omisiones de las autoridades del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS al momento de liquidar el contrato de Concesión DAMA-001-2002
4. Que como consecuencia de las anteriores pretensiones, se declare y disponga que la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", tiene derecho al reconocimiento y pago de todas las sumas derivadas de dicha ejecución en la cuantía que resulte probada, principalmente con lo que disponga el

correspondiente dictamen pericial que habrá de realizarse en el proceso. Para estos efectos, se debe pronunciar el Tribunal profiriendo la correspondiente condena.

5. Que las anteriores sumas sean pagadas debidamente actualizadas e incluyan los intereses moratorios causados, de conformidad con lo disponga el correspondiente dictamen pericial que habrá de realizarse en el proceso.

#### **PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LAS ANTERIORES**

1. En el evento de no prosperar las anteriores pretensiones principales y de conformidad con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 solicito que se condene a la demandada a pagar a mis poderdantes, a título de reparación integral de los daños irrogados como consecuencia de las acciones u omisiones de la administración, los hechos o circunstancias imprevistas, o de los incumplimientos de la administración, las sumas que correspondan en equidad previa valoración a través de los criterios técnicos actuariales solicitados en la demanda o que el despacho disponga, teniendo en cuenta que el contrato frustrado por causas imputables al contratante tenía una duración inicial pactada de veinte (20) años contados a partir del acta de iniciación de ejecución del mismo, todo ello de conformidad con lo prescrito en la cláusula décima segunda del Contrato DAMA-001-2002.
2. Que las anteriores sumas sean pagadas debidamente actualizadas e incluyan los intereses moratorios causados.

#### **REFORMA DE LA DEMANDA FORMULADA POR LA SOCIEDAD CONVOCANTE.**

La Parte Convocante reformó la demanda inicial, la cual fue admitida por el Tribunal Auto de fecha Abril 7 del año en curso, al tiempo que ordenó correr traslado a la parte Convocada y al señor Agente del Ministerio Público. Las pretensiones, en su tenor literal, respectivamente, señalan:

#### **PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA.**

##### **\*PRETENSIONES**

1. Por las razones fácticas y jurídicas que más adelante expresaré, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal se declare que la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", durante el tiempo que ejecutó el Contrato de Concesión DAMA-001-2002, incurrió en todo tipo de costos e inversiones necesarios para el adecuado cumplimiento del objeto pactado a veinte años, al igual que para las obligaciones derivadas de la propuesta alternativa, transitoria y provisional adjudicada. Inversiones que estaban proyectadas para ser recuperadas durante el tiempo pactado de veinte años e incluidas dentro del cálculo de la tarifa por tonelada ofertada. Sumas éstas que no fueron reconocidas en el acta de liquidación, no obstante que fueron ofertadas por el concesionario con fundamento en la Ley 142 de 1994, en los pliegos de condiciones y en la resolución de la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA No. 151 de 2001 y sobre la base de las mismas se ejecutó el Contrato hasta su terminación de mutuo acuerdo, lo cual significa y así debe ser declarado que el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS incumplió el Contrato DAMA-001-2002, suscrito con la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.". Lo anterior en lo que resulte probado en el proceso.
2. Por las razones fácticas y jurídicas que más adelante expresaré, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal, se declare el incumplimiento por parte del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURA DE CARTAGENA DE INDIAS del contrato de Concesión DAMA-001-2002, suscrito con la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A.

ESP. "TIRSA ESP", por no haber reconocido al concesionario al momento de la liquidación del contrato DAMA-001-2002 todos los demás valores, diversos a los indicados en la pretensión anterior, correspondientes a las inversiones y demás gastos que por todo concepto efectuó el concesionario en razón de sus obligaciones contractuales y tendientes a la prestación del servicio contratado, durante el tiempo que ejecutó el contrato y que resulten probados en el proceso.

3. Que se declare que, como consecuencia de las dos anteriores pretensiones, si ambas prosperan, o de una de ellas, la que prosperare, que la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP", incurrió en costos, gastos e inversiones para el cumplimiento del Contrato, lo cual se hizo a favor del servicio y para ser aprovechados por el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y éste no los reconoció al momento de la liquidación del Contrato, en lo que resultare probado en el proceso.
4. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS al restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión DAMA-001-2002 suscrito con la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", a través del reconocimiento y pago de la totalidad de sumas que debieren ser objeto de reconocimiento en la liquidación del Contrato, sobre costos, inversiones, gastos y perjuicios de todo orden que al concesionario le fueron causados, en razón del incumplimiento contractual declarado según lo que resultare probado en el proceso. En este sentido, debe ordenarse el pago, al igual que se condene y disponga la indemnización por los perjuicios de todo orden que se le han causado a la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP", con ocasión de las acciones u omisiones de las autoridades del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS al momento de liquidar el contrato de Concesión DAMA-001-2002, en lo que resultare probado en el proceso.
5. Que se ordene, condene y disponga pagarle a la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", todas y cualquiera sumas que las autoridades del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS le hubiere retenido o compensado ilegalmente, junto con los intereses a que haya lugar, de acuerdo con la ley, lo anterior con ocasión de la liquidación del contrato de Concesión DAMA-001-2002, en lo que resultare probado en el proceso.
6. Se ordene, condene y disponga pagarle a la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", por parte del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, el daño emergente y lucro cesante producido como consecuencia de la vigencia de lo dispuesto en el acta de liquidación del contrato de Concesión DAMA-001-2002 sin consideración integral de todas las sumas que se le debieron liquidar a la sociedad, lo anterior de resultar procedente esta declaración y en las cuantías que resultaren probadas en el proceso.
7. Que se condene al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a pagar a la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP.", todos los costos que se demuestren en el proceso, incluyendo los costos de oportunidad relacionados con las inversiones y gastos que haya efectuado por cualquiera de las razones que se expresan en las diferentes pretensiones de esta demanda, de ser procedente esta declaración y en las cuantías que resultaren probadas en el proceso.
8. Que todas las sumas a que se refieren las pretensiones principales sean pagadas debidamente actualizadas e incluyan los intereses moratorios causados, de conformidad con lo que disponga el correspondiente dictamen pericial que habrá de realizarse en el proceso.
9. Que se condene al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS al pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en derecho, en la cantidad que determine esa Honorable Corporación.

10. Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable, en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.
11. Que en el caso en que el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS no diere inmediato cumplimiento a la sentencia, que ponga fin al proceso que se inicia, se le condene al pago de los intereses sobre el monto de la condena líquida, señalados en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con lo dispuesto en la sentencia de la Honorable Corte Constitucional C-188 de 1999.

#### **RESPUESTA A LA DEMANDA.- OPOSICIONES.**

Dentro de la oportunidad legal, El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, a través de apoderado constituido para el efecto, dieron respuesta a la demanda, acatando la competencia del Tribunal, formulando oposiciones, todo con las respectivas solicitudes de pruebas, para acreditar su derecho, se pronunció respecto de las pretensiones de la Parte Convocante, así:

##### **1. CONTESTACIÓN A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**

Por la razones fácticas y jurídicas que más adelante expresaré, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal deniegue todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda y su corrección, y declare que el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias no ha incurrido en incumplimiento del Contrato DAMA 001-20022 y en consecuencia no es responsable de resarcir los costos e inversiones en que incurrió la Sociedad Tratamiento Integral de Residuos Sólidos S.A "TIRSA S.A E.S.P.." para el cumplimiento del contrato en cuestión.

##### **2. CONTESTACION A LOS FUNDAMENTOS FACTICOS DE LA DEMANDA.**

En el acápite titulado "Fundamentos Fácticos" de la demanda se consignan no sólo hechos sino también afirmaciones e interpretaciones que hace el apoderado de la parte demandante de las cláusulas contractuales y en general de las reglas que rigen la distribución de los riegos en los contratos de concesión. En el presente apartado se hará referencia solamente a los hechos, mientras que las interpretaciones y afirmaciones que no se refieren a los supuestos fácticos del caso serán rebatidas en el acápite correspondiente a los Fundamentos fácticos de la siguiente manera: ... ...

##### **3. EXCEPCIONES PROPUESTAS.**

De conformidad con los argumentos expuestos en el acápite anterior, se formula la excepción de contrato no cumplido.

#### 4. SOLICITUD DE CONDENA EN COSTAS.

De la manera más comedida solicito al Honorable Tribunal se condene a la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, al pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en derecho, en la cantidad que determine esa Honorable Corporación.

#### **DEMANDA DE RECONVENCIÓN CONTRA LA CONVOCANTE SOCIEDAD TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS TIRSA S.A. E.S.P.**

El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias presentó, el día 19 de Abril de 2004, ante la Secretaría del Tribunal, escrito de demanda de reconvención contra la parte convocante.

Solicita la Parte Convocada, como pretensiones principales las siguientes, las cuales en su tenor literal señalan:

##### **"1. PRETENSIONES**

- 1.- Por las razones fácticas y jurídicas que más adelante expresaré, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal declare que la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, incumplió el Contrato **DAMA -001-2002**, suscrito con el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.
- 2.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, al pago de la totalidad de los perjuicios causados al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, en razón del incumplimiento contractual declarado según lo que resultare probado en el proceso. En este sentido, debe ordenarse el pago, al igual que debe condenarse y disponerse las indemnizaciones por los perjuicios de todo orden que se le han causado al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, con ocasión de las acciones u omisiones de la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, en la ejecución del Contrato de Concesión DAMA -001-2002-, en lo que resultare probado en el proceso.
- 3.- Se ordene, condene y disponga pagarle al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias por parte de la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, el daño emergente y el lucro cesante ocasionados por la terminación anticipada del Contrato de Concesión **DAMA 001-2002**.
- 4.- Que se condene a la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."** a pagar al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, todos los costos que se demuestren en el proceso, incluyendo los costos por mayor valor por tonelada de residuos sólidos dispuesta que debió pagar el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias debido al Incumplimiento, por parte de la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."** del Contrato de Concesión DAMA 001-2002.
- 5.- Que se condene a la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."** a pagar al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias todos los costos relacionados con el proceso de licitación pública internacional DAMA -001-2002.
- 6.- Que de condene a la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."** a realizar las labores de clausura y de posclausura y a ejecutar la limpieza y saneamiento ambiental del lote "La Concordia", ubicado en la vereda Bajo del Tigre del corregimiento de Pasacaballos.

- 7.- Que todas las sumas a que se refieren las pretensiones principales sean pagadas debidamente actualizadas e incluyan los intereses moratorios causados, de conformidad con lo que disponga el correspondiente dictamen pericial que habrá de realizarse en el proceso.
- 8.- Que se condene a la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, al pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en derecho, en la cantidad que determine esa Honorable Corporación.
- 9.- Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable, en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

**RESPUESTA A LA SOLICITUD DE LAS PRETENSIONES Y CONDENAS DE LA DEMANDA DE RECONVENCION, PROVENIENTE DE LA PARTE CONVOCANTE.**

La Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal, se pronunció en relación con las pretensiones de la Parte Convocada, así:

**"CAPÍTULO PRIMERO.**  
**RAZONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS PARA LA OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**

Me opongo a las pretensiones invocadas por el **"DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS"**, en la demanda de reconvenção, y adicionalmente advierto de su estudio, que las mismas no están llamadas a prosperar por cuanto resultan contrarias a la buena fe negocial y sobre todo a las bases estructuradoras del negocio de concesión, que se consolidó en el Contrato No. DA MA - 001-2002, y donde resulta claro que le asiste a la demandada, dentro de los marcos de la Ley 142 de 1994, la Resolución CRA 151 DE 2001, el Contrato y los términos de referencia, el deber de garantizar la estabilidad económica del inversionista concesionario para el caso la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA ESP."** y que en consecuencia, los argumentos del supuesto incumplimiento de las obligaciones del Contrato por parte de mi representada, como argumento defensivo del **"DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS"** frente a los cargos de la demanda principal de este proceso, no tiene presentación alguna, ni sustento probatorio serio y corresponden a alegaciones de su propia culpa por parte de ésta. Señalo adicionalmente, que a través de la reconvenção y de sus pretensiones, la entidad territorial demandada, pretende evadir sus claras e incontrovertibles responsabilidades negociales, al igual que las cargas y riesgos que asumió del **Contrato de Concesión DAMA -001-2002**. Manifiesto sentidamente que esta evasión de responsabilidades y riesgos se concreta en el desconocimiento por parte del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a la devolución de lo debidamente invertido por la **"SOCIEDAD TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA ESP."**, durante el tiempo que ejecutó el **Contrato No DAMA - 001-2002**. Con las pretensiones de la reconvenção, el Distrito ampara su grave incumplimiento de lo pactado, al igual que el abandono y desidia que la caracterizaron durante la ejecución del Contrato y que coadyuvaron a colocar a mi poderdante en la imposibilidad de ejecutar debidamente lo propuesto, llevando irremediablemente a la terminación del **Contrato No DAMA -001-2002**, por mutuo acuerdo. Denuncio ante el Honorable Tribunal que las pretensiones de la reconvenção propuesta constituyen un simple instrumento del **"DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS"** para esconder su culpa grave, las omisiones y la mala fe negocial que lo caracterizaron desde el mismo momento de la firma del **Contrato No DAMA - 001-2002**. Advierto que me opongo en absoluto al texto y sentido de las pretensiones de la reconvenção y de la excepción propuesta en la contestación de la demanda; reafirmo así mismo, el convencimiento de que mi representada actuó en todo momento de buena fe y determinada por el

sentido de los pliegos y de las observaciones efectuadas por la administración dentro del proceso licitatorio que llevó a su selección como el mejor proponente y que por lo tanto tiene derecho a la estabilidad económica del Contrato de Concesión para la prestación de servicios públicos domiciliarios suscrito con el "DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS". Bajo estos presupuestos y conforme a lo que resulte probado en el proceso, solicito al Honorable Tribunal se despachen desfavorablemente estas pretensiones de reconvención.

## **CAPÍTULO SEGUNDO PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LOS ARGUMENTOS FÁCTICOS QUE SUSTENTAN LA RECONVENCIÓN.**

El "DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS" sustenta las pretensiones de la demanda de reconvención en una serie de hechos y circunstancias acomodadas, propuestas de manera parcial, que no reflejan la realidad de la ejecución del CONTRATO DAMA – 001 – 2002 y pueden llevar a conclusiones erradas sobre el papel que cumplieron los actores de esta relación negocial durante el tiempo que se mantuvo en vigencia. Me opongo a la forma de su presentación y contenido, y respecto de cada una de ellas me pronuncio en los siguientes términos: ....

## **CAPÍTULO TERCERO EXCEPCIONES PARA LA OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

Me opongo a las pretensiones de la demanda de reconvención, en virtud de que las mismas no están llamadas a prosperar, ante la evidente configuración de las siguientes situaciones jurídicas de fondo que impiden la producción de un fallo satisfactorio a lo pedido por el demandante:

- 1.- Excepción principal de ausencia de incumplimiento del Contrato por parte de TIRSA SA ESP, en virtud del expreso reconocimiento de esta situación a través de acto administrativo en firme.
  - 1.1. Excepción subsidiaria de ausencia de sanción administrativa de la autoridad ambiental respecto de mi poderdante.
- 2.- Excepción de incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del "DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS" dentro del Contrato de Concesión DAMA -01-2202.
- 3.- Excepción principal de presunción de legalidad del acuerdo de terminación bilateral del Contrato DAMA -01-2002. Efectos transacionales de este acuerdo.

### **REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN CONTRA LA CONVOCANTE.**

El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias presentó, el día 11 de Mayo de 2004, ante la Secretaría del Tribunal, escrito de reforma de la demanda de reconvención contra la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS TIRSA S.A. E.S.P.**

Solicita la Parte Convocada, como pretensiones las siguientes, las cuales en su tenor literal señalan:

#### **"1. PRETENSIONES.**

##### **1.1. Declarativas.**

Por las razones fácticas y jurídicas que más adelante expresaré, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal haga las siguientes declaraciones.

- 1.1.1. Declaro que la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, tenía la obligación de tramitar los permisos y licencias necesarios para la ejecución del objeto contractual estipulado en el Contrato **DAMA-001-2002**, suscrito con el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.
- 1.1.2. Declaro que la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, incumplió la obligación de tramitar los permisos y licencias necesarios para la ejecución del objeto contractual estipulado en el Contrato **DAMA-001-2002**, suscrito con el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.
- 1.1.3. Declaro que la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, debido al incumplimiento de su obligación de tramitar los permisos y licencias necesarios para ejecutar el objeto contractual estipulado dio lugar a la imposibilidad de seguir ejecutando el Contrato **DAMA-001-2002**.
- 1.1.4. Declaro que la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, de conformidad con lo establecido en el Contrato **DAMA-001-2002**, en el Acta de terminación bilateral y en el Acta de liquidación bilateral tenía la obligación de clausurar las actividades en el lote "La Concordia" y de ejecutar la limpieza y saneamiento ambiental del mismo.
- 1.1.5. Declaro que la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, incumplió su obligación de clausurar las actividades en el lote "La Concordia" y en consecuencia incumplió su obligación de eliminar los residuos sólidos depositados en dicho predio, durante la ejecución del contrato DAMA-001-2002.
- 1.2. **De Condena** Solicito, de la manera más respetuosa, que como consecuencia de las anteriores declaraciones, el Honorable Tribunal realice las siguientes condenas:
- 1.2.1. Se condene a la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, al pago de la totalidad de los perjuicios causados al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, en razón del incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la primera. En este sentido, debe ordenarse el pago, al igual que debe condensarse y disponerse las indemnizaciones por los perjuicios de todo orden que se le han causado al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, con ocasión de las acciones u omisiones de la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, en la ejecución del Contrato de Concesión DAMA-001-2002, en lo que resultare probado en el proceso.
- 1.2.2. Se condene a la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, a pagar al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el daño emergente y el lucro cesante ocasionados por la terminación anticipada del Contrato de Concesión **DAMA-001-2002**.
- 1.2.3. Se condene a la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, a pagar al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, todos los costos que se demuestren en el proceso, incluido los costos por mayor valor tonelada de residuos sólidos dispuesta que debe pagar el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias debido a la imposibilidad de ejecutar el Contrato DAMA-001-2002 a causa del incumplimiento de la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**. Esta suma debe proyectarse hacia el futuro y estimarse por toda la duración del contrato.
- 1.2.4. Se condene a la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, a pagar al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, todos los costos relacionados con el proceso de licitación pública internacional **DAMA-001-2002**, incluido el costo de oportunidad.

1.2.5. Se condene a la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, a realizar las labores de clausura y de posclausura y a ejecutar la limpieza y saneamiento ambiental del lote "La Concordia", ubicado en la vereda Bajo del Tigre del corregimiento de Pasacaballos.

1.2.6. Que todas las sumas a que se refieren las pretensiones principales sean pagadas debidamente actualizadas e incluyan los intereses moratorios causados liquidados a la tasa comercial más alta autorizada o los intereses que decrete el Honorable Tribunal sobre cualquier suma que sea declarada a favor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias

1.2.7. Que se condene a la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. "TIRSA S.A. E.S.P."**, al pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en derecho, en la cantidad que determine esa Honorable Corporación.

1.2.8. Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable, en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

#### **PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.**

El Tribunal de Arbitramento, con la presencia de las partes, celebró la primera audiencia de trámite el 15 de Junio de 2004.

En esta audiencia se cumplieron los siguientes trámites:

- Se determinó la capacidad legal suficiente de las partes, convocante y convocada.
- Se dio lectura a, la Cláusula Compromisoria, a las Pretensiones de la demanda a la respuesta y a las oposiciones.
- El Tribunal declaró ser competente para conocer del presente proceso arbitral.

#### **PRACTICA DE PRUEBAS**

En la misma audiencia del 15 de Junio de 2004, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y el tribunal no concedió otras por considerar que no cumplían con los requisitos de ley.

#### **DESARROLLO DEL DEBATE PROBATORIO. -**

Como prueba de los hechos que sirven de base a sus pretensiones, la parte Convocante aporto en la demanda una apreciable cantidad de documentos, así mismo solicito se oficiara para allegar otras pruebas las cuales en su oportunidad se anexaron al expediente, de igual modo aconteció con la convocada en su contestación de la demanda y las solicitadas en la demanda de reconvenCIÓN y su posterior reforma

Fueron decretados y practicados los siguientes testimonios, recibidos en audiencia en las fechas que a continuación se relacionan:

TESTIMONIO	FECHA	ACTA N°
RAFAEL VERGARA NAVARRO	6 de Julio de 2004	Acta N° 8
MARIA LUISA ARBELAEZ PATIÑO	6 de Julio de 2004	Acta N° 9
NELSON DE JESUS GONZALEZ HOYOS	6 de Julio de 2004	Acta N° 10
RAMON DUQUE MUÑOZ	6 de Julio de 2004	Acta N° 11
JUAN CARLOS VELEZ SAAVEDRA	6 de Julio de 2004	Acta N° 12
JHON ALEXANDER COLORADO GUZMAN	6 de Julio de 2004	Acta N° 13
SANTIAGO PIESCHACON	6 de Julio de 2004	Acta N° 14
GABRIEL HERNAN OCAMPO MEJIA.	6 de Julio de 2004	Acta N° 15

Las transcripciones de las anteriores declaraciones se encuentran a folios 1 a 74 del Cuaderno de Pruebas N° VI.

Los testimonios de los señores **EDINSON CABALLERO, SIMON EMILIANI CALLEJAS y JAIME MANJARRES C.**, fueron decretados por el Tribunal y desistidos posteriormente por la parte que las había solicitado, desistimientos que fueron aceptados por el Tribunal.

**INSPECCIÓN JUDICIAL:** Se decretó y practico la inspección judicial en el Lote denominado "la Concordia" ubicado Corregimiento de Pasacacaballo con la asistencia de los peritos en asuntos ambientales Dr. **MANUEL FELIPE OLIVERA ANGEL** y Técnico en Ingeniería Civil Dr. **GERMAN LEMOINE AMAYA** de acuerdo con la solicitud formulada por los apoderados de las partes:

INSPECCIÓN JUDICIAL CON INTERVENCION DE PERITOS.	INICIACIÓN – FINALIZACION	ACTA N°
En el Lote denominado "la Concordia" ubicado Corregimiento de Pasacacaballo con la asistencia de Peritos.	Julio 27 de 2005.	Acta N° 21

Se decretaron los **DICTAMENES PERICIALES** solicitados por las partes así:

DICTAMENES PERICIALES- PROFESIONALES A CARGO	ASUNTO	FECHA
CLAUDIA DE FRANCISCO ZAMBRANO	FINANCIERO	AGOSTO 27/04
EDGAR FERNANDO NIETO SANCHEZ.	CONTABLE	AGOSTO 27/04
GERMAN LEMOINE AMAYA	TECNICO DE INGENIERÍA CIVIL	AGOSTO 27/04
MANUEL FELIPE OLIVERA ANGEL.	AMBIENTAL.	SEPTIEMBRE 10/04

De los cuales se dio traslado a las partes por el término de tres (3) días), en audiencia de fecha Septiembre 14 de 2004, constante en el acta N° 22.

Las partes presentaron escritos solicitando aclaración y complementación, la cual fue atendida por cada uno de los profesionales en su especialidad, mediante escrito de aclaración y complementación al dictamen pericial y de esta respuesta se dio traslado a las partes por el término de Ley.

El apoderado de la parte convocada objeto por error grave el Dictamen pericial rendido por el doctor **MANUEL FELIPE OLIVERA ANGEL**, perito en asuntos ambientales y el Tribunal en audiencia de fecha Octubre 29 de 2004 designo a la Doctora **LAURA ECHEVERRY URIBE** perito en asuntos ambientales.

NUEVO DICTAMEN PERICIAL EN ASUNTOS AMBIENTALES- PROFESIONAL A CARGO.	INICIACIÓN	FINALIZACIÓN
LAURA ECHEVERRY URIBE	15 de Noviembre de 2004	Noviembre 26 de 2004

Para que presentara nuevo dictamen pericial de acuerdo con las solicitudes planteadas, razón por la cual el Tribunal procederá al estudio de tal objeción para determinar si aprecia o no sus resultados con el fin de declarar probados aquellos hechos sobre los cuales se relaciona su contenido.

Los anteriores dictámenes, así como sus respectivos escritos de aclaraciones y complementaciones se encuentran en los **Cuadernos de Pruebas No. 2**.

**PRUEBAS MEDIANTE OFICIOS:** En desarrollo de las pruebas decretadas durante el proceso, se enviaron los siguientes Oficios, los cuales, en su totalidad, fueron contestados por parte de las respectivas entidades, organismos o personas destinatarias:

NÚMERO OFICIO Y FECHA.	DESTINATARIO
OFICIO N° 9/ Junio 16 de 2004	Doctor ALBERTO BARBOZA SENIOR. Alcalde Mayor de Cartagena de Indias.
OFICIO N° 10/ Junio 16 de 2004	Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Dr. JUAN PABLO BONILLA.
OFICIO N° 11/ Junio 16 de 2004	Director de la Corporación Autónoma del Canal del Dique Cardique.
OFICIO N° 13/ Julio 9 de 2004.	Procuraduría General de la Nación.

En desarrollo de las pruebas decretadas el Tribunal de oficio, ordenó oficiar a:

**PRUEBAS DE OFICIO:**

NÚMERO OFICIO Y FECHA.	DESTINATARIO
OFICIO N° 12 Julio 8 de 2004.	PEDRO DOMINGUEZ GOMEZ. OFICINA DE REGISTRO E INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE CARTAGENA.

**APODERADOS DEL DISTRITO.- SUSTITUCION, RENUNCIA Y NUEVA DESIGNACION.**

El Doctor **ALEXEI JULIO ESTRADA**, mediante memorial de fecha Octubre 25 de 2004, sustituyó el poder a el encomendado en el Dr. **MARIANO GARRIDO GARCIA**, en la cual el Tribunal en audiencia de fecha Octubre 29 de 2004 mediante Acta N° 26, le reconoció personería para actuar.

Posteriormente, mediante escrito de fecha Diciembre 7 de 2004 el Doctor **ALEXEI JULIO ESTRADA** renuncio al poder, y el señor Alcalde del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias designo al Doctor **ALBERTO PALACIOS TORRES** mediante memorial poder presentado en audiencia en la cual se le reconoció personería en los términos a el conferido.

### **AMPLIACION DEL TÉRMINO DE DURACION DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO.**

Los Representantes Legales de las partes, mediante escrito presentado personalmente en la Secretaría del Tribunal de fecha Diciembre 3 de 2004, con fundamento en las disposiciones vigentes sobre la materia manifestaron de manera bilateral y consensual prorrogar el término inicial del Tribunal de Arbitramento por tres (3) meses adicionales lo cual el Tribunal accedió y decreto la **AMPLIACION DEL TERMINO DE DURACIÓN DEL ARBITRAMIENTO** solicitado por los señores representantes legales de las partes por el término de 3 meses.

Agotada la etapa de instrucción del proceso se señaló para el 24 de Enero de 2005 a las 2:30 p.m. en la cual las partes presentaron alegatos de conclusión.

### **ALEGATOS DE CONCLUSION.**

Dentro de la oportunidad legal, el señor Procurador delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar y los señores apoderados de las partes en audiencia de fecha Enero 24 de 2004 presentaron ante el Tribunal, verbalmente, un resumen de sus respectivos alegatos de conclusión y luego hicieron entrega de los mismos en documentos que reposan en el expediente N° 4.

### **CONSIDERACIONES DEL SEÑOR AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Doctor ALBERTO JAVIER VELEZ BAENA, Procurador 21, II en lo Judicial Administrativo de Bolívar y representante del Ministerio Público en este proceso, en audiencia presentó dentro del término de ley alegación de fondo a ser considerado en el laudo arbitral.

El señor Procurador hace un recuento histórico de las pretensiones de la demanda, su posterior reforma, de la demanda de reconvenCIÓN y su reforma así como de las pruebas practicadas dentro del proceso y conceptúa que "Las pretensiones de la parte que acciona a nuestro entender son nugatorias en virtud de lo que seguidamente se expone".

### **DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO.**

Las partes acordaron la liquidación anticipada del contrato, en atención a la imposibilidad por parte del contratista de ejecutar el objeto del contrato, situación que se plasmó en el acta que nos ocupa en los términos textuales que se trascriven:

.. "En virtud de lo anterior, el concesionario se encontró ante una imposibilidad jurídica para continuar cumpliendo con el objeto del contrato DAMA-001-2002 a futuro, lo que conllevó a las partes a que de manera anticipada y de mutuo acuerdo decidieran dar por terminado el contrato de concesión DAMA-001-2000 el 16 de Mayo de 2003, razón por la cual se hace indispensable proceder a la liquidación bilateral del contrato DAMA – 001-2002 de conformidad con la cláusula vigésima del mismo, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación anticipada, es decir dentro del lapso comprendido entre el 16 de Mayo y el 16 de septiembre de 2003".

Nos remontamos a otros apartes del acta de liquidación bilateral del contrato, y nos topamos con que las causas que motivaron la imposibilidad por parte del contratista de ejecutar el contrato, emanan de la intervención de CARDIQUE (autoridad ambiental) de no permitir, "A PESAR DE QUE LEGALMENTE NO SE REQUERÍA" (texto del acta de liquidación entre comillas), expedir licencia ambiental para la ejecución de obras que habilitarían un lote ubicado en el corregimiento de PASACABALLOS (lote LA CONCORDIA) destinado para verter y aprovechar residuos sólidos, como medida transitoria e inicial que se ajustaba al numeral 2.3.1.9 de los pliegos de condiciones de la licitación pública internacional DAMA-01-2002 y la propuesta del concesionario contenida en el numeral 3.2. que contiene las

obligaciones del adjudicatario (TIRSA ESP S.A), que consistía en "el establecimiento de una alternativa tecnológica temporal para el manejo de la disposición final de residuos sólidos del Distrito Turístico y Cultural, el concesionario **SE OBLIGA** (SUB RAYA NUESTRAS) a asumir la prestación del servicio público domiciliario contratado, diez (10) días hábiles después de la suscripción del presente contrato, por un plazo máximo de doce (12) meses asumiendo los costos que genera esta alternativa, mientras no exista la infraestructura o los **PERMISOS AMBIENTALES** (SUBRAYA NUESTRA) correspondientes para la prestación del servicio mediante la alternativa definitiva (resto del plazo del contrato a 20 años).

Por igual y para mejorar la obligación del contratista en lo referente a su compromiso de tramitar y obtener los permisos y licencias ambientales, cuando en el numeral 18.3.1 de la oferta propuesta por el actor, este se obliga a poner en marcha la alternativa inicial (manejo por 12 meses del objeto del contrato) acordando a ese objeto con el contratante y la autoridad ambiental todo lo concerniente a la puesta en marcha de ese lapso inicial y temporal del contrato.

Qué viene a significar lo antes relacionado? Que entre las partes existía consenso en lo concerniente a que el contrato se celebraría sin que existiese en forma definitiva y por el lapso de ejecución inicial del contrato (12 meses –alternativa temporal) del contrato la infraestructura necesaria para el tratamiento final de residuos sólidos en la ciudad de Cartagena, en esa base se conviene entre las partes, que, por doce (12) meses el concesionario adoptaría un plan alternativo, con costos a su cargo, para ejecutar el contrato en ese lapso y a su vez para adecuar la infraestructura que requería la ejecución del contrato por el término total de duración (20 años). Es decir el contratista contaba con un término de doce (12) meses para tramitar los permisos ambientales, obtener las licencias de ley sobre ese tema etc, para lo cual, el concesionario a su cuenta y riesgo asume una serie de obras en un lote ubicado en el corregimiento de PASACABALLOS , y según noticias remitidas a la autoridad ambiental operaba en ese lote a cielo abierto el vertimiento de residuos sólidos , lo que motiva a esa autoridad a intervenir y clausurar las obras de habilitación del lote para adecuarlo a los fines de ejecutar en el mismo el objeto del contrato en sus dos fases ( la primera por 12 meses y la segunda por el término total de duración del objeto contractual).

Conste que se ha evidenciado plenamente que, las obras de adecuación del terreno donde se aprovecharían y verterían los residuos sólidos (lote la CONCORDIA), se paralizan por orden de la autoridad ambiental , quien a ese objeto adoptó medidas plasmadas en actos administrativos expedidos en uso de competencia legal, y para lo cual (expedición y adopción de medidas administrativas) el DISTRITO DE CARTAGENA, ente contratante, no tuvo ninguna clase de intervención, las cuales por demás está decir , le estaban vedadas por fuerza de la autonomía de CARDIQUE en el trámite y adopción de medidas administrativas propias de su exclusiva competencia. Es decir, concluyendo sobre el tema: las parálisis de las obras de adecuación del terreno en el cual el concesionario ejecutaría el contrato se dieron sin responsabilidad en ello por parte del ente accionado.

Veamos seguidamente a cuál de las partes contratantes, le cabe responsabilidad en el caso de la parálisis de las obras de adecuación del terreno donde se ejecutaría el objeto del contrato:

Nos remitimos a los pliegos de la licitación pública, y evidenciamos que, corresponde como obligación del contratista, tramitar los permisos ambientales requeridos para las dos alternativas: la de la solución temporal por 12 meses, y la definitiva por el resto del término del contrato. Nos remitimos a los pliego de condiciones, numerales 2.3.1.16, 2.3.1.17, y a los numerales 1.4 y 3.1., en los cuales se establece con claridad solar que, competían al contratista las obligaciones de tramitar y obtener las licencias y permisos ambientales, que garantizaran la prestación del servicio objeto del contrato en sus dos alternativas . A su vez esas obligaciones, tácitamente vienen recogidas en los numerales 1 y 2 de la cláusula sexta del contrato y expresamente en el parágrafo segundo de la cláusula primera del contrato, texto el cual para una mejor ilustración se transcribe : " Esta a cargo del concesionario la clausura, post clausura y seguimiento , para

lo cual deberá tener en cuenta las disposiciones **AMBIENTALES VIGENTES AL MOMENTO DE REALIZAR TALES ETAPAS DEL PROYECTO"**

Establecida que la causa de la parálisis de las obras de adecuación del terreno donde el contratista ejecutaría el objeto contractual, obedeció a una intervención administrativa de la autoridad ambiental. Establecido que le competía al concesionario contratista el trámite y obtención de los permisos ambientales. Y finalmente establecido a su vez, que el ente contratante y demandado, no tenía obligación alguna en el trámite de los permisos y licencias ambientales que permitieran la ejecución del contrato, deviene la responsabilidad por la terminación anticipada y subsiguiente liquidación bilateral del contrato en cabeza del contratista, repetimos: por **INCUMPLIMIENTO DE UNA DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.**

Conste que el incumplimiento en comentario radicado en cabeza del demandante (contratista), fue precedido de una serie de diligencias que este ejecutó a fin de obtener los permisos ambientales. Veamos un recorrido del curso de ejecución del contrato:

El parágrafo primero de la cláusula primera del contrato establece....." el concesionario se obliga a asumir la prestación del servicio público domiciliario contratado, diez (10) días hábiles después de la suscripción del presente contrato, por un plazo de doce (12) meses asumiendo los costos que genere esta alternativa, mientras no exista la infraestructura o los permisos ambientales correspondientes para la prestación del servicio mediante la alternativa definitiva....."

El contrato se sus (sic) por las partes el día 14 de Enero de 2.003 y el día 12 de Marzo, las partes signan el acta de iniciación de operaciones, relacionada con la etapa inicial o de solución temporal del servicio objeto del contrato.

Obsérvese que si el contrato se suscribió en Enero 14 de 2.003, en término de 10 días contados desde esa fecha, el contratista debió dar inicio a las ejecución del mismo el día 28 de Enero de esa misma anualidad (10 días hábiles post firma del contrato) . El contratista remite el día 26 de Enero de 2.003, dos días antes de la fecha en que debía iniciar operaciones, un memo en el cual pone de presente al ente contratante la imposibilidad de iniciar las operaciones en el día convenido, y destacando que en consecuencia asumiría los costos que generara esa situación, en la cual para nada interviene el ente contratante.

El día 29 de Enero 2.003, como antes hemos señalado, la junta de acción comunal del corregimiento de PASACABALLOS, acude a la autoridad ambiental y le pone en conocimiento que en predios del lote la CONCORDIA se están ejecutando unas labores de acondicionamiento para tratar el vertimiento de basuras y residuos sólidos en un relleno sanitario.

La autoridad ambiental interviene en uso de sus facultades legales, en el caso denunciado y luego de adelantar el proceso administrativo pertinente suspende las obras de adecuación en commento, medida plasmada en acto del 6 de Febrero de 2.003.

El día 7 de Febrero de 2.003 CARDIQUE expidió la resolución 0060 mediante la cual se abre la investigación administrativa en contra del propietario del lote en el cual TIRSA ESE S.A. ejecutaba las labores de adecuación del terreno para ejecutar el contrato.

Es decir el demandante estuvo involucrado en todo momento en el curso del trámite administrativo adelantado por la autoridad ambiental, esa era además su obligación al interior del contrato.

Seguidamente TIRSA ESP S.A. remite al DISTRITO el día 10 de Febrero de 2.003 carta, en cuyo texto expresa que ha habilitado un lote en el sitio denominado LA CONCORDIA para prestar el servicio contratado a partir del 11 de Febrero de 2.003, siendo al realidad que ese lote, en días antes (7 de Febrero) había sido inhabilitado para realizar las obras

que adelantaba el contratista para ejecutar el contrato. Carta en términos similares remite el contratista al DISTRITO el día 13 de Febrero de 2003, de todo lo cual se concluye que, TIRSA ESP S.A. conocía la imposibilidad de ejecutar el contrato en ese lote, pero ello no fue óbice para decirle el contratante lo contrario, es decir al realidad era que CARDIQUE había vetado provisionalmente la ejecución de obras para adaptar el lote a los requerimientos del objeto del contrato.

La situación, por hechos imputables al contratista llegó a límites alarmantes, como que este mismo insinuó al DISTRITO DE CARTAGENA que declarara la emergencia sanitaria para poder, bajo el amparo de esa medida, iniciar operaciones en el mencionado inmueble mientras CARDIQUE resolvía lo concerniente a los permisos ambientales (ver comunicación TIRSA A DISTRITO del 7 de Febrero/2003).

La pretensión en comento de TIRSA ESP S.A. consistente en que el DISTRITO declarara la emergencia sanitaria, era improcedente puesto que, la autoridad ambiental así lo había resuelto, si esa autoridad decide que en el lote destinado por el concesionario no se podían tratar los residuos el DISTRITO estaba impedido para adoptar así fuera con la medida excepcional de la emergencia sanitaria, una orden de manejo de esos residuos en ese lote.

Como antes hemos visto, el incumplimiento del contrato, radicó en el CONTRATISTA

No obstante lo antes dicho, TIRSA ESP S.A. pretende mediante este proceso que se declaren en laudo de mérito, que el contrato que nos ocupa fue roto en su ecuación económica por la ocurrencia de hechos o circunstancias no imprevistas ni imputables al contratista, lo cual le lesionó en sus economías y como consecuencia de ello pretende el restablecimiento de la ecuación contractual.

La ecuación contractual procede a límite de no pérdida a favor de la parte que ha cumplido y en contra de la que incumplió, lo que es contrario a derecho es que la parte incumplida pretenda de la que cumplió que esta le restablezca la ecuación del contrato.

El derecho del contratista a que se le restablezca el equilibrio económico del contrato, cuando este se hubiese quebrantado por la OCURRENCIA DE SITUACIONES IMPREVISTAS QUE NO SEAN IMPUTABLES A LOS CONTRATISTAS, es obvio que si el desequilibrio económico del contrato se genera por situaciones imputables al contratista este no tiene derecho al aludido restablecimiento.-

En otros apartes del concepto hemos esbozado nuestro parecer sobre las causas que generaron la terminación anticipada del contrato y su consecuente liquidación anticipada.

En el campo de la contratación pública, las partes siempre podrán, en caso de incumplimiento, asumir ciertas conductas, así : El contratista particular cumplido o que manifestó su intención de cumplir podrá pedir, antes del vencimiento del contrato, la terminación anticipada del mismo y la indemnización de perjuicios, gastos ext., ( en el sub judice el cumplimiento del objeto del contrato por parte del contratista, cuando este se liquidó anticipadamente, era un imposible) .-

Visto lo anterior, tenemos como consecuencia lógica de lo antes dicho, que cuando el contratista pide la indemnización por las erogaciones, utilidades dejadas de percibir, perjuicios etc generados en el contrato, esas pretensiones deben soportarse necesariamente en el incumplimiento del contratante.-

Por la razón anterior, la liquidación anticipada de un contrato de derecho público, no PUEDE SER SINO CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO de unas de las partes, y la parte incumplida de

hecho pierde cualquier derecho indemnitorio, lo contrario sería erigir un premio a favor de quien incumplió, quien a la postre resulta favorecido de su propia CULPA.-

La prosperidad de la acción contractual por incumplimiento exige la prueba de ese incumplimiento en la parte demandada, pero a su vez exige la prueba de que el demandante cumplió o se allanó a cumplir las obligaciones que emanan del contrato. En este contencioso contractual, las evidencias son contundentes, en cuanto al incumplimiento de obligaciones que correspondían a la parte que acciona, y en tal medida, sus pretensiones son ilusorias.

Lo que es destacar además del dicho jurado que nos ocupa, es que a cargo del contratista corrian las diligencias de obtención de los permisos ambientales si estos se requerían, a decir del testigo el PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL contemplaba la zona donde estaba ubicado el LOTE LA CONCORDIA como de uso permitido para ejecutar en el mismo el contrato de tratamiento de residuos sólidos, de ser ello así, en gracia de discusión y consecuente con ello no requerirse permisos ambientales, la autoridad ambiental abuso de sus funciones, pero no se ha demostrado al interior del proceso que TIRSA ESP S.A. hubiese adoptado medidas de reclamación judicial sobre los actos que determinaron la parálisis de las obras de adecuación del lote, con lo cual es de entender que estuvo TIRSA ESP S.A. de acuerdo con las medidas que dispuso CARDIQUE.

En todo caso, si la parte obligada para obtener permisos ambientales era el concesionario contratista y este en esa función no saca adelante dichos permisos, no podemos judicialmente determinar responsabilidad en contra de la parte que no tenía obligación alguna sobre ese tema.-

Vistas las anteriores consideraciones, este despacho de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, emite concepto negativo a las súplicas de la parte actora.

#### **SOBRE LA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN:**

Sobre las declaraciones pretendidas, estas luego de nuestro pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda de TIRSA ESP S.A. las cuales como hemos plasmado son nugatorias, se imponen per se, es decir la negativa de las súplicas de la demanda emanan precisamente de las declaraciones que pretende el libelista de la demanda de reconvenCIÓN.

En cuanto a la condena pretendida estas deben negarse, en virtud de lo que sigue:

En contrato se liquidó de común acuerdo entre las partes y de manera anticipada. La liquidación de un contrato de la administración pública, viene normatizado en el Art. 60 de la ley 80 de 1.993. Los contratos de trato sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de

salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato." -

Como puede observarse en la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en acta, sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese el momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda. Por el contrario la parte que no deje anotado en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la consideren en esa vía, NUNCA PODRÁ pretenderlas judicialmente. Lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer.

Nos remitimos al acta de liquidación anticipada del contrato, y observamos que, TIRSA ESP S.A. se reservó el derecho de reclamar unas pretensiones que el DISTRITO no le reconoció VÍA JUDICIAL, y esas pretensiones negadas son la base de las pretensiones de este proceso. Por el contrario, el DISTRITO DE CARTAGENA, no se hizo ninguna reserva, lo cual significa que estaba de acuerdo con la liquidación del contrato, y consecuente con ello no tiene legitimación para reclamarlas judicialmente.

Por lo expuesto la demanda de reconvenCIÓN debe fallarse en contra de las pretensiones del DISTRITO DE CARTAGENA.

#### **ALEGATO DE CONCLUSION SOCIEDAD TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS TIRSA S.A., .E.S.P.**

El apoderado judicial de la parte Convocante en audiencia presentó su alegato de conclusión que se resume de la siguiente manera:

La Convocante hizo un recuento de lo que son los contratos de inversión privada en infraestructura, servicios públicos y el principio de comutatividad

Presento un estudio de las transformaciones políticas y el papel del Estado y en especial el de la administración pública en relación con la atención de las necesidades de la comunidad y la prestación de los servicios públicos y la incidencia indiscutible en el ámbito del derecho, en especial en el de las relaciones jurídicas contractuales, y su desarrollo partir de los artículos 333 y 365 constitucionales en concordancia con la Ley 142 de 1994 y para el caso concreto de los servicios públicos domiciliarios de disposición final de residuos sólidos por la Resolución CRA 151 de 2001.

Hace especial referencia a las responsabilidades públicas que ha llevado al surgimiento de un concepto novedoso en materia contractual como el de negocios de participación privada en infraestructura y servicios públicos, sin antecedentes en la vida administrativa de nuestro país, pero con incidencias incuestionables en el marco de la legalidad de los contratos correspondientes en el ámbito de las obligaciones y riesgos que las partes asumen y que en su planeación y posterior desarrollo se caracterizan en garantizar al inversionista la recuperación de la inversión, sea por la vía normal u ordinaria de la continuidad negociada en el cobro de la tarifas, tasas o demás emolumentos ofrecidos en el contrato para sustentar y hacer viable la inversión o acudiendo al reconocimiento de lo realmente invertido en casos de terminación anormal.

Anota TIRSA S.A. E.S.P. que los contratos de vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos de infraestructura o de servicios públicos, como los domiciliarios, han tenido amplia recepción en el derecho nacional en especial en el ámbito de los servicios públicos dentro de los cuales obviamente incluimos los domiciliarios. Las leyes 142

y 143 de 1994 son ejemplo claro de esta situación legal al abrir el esquema legal de la participación de los privados en el desarrollo de proyectos fundamentales para la comunidad.

Con ocasión al Contrato DAMA- 001-2002 suscrito entre TIRSA S.A ESP y EL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, objeto del presente trámite arbitral, el apoderado judicial hace un análisis de este afirmando que constituye a la luz de lo expuesto un claro contrato de Transformación o de vinculación de capital privado para el desarrollo de un proyecto específico de servicios públicos en el distrito de Cartagena de indias, razón elemental para suponer que esta sujeto a todas las reglas y principios que doctrinalmente se han reconocido a este modelo de contrato.

TIRSA S.A. E.S.P., manifiesta en su alegato que las diferencias con el contratante surgen básicamente del desconocimiento de este de la necesidad de reconocer al momento de la liquidación del contrato la totalidad de las inversiones efectuadas por el concesionario para el cumplimiento del objeto pactado y que en razón de la forma de culminación del contrato se vio frustrada su recuperación en los términos del contrato. Es de advertir que desde el mismo momento de la iniciación de la ejecución de la concesión, mi poderdante efectuó inversiones significativas tendientes al cumplimiento del objeto pactado, inversiones y costos que estaban programados a ser recuperados en veinte años, que implicaron un esfuerzo financiero enorme, pero que la administración desconoce con el argumento de que el contrato es gratuito, produciéndose en consecuencia un enriquecimiento de la administración en lo invertido para la prestación del servicio encomendado.

Básicamente el conflicto emerge a la vida jurídica cuando en virtud del Acta del 16 de mayo de 2003, la Sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP." y el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS** resolvieron de mutuo acuerdo con fundamento en el artículo 1602 del Código Civil, y en razón de lo expuesto en este documento, dar por terminado el Contrato **DAMA-001-2002**, cuando tan solo llevaba unos pocos meses de ejecución.

Con la firma del acta de terminación de mutuo acuerdo, las partes no renunciaron a las prestaciones mutuas que pudieran surgir del tiempo durante el cual se ejecutó el Contrato **DAMA-001-2002**. Expresamente se indicó en este documento que como consecuencia de la terminación se procedería entre las partes a la liquidación del Contrato en el estado en que se encontraba, lo que significaba que deberían reconocerse al concesionario todas aquellas sumas que resultaran de su propuesta y que hubieran sido ejecutadas para ser recuperadas a veinte años a través de la tarifa, pero cuya recuperación se veía frustrada por estas vías en cuanto se estaba dando por terminada la ejecución del Contrato. Por esta razón, debía el Distrito en aras de la comutatividad de la relación y del respeto a la ecuación económica del mismo, proceder a pagar al concesionario los costos e inversiones realizados.

Al terminarse el Contrato de mutuo acuerdo, las partes intentaron llegar a una liquidación satisfactoria y acorde con lo pactado. No obstante, la Administración Distrital a través de diversas interpretaciones se negó a reconocer a mi poderdante los costos e inversiones efectuadas para el cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con el Contrato y la propuesta. Sobre todo, se desconoció por la Administración Distrital la recuperación de la inversión efectuada y que se frustraba su recaudo en cuanto se suspendió la facturación en virtud de la terminación de mutuo acuerdo. De acuerdo con lo explicado, mi poderdante efectuó inversiones iniciales supremamente altas con el fin de viabilizar el proyecto encomendado, las cuales no son desde ningún punto de vistas cargas irredimibles o inversiones gratuitas como se planteó por la Administración Distrital, sino por el contrario erogaciones del particular para la efectiva prestación del servicio encomendado.

Al terminarse el Contrato, los conceptos y valores correspondientes a la reclamación del contratista durante el periodo de liquidación del contrato no fueron incluidos ni reconocidos en el acta de liquidación, no obstante la insistencia de la Sociedad a que se le respetaran sus derechos a obtener la devolución de las sumas invertidas. TIRSA ESP y el

DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a través de sus representantes se reunieron en varias oportunidades durante la etapa de liquidación bilateral, etapa en la que cada una de las partes expresó sus razones y los conceptos sobre lo que a juicio de cada una de ellas se debía basar el acta de liquidación bilateral.

El DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS no accedió a las pretensiones de TIRSA ESP, en relación al cobro y reconocimiento de conceptos diferentes al de la prestación del servicio y disposición de residuos hospitalarios. En el acta de liquidación bilateral del Contrato, la Administración expresó al respecto lo siguiente, dejando la recuperación de la totalidad de la inversión por fuera de la liquidación en detrimento de mi poderdante.

TIRSA ESP insistió durante la etapa de liquidación bilateral en la reclamación presentada para recuperar la inversión realizada en desarrollo del Contrato y en cumplimiento de sus obligaciones, por cuanto se tenía prevista a veinte (20) años y no en un plazo menor, como ocurrió en virtud de la terminación anticipada como ha quedado expuesto. Sin embargo, la Administración no accedió a sus pretensiones, razón por la cual el concesionario suscribió el acta y se reservó su derecho en forma expresa a reclamar tal reconocimiento y pago por vía judicial o extrajudicial, o mediante la convocatoria a Tribunal de Arbitramento.

Del acervo probatoria fluye incontrovertible la prueba de la sujeción a la ley de toda la actuación de TIRSA ESP en el inicio de la ejecución del contrato, es decir existe base normativa para actuar como se actuó y el concesionario, siempre creyó en el texto claro e inconfundible de la ley. En todo momento se pensó estar sujeto al orden jurídico de lo contrario no se hubieren efectuado las cuantiosas inversiones que se hicieron.

Tan conciente de este tema estaba la administración Distrital que aceptó la no necesidad de licencias ambientales en el acta de terminación de mutuo acuerdo.

De otra parte, dado que el sector público no contaba con recursos para financiar la construcción de las nuevas plantas térmicas, era menester que el reembolso de las inversiones efectuadas por los particulares se hiciera mediante el pago mensual de una tarifa que remuneraba la disponibilidad de potencia que ofrecieran tales plantas al sistema interconectado nacional. Esta forma de reembolsar las inversiones y la utilidad esperada por los inversionistas, demandaba contratos a largo plazo, de entre 15 y 20 años, que fue el periodo de duración que tuvo en mente el CONPES en los diferentes documentos en que se fue diseñando la política de ensanche de la generación térmica con la participación del sector privado.

Así las cosas, el Estado expidió las normas que estimó pertinentes para llevar a cabo la mencionada política; y con respaldo en tales normas estructuró un esquema contractual que luego ofreció a los inversionistas particulares para persuadirlos de intervenir en la construcción y el financiamiento de plantas termoeléctricas. Con base en lo anterior, los particulares aceptaron participar y, en el caso bajo estudio, CES hizo las inversiones necesarias para la construcción de la Planta, la cual entró a operar. Paralelamente, las autoridades gubernamentales continuaron implementando los cambios regulatorios enderezados a establecer un mercado mayorista, en el cual imperara la libre competencia. Después del acaecimiento de todos estos eventos y ya en operación la planta generadora, se demanda la nulidad del negocio, arguyendo la entidad estatal que el término de duración del Contrato -el cual fue ofrecido como punto esencial al inversionista particular-, viola ciertas disposiciones transitorias expedidas por las autoridades gubernamentales, y constituye una presunción de abuso de posición dominante, según ciertas normas legales, por lo que solicita que todo lo convenido quede sin efecto, a pesar de que, como resulta claro para el Tribunal, fue el esquema ofrecido por el Gobierno Nacional al inversionista privado lo que constituyó el móvil determinante para que éste accediera a intervenir en el proyecto.

Reitera el apoderado en su alegato, es innegable que debe procederse a restablecer el equilibrio del Contrato de mi poderdante en cuanto que existe reiterada jurisprudencia sobre este tema, en el sentido que el contratista como colaborador del Estado, también busca la obtención de un provecho económico, y como medida de protección para él, quien puede resultar afectado por variadas causas, algunas atribuibles a la propia Administración, como el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o la modificación en las condiciones de ejecución del contrato; otras, provenientes del ejercicio de su función estatal o por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio. En cualquiera de los eventos, el Estado asume la obligación de mantener el equilibrio financiero, para lo cual las entidades están provistas de todas las facultades necesarias y a través de acuerdos, pactos, o en forma unilateral, adopten las medidas necesarias en orden a mantener ese equilibrio y así el contratista obtenga el beneficio económico inicialmente pactado.

Este derecho a recibir una contraprestación por las inversiones efectuadas para la prestación de los servicios correspondientes se encuentra perfectamente determinado en los pliegos y sobre todo en los documentos correspondientes a las audiencias de preguntas y respuestas, donde se deduce con claridad meridiana, que la gran obligación económica de la empresa de manera inicial y para los veinte(20) años de la concesión consistió precisamente en las inversiones que fueron efectuadas en los primeros meses de vigencia del Contrato y que se colocó en imposibilidad de recuperarla en razón de la imprevisible suspensión de actividades que llevó a la terminación de mutuo acuerdo.

Todos y cada uno de los conceptos reclamados corresponden a inversiones que el concesionario efectuó de manera directa para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, conforme a las instrucciones de la intervención, lo cual ha sido claramente desconocido por la Administración Distrital, que con su actitud se ha colocado en situación de incumplimiento frente al contratista.

Concluye el apoderado de TIRSA su extenso alegato solicitándole al Tribunal se despachen, en el laudo que ponga fin al proceso arbitral, desfavorablemente las pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN y las excepciones formuladas por la convocada frente a demanda principal de este proceso. Por otra parte de pronuncie favorablemente frente a las pretensiones de la demanda principal y respecto de las excepciones formuladas frente a la demanda de reconvenCIÓN.

#### **ALEGATO DE CONCLUSION DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS.**

El alegato de conclusión del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS es una referencia en la que se pretende explicar y sustentar la posición jurídica asumida en el curso del proceso, la cual se desarrolla en los siguientes puntos:

- **Del incumplimiento de TIRSA y sus consecuencias jurídicas**
  1. Posición jurídica de TIRSA en el marco del contrato celebrado
  2. El incumplimiento de las obligaciones de TIRSA S.A. E.S.P. y las consecuencias del mismo dentro de la ejecución del contrato.
  3. Del incumplimiento contractual de TIRSA ESP como causa de la imposibilidad de cumplir con el contrato de concesión DAMA-001-2002 y, en últimas, de la resciliación del mismo
  4. Inexistencia de ruptura del equilibrio económico del contrato
  5. Excepción de contrato no cumplido.
  6. Análisis de los escenarios contemplados por la perito financiero

**Del cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Distrito de Cartagena.**

1. Oficio del Distrito dirigido a TIRSA S.A. de 27 de enero de 2003
2. El papel de buen componedor del Distrito
3. Expropiación del predio "La Loma del Coco"
4. Otras labores.

- **Tacha de los testigos**
- Deficiencias probatorias de los supuestos daños sufridos por el contratista arrojadas por los dictámenes periciales practicados
  1. Deficiencias probatorias arrojadas por el dictamen del perito contable
  2. La objeción al dictamen pericial ambiental

Sostiene el apoderado del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS en cuanto al incumplimiento de Tirsas y sus consecuencias jurídicas.

Las obligaciones del contratista tienen fundamento en diferentes fuentes: el contrato DAMA-001-2002, el pliego de condiciones de la licitación y la propia propuesta presentada por TIRSA S.A. Para efectos de lo que a continuación se expondrá debe partirse de la premisa que cada una de ellas cuenta con idéntica fuerza vinculante.

Afirma el apoderado, se deduce que la ejecución del contrato tendría dos fases o etapas: Una primera fase, que comenzaría dentro de los diez días hábiles siguientes a la suscripción del contrato, por un plazo máximo de doce meses, en la cual se implementaría la alternativa tecnológica temporal para el manejo de los residuos sólidos del Distrito, y una fase posterior, dentro de la cual se implementaría la alternativa tecnológica definitiva, esto es, la construcción, licenciamiento y operación de un relleno sanitario, u opción distinta de un relleno sanitario, o sistema mixto para el manejo y disposición final de los residuos sólidos.

Como es sabido el Contrato DAMA-001-2002 finalizó durante la fase o etapa inicial, esto es, cuando el contratista apenas comenzaba la ejecución de la alternativa tecnológica temporal, sin que se hubiera dado inicio a la ejecución de la alternativa definitiva. Por eso resulta en extremo importante concentrarse de manera exclusiva en la primera fase o etapa contractual, para establecer el alcance de las obligaciones y la responsabilidad de cada una de las partes contratantes, con el propósito de determinar las causas que llevaron a la terminación anticipada del contrato y el grado de responsabilidad que incumbe a cada una de ellas en dicha decisión.

El apoderado presenta a consideración del Tribunal un estudio de las obligaciones contractuales contenidas en los pliegos de la licitación pública internacional DAMA 001-2002 y en la oferta presentada por la UNION TEMPORAL URBASER-SALA-EMAS.

Debido a las diversas formas viables de disposición final de residuos sólidos se previó que el adjudicatario debería solicitar permisos, autorizaciones y/o licencias ambientales para desarrollar dichas actividades, razón por la que el numeral 5º del punto 3.2 del pliego de condiciones consagró en cabeza del mismo la obligación de "Elaborar los estudios y realizar las actuaciones y trámites que sean necesarios para obtener la licencia o la autorización ambiental requerida, de acuerdo con lo establecido en la ley"; así como de "Realizar las demás acciones, trabajos y obras que se requieran para mantener la totalidad del sitio de disposición final en condiciones técnicas y ambientales óptimas."

De esta manera, la Unión temporal URBASER-SALA-EMAS reitera su compromiso de obtener el consentimiento previo de la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE- para proceder a la implementación de la alternativa tecnológica temporal.

La UNIÓN TEMPORAL URBASER SALA EMAS, se comprometió a adelantar la alternativa temporal de la disposición de los residuos sólidos en el lote denominado La Concordia, con el acuerdo previo de la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE-, que era la autoridad ambiental de la zona donde estaba ubicado el lote y en la cual tendría lugar la disposición de los residuos sólidos. Correspondía al oferente de este modo tramitar y obtener los permisos y licencias ambientales necesarias para la implementación de la alternativa temporal en cuestión.

Creemos que de esta forma queda suficientemente sustentado que la empresa TIRSA S.A. se comprometió a desarrollar actividades que implicaban un evidente impacto al medio ambiente; así mismo, que la empresa conocía esta situación y previó que para su desarrollo requeriría permisos, autorizaciones o licencias concedidas por la autoridad ambiental, los cuales se comprometió a obtener con miras a cumplir eficazmente las obligaciones derivadas de contrato que suscribiría de ser adjudicatario de dicha licitación, y que se concretó en el contrato DAMA-001-2002.

Finalmente, valga anotar que en cualquier relación contractual las partes tienen un deber de corrección que implica la realización de la obligación a cabalidad, es decir, de forma íntegra y adecuada. Esto que puede parecer redundante o superfluo no lo es, y por el contrario tiene implicaciones esenciales dentro de las relaciones contractuales como las que nos ocupan.

Para el asunto que ahora nos ocupa resulta de cardinal importancia tener en cuenta esta norma, pues la actuación de TIRSA S.A. incumplió con este deber esencial. Así es, TIRSA S.A., empresa conformada por la unión de tres empresas que tienen como objeto social el manejo y disposición de residuos sólidos –y que por ende conocen del tema- dio inicio a la ejecución del contrato DAMA-001-2002 sin estar en posibilidad de realizar adecuadamente la disposición de los residuos originados por el Distrito de Cartagena. La imposibilidad a la que hacemos referencia se debió a que al momento de inicio de ejecución del contrato TIRSA S.A. no había obtenido una sola de las autorizaciones, permisos o licencias que se requerían para desarrollar su alternativa temporal.

Como presupuesto del análisis que se hará a continuación es necesario dejar claro que nuestra posición tiene fundamento en el carácter definitivo de los actos administrativos proferidos por la autoridad ambiental.

Lo primero sea decir que CARDIQUE es la autoridad ambiental con jurisdicción, entre otros, sobre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, siendo sus conceptos en materia ambiental vinculantes y supremos en los territorios donde se extiende la misma.

Sostiene el apoderado que siendo CARDIQUE una Corporación Autónoma Regional, forma parte de la administración y su voluntad se expresa por medio de actos administrativos, los cuales tienen las atribuciones típicas de este tipo de actos en nuestro derecho, entre ellas la presunción de legalidad y el carácter vinculante.

Así las cosas, las decisiones que CARDIQUE haya tomado en desarrollo del proceso administrativo seguido a TIRSA S.A. tienen carácter vinculante, en cuanto proferidos por la autoridad competente, y por consiguiente su contenido, lejos de tener un carácter meramente orientativo, resulta de obligatorio cumplimiento para sus destinatarios. Este carácter vinculante se mantiene mientras no se haya desvirtuado la presunción de legalidad que acompaña a todo acto administrativo, es decir, mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción competente.

Por consiguiente, el objeto de este tribunal no puede ser determinar la juridicidad de la actuación de la autoridad ambiental, pues además de carecer la justicia arbitral de competencia para ello, las partes afectadas por sus actos tuvieron la posibilidad de ejercer la vía gubernativa, así como la acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa. En cuanto no han sido controvertidos, o si habiéndolo sido se encuentran en firme, las decisiones tomadas por CARDIQUE tienen un carácter definitivo dentro de este proceso y deben ser tomados como ciertos.

En resumen, el contenido de las decisiones de CARDIQUE, en tanto proferidas por la autoridad competente son actos administrativos en firme, que deben ser considerados como ciertos para efectos de este proceso arbitral, no habiendo lugar a que su certeza, oportunidad o fundamentos jurídicos sean cuestionados. Este presupuesto resulta fundamental para el desarrollo del presente proceso arbitral, pues excluye la posibilidad de controversia de estos actos y adjudica a ellos el carácter definitivo y cierto que como actos en firme deben tener en derecho.

Con base en lo anterior, para el desarrollo de los argumentos que a continuación se expondrán se tomarán como fundamento los informes técnicos, los conceptos técnicos, las resoluciones, autos y demás actos administrativos que haya proferido CARDIQUE en desarrollo del proceso administrativo que adelanta contra TIRSA S.A. en cuanto éstos resulten pertinentes.

Con relación al Incumplimiento de TIRSA S.A. en la obtención de los permisos, autorizaciones o licencias ambientales requeridas, el apoderado judicial concluye.

No es difícil comprobar que TIRSA S.A. no sólo no obtuvo ninguno de los permisos ambientales necesarios para desarrollar alguna de las actividades por medio de las cuales pretendía realizar la disposición final de residuos, sino que además obró de forma negligente en la consecución de los mismos ante la autoridad ambiental.

La negligencia de TIRSA S.A. consistió en la realización extemporánea y poco efectiva de los trámites tendentes a obtener los permisos para realizar las actividades por las que se disponían los residuos.

Esta constante negligencia tuvo efectos de considerable gravedad desde época muy temprana en la ejecución del contrato, los cuales se manifestaron durante su desarrollo y condujeron a la terminación anticipada del mismo. La principal y más nefasta consecuencia para la normal ejecución del contrato fue la orden de suspensión de las actividades desarrolladas en el predio la Concordia, que ordenó CARDIQUE, mediante resolución 0060 de siete (7) de febrero de 2003, debido a que no se tenía ningún tipo de autorización, permiso o licencia necesarias para la realización de este tipo de actividades. Resulta pertinente anotar que dicha resolución fue notificada el día diez (10) de febrero, día en que TIRSA S.A. informó al Distrito de Cartagena que se encontraba lista para llevar a cabo la disposición final de los residuos en el predio la Concordia a partir del día once (11) de febrero, haciendo caso omiso de la mencionada resolución 0060. Esta situación la confirman los informes 122/03 de 13 de febrero de 2003<sup>17</sup>, 262/03 de 11 de marzo de 2003<sup>18</sup>, en el acta de visita de 12 de marzo de 2003<sup>19</sup>, concepto técnico 413/03 de 09 de abril de 2003<sup>20</sup>, concepto

<sup>17</sup> Que a la letra dice "En el predio 'La Concordia' ubicado en la 'vereda bajo del Tigre' se ha continuado con los trabajos de adecuación de los canales para evacuación de lixiviados, instalación de chimeneas para los gases y se terminó la colocación de la geomenbrana en la celda incumpliendo con lo dispuesto en el Artículo Cuarto de la Resolución 060 de Febrero 07/03"

<sup>18</sup> Que expresa "Se ha incumplido la Resolución 060 de febrero 7 del 2003 en los siguientes aspectos: -Se han continuado las actividades en este predio"

<sup>19</sup> Que en uno de sus apartes consagra "Se dio lectura al Artículo Cuarto de la Resolución 0060 de Febrero 07/2003 para [que] se dé estricto cumplimiento y que el no cumplimiento de esta dará lugar a las sanciones jurídicas pertinentes y el señor Rueda recalcó que no se paralizarán las actividades."

técnico 474 de 24 de abril de 2003 y el concepto técnico 914/03, parte integrante de la resolución 023 de 28 de enero de 2004.

TIRSA S.A. en ningún momento dio muestras de estar realizando una adecuada disposición de los residuos sólidos del Distrito; por el contrario fueron continuas las ocasiones en que CARDIQUE emitió conceptos técnicos reprobando las gestiones de TIRSA S.A. como encargado de la disposición final de los residuos del Distrito, conclusión a la que también llegan la SSPD y el segundo dictamen de la perito ambiental, Dra. Laura Echeverri.

Considera en su alegato el apoderado convocado que además de las obligaciones propias del objeto del contrato, las partes que se encuentran inmersas en una relación contractual se deben un comportamiento decoroso durante la duración de la misma. Con decoro hacemos referencia a la corrección y lealtad que deben guiar los actos de cada uno de los contratantes, los cuales adquieren el carácter de deberes, tanto en la celebración como en el posterior desarrollo del contrato.

Los dos preceptos citados, uno para los contratos en general y otro específico para los contratos administrativos, crean la obligación para las partes contratantes de comportarse en forma leal y correcta. De esta forma, la buena fe no resulta un elemento del que puedan disponer las partes; por el contrario, es un deber que les asiste y que debe ser cumplido no sólo durante el tiempo que dura la relación contractual, sino incluso en la etapa precontractual.

La suspensión de actividades, como se indicó, fue fruto de la negligencia que acompañó los trámites de TIRSA S.A. ante la autoridad ambiental, y fue este hecho un elemento determinante en el posterior desarrollo del contrato, ya que originó caos e improvisación en la labor de disposición final de residuos. Así las cosas, resulta que la mala fe de TIRSA S.A. al ocultarle información valiosa al Distrito evitó que se tomaran medidas que hubiesen hecho menos caótica la disposición de residuos, lo que a su vez hubiera disminuido los perjuicios que derivaron de esta omisión.

Así las cosas, la actitud contraria al principio de buena fe que mantuvo TIRSA debe ser tenida en cuenta al momento de determinar las responsabilidades por los perjuicios causados a las partes a partir del mencionado acuerdo contractual. Por esta razón resulta relevante destacar que la mala fe del contratista durante la ejecución del contrato DAMA-001-2002 tiene relación directa con el desarrollo del contrato y, por consiguiente, con los efectos que se generaron a partir de su ejecución.

Pensar que se puede dar cumplimiento a un contrato que, a semejanza del celebrado entre el DISTRITO y TIRSA ESP, tiene por objeto "La contratación por el sistema de concesión del servicio público de aseo para el manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos de la ciudad de Cartagena de Indias", sin observar las exigencias ambientales, resulta francamente descabellado e irresponsable. Iniciar su ejecución sin sujeción a estos requerimientos lo es más aún; pero esta circunstancia se hace todavía más reprochable cuando la obligación de tramitar y obtener tales licencias ha sido previa y concientemente asumida por el contratista y cuando de antemano se sabe, como ocurrió en este caso, que el lugar destinado al manejo final de los residuos no cuenta con tales requisitos y no se encuentra, por tal motivo, habilitado para el cumplimiento de este tipo de labores.

En un escenario como el descrito la identificación del nexo causal entre la imposibilidad de ejecutar el contrato y el comportamiento omisivo, negligente y contrario a la buena fe de TIRSA ESP se muestra como algo evidente, que surge al romper del discurrir fáctico de la relación contractual entablada entre las partes del presente proceso arbitral; motivo por el cual no resulta dificultoso imputar dicha imposibilidad, única y exclusivamente, al proceder del concesionario.

<sup>20</sup> Cuyo numeral 1º expresa "En los predios de la finca la Concordia la firma TIRSA S.A. E.S.P. continúa intervención directa al medio natural"

Así las cosas, el hecho que TIRSA ESP, a pesar que ser plenamente conciente de sus obligaciones contractuales frente al cumplimiento de la legislación ambiental, de ser amplia conocedora de esta normatividad -dada su condición de "profesional" en la materia- y de haber sido advertida previamente por CARDIQUE acerca de que no podía utilizar el predio denominado "La Concordia" para disponer de residuos sólidos, siguiera adelantando las obras para poner en ejecución la solución temporal que había propuesto en un sitio no habilitado para ello, como a la poste se hizo, no puede más que constituir la evidencia más notoria de la falta de cuidado, diligencia y buena fe del contratista, pues a sabiendas de la situación informó a la Administración que estaba en capacidad de ejecutar la alternativa temporal ofrecida, con lo cual se determinó de manera exclusiva, directa y concreta la posterior imposibilidad de ejecutar el contrato, declarada en el acta de terminación del mismo suscrita por las partes a tan solo tres meses de iniciada su ejecución.

Sobre la Inexistencia de ruptura del equilibrio económico del contrato, manifiesta en su alegato, el apoderado de la parte convocante en su escrito de demanda, luego de hacer un relato de los hechos, que de ellos "se puede concluir sin mayores dificultades que nos encontramos ante un evidente caso de incumplimiento de las obligaciones emanadas de Contrato por causas imputables a la Administración, que se niega de manera reiterada a reconocer en la liquidación del Contrato las sumas invertidas por el concesionario para la prestación del servicio público encomendado, situación a todas luces irregular que ha llevado a mi poderdante a una evidente ruptura del equilibrio financiero del Contrato y de la empresa misma al no obtener la retribución pactada al momento de la liquidación del negocio". Nada más alejado de la realidad.

La preocupación por preservar la equivalencia de las prestaciones reciprocas acordadas, corolario del carácter sinalgámico de todo contrato estatal, y el respeto de la intangibilidad de la remuneración del contratista, principio esencial del ECE, justifican, de este modo, la obligación impuesta a las entidades de celebrar los acuerdos y pactos necesarios para asegurar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en aquellos eventos en que éste se vea quebrantado.

La alteración de dicho equilibrio por causas distintas a las mencionadas -v. gr. el incumplimiento de la parte afectada por el desequilibrio- da al traste con la pretensión de restablecimiento elevada por quien reclama se subsane la alteración acusada; pues es claro que ante tal circunstancia, necio sería pretender hacer aplicable el derecho legalmente consagrado con miras a resguardar el equilibrio económico de la relación negocial de "la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas" (artículo 5º ECE). Quiere esto decir que, en el presente caso, en el que es patente que la supuesta ruptura de la ecuación económica invocada por el apoderado de TIRSA ESP en su escrito de corrección de demanda tiene como fundamento, única y exclusivamente, el incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales, resulta algo más que aventurado hablar de una supuesta ruptura del equilibrio económico. Lo contrario, es decir, pretender que la administración responda de toda alteración padecida por la estructura económica del contrato con independencia de su causa y de la conducta desplegada por las partes, además de desconocer la particular configuración que del principio de equilibrio económico perfiló el legislador nacional y las reglas que invariablemente han regido la responsabilidad contractual, llevaría al sinsentido de extender su órbita de responsabilidad, incluso, a aquellos actos derivados de la propia culpa de su contraparte. El resultado, es claro, sería la mutación de la suya en una especie de responsabilidad objetiva, aplicable en todos los casos, sin consideración alguna a principios tan valiosos para nuestro ordenamiento como la buena fe, la equidad y la prevalencia del interés general, ni de instituciones tan arraigadas e incontrovertibles como la bilateralidad, onerosidad y comutatividad de la mayoría de los contratos estatales, para terminar haciendo de ellos, entonces sí, contratos unilaterales y gratuitos -o aleatorios, en el mejor de los casos-, conforme a la ilustrativa clasificación que al respecto deparan los artículos 1496, 1497 y 1498 del Código Civil.

La inexistencia de rompimiento económico del contrato, y por ende, la improcedencia de la petición de su restablecimiento, en eventos en que ello resulta de la conducta de la parte que efectúa el reclamo, ha sido reconocido por la jurisprudencia administrativa, que con total claridad y fundada lógica ha señalado de manera enfática que "Sólo puede afirmarse que hay desequilibrio financiero en presencia de contratos conmutativos y de trato sucesivo, cuando se alteren las condiciones económicas pactadas al momento de su celebración en perjuicio de una de las partes, cuando la alteración sea fruto de hechos ocurridos con posterioridad a la celebración del contrato y cuando estos hechos no sean imputables a quien alega el desequilibrio". (Subrayado y negrillas fuera de texto)

Concluye el apoderado, es indudable que el no pago por parte de mi poderdante de las sumas ahora reclamadas por TIRSA ESP no puede ser visto, como equivocadamente parece sugerirlo en su escrito el apoderado de la parte convocante, como el desconocimiento y la negación del natural derecho que asiste al contratista de percibir un provecho económico con la celebración del contrato, sino como la consecuencia lógica de los imperativos derivados de las normas legales y convencionales que en materia de responsabilidad contractual rigen el particular reparto de riesgos contemplado en el contrato DAMA-001-2002. Si no hay prestación, no puede haber contraprestación.

Tan sencilla fórmula envuelve y resume la esencia del carácter conmutativo del contrato de concesión suscrito entre las partes de la presente controversia, motivo por el cual la prestación debida por una parte, se mira como equivalente de lo que la otra debe dar o hacer a su vez. De ahí que la conducta de mi representada no pueda ser calificada de incumplimiento, pues es claro que EL DISTRITO siempre estuvo dispuesto a honrar sus obligaciones, y si no reconoce el pago de las indemnizaciones reclamadas por TIRSA ESP, es porque considera, fundamentalmente, que no existe daño alguno a reparar, o que de haberlo no le es imputable o que no se encuentra debidamente probado. La compleja estructura financiera del contrato de concesión suscrito así lo demanda, puesto que resulta evidente que la socorrida fórmula del "todo costo recuperable de la inversión del concesionario", constantemente invocada por el apoderado de la parte convocante, ha de operar únicamente en condiciones de normalidad. Es decir, en un contrato suscrito a veinte años, lapso que se presume suficiente para amortizar la totalidad de la inversión y todo costo recuperable hecho por el contratista, no se puede pretender, legítimamente, sin violentar de manera severa principios como el de la buena fe y la conmutatividad, repetir aquellos valores que no podrán ser amortizados en dicho espacio de tiempo, única y exclusivamente, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales de TIRSA ESP; incumplimiento que, como ya se vio, se encuentra en la base de la muy prematura terminación anticipada del contrato celebrado, con las secuelas patrimoniales que ello conlleva.

Somos conscientes del derecho que asiste al concesionario del servicio público de aseo a recuperar las inversiones y demás costos en que incurrió en cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Es natural que así sea, y así se reconoce en el mismo contrato, cuya cláusula cuarta hace relación expresa a la remuneración que recibirá el contratista en el término de duración del contrato, pactado a veinte años (cláusula décima segunda).

Ahora bien, es claro que el reconocimiento de este innegable derecho no puede significar, de ninguna manera y bajo ninguna circunstancia, la abrogación de las reglas imperantes en materia de responsabilidad contractual, aplicables en su totalidad al caso que ahora nos ocupa. Así, el carácter conmutativo del contrato de concesión celebrado, antes de convertirlo en un negocio absoluto en términos de la ejecución de las prestaciones debidas, gobernado por una lógica de responsabilidad objetiva en la que cada parte debe cumplir necesaria y forzosamente con la prestación acordada, hace que el incumplimiento de una de las partes legitime el no cumplimiento de la otra.

Una vez demostrado el incumplimiento de TIRSA S.A. y el nexo causal que existe entre éste y los perjuicios por ella sufridos, corresponde resaltar la labor del Distrito durante el tiempo de ejecución del contrato, no sólo en cumplimiento de las obligaciones incluidas directamente del objeto contractual, sino también las derivadas del principio de buena fe contractual.

El hecho de que no se hubiese llegado a ninguna solución entre estas dos sociedades se debió exclusivamente a la relación que entre ellos existe. Carecería de todo fundamento, además de ser absolutamente injusto, que después de haber desarrollado el papel que el Distrito desarrolló le fuera endilgada alguna responsabilidad por el fracaso en las negociaciones entre TIRSA e INGEAMBIENTE.

Concluye su alegato final el apoderado del Distrito que se trata, pues, de un aspecto en extremo delicado, que amerita especial consideración por parte del Tribunal, por cuanto es claro, al menos a los ojos de este apoderado, que razones de sobra asistían al Doctor JULIO ESTRADA cuando en su momento tachó de sospechosos los testimonios de estas personas.

El argumento según el cual que se trata de personas que no laboran al servicio directo de TIRSA ESP resulta, en este caso, falaz por formalista y superfluo, en tanto es indiscutible que, a efectos de resolver la controversia que dio lugar a este tribunal, los intereses de TIRSA son exactamente los mismos que los intereses de SALA y de EMA, sus principales accionistas.

## II.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Definidos como han quedado los extremos de la controversia, luego de haber examinado cuidadosamente el trámite del proceso arbitral, presentados por escrito y expuestos de igual modo verbalmente en audiencia los alegatos de conclusión, así como también analizado el acervo probatorio y encontrado que no hay lugar a declarar nulidades de oficio.

### 1.- LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

Aunque la competencia del Tribunal para conocer de las controversias sometidas a su conocimiento fue declarada con arreglo a la ley en la primera audiencia de trámite, surtida el día 15 de junio de 2004 y no ha sido objeto de cuestionamiento y menos de inconformidad alguna por parte del señor Agente del Ministerio Público o de cada una de las Partes, Convocante y Convocada, quienes por el contrario con su concurrencia al proceso, mediante la formulación de sus correspondientes demandas principal y de reconvenCIÓN han evidenciado reconocer en este juez transitorio la autoridad, jurisdicción y competencia para pronunciarse de fondo acerca de las controversias que los separan, el Tribunal considera pertinente retomar el tema para efectuar algunas precisiones en relación con el mismo.

Como es bien sabido, en cuanto las controversias respectivas correspondan a asuntos transigibles, la competencia del Tribunal deviene directamente de la habilitación que, con sujeción al artículo 116 de la Carta Política, le atribuyan las Partes a través del correspondiente pacto arbitral, que en el presente caso se concretó en la cláusula compromisoria incorporada dentro del contrato DAMA-001-2002, que a la letra dice:

**"CLAUSULA TRIGESIMA: SOLUCION DE CONTROVERSIAS.-** Los conflictos que surjan durante la ejecución del objeto contractual se solucionarán preferiblemente mediante los mecanismos de transacción y conciliación.

**CLAUSULA TRIGÉSIMA PRIMERA: CLÁUSULA COMPROMISORIA.-** Todas las diferencias o controversias que se deriven de este contrato o que guarden relación con el mismo se solucionarán, si llegaren a fracasar los mecanismos antes contemplados, a través de un Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto por la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros especialistas en derecho administrativo o en contratación estatal, con énfasis en servicios públicos domiciliarios, y fallarán el laudo que resulte del mismo en derecho. El tipo de arbitramento será el legal. La sede del Tribunal será la ciudad de Cartagena de Indias D.T. y C."

Pues bien, acerca de esa cláusula que constituye el marco principal que delimita su competencia, el Tribunal resalta la inclusión de "Todas las diferencias o controversias que se deriven de este contrato o que guarden relación con el mismo", dentro de las cuales se encuentran incluidas, naturalmente, las diferencias o controversias que en el presente caso –como se detallará más adelante-, se suscitaron al momento de efectuar la liquidación del contrato, lo cual evidencia que las mismas se derivaron directamente de él.

La transcrita cláusula compromisoria habilitó, pues, adecuadamente a los árbitros para conocer de fondo y decidir en Derecho respecto de la litis que ha sido trabada entre las Partes Convocante y Convocada, en cuanto la misma se derivó directamente del contrato DAMA-001-2002, independientemente de que su terminación hubiere sido convenida, como en efecto lo fue, de común acuerdo y que con ello las mismas Partes hubieren decidido superar las diferencias que existieron o que hubieren podido existir entre ellas en relación con el cumplimiento y la ejecución de las obligaciones contractuales correspondientes, puesto que siempre dejaron a salvo la obligación legal de efectuar la liquidación de su vínculo y así lo hicieron de manera conjunta en etapa que puso de presente las diferencias que llevó a esa Partes a convocar la constitución del Tribunal para que definiera y zanjara las mismas.

Para el Tribunal resulta claro también que le corresponde respetar los acuerdos celebrados entre las Partes para componer o solucionar sus diferencias, tal como lo hicieron a través del documento de terminación del contrato por mutuo acuerdo y por ello se ha de limitar a reconocer los efectos que del mismo se desprenden sin entrar a pronunciarse, porque no le toca y porque no hay controversias al respecto, acerca de la validez, el alcance u otros aspectos propios del negocio jurídico celebrado en mayo 16 de 2003.

El Tribunal se limitará, por tanto, dentro del preciso marco de su competencia, a estudiar las diferencias que se derivaron directamente del contrato DAMA-001-2002 al momento de verificar la liquidación bilateral del mismo, como quiera que en relación con dicho contrato opera y mantiene su autonomía la cláusula compromisoria en mención.

Así mismo el Tribunal destaca, como límite de su competencia, que las definiciones adoptadas por las autoridades competentes acerca de la obligatoriedad en que se encontraba la Convocante para obtener las licencias y permisos necesarios para operar la concesión, son aspectos que escapan por completo a su competencia y no le corresponde adentrarse en el juicio o la discusión de tales decisiones, en primer lugar porque se trata de decisiones administrativas que no pueden someterse a juzgamiento de la denominada justicia arbitral y, en segundo lugar, porque la señalada cláusula arbitral no resulta vinculante sino para las partes que la suscribieron, entre las cuales no se encuentran aquellas autoridades ambientales.

Al respecto se reafirma que el objeto de este tribunal no puede incluir determinación alguna acerca de la juridicidad de la actuación de la autoridad ambiental Corporación Autónoma y Regional del Canal del Dique "CARDIQUE", ni la revisión

oficiosa o rogatoria de sus actos requisitorios al concesionario TIRSA E.S.P. de permisos o licencias ambientales, debido a que la justicia arbitral carece de competencia para ello.

Ciertamente, es preciso advertir que en modo alguno el ordenamiento jurídico colombiano, como la ha destacado la jurisprudencia, permite que los actos administrativos producidos por las autoridades puedan ser objeto de juzgamiento por parte de tribunales de arbitramento, puesto que corresponde dicho examen, de forma privativa, a la jurisdicción contenciosa administrativa y nunca a ningún otro tipo de autoridad jurisdiccional.

Así las cosas, los árbitros habilitados por las partes para resolver controversias no poseen potestad para pronunciarse sobre la legalidad de las decisiones administrativas. Estas argumentaciones encuentran sólida asidero en numerosas providencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, Corporaciones que han puntualizado que los actos administrativos no pueden ser objeto de debate alguno por parte de los tribunales de arbitramento, en la medida en que aquellos corresponden a la expresión del poder público cuyo juzgamiento se encuentra reservado a la jurisdicción contenciosa administrativa.

En los siguientes términos la jurisprudencia del máximo tribunal de lo constitucional se ha manifestado al respecto, según la Sentencia C-1436 de 2000:

*"... El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados. Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad. Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición... Dentro de este contexto, considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral. Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de*

aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna... En conclusión, el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros..."

De igual forma, el Consejo de Estado, en diversos pronunciamientos, ha manifestado lo siguiente en torno a la imposibilidad de que los tribunales de arbitramento conozcan de la legalidad de los actos administrativos:

"... Cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquélla solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden..." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de junio 08 de 2000 expediente 16973)

Con ello se ratifica la posición del Tribunal, expuesta precedentemente, de no poder efectuar pronunciamiento alguno en relación con la actuación de la autoridad ambiental ni a sus actos relacionados con el caso *sub lite*, ya que para su revisión y juicio existen otros organismos siendo estos la jurisdicción contenciosa para el análisis de su nulidad y los controles disciplinarios y fiscales a las cuales están sujetas todas los actos públicos por parte de la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República.

Ahora bien, independientemente de esta clara definición del alcance de la competencia del Tribunal en torno al tópico planteado, resultaría forzoso el análisis correspondiente al examen encaminado a determinar los efectos que frente a la relación contractual y al cumplimiento del contrato mismo tenía la eventual carga de la consecución de la licencia ambiental y la definición de a quién concurría dicha obligación, sino fuese porque las propias Partes hubieren decidido renunciar al derecho que les asistía para exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales de su correspondiente co-contratante al proceder a convenir, como aquí convinieron, de manera libre y voluntaria, la terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo, superando así cualquier discusión acerca de la satisfacción de las prestaciones obligacionales surgidas del contrato.

Es claro pues, que no observa el Tribunal competencia alguna para determinar y escudriñar la legalidad de los actos administrativos expedidos por la autoridad ambiental CARDIQUE, por lo cual no examinará, ni podría examinar, si los mismos fueron proferidos en oportunidad, por funcionario competente, la motivación que los ampara o los antecedentes fácticos o fundamentos jurídicos que les hubieren servido de fundamento.

Por el contrario, lo único que le es dable al Tribunal es acreditar la existencia de los actos producidos por la autoridad ambiental sin posibilidad de cuestionarlos o invalidarlos. Tales actos administrativos existen, tal y como lo ha señalado la doctrina en términos generales, desde el momento en que son producidos por la Administración y, desde entonces, en sí mismos llevan envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos.

En consecuencia, la existencia del acto administrativo se debe entender encaminada a producir efectos jurídicos, como ocurrió con los actos expedidos por CARDIQUE y sin entrar a evaluar si dicha decisión administrativa fue adoptada de conformidad con ordenamiento jurídico superior. Lo único que compete a la vía de arbitraje es advertir, que en tanto en firme, un acto administrativo se encuentra cobijado por la presunción de constitucionalidad y de legalidad. No puede por ende el Tribunal declarar que la actuación administrativa hubiere estado afectada por vicio alguno de nulidad por no cumplir con todos o con alguno de los requisitos establecidos para dicho efecto.

En sintonía con lo anterior el artículo 64 del Decreto 01 de 1984 consagra:

*"Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por si mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados".*

Así pues, los actos administrativos, por regla general, son obligatorios mientras no hayan sido suspendidos o declarados nulos por la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con las causales establecidas por la ley y, en particular, por el artículo 66 del Decreto 01 de 1984.

De esta manera, el citado precepto consagra por una parte la obligatoriedad de los actos administrativos como regla general *"salvo norma expresa en contrario"* y como excepciones la pérdida de fuerza ejecutoria, por suspensión provisional, por desaparición de sus fundamentos de hecho o de derecho, eventos denominados por la jurisprudencia y la doctrina, el decaimiento del acto administrativo, entre otros.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional ha sostenido:

*"La fuerza ejecutoria de los actos administrativos, es decir, su ejecutividad, depende entonces de dos aspectos fundamentales: la presunción de legalidad del acto administrativo, siempre que no haya sido desvirtuada, y su firmeza, que se obtiene según el artículo 62 del Decreto 01 de 1984, cuando contra los actos administrativos no proceda ningún recurso, o los recursos interpuestos se hayan decidido, o no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos, o cuando haya lugar a la perención, o se acepten los desistimientos".* Así las cosas, los actos producidos por CARDIQUE, dada la imposibilidad en esta instancia de cuestionar su legalidad o motivación, son obligatorios, por tanto el Tribunal no puede ni podría adentrarse en su examen y menos en su control, a pesar de que medios probatorios allegados al expediente, como el caso del testimonio rendido por el doctor Rafael Ernesto Vergara Navarro hubiese manifestado que, de manera irregular, la Corporación Ambiental CARDIQUE habría generado todo tipo de arremetidas antijurídicas en contra del contrato por razones políticas.

En conclusión, queda claramente excluida de la competencia del Tribunal, como sobradamente se expuso precedentemente, la posibilidad de adelantar cualquier tipo de controversia o juzgamiento en relación con estos actos o su sustento.

Ahora bien, en cuanto corresponde a un asunto diferente, esto es el examen de un posible incumplimiento contractual relacionado con la determinación de si a una de las Partes y a cuál, le correspondía el adelantamiento del trámite la expedición que conforme a la actuación de CARDIQUE se requería para materializar la ejecución del objeto contractual y dado que las Partes se han hecho imputaciones mutuas y reciprocas de incumplimiento, el Tribunal precisa que aunque esos aspectos podrían haber sido objeto de sus exámenes y definiciones, en ello no se adentrará puesto que, como ya se anticipó, le corresponde respetar los efectos jurídicos generados por el acto que puso fin, de manera anticipada y por acuerdo conjunto de las partes, al contrato en relación con cuyo cumplimiento se han formulado los reciprocos reproches de incumplimiento por la no obtención oportuna de permisos y licencias a cargo de CARDIQUE.

## **2.- LOS EFECTOS DE LA REFORMA DE LA DEMANDA PRINCIPAL Y LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.**

El Tribunal precisa que para la estimación de las pretensiones de la demanda principal y de aquellas que forman parte de la demanda de reconvenCIÓN, así como para adoptar las determinaciones a que haya lugar en relación con cada una de ellas, se guiará exclusivamente por la demanda principal reformada y por la demanda en reconvenCIÓN también

reformada, en atención a que cada una de las Partes, Convocada y Convocante, ejercieron ese derecho y 'motu proprio' la presentaron de manera integrada.

### 3.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PARTES Y LA PRUEBA DE SU EXISTENCIA.

También resulta pertinente hacer referencia a la naturaleza jurídica de las partes que comparecen al presente trámite arbitral, las cuales, a su turno, son las mismas que celebraron el contrato que dio origen a las controversias que aquí se estudian, asunto que se reflejará en la determinación del régimen legal aplicable a dicho vínculo contractual.

De un lado –como ya se ha señalado-, se tiene que a la celebración del contrato DAMA-001-2002 concurrió el **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS** –en adelante **EL DISTRITO** ó simplemente **CARTAGENA**-, entidad territorial de Derecho Público con personería jurídica independiente, contemplada expresamente en el artículo 328 de la Carta Política respecto de la cual y, precisamente, por encontrarse prevista en la norma constitucional mencionada, no se requiere acreditar su existencia para que pueda comparecer al proceso de conformidad con los dictados del numeral 3 del artículo 77 y el artículo 188, ambos del Código de Procedimiento Civil – C. de P. C.-.

La referida entidad territorial, además, encuadra perfectamente en la clasificación de 'entidades estatales' que para fines contractuales recogió el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, según los términos que se transcriben a continuación:

*"Artículo 2º. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:*

*"1º. Se denominan entidades estatales:*

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

*"b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos". (Se deja subrayado).*

Así pues, para efectos de los asuntos que aquí se debaten, para el Tribunal la naturaleza jurídica de la Parte Convocada y a la vez Demandante en ReconvenCIÓN será la propia de una entidad estatal.

De otro lado, como ya se indicó, para la celebración del aludido contrato DAMA-001-2002 también se hizo presente la sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P., -TIRSA E.S.P.-**, cuya existencia y representación legal se encuentran debidamente probadas en el expediente a través del certificado que emitió la Cámara de Comercio de Cartagena, documento que, según las voces del artículo 117 del Código de Comercio –C. de Co.-, resulta idóneo y suficiente para acreditar tales existencia y representación legal, así como las cláusulas del correspondiente contrato societario.

Ese mismo certificado de existencia y representación legal de **TIRSA E.S.P.**, evidencia que la Convocante y a la vez demandada en reconvenión, se encuentra constituida como sociedad por acciones, en la modalidad de las anónimas y, a la vez, adoptó la organización y estructura propia del tipo específico de una Empresa de Servicio Públicos Domiciliarios –ESP-, situación que se encontraba vigente para el día 14 de enero de 2003, fecha de la celebración del contrato que aquí se estudia y que se ha mantenido sin modificación hasta el momento presente.

Ese tipo específico de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios –ESP-, se encuentra consagrado y definido en el inciso 1º del artículo 17 de la citada Ley 142 de 1994, de conformidad con el siguiente texto:

*"Artículo 17.- **Naturaleza.** Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley".*

Como se puede apreciar, según la norma legal que se acaba de transcribir, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios –ESP's-, deben reunir dos (2) elementos o características fundamentales, para ser consideradas como tales: de un lado deben estar constituidas bajo la forma asociativa de las sociedades por acciones y, de otro lado, su objeto debe contraerse a la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.

Y esos dos requisitos se pueden predicar en relación con la Convocante **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. –TIRSA E.S.P.**-, puesto que la mencionada certificación de existencia y representación legal indica que se trata de una sociedad cuyo capital se encuentra representado en acciones, amén de que su objeto social se encuentra definido en la siguiente forma:

*"OBJETO SOCIAL: El objeto de la sociedad es la prestación del servicio público domiciliario de aseo, disposición final de residuos sólidos y otros servicios públicos, para el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, otras poblaciones o ciudades del país, cuando así lo disponga la Junta Directiva. En consideración a su objeto la sociedad queda sometida a cumplir el mismo de conformidad con la Constitución Nacional, las Leyes y los Reglamentos que regulan este servicio público domiciliario. En su desarrollo, la sociedad podrá ... .."*

Queda establecido, como se tiene, que la sociedad que concurre al presente proceso arbitral en su condición de Convocante se encuentra constituida como sociedad por acciones, en la modalidad de las anónimas y, a la vez, ha adoptado la organización y estructura propia de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios –ESP-, asunto que – como se retomará enseguida-, reviste singular importancia puesto que este tipo particular de personas jurídicas se encuentra sometido a un régimen jurídico propio.

### **3.1.- REGIMEN LEGAL APPLICABLE A LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS PARTES.**

Una vez establecida la naturaleza jurídica de cada una de las Partes, Convocante y Convocada, importa destacar que para el caso del **DISTRITO** el aplicable en asuntos contractuales, por regla general, es el régimen del Estatuto de Contratación Estatal, contenido en la Ley 80 de 1993.

Por su parte, dada la particular naturaleza de ESP que le corresponde, según ya se comentó, **TIRSA** se encuentra sometida a un régimen jurídico propio de conformidad con los dictados de la parte inicial del segundo (2º) inciso del artículo 365 de la Carta Política, en virtud del cual *"Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley"*, disposición superior desarrollada, de manera especial y concreta, entre otras normas legales, por la Ley 142 de 1994 en cuyo artículo 1º, al definir su ámbito de aplicación y para los fines que aquí interesan, precisó que la misma *"... se aplicará a los servicios públicos domiciliarios de ... aseo ..."*, así como *"a las actividades que realicen las personas*

prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título", a propósito de lo cual cabe destacar que el citado artículo 15 de la Ley 142 de 1994, en su numeral 15.1 se refiere, exactamente, a "Las empresas de servicios públicos".

Más adelante, el artículo 14 de la misma Ley 142 de 1994, en sus apartados 14.21 y 14.24 –éste último modificado por el artículo 1 de la Ley 689, expedida en 2001-, consagra las definiciones que se transcriben a continuación:

*"Artículo 14. **Definiciones.** Para interpretar y aplicar esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

*"14.21. Servicios públicos domiciliarios. Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica comunitaria, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible, tal como se definen en este capítulo".*

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

*"Igualmente incluye, entre otras, las actividades complementarias de corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas; de lavado de estas áreas, transferencia, tratamiento y aprovechamiento".*

También resulta pertinente destacar que, según los apartados 14.5, 14.6 y 14.7 del mismo artículo 14 de la Ley 142 de 1994, la comentada definición que recoge el transrito artículo 17 acerca de la naturaleza de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios –ESP's-, puede ser materia de clasificaciones, según el origen de los aportes que conforman el capital de la respectiva ESP, dando lugar a la existencia de Empresas de Servicios Públicos OFICIALES, MIXTAS y PRIVADAS, sin que por esa razón dejen de pertenecer al tipo de las ESP's y sin que por ello se excluyan del régimen jurídico, propio y especial, que la citada Ley 142 de 1994 consagra para esta clase de entes societarios.

El siguiente es el texto de los mencionados numerales 14.5, 14.6 y 14.7 de la Ley 142 de 1994:

*"14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.*

*"14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.*

*"14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares".*

Cabe destacar que el artículo 19 de la Ley 142 de 1994 recoge y precisa, de manera detallada, algunas reglas especiales que integran el *"Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios"*, en asuntos tales como la denominación; la duración; la autorización para que el capital social pueda conformarse con aportes de inversionistas nacionales o extranjeros; algunas facultades especiales para que las juntas directivas dispongan el incremento del capital autorizado; la facultad para que los socios acuerden, libremente, el monto del capital autorizado que suscriben; la

autorización para que los socios determinen, libremente, el plazo para el pago de las acciones suscritas que no se cubran totalmente; la autorización para que los socios avalúen, directa y libremente, los aportes en especie que reciban las empresas; la autorización para funcionar aunque no se haya hecho el registro prescrito en el artículo 756 del Código Civil para los actos relacionados con inmuebles; la limitación de las causales de disolución de la sociedad a las circunstancias previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 457 del C. de Co., y al hecho de que la totalidad de las acciones llegue a pertenecer a un solo accionista; la definición de que los aportes estatales que consistan en el usufructo de bienes vinculados a la prestación del servicio público, se rija por el derecho privado entre otras materias. Además, en forma genérica, el apartado 19.15 del citado artículo 19 de la Ley 142 de 1994, señala que en todo aquello que no regule específicamente la Ley 142 de 1994 *"las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas"*.

### 3.2.- EL REGIMEN LEGAL APLICABLE AL CONTRATO EN ESTUDIO.

Si bien resulta claro que el régimen de contratación al que, por regla general, se encuentra sometido el **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS** es el que contiene el Estatuto de Contratación Estatal, compendiado en la Ley 80 de 1993, no es menos cierto que, de una parte, la determinación acerca de la aplicación de esa normatividad exige el mayor cuidado dada la multiplicidad de excepciones o de regímenes especiales, algunos provenientes de la propia Ley 80 de 1993 y otros consagrados en normas especiales posteriores y de igual o superior jerarquía, en razón de lo cual se ha dispuesto la no aplicación, total o parcial, del referido Estatuto de Contratación Estatal a los casos por ellas contemplados aunque se trate de contratos celebrados por entidades estatales.

De hecho el presente caso podría resultar particularmente difícil para efectos de precisar cuál es, exactamente, el régimen legal al que se encuentra sometido el contrato DAMA-001-2002, puesto que, de un lado su objeto versa sobre la prestación del servicio público domiciliario de aseo y ello podría servir de fundamento para considerar que es el estatuto especial de servicios públicos domiciliarios, constitutivo del régimen jurídico propio de esas actividades, el llamado a regular la relación contractual celebrada entre las partes que ahora concurren a éste proceso arbitral.

De otro lado, ocurre que ese estatuto especial, contenido en la referida Ley 142 de 1994, de manera perentoria precisó, en su artículo 31, que *"Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"*, al tiempo que, en su artículo 32, determinó que *"... la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado"*, a lo cual agregó que esa regla general *"se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce"*.

A ello habría que agregar que las normas que integran la Ley 142 de 1994 no sólo son posteriores a la Ley 80 de 1993 sino que, además de tener el carácter de especiales y, por tanto, prevalentes, en todo lo que corresponda a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, a la organización, al funcionamiento y al régimen jurídico de las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, también se ocuparon de regular íntegramente la materia, derogaron todas las normas que le sean contrarias e incluso, por orden expresa del propio artículo 186 de la misma Ley, deben aplicarse de preferencia frente a otros regímenes legales, así estos sean posteriores.

En efecto, así lo ordena el mencionado artículo 186 de la Ley 142 de 1994:

*"Artículo 186.- Concordancias y derogaciones. Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta ley; deroga*

*todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulte contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando estas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria". (Se ha subrayado)*

No obstante lo antes indicado, para el Tribunal en el presente caso no se configura, de manera alguna, la planteada dificultad, por la sencilla pero potísima razón de que si bien es cierto que la Ley 142 de 1994, de carácter especial y posterior en el tiempo a la Ley 80 de 1993, se encargó de consagrar como regla general tanto la no aplicación del Estatuto de Contratación Estatal como la observancia del régimen de Derecho Privado para los contratos que celebren tanto las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios, como para los que celebren las ESP's, también es cierto que esa misma Ley 142 de 1994 consagró una precisa y perentoria excepción a esa regla general, en cuanto decidió reenviar, de manera íntegra, al Estatuto de Contratación Estatal todos los contratos que celebren los entes territoriales con empresas de servicios públicos cuando a través del objeto de los mismos se persiga que dichas empresas asuman la prestación de uno o varios de tales servicios públicos domiciliarios.

En efecto, así reza el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001:  
**"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".

Y dado que la hipótesis fáctica contemplada en la parte inicial del parágrafo que acaba de transcribirse es, precisamente, la que se configuró en el caso concreto que aquí se estudia, puesto que una entidad territorial –en este caso el **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS**-, celebró con una empresa de servicios públicos domiciliarios –esto es con **TIRSA E.S.P.**-, el contrato DAMA-001-2002 con el objeto de que ésta última, mediante el sistema de concesión, asuma la prestación del servicio público de aseo para el manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos de la ciudad de Cartagena de Indias, obligado resulta concluir que igualmente se impone la aplicación, entonces, de la consecuencia prevista en esa misma norma consistente en que el contrato aludido deba regirse "para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

Así las cosas, tanto por razón de la naturaleza estatal que acompaña a la entidad Convocada, como por razón de la disposición especial y posterior que contiene el régimen jurídico propio de los servicios públicos domiciliarios para un caso como el que aquí se estudia en el parágrafo de su artículo 31, forzoso resulta sostener que el contrato celebrado entre las Partes debe sujetarse a las reglas del mencionado Estatuto de Contratación Estatal y en los asuntos no regulados particularmente por el mismo se aplicarán las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, de conformidad con los dictados del inciso 1º del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor:

**"Artículo 13.- DE LA NORMATIVIDAD 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".

#### 4.- EL TIPO DE CONTRATO Y SU NATURALEZA.

Singular importancia corresponde a la determinación del tipo contractual celebrado entre las Partes, para cuyo efecto se impone revisar el objeto del mismo según la definición consagrada en la cláusula primera del documento fechado en enero 14 de 2003, a saber:

**"CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.**- La contratación por el sistema de concesión del servicio público de aseo para el manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos de la ciudad de Cartagena de Indias, Distrito Turístico y Cultural, a través de la alternativa del numeral 2) de los puntos 1.4 y 3.1 de los pliegos de condiciones de la licitación pública internacional DAMA-001-2002 y la oferta del concesionario de fecha diciembre 4 de 2002, los cuales hacen parte integrante de este contrato, y consistente en "la construcción, licenciamiento y operación de un relleno sanitario, u opción distinta a la de relleno sanitario, o sistema mixto, para el manejo y disposición final de residuos sólidos en un lote determinado por la Alcaldía de Cartagena de Indias como de interés público, para la adquisición mediante negociación directa o por expropiación por vía administrativa o judicial, económicamente a cargo del oferente."

**PARAGRAFO 1.-** De conformidad con el numeral 2.3.1.9. de los pliegos de condiciones de la licitación pública internacional DAMA-001-2002 y la propuesta del concesionario contenida en el numeral 18.3 de su oferta, sobre el establecimiento de una alternativa tecnológica temporal para el manejo de la disposición final de residuos sólidos del Distrito Turístico y Cultural, el concesionario se obliga a asumir la prestación del servicio público domiciliario contratado, diez (10) días hábiles después de la suscripción del presente contrato, por un plazo máximo de doce (12) meses asumiendo los costos que genere esta alternativa, mientras no exista la infraestructura o los permisos ambientales correspondientes para la prestación del servicio mediante la alternativa definitiva. Para efectos del cumplimiento de la obligación de establecimiento de una alternativa tecnológica temporal para el manejo de la disposición final de residuos sólidos del Distrito, el concesionario podrá prestar directamente el servicio o subcontratarlo, previa autorización expresa y escrita del Distrito.

**PARAGRAFO 2.-** Esta a cargo del concesionario la clausura, post-clausura y seguimiento, para lo cual deberá tener en cuenta las disposiciones ambientales vigentes al momento de realizar tales etapas del proyecto".

Del estudio de la cláusula transcrita resulta evidente que las diversas prestaciones que se consignan en la misma –sin agregar que así lo confirma el resto de las cláusulas de ese mismo documento-, es posible señalar que el contrato en cuestión encaja de manera específica en una de las modalidades del tipo contractual de concesión, expresamente consagrados y definidos por el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Ciertamente, del objeto y, por tanto, de las obligaciones principales que surgen del contrato, se desprende que el contratista o concesionario, bajo la vigilancia y el control de la entidad estatal contratante, se obligó a la "construcción, licenciamiento y operación de un relleno sanitario u opción distinta a la de relleno sanitario o sistema mixto, para el manejo y disposición final de residuos sólidos en un lote determinado por la Alcaldía de Cartagena de Indias como de interés público", sin perjuicio de haber convenido también "una alternativa tecnológica temporal para el manejo de la disposición final de residuos sólidos del Distrito Turístico y Cultural" con arreglo a la cual "el concesionario se obliga a asumir la prestación del servicio público domiciliario contratado", todo ello a cambio de percibir, a título de remuneración o de contraprestación, las sumas resultantes de multiplicar las tarifas convenidas por el número o volumen de toneladas de residuos sólidos efectivamente dispuestas por los operadores del servicio de barrio, limpieza, recolección y transporte de tales residuos sólidos en la ciudad de **CARTAGENA**, objeto que corresponde a la tipificación que la Ley 80 de 1993 realizó respecto de los contratos de concesión de servicios públicos, de conformidad con el aludido numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 cuyo texto reza:

**“4º. CONTRATO DE CONCESIÓN**

*“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de 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”. (Ha subrayado el Tribunal).*

Como se puede apreciar, del texto literal de la norma surgen los siguientes aspectos que se destacan en el contrato de concesión:

1. **OBJETO:** otorgar a una persona, llamada concesionaria: La prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, modalidad que se conoce como *concesión de servicios*, ó La construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, lo cual configura la modalidad de concesión de bienes o de concesión para la construcción de obras de infraestructura, así como de todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o del servicio respectivos.
2. **RESPONSABILIDAD:** las prestaciones a cargo del concesionario, esto es la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, etc., deben cumplirse por su cuenta y riesgo, cuestión que ha permitido entender que a dicho concesionario le corresponde financiar y/o conseguir los recursos necesarios para la ejecución del proyecto correspondiente.
3. **REMUNERACIÓN:** la contraprestación que ha de recibir el concesionario puede consistir en la cesión de derechos, tasas, tarifas, valorización o en la participación en la explotación del bien ó en una suma periódica, única o porcentual o, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes convengan.

Y sucede que todos esos elementos coinciden con los que integran el contrato DAMA-001-2002 que aquí se estudia, por lo cual el Tribunal lo cataloga como un contrato de concesión.

Y en cuanto corresponde a su naturaleza, cabe agregar que el mismo Estatuto de Contratación Estatal, que constituye el régimen legal aplicable al contrato en estudio y que, además, tipifica los contratos de concesión, definió la clasificación de los contratos estatales en los siguientes términos:

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

Como se puede apreciar –al margen de las críticas o cuestionamientos que pudieren formularse en relación con dicha definición, tanto por las imprecisiones que la afectan como por lo desactualizada que podría considerarse frente a la evolución legal y doctrinaria de la noción contractual-, cabe resaltar que el legislador adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico para identificar los *contratos estatales*.

En efecto, a la luz de la norma legal parcialmente transcrita resulta claro que deberán tenerse como estatales aquellos contratos en uno de cuyos extremos se sitúe o se ubique alguna de las entidades definidas como estatal por ese mismo

estatuto, independientemente de que el contrato en cuestión pudiere corresponder a alguno de los tipificados en el derecho privado; o que se pudiere tratar de alguno de los contratos contemplados o regulados en disposiciones especiales o que, por el contrario, el contrato en cuestión proviniese exclusivamente del ejercicio de la autonomía de la voluntad, es decir de aquellos que no están no regulados de manera expresa por norma alguna y que la doctrina ha clasificado, de manera general, como atípicos.

Así pues, únicamente la naturaleza *estatal* de uno de los sujetos u órganos que intervengan o participen en la celebración del respectivo contrato será la que ha de determinar que al mismo deba tenerse también como estatal.

Puesto que en el presente caso, según ya se examinó a la luz de la definición que de entidades estatales recoge el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS** participa de esa carácter, también se impone concluir que el tantas veces mencionado contrato DAMA-001-2002 corresponde entonces a la clase de los contratos estatales.

#### 5.- DE LAS FORMAS DE TERMINACION DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

Como es bien sabido y resulta apenas obvio, la terminación de los contratos estatales puede ocurrir de diversas maneras o, lo que es lo mismo, puede sobrevenir por diversas causas, a propósito de las cuales resulta ilustrativo el pronunciamiento que realizó el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias que se suscitaron entre la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL – COMFAMILIAR CAMACOL** y la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL E.P.S.**, tal como consta en el Laudo dictado en mayo 29 de 2003, dentro del cual se precisó:

*"En relación con la terminación de los contratos, la doctrina distingue entre los modos normales y los modos anormales de terminación de los contratos. En la primera categoría, esto es entre los modos normales, suelen y pueden incluirse las siguientes causales de terminación o de extinción de los contratos: a).- Cumplimiento del objeto; b).- Vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; c).- Acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes en el contrato.*

*"Entre los modos anormales de terminación de los contratos se suelen y se pueden incluir las siguientes causales: a).- Desaparición del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado; b).- Terminación unilateral propiamente dicha, es decir la contemplada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993; c).- Declaratoria de terminación unilateral por configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 (artículo 45 ibidem). d).- Declaratoria de caducidad administrativa del contrato; e).- Renuncia del contratista por la configuración de inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes; f).- Renuncia del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte en más del 20% el valor original del mismo; g).- Declaratoria judicial de terminación del contrato; h).- Declaratoria judicial de nulidad del contrato.*

*"Además aparece, como causal de terminación de los contratos estatales, el mutuo consentimiento de las partes, la cual se encuentra en un estadio intermedio, puesto que no corresponde exactamente a los modos normales de terminación del contrato –en la medida en que al momento de su celebración las partes no querían ni preveían esa manera de finalización anticipada-, como tampoco se ubica totalmente dentro de los modos de terminación anormal, dado que está operando la voluntad conjunta de las partes y ello forma parte esencial del nacimiento y del discurrir normal de todo contrato.*

*"Acogiendo la agrupación de las causales de terminación de los contratos, entre modos o formas normales y modos o formas anormales, se encuentran algunos pronunciamientos jurisprudenciales, como el que recoge la Sentencia del*

Consejo de Estado fechada en mayo 11 de 1990, en la cual se afirmó:

“Además, los contratos administrativos pueden terminar normal o anormalmente. En el primer evento, por el cumplimiento del objeto en la forma y el tiempo debidos. En el segundo, por caducidad o terminación unilateral, o por vencimiento del plazo antes del cumplimiento del objeto convenido.

“Terminado normal o anormalmente un contrato, en especial en los contratos de suministro, obra pública o prestación de servicios, procederá su liquidación, en los términos señalados en el mismo contrato. Liquidación que podrá hacerse de común acuerdo, o en forma unilateral, en caso contrario, por la entidad pública contratante y mediante resolución motivada”.”

## 6.- NATURALEZA, EFECTOS Y PROCEDENCIA DE LA TERMINACION BILATERAL Y ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

El mutuo disenso, al decir de Messineo<sup>21</sup>, es un caso de retractación bilateral del contrato que se realiza mediante un nuevo contrato, solutorio y liberatorio, de contenido igual y contrario al del contrato originario y celebrado entre las mismas partes del contrato que ha de disolverse.

Los efectos de la terminación del contrato de ejecución continuada por mutuo disenso entre los respectivos contratantes se producen “ex nunc”, es decir, hacia el futuro, por lo cual esa forma de terminación no perjudica ni puede desconocer lo que las partes hubieren ejecutado con anterioridad a la celebración de ese nuevo negocio jurídico extintivo de obligaciones, pero sí las libera del compromiso de continuar ejecutándolo, cuestión que a su turno pone de presente la importancia y la validez que, con posterioridad a la terminación del contrato, mantienen entre las mismas partes aquellas cláusulas o estipulaciones convenidas para que produzcan efectos una vez el contrato haya dejado de existir, como es el caso, por ejemplo, de cláusulas como la de reversión, la del plazo para la realización de la liquidación, la de responder por el saneamiento, la de garantizar la calidad de los bienes entregados o la estabilidad de las obras ejecutadas, etc.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 1602 del Código Civil al establecer que todo contrato legalmente celebrado constituye una verdadera ley para las partes contratantes y que no podrá ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Resulta obvio que si la voluntad de las partes es la que tiene el poder de crear el contrato y sus obligaciones, sea entonces esa misma voluntad la que pueda extinguirlo, siguiendo así la regla general que enseña que ‘en derecho las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen’.

Así reza el citado artículo 1602 del Código Civil:

“Artículo 1602.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

De ahí que el profesor Fernando Hinestrosa, al ocuparse de éste tema, con apoyo en abundante jurisprudencia de los más altos tribunales de administración de justicia en nuestro país, enseñe:

### “719.- DEL MUTUO DISENTIMIENTO Y LA REVOCACION.

“Las expresiones “el contrato es una ley para las partes” (art. 1602 c. c) o “tiene fuerza de ley para quienes lo

<sup>21</sup> MESSINEO, Francesco. “Doctrina General del Contrato”. Traducción de R. O. Fontanarrosa, Santiago Sentís Melendo y M. Volterra. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952. Tomos I y II.

celebraron" (arts. 1134 [ I ] code civil fr. Y 1372 [I] codice civile) se convirtieron en un apotegma: corresponden a la naturaleza o, diríase mejor, a la esencia compromisoria o vinculante del ejercicio de la autonomía privada, y reflejan el sentimiento y la aspiración de las comunidades en el desenvolvimiento de sus relaciones fincado en su iniciativa individual. Esto permite a los particulares disponer de sus intereses, sólo que su ejercicio los ata. Más todavía, lo cierto es que la autonomía encuentra su razón de ser en esa vinculación y su empleo tiene por función obtener dicho resultado. De ahí el corolario de que la relación generada por medio del negocio jurídico, vinculante para su autor o sus autores, es firme y no puede ser cancelada caprichosamente, sin miramiento por los demás, y en el caso del contrato, unilateralmente por ninguna de las partes. **Al propio tiempo que se consagra el principio del arbitrio de ellas juntas para deshacer lo hecho con la cortapisa de los intereses de terceros surgidos medio tempore: las figuras de la contraria voluntas o del contrarius concensus.**

"Los distintos preceptos que sientan el "dogma" de la autonomía privada en los términos transcritos, a renglón seguido añaden: "[las conversaciones] no pueden ser revocadas [code civil] o [el contrato] disuelto [codice civile] o invalidado [c. chileno y colombiano] sino por su consentimiento mutuo...". **Lo que ha de resaltarse acá es la proyección del poder dispositivo reconocido por el ordenamiento y la sociedad a los particulares, que llega a aceptar la destrucción de su obra; los autores del contrato pueden "revocar", "disolver", "invalidar" su disposición de intereses, que, de contragolpe, no puede perder su ser y su eficacia, "sino por el mutuo consentimiento de ellos o por las causas legales [legalmente autorizadas o admitidas]",** para transcribir los varios textos, todos ellos ciertamente indicativos de la fuerza vinculante del acto dispositivo, a la vez que del poder supesor de sus autores cuando obran juntamente.

"Reiterando y complementando la anterior postura, el art. 1625 pr. c. c. preceptúa: "Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan por darla por nula". Pasando de largo sobre la impropiedad del término "nulidad" aquí empleado, que corresponde al vocablo "invalidado" del art. 1602, **se aprecia que al alcance de los sujetos de la relación jurídica está el desdecirse, el volverse atrás o retractarse, obrando de manera similar a como actuaron para crearla: por acuerdo mutuo.** Es, sin más, la figura del contrarius consensus. En rigor **no se trata de una simple retractación o de un destrate, tampoco de un contrato modificatorio del celebrado y en curso, que sería un acto complementario o negocio de integración, sino de un verdadero contrato disolutorio, con los mismos requisitos formales de existencia.**

"Lo anterior quiere decir, en términos de extinción de las obligaciones, que las partes, al suprimir las fuentes de aquellas, las extinguen. Esa actuación de las partes, se suele denominar resolución, atendiendo a sus efectos, y también resiliación, término este polisémico, que la doctrina y la jurisprudencia francesas emplean a menudo para indicar la terminación de los efectos de los contratos de ejecución sucesiva". (Se deja subrayado y resaltado)

Sobre este mismo aspecto resultan coincidentes e igualmente ilustrativas las precisiones que en su obra presenta el autor Emilio Betti, quien al respecto sostiene:

"En cuanto el vínculo creado por el negocio bilateral está limitado a la relación entre las partes, es lógico que estas mismas partes, y ellas exclusivamente, estén legitimadas tanto para fijar su contenido y confirmar su alcance como para sustituirlo por otro ... o revocarlo pura y simplemente. A este propósito añade el citado art. 1732 que el contrato "no puede ser disuelto más que por mutuo consentimiento o por causas admitidas por la ley".

"**La revocación del negocio es una aplicación en sentido inverso de aquella misma autonomía privada que le ha dado vida. Es posible en la medida en que el vínculo consiguiente a aquél la consienta; por tanto, por acto**

*unilateral del mismo autor si se trata de testamento; por mutuo consentimiento, si de contrato... ... La revocación sirve para anular o sustituir la reglamentación de intereses dispuesta por el negocio, dependiendo de una situación de hecho sobrevenida o también de una diferente apreciación que hace ahora la parte de su propio interés. ... ... La revocación está regida por el doble criterio: a) De la identidad del sujeto que revoca con el que dio vida al negocio, tal como lo exige la idea de la autonomía privada; y b) De la identidad o correspondencia del contrarius actus, por el cual la retractación o cambio de cuanto haya sido dispuesto antes debe producirse bajo las mismas formas y con la observancia de los mismos requisitos a que estaba ligado el negocio a revocar. ... ". (Se ha destacado).*

Esta voluntad de las partes de dar por terminado el vínculo que ellas mismas generaron por razón de su propia voluntad, perfeccionando así un verdadero y nuevo negocio jurídico extintivo del anterior, equivalente al mutuo disenso –sin desconocer las reservas u observaciones que, como quedó visto en una de las citas anteriores, algún sector de la doctrina pueda formular en cuanto corresponde, exclusivamente, al aspecto semántico o literal de las expresiones correspondientes-, se conoce generalmente como resiliación o resiliación.

Al respecto, ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia:

*"Resumiendo, entre la disolución de un contrato sinalagmático por efecto del llamado incumplimiento resolutorio y la que acontece como consecuencia la resiliación por mutuo disenso, existen radicales diferencias que nunca los jueces de instancia pueden ignorar para, a su talante, modificar pretensiones deducidas en juicio que con la claridad necesaria aparecen fundadas en uno u otro instituto. A través del primero y dada su naturaleza estudiada de vieja data por los doctrinantes, se pide de manera unilateral por el contratante libre de culpa que el negocio se resuelva con restituciones e indemnización por daños a su favor, mientras que en el segundo lo solicitado ha de ser que, sobre la base insustituible de rendir la prueba de aquella convención extintiva en cualquiera de las dos modalidades en que puede ofrecerse, el acto jurídico primigenio se tenga por desistido sin que haya lugar, desde luego, a resarcimiento de ninguna clase ya que, como es bien sabido, este tipo de prestaciones indemnizatorias requieren de la mora (C.C., art. 1615) y en el supuesto de incumplimiento reciproco objeto de análisis, esa situación antijurídica no puede configurarse para ninguno de los contratantes de conformidad con el artículo 1609 ibidem. Y por lo que respecta al mutuo disenso tácito, desprovisto en realidad de regulación orgánica en la codificación civil pero no por eso menos importante desde el punto de vista práctico según lo ha puntualizado esta Corporación (G.J., tomo CLXXX, pág. 130), es imperioso hacer hincapié en que no siempre que medie culpa de ambos agentes y por consiguiente el artículo 1546 del Código Civil no sea el pertinente para regir una hipótesis fáctica de tal índole, es permitido echar mano de la mencionada figura; "...es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato..." (G.J., tomo CLVIII, pág. 217) o sea que se precisa, para que pueda consumarse esta forma de disolución virtual, que la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de "desistencia" que constituye su sustancia y que obviamente no se verifica si, como sucedió en la especie de la que estos autos dan cuenta, una de ellas, a pesar de su propio incumplimiento de la obligación de concurrir al perfeccionamiento del contrato de venta prometido, entiende que ese proceder está justificado por la conducta negligente anterior observada por la otra y, con esta única e indubitable perspectiva, hace uso en su demanda de la acción alternativa que otorga el segundo inciso del artículo 1546 del Código Civil, reclamando la resolución del contrato de promesa celebrado y, en su defecto, que a los promitentes compradores demandados se les condene a cumplir los compromisos contraídos, indemnizando en ambos casos los perjuicios causados, enunciados estos de cara a los cuales es ostensible que ninguna posibilidad existe, sin caer en el grave defecto de cambiar oficiosamente los términos petitorios del escrito rector en cuestión, de atribuirle al actor en este proceso el propósito de desistir del contrato sin otras secuelas diferentes a las que, con carácter restitutorio, constituyen materia propia de la relación legal de liquidación que de ordinario surge de la extinción de los contratos que no pudieron llegar a alcanzar su finalidad normal".*

El Tribunal resalta que las precisiones, las distinciones y los desarrollos que se dejan señalados, construidos a partir de las disposiciones consagradas en el Código Civil (artículos 1546, 1602 y 1625), resultan de pleno recibo en el terreno de la contratación estatal, como quiera que la Ley 80 de 1993 no se ocupó, en modo alguno, de regular o consagrar la figura de la terminación de los contratos por mutuo acuerdo –a diferencia de la disposición, hoy derogada expresamente, que al respecto contenía el numeral 2 del artículo 287 del Decreto-ley 222 de 1983-, razón por la cual en la contratación de las entidades estatales se impone la aplicación de las mencionadas normas legales de derecho civil, en virtud del mandato consagrado en el inciso primero del artículo 13 del Estatuto de Contratación Pública, a cuyo tenor:

*"Artículo 13. DE LA NORMATIVIDAD 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".*

Ello aunado al hecho de que si bien, como ya se indicó, la Ley 80 de 1993 no consagró ni reguló de manera particular la figura de la terminación anticipada de los contratos estatales, no sólo cabe destacar que esa figura no fue rechazada por ese ordenamiento sino que, muy por el contrario, el mismo previó expresamente la posibilidad de su aplicación, como quiera que la parte final del inciso 1º del artículo 60, al indicar el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo supletivo de cuatro (4) meses para la liquidación de los contratos estatales, incluyó la hipótesis de la terminación del contrato por mutuo acuerdo entre las partes al establecer que la liquidación bilateral debe realizarse *"a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga [se refiere al acuerdo de las partes que disponga, precisamente, la terminación del respectivo contrato]"*.

Por su parte, el Consejo de Estado ha establecido con extrema claridad las diferencias de fondo que existen entre dos figuras que si bien producen el efecto último y común de extinguir o dar por terminado el correspondiente vínculo contractual, en realidad resultan sustancialmente diferentes entre sí, esto es, de un lado la figura de la resolución del contrato –a la cual se procede por razón del incumplimiento de una de las partes y, como resulta natural, genera para la parte cumplida el derecho a obtener la respectiva indemnización de perjuicios, cuya consagración positiva se encuentra en el artículo 1546 del C.C.-, y, de otro lado, la institución de la resiliación del contrato –la cual se apoya en el mutuo disenso de las partes, *"sin que –en palabras del Consejo de Estado–, por obvias razones, haya lugar a pago alguno por concepto de indemnización de perjuicios"*, cuyo fundamento normativo se encuentra en los artículos 1602 y 1625 del C.C.-, todo de conformidad con los siguientes términos:

*"La Sala encuentra que esas pruebas representan claramente la suspensión indefinida del contrato, que fue acordada por las partes, y respecto de la cual mediaron solicitudes del contratista.*

*"Sea lo primero advertir que la sola circunstancia de que el contratista hubiese acordado la suspensión del contrato no hace improcedente la formulación de reclamaciones fundadas en la suspensión, puesto que en desarrollo del contrato se pueden presentar vicisitudes que las partes deben salvar mediante la adopción de medidas como la suspensión que, si son concertadas, resultan muy acertadas para el logro de las finalidades del contrato. En este sentido se pronunció la Sala con anterioridad, en fallo dictado el 30 de septiembre de 1994, y dijo que "el hecho de que el contratista hubiese suscrito el acta de suspensión de mutuo acuerdo con la entidad contratante, en forma alguna lo priva de la posibilidad de reclamar los perjuicios que dicha suspensión le ocasionó..." (15). De esta manera cabe considerar que la suspensión del contrato, per se, no excluye el análisis de sus efectos para cada uno de los cocontratantes, a la luz de la responsabilidad contractual.*

"c) Consideración final.

"Es importante destacar que aunque las partes dejaron suspendido indefinidamente el contrato de obra pública 123 de 1994 y no ha sido posible un acuerdo para continuar su ejecución, no procede la resiliación del mismo con fundamento en el mutuo disenso tácito de las partes, porque ello no fue pedido y como **la resiliación y la resolución son figuras jurídicas sustancialmente diferentes**, una decisión en tal sentido resultaría abiertamente incongruente. En efecto:

**"El mutuo disenso del contrato conocido como resiliación está fundado en lo dispuesto en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil; consiste en la prerrogativa de la que son titulares las partes de un contrato para dejarlo sin efectos, mediante una manifestación expresa de voluntad o mediante conductas o comportamientos que traducen en el desistimiento del negocio celebrado. Es por tanto una figura sustancialmente diferente a la resolución del contrato contemplada en el artículo 1546 del Código Civil, si se tiene en cuenta que esta última figura se fundamenta en el incumplimiento de uno de los contratantes, en tanto que el mutuo disenso o resiliación tiene fundamento en la voluntad expresa o tácita de los contratantes.**

"En tal sentido se pronunció la Sala en sentencia proferida el día 4 de mayo de 2000; al definirse el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra un laudo arbitral, se concluyó que el laudo era extra petita porque declaró la resiliación del contrato, cuando lo pedido fue la resolución del mismo:

" "En realidad, lo anterior surge claramente de las diferencias que existen entre una pretensión de declaración de incumplimiento del contrato e indemnización de perjuicios, fundada en los artículos 1546 del Código Civil y 87 del Código Contencioso Administrativo, que debe ser formulada por el contratante cumplido, en contra del que ha incurrido en incumplimiento, y una pretensión de resiliación del contrato por mutuo disenso tácito, en la que lo que pretende demostrar el actor es su propio incumplimiento, que sumado al del otro contratante y a la actitud pasiva de ambos frente a la ejecución del contrato, permite concluir que existe entre ellos **un verdadero pacto, dirigido a terminar el negocio celebrado, sin que, por obvias razones, haya lugar a pago alguno por concepto de indemnización de perjuicios**.

" "Se concluye entonces que el tribunal de arbitramento no podía, en el caso que ocupa a la Sala, declarar la terminación del contrato celebrado entre las partes del proceso, por mutuo disenso tácito, sin incurrir en violación del principio de congruencia. En efecto, habiéndose ejercido por demandante y demandado la acción prevista en el artículo 1546 del Código Civil, en concordancia con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, y estando demostrado, según la argumentación contenida en el laudo impugnado, que ninguna de ellas tenga legitimidad para formularla, por el hecho de haber incurrido ambas en incumplimiento, el tribunal sólo estaba autorizado para negar las pretensiones de una y otra. Al declarar terminado el contrato con fundamento en hechos y peticiones no contenidos en la demanda y su contestación, decidió, sin duda, sobre puntos no sujetos a su competencia, produciendo un laudo extra petita"(20)". (Ha destacado el Tribunal).

## 7.- LA TERMINACION, POR MUTUO ACUERDO, DEL CONTRATO DAMA 001-2002.

Señaladas, como han quedado, entre otras cuestiones generales, la existencia de diferentes formas para llegar a la terminación de los contratos estatales, los efectos jurídicos que se desprenden de la terminación bilateral o consensuada de tales contratos y las distinciones que permiten diferenciar con claridad entre la terminación de un contrato estatal – como modo de extinción del mismo-, y su liquidación –encaminada exclusivamente a establecer las cuentas correspondientes a la relación contractual ya feneida-, el Tribunal estima importante poner de presente que en el caso sometido a su conocimiento y estudio, las Partes respectivas, actuando de manera libre, voluntaria y espontánea, acordaron y decidieron la terminación bilateral del Contrato DAMA-001-2002, con lo cual y sin perjuicio de algunas estipulaciones en sentido contrario, determinaron liberarse mutuamente del cumplimiento futuro de las obligaciones

asumidas recíprocamente entre ellas.

Para el Tribunal, el acta suscrita entre el **DISTRITO DE CARTAGENA** y la sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. -TIRSA S.A.**, el día 16 de Mayo de 2003, en la cual ambas partes contratantes manifestaron su expresa y conjunta decisión de dar por terminado el contrato DAMA 001-2003, no es mas que el mutuo disenso que acordaron los propios contratantes para efectos de retractarse del precitado contrato, por razones de conveniencia recíproca y para no dar curso ulterior al contrato, por las razones expuestas también de consumo por ellos mismos en la parte considerativa del referido documento de terminación bilateral del contrato.

Ciertamente, dentro del aludido documento de mayo 16 de 2003, una vez realizada la referencia a los pronunciamientos efectuados por la **CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE** en sus autos 0060 y 0069 de 2003, en cuya virtud esa entidad "ordenó la medida preventiva de suspensión de las actividades que ha venido ejecutando la sociedad TIRSA S.A. E.S.P. en el lote "La Concordia" ubicado en la vereda Bajo de Tigre, corregimiento de Pasacaballos", las Partes Convocante y Convocada explicaron con total claridad que su decisión de terminar "de manera anticipada y de mutuo acuerdo" el contrato DAMA-001-2002 obedecía, exclusivamente, a la imposibilidad en que se encontraba el concesionario para darle cumplimiento al mismo, de conformidad con los siguientes términos:

*"Como consecuencia de lo anterior, el concesionario se encuentra en una imposibilidad de cumplir el objeto del contrato DAMA-001-2002 a futuro lo que ha llevado a las partes a que de manera anticipada y de mutuo acuerdo decidan dar por terminado el contrato DAMA -001-2002 y proceder a la liquidación en el estado en que se encuentre, lo cual es procedente de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil que permite que los contratos sean terminados por consentimiento mutuo de las contratantes, en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 y 68 de la Ley 80 de 1993 según el cual las entidades estatales y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual". (Se deja resaltado).*

Con fundamento en esa específica causa, las mismas Partes adoptaron entonces la decisión, concertada e incondicional, de poner fin al vínculo contractual por ellas celebrado, todo con arreglo a la cláusula primera del mencionado documento de mayo 16 de 2003 cuyo texto, que se transcribe a continuación, no genera duda alguna acerca de sus efectos vinculantes, de su evidente propósito y de sus precisos alcances, así:

"Por lo expuesto las partes,

**"ACUERDAN**

**"PRIMERO:** Dar por terminado, de manera anticipada y de mutuo acuerdo, el contrato DAMA-001-2002 celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y la empresa Tratamiento Integral de Residuos Sólidos S.A. E.S.P. "TIRSA E.S.P.".

Para el Tribunal no cabe duda de que a partir del momento mismo en que las Partes contratantes adoptaron la estipulación que se acaba de transcribir, decidieron liberarse mutuamente de las obligaciones hasta entonces incluidas en el contrato DAMA-001-2002 y, con ello, al mismo tiempo, renunciaron también, de manera recíproca, al derecho correlativo que hasta ese momento tenía cada una de ellas para efectos de exigirle a su respectivo co-contratante el cumplimiento de las contraprestaciones correspondientes.

Igualmente resulta claro que esa estipulación generó efectos jurídicos vinculantes y liberatorios para dichas Partes, los cuales, obviamente, no pueden ser desconocidos ahora por el Tribunal, ni menos por las propias Partes, como al parecer lo estarían persiguiendo algunas de las pretensiones que aquellas han formulado tanto en la demanda principal como en la correspondiente demanda en reconvención.

Así pues, las peticiones que la Convocante ha elevado para que le sea reconocida la totalidad del lucro cesante que tenía derecho a percibir durante el término que aun faltaba para la ejecución completa del contrato, peticiones que se encuentran incorporadas, entre otras, en parte de las pretensiones distinguidas con los numerales 1, 3, 4 y 6 de la demanda arbitral, cuya razonabilidad encuentra fundamento en la celebración y la existencia del contrato con un plazo de duración de veinte (20) años, naturalmente son peticiones que no podrán prosperar de ninguna manera en cuanto fue esa Parte Convocante la que accedió, con su voluntad libre y espontánea, a dar por terminado el contrato correspondiente de manera anticipada.

Importa resaltar que en el momento en que se perfeccionó el consentimiento en cuya virtud las Partes pusieron fin, de manera anticipada, al contrato DAMA-001-2002, esto es en mayo 16 de 2003, la Convocante no hizo expresa salvedad o reserva alguna y, por tanto, a partir de ese mismo momento liberó por completo a la Convocada de las obligaciones que ésta había contraído inicialmente a favor de aquella, en el sentido de tener que cumplir el contrato correspondiente hasta el 12 de marzo de 2023 y, por tanto, la Convocada quedó liberada también de las obligaciones inicialmente contraídas a favor de la concesionaria en el sentido de tener que para facilitarle, permitirle y garantizarle la explotación de la concesión hasta el mes de marzo de 2023.

Esa voluntad que expresó la Convocante y que produjo el efecto jurídico vinculante de liberar a la Convocada de sus obligaciones contractuales a partir de mayo 16 de 2003, comportó a la vez la renuncia, libre y voluntaria, que la misma Convocante expresó al derecho del cual hasta entonces era titular, consistente en poder ejecutar y exigir la ejecución del contrato hasta el 12 de marzo de 2023.

Así pues, si la propia Convocante consintió en renunciar al derecho que tenía a ejecutar el contrato y a exigir su ejecución más allá del 16 de mayo de 2003, mal podría ahora el Tribunal condenar a la Convocada a reconocerle o a pagarle a favor de aquella suma alguna –incluyendo el lucro cesante equivalente a las ganancias dejadas de percibir, por razón de la imposibilidad de ejecutar el contrato entre mayo 16 de 2003 y marzo 12 de 2023, puesto que ello sería equivalente a desconocer los efectos vinculantes de la decisión que adoptaron voluntariamente las Partes en el sentido de dar por finalizado el contrato a partir del mencionado 16 de mayo de 2003.

En este punto, el Tribunal estima importante destacar que los efectos jurídicos consistentes en la liberación mutua respecto de las obligaciones del contrato DAMA-001-2002 y la correlativa renuncia al derecho a exigir el cumplimiento de las mismas, son efectos que se generaron en el momento mismo en que se perfeccionó el negocio jurídico extintivo del contrato pre-existente, es decir, cuando las Partes concluyeron o formaron, de manera adecuada y correcta, el consentimiento en cuya virtud acordaron libremente terminar, en forma anticipada e incondicional, el contrato en cita, sin que hubiesen formulado –como efectivamente no formularon-, reservas, salvedades ni exclusiones acerca de esa liberación mutua de obligaciones y su correlativa renuncia al derecho a exigir su cumplimiento, por manera que algunas de las reservas, salvedades o exclusiones que se pretendieron formular unilateralmente en una etapa posterior, como es la etapa de liquidación del contrato, obviamente no alcanzaron jamás la virtualidad necesaria para afectar y menos para modificar los efectos vinculantes que para las Partes generó el referido acuerdo de terminación anticipada del contrato aludido.

Dicho de otra manera: el hecho de que con posterioridad a la terminación bilateral del Contrato DAMA-001-2002 ocurrida en mayo 16 de 2003, esto es en septiembre 15 de 2003, dentro de la correspondiente Acta de Liquidación del Contrato DAMA-001-2002, la Convocante hubiese incluido la reserva o salvedad para reclamar en juicio el lucro cesante correspondiente a las utilidades que tenía derecho a percibir por razón o con ocasión de la ejecución completa del contrato en mención, sumas que se vió privada de percibir en razón de la terminación anticipada de ese mismo contrato, de ninguna manera podrán servir de base o título para desconocer los efectos jurídicos vinculantes, ya comentados, que produjo el acuerdo incondicional de mayo 16 de 2003 entre los cuales se encuentra la renuncia libre y voluntaria que dicho contratista expresó y aceptó en relación con el derecho que tenía a continuar ejecutando dicho contrato hasta el mes de marzo del año 2023.

De análoga manera cabe precisar que, ante la existencia del tantas veces mencionado acuerdo de mayo 16 de 2003, por medio del cual las Partes decidieron terminar anticipadamente el contrato DAMA-001-2002, tampoco podrían prosperar, en modo alguno, las pretensiones que ha formulado la Convocada en su correspondiente demanda de reconvenCIÓN, encaminadas a que se declare que la Convocante tenía unas determinadas obligaciones contractuales, que dicha Convocante habría incumplido las mismas y que, por tanto, se la condene a indemnizar los perjuicios que con su incumplimiento habría generado a la Convocada, incluyendo los mayores costos que para ésta ha representado el tener que celebrar un nuevo contrato con el propósito de garantizar la prestación del servicio público al cual hacía referencia la concesión otorgada a la Convocante, tal como lo recogen, de manera total o parcial, entre otras, las pretensiones distinguidas en la demanda de reconvenCIÓN con los numerales 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3, 1.1.5 a la cual se hará referencia con mayor detenimiento más adelante, 1.2.1, 1.2.2, 1.2.3 y 1.2.4.

Como ya se dejó ampliamente expuesto –con apoyo en importantes pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales-, la resolución del contrato, que se apoya en el incumplimiento del vínculo o de las obligaciones que lo integran, que encuentra consagración en el artículo 1546 del C.C., y que da lugar a la indemnización de perjuicios por razón de la terminación anticipada del contrato en atención, precisamente, al incumplimiento que le sirve de fundamento y de causa, es una institución diferente, por completo, del mutuo disenso del contrato, la cual, encuentra consagración en los artículos 1602 y 1625 del C.C., obedece a la voluntad libre de las partes, comporta la decisión voluntaria de liberar al otro co-contratante del cumplimiento futuro de sus respectivas obligaciones y, a la vez, envuelve necesariamente la renuncia al derecho a exigir tal cumplimiento, por lo cual su perfeccionamiento incondicional –como el que se ha dado en la oportunidad que aquí se examina-, excluye de plano la facultad de reclamar indemnización de perjuicios por razón o con ocasión de tal terminación anticipada del contrato.

De ahí que el Tribunal no pueda entonces acceder a las pretensiones que eleva la Convocada para efectos de que se condene a la Convocante a indemnizarle, a aquella, los perjuicios que ésta le habría ocasionado por razón o con ocasión del supuesto incumplimiento de sus correspondientes obligaciones contractuales y menos para condenarla a indemnizar aquellos perjuicios que también en contra de dicha peticionaria se habrían generado por causa de la terminación anticipada del contrato, puesto que resulta claro que a tal terminación anticipada y bilateral concurrió la voluntad de la Convocada de manera libre, por manera que efectuar los pronunciamientos que se solicitan equivaldría a desconocer, por completo, tanto los alcances y efectos que para ambas Partes –incluida la Convocada-, generó la suscripción del acta fechada en mayo 16 de 2003, en cuya virtud se convino la terminación anticipada e incondicional del contrato en estudio, como las manifestaciones conjuntas que en ese documento consignaron las partes para efectos de precisar que a dicha terminación bilateral procedieron por causas ajenas a ambas Partes contratantes.

Lo propio cabe extender, en los mismos términos, con el mismo alcance y con el mismo efecto denegatorio de las pretensiones correspondientes, respecto de las peticiones que también ha elevado la Convocante para que se declare que habría sido la Convocada la que habría incumplido sus obligaciones contractuales, que esos incumplimientos habrían sido los que habrían determinado la terminación anticipada del contrato DAMA-001-2002 y que tales

incumplimientos le habrían ocasionado perjuicios cuya indemnización depreca, tal como lo reflejan, de manera total o parcial, entre otras, las pretensiones 2 y 4 de la demanda arbitral.

Como resulta apenas natural, las razones que se dejan expuestas para concluir que en el presente caso resulta imposible que prosperen las pretensiones que se han formulado de manera mutua o recíproca las Partes, en cuanto tales pretensiones se han enderezado a obtener la declaratoria de incumplimiento, total o parcial, de las correspondientes obligaciones contractuales y que, consecuencialmente, se dispongan condenas relativas a las indemnizaciones y reparaciones que se derivarían de tales declaratorias de incumplimiento total o parcial del contrato DAMA-001-2002, imposibilidad que se ha configurado por razón, con ocasión y como consecuencia directa del acuerdo que celebraron, de manera libre y voluntaria, las Partes de ese contrato para ponerle fin de manera anticipada, son las mismas razones que determinan la imposibilidad e improcedencia incluso, por acrecencia de sentido y de propósito en razón a la elemental sustracción de materia, que se realicen pronunciamientos de fondo y menos que puedan prosperar la "excepción de contrato no cumplido" que propuso en su defensa la Convocada y aquellas que la Convocante esgrimió en su defensa y que estructuró alrededor del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, presentadas, entre otras, bajo las siguientes denominaciones: "1.- Excepción principal de ausencia de incumplimiento del Contrato por parte de TIRSA SA ESP, en virtud del expreso reconocimiento de esta situación a través de acto administrativo en firme"; "1.1. Excepción subsidiaria de ausencia de sanción administrativa de la autoridad ambiental respecto de mi poderdante"; "2.- Excepción principal de incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del "DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS" dentro del Contrato de Concesión DAMA-01-2002"; "3.- Excepción principal de presunción de legalidad del acuerdo de terminación bilateral del Contrato DAMA-01-2002. Efectos transaccionales de este acuerdo"; "4.- Excepción principal de imposibilidad de exigibilidad de las obligaciones contractuales supuestamente incumplidas del contrato DAMA-01-2002" y "5.- Excepción principal de imposibilidad de exigibilidad de las obligaciones contractuales supuestamente incumplidas del Contrato DAMA-01-2002 por falta de los requisitos de los artículos 1541 y 1542 del código civil".

Lo anterior sin perjuicio de resaltar que las mismas Partes, también de manera conjunta, libre e incondicional, dentro del citado documento de mayo 16 de 2003, además de convenir la terminación anticipada y concertada del contrato DAMA-001-2002 y de reafirmar la necesidad de proceder a su correspondiente liquidación, sin que las acompañara intención alguna de novar o de extinguir las obligaciones que el contratista particular asumió tanto en la cláusula décima quinta (15) del citado contrato –referidas a la constitución de las garantías allí señaladas, con las especificaciones, términos, cuantías y amparos convenidos dentro de la mencionada cláusula 15-, y en el parágrafo segundo (2º) de la cláusula primera (1ª) –acerca de la clausura, post-clausura y seguimiento del lote donde se hizo la disposición de residuos sólidos-, sino por el contrario con el evidente propósito de reafirmar la vigencia de esas cláusulas y subrayar la importancia de su cumplimiento, esas mismas Partes –se repite-, decidieron confirmar de manera expresa el vigor de las citadas obligaciones, para que de ninguna manera se pudiese entender que las mismas habrían perdiendo validez por razón, con ocasión o como consecuencia de la celebración del convenio de terminación anticipada del contrato.

La aludida reafirmación de la vigencia e importancia de las obligaciones que asumió **TIRSA E.S.P.**, a favor del **DISTRITO DE CARTAGENA**, en los términos y con el alcance convenidos dentro del texto original del parágrafo 2 de la cláusula 1 y de la cláusula 15, ambas del contrato DAMA-001-2002, las cuales por decisión de las Partes se mantuvieron incólumes a pesar de la celebración del acuerdo de terminación anticipada del contrato correspondiente, fue consignada en la cláusula tercera del documento suscrito en mayo 16 de 2003, de conformidad con los siguientes términos:

**"TERCERO:** El contratista deberá dar cumplimiento a la cláusula décima quinta del contrato DAMA-001-2002 sobre garantías y el parágrafo 2 de la cláusula primera del contrato dama-001-2002 relacionada con la obligación del concesionario a la clausura, post-clausura y seguimiento".

## 8.- DIFERENCIAS ENTRE TERMINACION DE UN CONTRATO ESTATAL Y SU LIQUIDACION.

Como quiera que lo dicho hasta ahora se predica en relación con la terminación bilateral del contrato DAMA-001-2002 y los efectos jurídicos que dicha convención generó para las Partes, asunto que no necesariamente se extiende al terreno de la liquidación de ese mismo contrato, el Tribunal estima oportuno resaltar la distinción, también sustancial y, por ende, de fondo, que existe entre la terminación de un contrato estatal y su correspondiente liquidación, diferenciación que encuentra apoyo en diversas disposiciones legales de cuyo análisis también se ocupó el citado Laudo de mayo 29 de 2003 y que ahora se transcriben por considerarlas pertinentes para el estudio y comprensión del asunto que aquí se debate:

*"Acerca de la oportunidad para liquidar los contratos estatales cabe señalar, de una parte, que dicha etapa sólo tiene cabida con posterioridad a la terminación del correspondiente vínculo contractual.*

*"El anterior aserto, que obliga a distinguir entre la TERMINACIÓN y la LIQUIDACIÓN de un contrato estatal, encuentra apoyo normativo en diversas disposiciones de la Ley 80 de 1993 que se refieren expresamente a esas materias, como las que a título ilustrativo se indican a continuación:*

- 1 *"En el artículo 17, al ocuparse de la potestad excepcional de modificación unilateral, la ley prevé que si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, "el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución", con lo cual se pone fin al vínculo contractual y al respecto agrega que "En este evento, se ordenará la liquidación del contrato".*
- 2 *"En el artículo 18, al definir y regular la facultad excepcional de caducidad, se dispone que en virtud de la misma "la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación", de tal suerte que la liquidación deberá realizarse después de que la caducidad haya cobrado firmeza y, por tanto, después de que haya iniciado a generar efectos, el primero de los cuales consiste, precisamente, en dar por terminado el respectivo contrato.*
- 3 *"En el 2º inciso del artículo 45 se dispone que en los casos en que se configure alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44, "el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre", por manera que se reitera que primero debe ocurrir la terminación y posteriormente se procederá a la liquidación, que será ordenada como consecuencia lógica e inmediata de tal decisión de terminación.*
- 4 *"El propio artículo 60, al regular la liquidación de los contratos estatales determina que dicho procedimiento debe efectuarse dentro del plazo señalado para ello en los pliegos de condiciones o, en su defecto, "a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga [la terminación del contrato]", con lo cual se reafirma que el plazo para la liquidación empezará a correr a partir del momento en que haya ocurrido la terminación del contrato.*
- 5 *"El artículo 70 contempla que mediante cláusula compromisoria puedan someterse a la decisión de árbitros las diferencias que puedan surgir por razón de la CELEBRACIÓN, EJECUCIÓN, DESARROLLO, TERMINACIÓN ó LIQUIDACIÓN del contrato, con lo cual evidencia que contempla cada una de esas etapas como distintas entre sí.*
- 6 *"En idéntico sentido y distinguiendo entre la TERMINACION por un lado y la LIQUIDACIÓN por el otro, el artículo 71 autoriza la celebración de compromiso, para aquellos casos en que no se haya pactado previamente cláusula*

*compromisoria, con el fin de que se convoque un Tribunal de Arbitramento que resuelva "las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación".*

*"La distinción también surge al considerar que la TERMINACIÓN es un fenómeno previsible de todos los contratos estatales, cualquiera que sea su objeto, tipo y clasificación, mientras que, en los términos del citado artículo 60 de la Ley 80 de 1993, la LIQUIDACIÓN no es indispensable en todos los contratos sino en los de "trato sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran".*

*"La liquidación de los contratos se encuentra expresamente regulada por la Ley 80 de 1993 en sus artículos 60 y 61, razón por la cual debe someterse a esa normatividad especial, tal como lo dispone el artículo 13 ibidem. Por el contrario, el Estatuto de Contratación Estatal no regula, de manera expresa, los modos de extinción de las obligaciones y a propósito de la terminación de los contratos únicamente trata algunas figuras en particular, como las que corresponden a la terminación unilateral o la declaratoria de caducidad, por lo cual es claro que esas materias en general, salvo lo específicamente previsto en la Ley 80 de 1993, "se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes" (artículo 13 ibidem).*

*"Así por ejemplo, en materia de extinción de obligaciones deberán aplicarse las normas contenidas en los artículos 1625, siguientes y concordantes del Código Civil.*

*"También cabe señalar que en el tiempo debe darse primero la terminación del contrato y después puede efectuarse su liquidación final, por lo cual no será posible liquidar definitivamente un contrato si previamente no ha terminado. Así sucede en otras áreas del derecho, como en la societaria, puesto que primero se requiere la disolución de la sociedad (que equivale a la terminación del contrato), para posteriormente iniciar el proceso de liquidación; en materia de sucesiones resulta imposible proceder a la sucesión de los bienes de una persona natural, si antes no ha se ha configurado la muerte –real o presunta-, de la misma.*

*"Como ya quedó visto, la liquidación de un contrato estatal puede revestir alguna de las siguientes modalidades: bilateral, unilateral o judicial".*

## **9.- LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES Y SUS EFECTOS.**

En cuanto se ha establecido que son diferentes las figuras de la terminación y la liquidación de los contratos estatales, pertinente resulta examinar cuál es el concepto genérico de liquidación y los efectos que la misma está llamada a generar.

El Estatuto de Contratación Estatal, acogiendo un criterio eminentemente enunciativo, que no taxativo, determina que habrá lugar a la liquidación de *"los contratos de trato sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran"*, sin ocuparse de definir o de adoptar un concepto único de liquidación de los contratos estatales.

No obstante lo anterior, la misma Ley 80 de 1993, al señalar cuál debe ser el contenido de la correspondiente acta de liquidación, incorpora elementos que permiten deducir el sentido de esa noción, como quiera que al respecto precisó:

*"En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo".*

En consonancia con esa disposición legal, al ocuparse de explicar el alcance de la liquidación de los contratos estatales,

el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sostenido:

*"La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento".*

Como puede observarse, la liquidación definitiva de un contrato corresponde sencillamente a un balance o corte de cuentas que permite precisar si alguna de las partes de un contrato le debe algo a la otra u otras y, en caso afirmativo, cuánto.

Por lo que corresponde a los efectos que tanto la ley como especialmente la Jurisprudencia han reconocido a la liquidación de los contratos estatales, especialmente aquella que se realiza de manera bilateral o por acuerdo entre las Partes, singular importancia revisten para el presente caso tanto el análisis como los pronunciamientos que le sirven de apoyo, consignados en el aludido Laudo de mayo 29 de 2003 y que por compartirlos en su integridad el Tribunal procede a transcribir, así:

*"Para determinar quién, concretamente, tiene competencia para adelantar y/o para adoptar la liquidación definitiva de un contrato estatal, resulta útil precisar que de conformidad con el ordenamiento legal vigente, es posible distinguir tres (3) clases o modalidades de liquidación, a saber: liquidación bilateral, liquidación unilateral y liquidación judicial.*

*"A la ocurrencia de dichas modalidades de liquidación sólo puede haber lugar en la medida en que no se haya configurado, previamente, alguna otra de las modalidades mencionadas, según el orden en que fueron enunciadas. Dicho de otra manera: la ley otorga el carácter principal y preferente a la liquidación bilateral, en forma tal que la liquidación unilateral aparece, únicamente, en subsidio de aquella; así mismo, a la liquidación judicial de un determinado contrato estatal sólo habrá lugar en cuanto no se haya producido, con anterioridad, la liquidación unilateral y mucho menos la liquidación bilateral.*

***"LA LIQUIDACIÓN BILATERAL:*** es aquel balance o corte de cuentas que realizan y/o acogen, de manera conjunta, las partes del respectivo contrato. La regulación de esta modalidad de liquidación definitiva se encuentra en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

*"Como es natural, en cuanto se trata de una liquidación bilateral o conjunta, fluye con facilidad y de manera clara que son las partes del contrato las titulares de la facultad requerida para adoptar o para convenir los términos de la respectiva liquidación, cuestión que pone de presente, en consecuencia, que la naturaleza de la liquidación bilateral es eminentemente negocial, razón por la cual la propia Ley 80 de 1993, en el inciso 3º de su artículo 60, contempla y ordena que dentro de la propia acta de liquidación se incluyan los acuerdos, las conciliaciones o las transacciones a que lleguen las partes para poder declararse a paz y salvo, según los siguientes términos:*

*"En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo".*

*"El carácter contractual o negocial de la liquidación bilateral ha sido puesto de presente reiteradamente por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, al sostener que una vez la liquidación es convenida o acogida de manera conjunta y sin salvedades por las partes del respectivo contrato, dicha liquidación genera efectos vinculantes y no puede ser desconocida por alguna de ellas para efectos de obtener mayores reconocimientos de los consignados o acordados*

en ella, ni siquiera acudiendo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a no ser que se pretenda demandar la nulidad de dicha liquidación alegando la ocurrencia de algún vicio que hubiere afectado su validez.

"Así lo refleja la Sentencia de junio 22 de 1995, a través de la cual el Consejo de Estado puntualizó:

" "... El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él. ..." .

"En igual sentido, mediante la ya mencionada Sentencia de abril 10 de 1997, reafirmada mediante la Sentencia de 9 de marzo de 1998, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en el país, precisó:

" "...La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellos que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo".

"También resulta pertinente traer a colación los pronunciamientos adicionales que sobre este mismo tema formuló el Consejo de Estado en la aludida Sentencia de marzo 9 de 1998, así:

" "...Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad".

En igual sentido aparecen las apreciaciones que en sus alegaciones finales consignó el señor Procurador 21 en lo Judicial Administrativo de Bolívar, quien actuó como Agente del Ministerio Público dentro del presente trámite arbitral, apreciaciones que también se apoyan en importantes pronunciamientos del Consejo de Estado y que, por considerarlas valiosas e ilustrativas, el Tribunal procede a transcribirlas parcialmente, a saber:

"Como puede observarse en la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese el momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda. Por el contrario la parte que no deje anotada en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en es vía, NUNCA PODRÁ pretenderlas judicialmente. Lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepte reconocer.

".....

"Sobre el tema ha dicho el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil uno (2001). Radicación número. 11.689. Actor JORGE ALBERTO RAMÍREZ ESPINOSA

*"REVISION DE PRECIOS – Requisitos / ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO – Cuando se suscribe de común acuerdo sin objeciones o salvedades se pierde la oportunidad de efectuar reclamaciones judiciales posteriores / LIQUIDACION DEL CONTRATO POR MUTUO ACUERDO – Naturaleza jurídica.*

*"Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso. En efecto, el acta de liquidación del contrato contiene el balance financiero en cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, de manera que cuando se firmen de común acuerdo entre éstas, sin objeciones o salvedades, se pierde la oportunidad de efectuar reclamaciones judiciales posteriores. Ha advertido la Sala, adicionalmente, que las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz. Conforme a lo anterior, se tiene que la liquidación efectuada de común acuerdo por personas capaces de disponer constituye, entonces, un verdadero negocio jurídico bilateral, que tiene, por tanto, fuerza vinculante, a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento. Y si bien no se discute la posibilidad de que la liquidación final de un contrato pueda ser aclarada o modificada posteriormente, es claro que para ello se requiere del consentimiento expreso de quienes la suscribieron. En el presente caso, se observa que, un mes después de la suscripción del acta respectiva, el contratista solicitó al Intendente de Arauca que incorporara a ésta última el valor de los reajustes de precios solicitados; sin embargo, la entidad contratante negó la petición. Así las cosas, no se modificaron los términos de la liquidación suscrita sin salvedades el 6 de abril de 1990; las pretensiones del actor, en consecuencia, deben ser negadas". (El Tribunal ha resaltado y subrayado).*

*"Nota de relatoría: Ver sentencias del 9 de marzo de 2000, Exp. 19778; del 10 de abril de 1997, Exp. 10608; y del 29 de agosto de 1995, Exp. 8884".*

#### **10.- LA LIQUIDACION BILATERAL DEL CONTRATO DAMA-001-2002.**

Cómo lógica y obligada consecuencia de la ya analizada terminación anticipada que las Partes acordaron respecto del contrato DAMA-001-2002, dando así cumplimiento tanto al mandato contenido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 como a las estipulaciones consagradas en las cláusulas vigésima (20) y vigésima primera (21) del aludido contrato de concesión e, incluso, si se quiere, como evidente reconocimiento a los efectos vinculantes generados por la referida terminación anticipada, tanto el **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS** como **TIRSA E.S.P.**, con fecha de septiembre 15 de 2003, suscribieron el acta que contiene la correspondiente liquidación bilateral.

El Tribunal considera importante destacar que si bien en la cláusula segunda (2<sup>a</sup>) del aludido documento de mayo 16 de 2003, por medio del cual se dispuso la terminación anticipada y bilateral del respectivo contrato, las Partes también acordaron proceder a la liquidación del referido contrato DAMA-001-2002 en el estado en que se encontrare para esa fecha, en realidad con dicha estipulación no se produjo novación o sustitución alguna respecto de los acuerdos perfeccionados por esas mismas Partes en las cláusulas vigésima (20) y vigésima primera (21) del contrato en estudio, contentivas tanto de la obligación de liquidar el contrato en referencia como de los plazos dentro de los cuales debería adelantarse tal liquidación, según que la misma fuese adoptada por acuerdo mutuo entre las partes o de manera unilateral por la Entidad Estatal Contratante.

A la anterior conclusión arriba el Tribunal después de verificar que con el acuerdo de liquidar el contrato DAMA-001-2002, según los términos de la cláusula segunda del documento de mayo 16 de 2003 (i) no se produjo, frente a las cláusulas 20 y 21 del aludido contrato, cambio o sustitución de uno de los deudores por otro; (ii) las Partes –en este caso simultáneamente deudoras y, a la vez, acreedoras recíprocas de la obligación de liquidar el contrato-, tampoco contrajeron una nueva obligación respecto de un tercero, de tal manera que ambas o al menos una de ellas hubiere quedado liberada de la obligación primitiva frente al primer acreedor; (iii) además, aunque no se presentó cambio alguno entre los correspondientes deudores y al mismo tiempo acreedores, tampoco aparece la sustitución de la anterior obligación de liquidar el contrato DAMA-001-2002 por una nueva obligación que la reemplace.

Así pues, si no se configura una sola de las tres (3) únicas maneras en que puede efectuarse la novación, de conformidad con los dictados del artículo 1690 del Código Civil, fuerza concluir que no hay lugar a la aplicación de dicha figura.

A lo anterior se suma el hecho, no menos importante para apuntalar la conclusión que acaba de exponer el Tribunal, consistente en que al estipular la cláusula segunda (2<sup>a</sup>) del documento de terminación bilateral fechado en mayo 16 de 2003, no aparece ni se manifiesta, en modo alguno, voluntad o intención de las Partes para novar, es decir para extinguir por completo la obligación inicial consagrada en las cláusulas 20 y 21 del contrato en estudio –requisito esencial para que se produzca la novación, tal como lo señala el artículo 1693 del mismo Estatuto Civil-, sino que, muy por el contrario, lo que resalta con toda claridad de la nueva estipulación es el propósito que tuvieron las Partes de, simplemente, mantener y reafirmar el contenido de la obligación primitiva para efectos de destacar la importancia y la necesidad de darle cabal cumplimiento a aquella en cuanto, precisamente, en la nueva estipulación determinaron que la liquidación del aludido contrato debería plasmarse en acta separada y "... se suscribirá en los plazos y formas establecidas en las cláusulas vigésima o vigésima primera del contrato DAMA-001-2002", con lo cual confirman la vigencia de las estipulaciones primigenias.

Así reza, textualmente, la cláusula segunda (2<sup>a</sup>) del acuerdo de terminación bilateral suscrito en mayo 16 de 2003:

**"SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior [recuérdese que mediante la estipulación inmediatamente anterior, es decir la primera, esas mismas partes acordaron dar por terminado, de manera anticipada y de mutuo acuerdo el contrato], **las partes procederán a la liquidación del contrato DAMA-001-2003 en el estado en que se encuentra a la fecha de suscripción de este documento, circunstancia que se plasmará en acta de liquidación separada la cual se suscribirá en los plazos y formas establecidas en las cláusulas vigésima o vigésima primera del contrato DAMA-001-2002**". (Los corchetes, las negrillas y las subrayas no pertenecen al texto original).

A su turno, las mencionadas cláusulas vigésima (20) y vigésima primera (21) del contrato de concesión DAMA-001-2002, cuya vigencia fue reafirmada por las mismas Partes a través de la transcrita cláusula segunda (2<sup>a</sup>) del acuerdo de terminación bilateral fechado en mayo 16 de 2003, son del siguiente tenor:

**"CLASULA VIGESIMA: LIQUIDACION DEL CONTRATO.**- El presente contrato se liquidará de común acuerdo entre las partes al cumplimiento de su objeto, o a más tardar dentro de los cuatro (4) meses siguientes, contados a partir de la fecha de extinción de la vigencia del contrato o de la expedición del acto administrativo que ordene su terminación. Para la liquidación se exigirá a **EL CONCESIONARIO** la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del mismo.

**"CLASULA VIGESIMA PRIMERA: LIQUIDACION UNILATERAL.**- Si **EL CONCESIONARIO** no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por

**EL DISTRITO** y se adoptará dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo establecido en la cláusula anterior, por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición".

Nótese que el sentido de las citadas cláusulas 20 y 21 del contrato DAMA-001-2002 coincide plenamente con el propósito perseguido por las mismas Partes a través de la también transcrita cláusula segunda (2<sup>a</sup>) del documento de terminación bilateral del contrato, con la única anotación de que a través de esta nueva estipulación se buscó la complementación expresa de las hipótesis fácticas previstas en el texto original de la cláusula vigésima (20) para efectos del cómputo del plazo contractual de cuatro (4) meses, convenido para la realización de la liquidación bilateral, en cuanto el texto inicial únicamente preveía el inicio de dicho término "a partir de la fecha de extinción de la vigencia del contrato o de la expedición del acto administrativo que ordene su terminación", de tal manera que con la nueva estipulación debe entenderse que ese mismo plazo de cuatro (4) meses también empezó a correr a partir del acuerdo de terminación del contrato concluido entre las Partes.

Sin embargo, el Tribunal destaca que con la adopción de la cláusula 2<sup>a</sup> del documento de terminación bilateral dentro del contrato DAMA-001-2002 no se produjo realmente modificación, adición o complementación alguna de fondo o material, sino apenas formal.

Lo anterior por cuanto, de una parte, en cuanto el contrato en estudio corresponde a uno de aquellos contratos de trato sucesivo, además es de aquellos contratos cuya ejecución o cumplimiento se prolongó en el tiempo y, por si fuera poco, también es de aquellos contratos que por su propia naturaleza y el contenido de sus diversas obligaciones requieren liquidación, es claro entonces que la obligación de liquidarlo no deviene entonces del acuerdo de las Partes –ora del consagrado en las cláusulas 20 y 21 del contrato en cuestión ora de la cláusula 2<sup>a</sup> del documento de terminación bilateral-, sino, por el contrario, del mandato genérico e imperativo consagrado en la parte inicial del inciso 1º del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y opera, incluso, ante el total silencio de las partes acerca de la importancia, necesidad u obligatoriedad de adelantar la correspondiente liquidación.

De otra parte, porque ante el silencio inicial que mantuvieron las Partes al momento de celebrar el correspondiente contrato, en relación con el plazo dentro del cual debería adelantarse su liquidación en el evento en que ese vínculo terminare por mutuo acuerdo, lo cierto es que mucho antes de que se adoptare la cláusula 2<sup>a</sup> del documento fechado en mayo 16 de 2003, ya venía operando el mismo plazo de cuatro (4) meses como quiera que el mismo se encuentra consagrado expresamente para suplir la voluntad de los contratantes –ante el silencio de los mismos-, de conformidad con la parte final del citado inciso 1º del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, cuyo texto completo dice:

*"Artículo 60.- DE SU OCURRENCIA Y CONTENIDO. Los contratos de trato sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga".*

Pues bien, retomando el análisis correspondiente al alcance de la liquidación bilateral del contrato DAMA-001-2002, liquidación efectuada conjuntamente por las Partes, importa precisar que el documento de septiembre 15 de 2003 recoge las manifestaciones de sus suscriptores en los precisos términos que se transcriben a continuación, los cuales incluyen las únicas salvedades o reservas que cada una de las Partes formuló al momento de su suscripción, así:

**"PRIMERO:** Liquidar de manera bilateral el contrato DAMA-001-2002 celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y la empresa Tratamiento Integral de Residuo Sólidos S.A. E.S.P. "TIRSA E.S.P."

**"SEGUNDO:** El Distrito de Cartagena, previa verificación y demostración probatoria, mediante los soportes contables,

facturas, comprobantes y demás documentos que acreditan y soportan los conceptos objeto de reconocimiento y que se adjuntan al presente documento DE LIQUIDACIÓN, procede a describir los conceptos y valores que reconoce deber y que acuerda pagar, para un total a favor de la empresa TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SOLIDOS S.A. "TIRSA E.S.P." de cuatrocientos siete millones ochocientos sesenta y seis mil ochocientos treinta y cuatro pesos con cincuenta y siete centavos (\$ 407'866.834,57), así:

"Valor reconocido por 40.002 toneladas dispuestas	\$427'861.392
"Valor Por 13016 kilos de Residuos Hospitalarios	\$23'402.000
"SUB-TOTAL (Valores reconocidos)	<b>\$451'263.392</b>
"Diferencia pagada a ingeambiente periodo 28 de enero al 11 de marzo	\$20'833.387.83
"Costo de la interventoría (5%)	\$22'563.169.60
"SUB-TOTAL (Valores a descontar)	<b>\$43'396.557.43</b>
"TOTAL (Valores reconocidos menos valores a descontar)	<b>\$407'866.834,57</b>

**"PARAFO:** El Distrito de Cartagena reconoce pagar la suma de \$ 203.933.417.28, correspondiente al 50% de la suma total reconocida menos los valores descontados conforme a lo expuesto en esta cláusula y el saldo, es decir la suma de \$ 203.933.417.28, se cancelarán cuando el interventor, Establecimiento Público Ambiental de Cartagena EPA Cartagena, determine el cumplimiento cabal de la obligación de eliminar la totalidad de las 20.000 toneladas de residuos que quedaron en proceso debido al cierre de las operaciones ordenadas por Cardique y que actualmente se ubican en el lote "La Concordia". Se entenderá por cumplimiento a cabalidad la acción realizada para garantizar la ausencia de impacto ambiental negativo y la conformidad con el plan de clausura.

**"TERCERO:** El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias se declara a paz y salvo por todo concepto frente a las obligaciones contraídas a favor de la empresa TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SOLIDOS S.A. "TIRSA E.S.P.", en virtud del contrato DAMA-001-2002.

**"CUARTO:** El Distrito manifiesta que el contratista deberá dar cumplimiento a la cláusula décima quinta del contrato DAMA-001-2002 sobre garantías y al parágrafo 2 de la cláusula primera del contrato DAMA-001-2002 relacionada con la obligación del concesionario a la clausura, postclausura y seguimiento".

**"QUINTO:** El concesionario, TRATAMIENTO DE RESIDUOS SOLIDOS S.A. E.S.P. TIRSA E.S.P.", acepta el reconocimiento y pago de los conceptos relacionados en la cláusula segunda de esta acta de liquidación sin que ello pueda interpretarse como una aceptación de la declaración expuesta por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias en la cláusula tercera anterior y, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este mismo documento, a continuación relaciona los conceptos y valores que no han sido reconocidos por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, y sobre los cuales se reserva su derecho a reclamación por otra vía ya sea en aplicación de la cláusula compromisoria o por vía judicial, siempre de conformidad con la ley:

<b>"DESCRIPCION"</b>	<b>VALOR</b>
"Disposición de inertes en el Relleno de Henequén de Barranquilla	126.468.304
"Costos Cláusula Lote la Concordia	480.000.000
"Exigencias autoridades ambientales obras civiles relacionadas con la alternativa tecnológica	316.140.410
"Costos de funcionamiento – Suspensión	145.251.435
"Adquisición predio La Concordia	177.630.000
"Pago de impuestos, estampillas y registro de la compra del lote	3.924.870
"Compra de maquinaria y equipos	319.819.670
"Compra de equipos de comunicación y computación	10.274.878
"Cargos diferidos (ver anexo)	1.004.284.093
"Costos de producción y arrendamiento maquinaria	1.388.903.499
"Lucro cesante durante suspensión estimado	150.000.000
"Daño emergente por terminación anticipada estimado	450.000.000
<b>"SUB-TOTAL ESTIMADO"</b>	<b>\$4.572.697.159"</b>

Lo que acaba de transcribirse, aunado a las consideraciones antes expuestas en relación con los efectos jurídicos definitivos que entre las Partes genera la suscripción de la liquidación bilateral de un contrato estatal, cuando tal liquidación se suscribe sin reservas, efectos que por igual se extienden a los aspectos del acta de liquidación bilateral que no están cobijados por las reservas que hubieren sido oportunamente formuladas, sobre la base de que, según la jurisprudencia antes transcrita "... las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera su inclusión resulta ineficaz", obliga a concluir que en el presente caso las Partes únicamente formularon las salvedades, reservas, exclusiones, objeciones u observaciones que se encuentran recogidas en las referidas cláusulas CUARTA y QUINTA del documento fechado en septiembre 15 de 2003.

#### **10.1.- LAS SALVEDADES DE LAS PARTES, CONVOCADA Y CONVOCANTE, RESPECTO DEL ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL DEL CONTRATO DAMA-001-2002 Y SU RESPECTIVO ALCANCE.**

Por razones de claridad, el Tribunal estima necesario transcribir nuevamente las salvedades, reservas, exclusiones, objeciones u observaciones que cada una de las Partes formuló en relación con el acta de liquidación bilateral del contrato DAMA-001-2002, con indicación precisa e individualizada acerca de la Parte que hizo la respectiva salvedad o reserva, a lo cual se agrega que sólo esa Parte será la única que, por tanto, podrá aprovecharse del sentido y el alcance de la correspondiente salvedad o reserva y, por tanto, bajo su amparo será la única habilitada para formular reclamaciones o peticiones.

#### **10.1.1.- LAS SALVEDADES O RESERVAS DE LA CONVOCADA RESPECTO DEL ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO DAMA-001-2002 Y SU RESPECTIVO ALCANCE.**

Apartándose de las apreciaciones y conclusiones que consignó el señor Agente del Ministerio Público en su vista fiscal de fondo, para quien "... el DISTRITO DE CARTAGENA, no hizo ninguna reserva, lo cual significa que estaba de acuerdo con la liquidación del contrato, y consecuente con ello no tiene legitimación para reclamarlas judicialmente", el Tribunal considera que la Convocada y a la vez demandante en reconvenión, **DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, al momento de suscribir el acta de liquidación bilateral definitiva del contrato DAMA-01-2002, sí formuló reservas en relación con el contenido de la misma, de conformidad con los precisos términos de la estipulación CUARTA que se transcribe a continuación y, por tanto, sólo en relación con esos específicos aspectos está

habilitada para elevar reclamaciones, pretensiones o demandas.

Dijo así el **DISTRITO**, dentro de la parte definitoria de la citada acta de liquidación bilateral:

**"CUARTO:** *El Distrito manifiesta que el contratista deberá dar cumplimiento a la cláusula décima quinta del contrato DAMA-001-2002 sobre garantías y al parágrafo 2 de la cláusula primera del contrato DAMA-001-2002 relacionada con la obligación del concesionario a la clausura, postclausura y seguimiento".*

Así las cosas, resulta evidente entonces que el **DISTRITO** únicamente se encuentra habilitado para demandar, de este Tribunal y en relación con **TIRSA E.S.P.**, pronunciamientos relacionados con los siguientes aspectos:

**A).**- Por un lado, el cumplimiento de la cláusula décima quinta (15), correspondiente a la constitución de garantías de conformidad con los amparos, vigencias y cuantías establecidos en esa misma estipulación.

En relación con los aspectos contenidos en la referida cláusula 15 y su cumplimiento, el Tribunal se abstendrá de adelantar análisis y de efectuar cualquier pronunciamiento, por la sencilla pero potísima razón de que en relación con esas específicas materias la Convocada no propuso excepción alguna y en su calidad de demandante en reconvención no formuló pretensiones, lo cual determina que el conocimiento y juzgamiento de aspectos, si a ello hubiere lugar, no fueron incluidos en la órbita de competencia del Tribunal.

**B).**- De otro lado se encuentran los asuntos relacionados con el cumplimiento del parágrafo 2 de la cláusula primera (1<sup>a</sup>) del mencionado contrato DAMA-001-2002, cuyo texto se transcribe enseguida:

**"CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.... ... PARAGRAFO 2.-** *Está a cargo del concesionario la clausura, post-clausura y seguimiento, para lo cual deberá tener en cuenta las disposiciones ambientales vigentes al momento de realizar tales etapas del proyecto".*

La existencia de esta salvedad o reserva reviste significativa importancia como quiera que en relación con la misma el **DISTRITO**, al formular su demanda de reconvención, elevó las pretensiones que distinguió con los numerales 1.1.4, 1.1.5 y 1.2.5.

A propósito del alcance de dicha salvedad o reserva y sin perjuicio de retomar más adelante el estudio de cada una de las pretensiones formuladas por la demandante en reconvención acerca de la materia sobre la cual recae dicha salvedad o reserva, para cotejar entonces tales pretensiones tanto con su correspondiente soporte probatorio como con las argumentaciones expuestas al respecto por la Convocante y determinar así la prosperidad, o no, total o parcial, de las mismas, el Tribunal estima pertinente efectuar algunas precisiones que se derivan directamente del alcance de la referida salvedad o reserva sobre el sentido y alcance de las correspondientes pretensiones.

El Tribunal destaca y pone de presente que si bien la salvedad o reserva formulada por el **DISTRITO** se refiere, como ya se indicó, de manera exclusiva, al interés y al propósito que le asiste a esa Parte Convocada para que el respectivo contratista particular dé "cumplimiento ... al parágrafo 2 de la cláusula primera del contrato DAMA-001-2002 relacionada con la obligación del concesionario a la clausura, postclausura y seguimiento", parágrafo 2º en cuya virtud, como también ya se resaltó, las Partes convinieron que "Está a cargo del concesionario la clausura, post-clausura y seguimiento, para lo cual deberá tener en cuenta las disposiciones ambientales vigentes al momento de realizar tales etapas del proyecto", no es menos cierto que en el parágrafo del numeral SEGUNDO de la parte resolutiva del mismo documento de liquidación bilateral, fechado en septiembre 15 de 2003, la Convocada –con el asentimiento de la Convocante-, sujetó el pago del saldo que se obligó a reconocer a la condición de que "el interventor, Establecimiento

Público Ambiental de Cartagena EPA Cartagena, determine el cumplimiento cabal de la obligación de eliminar la totalidad de las 20.000 toneladas de residuos que quedaron en proceso debido al cierre de las operaciones ordenadas por Cardique y que actualmente se ubican en el lote "La Concordia". Se entenderá por cumplimiento a cabalidad la acción realizada para garantizar la ausencia de impacto ambiental negativo y la conformidad con el plan de clausura".

Así pues, tanto el análisis y definición de las pretensiones correspondientes como el estudio fáctico relacionado la ejecución de dicha obligación deberán circunscribirse al alcance establecido para esa obligación en el transrito parágrafo 2º de la cláusula primera (1ª) del contrato DAMA-001-2002 en armonía con el citado parágrafo del numeral SEGUNDO de la parte resolutiva del acta de liquidación bilateral.

Pues bien, procede examinar cada una de las correspondientes y aludidas pretensiones dentro del preciso marco que se acaba de destacar:

**"1.1.4.- Declare que la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SOLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP", de conformidad con lo establecido en el Contrato DAMA-001-2002, en el Acta de terminación bilateral y en el Acta de liquidación bilateral tenía la obligación de clausurar las actividades en el lote "La Concordia" y de ejecutar la limpieza y saneamiento ambiental del mismo".**

La pretensión transcrita, 'ab-initio' parece coincidir, en términos generales, con la materia que fue objeto de reserva por parte de la Convocada y por tanto a su declaratoria habrá de procederse.

Aprovecha el Tribunal para destacar que la obligación contractual a cargo del contratista, respecto de cuyo cumplimiento formuló reserva o salvedad la Entidad Contratante y en relación con la cual solicita la declaración antes aludida, se pactó de manera pura y simple, sin someter su ejecución a plazo o condición.

La siguiente pretensión de la Convocada en relación con el tema materia de su salvedad, es del siguiente tenor:

**"1.1.5.- Declare que la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. ESP. "TIRSA ESP", incumplió su obligación de clausurar las actividades en el lote "La Concordia" y en consecuencia incumplió su obligación de eliminar los residuos sólidos depositados en dicho predio, durante la ejecución del contrato".**

El Tribunal puntualiza que la ausencia de plazo o condición para el cumplimiento de la obligación de clausurar las actividades en el lote "La Concordia", por tratarse entonces de una obligación pura y simple, impidió que la Convocante estuviere en mora de cumplirla, hasta el momento en que la notificación del auto asesorio de la demanda de reconvenCIÓN produjo los efectos propios del requerimiento judicial para constituir en mora, de conformidad con los dictados del artículo 90 del C. de P. C., lo cual si bien permite deducir que a partir de tal constitución en mora la Convocante ha incumplido con la obligación aludida, lo cierto es que no podrá prosperar la pretensión correspondiente, en los términos en que fue formulada por la Convocada, puesto que en ella lo que realmente se solicita es un pronunciamiento que supone y obliga la realización de un juicio de cumplimiento acerca de la obligación contractual de "clausurar las actividades en el lote "La Concordia" ... durante la ejecución del contrato", esto es antes de que se conviniese la terminación bilateral del mismo en mayo 16 de 2003, asunto que quedó saldado y superado por las Partes al suscribir el documento que puso fin a la vigencia de ese vínculo y que, según se explicó ampliamente, comportó también la renuncia recíproca de cada una de las Partes a reclamar el supuesto o real incumplimiento, total o parcial, de su respectivo co-contrante a la ejecución del contrato, puesto que al acudir a la figura de la terminación por mutuo acuerdo, con base en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, las mismas Partes cerraron la puerta a la opción de solicitar la resolución del contrato por incumplimiento con la consiguiente indemnización de perjuicios, figura que se apoya en lo normado en el artículo 1546 del mismo Estatuto Civil.

Por último, en cuanto se relaciona directamente con los asuntos incluidos dentro de la reserva o salvedad de la Convocada, a través de la demanda de reconvención se pide lo siguiente:

**"1.2.5.- Se condene a la Sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SOLIDOS S.A. ESP. "TIRSA" a realizar las labores de clausura y de posclausura y a ejecutar la limpieza y saneamiento ambiental del lote "La Concordia", ubicado en la vereda Bajo del Tigre del corregimiento de Pasacaballos".**

#### **10.1.2.- LAS SALVEDADES O RESERVAS DE LA CONVOCANTE EN RELACIÓN CON EL ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO DAMA-001-2002 Y EL ALCANCE DE LAS MISMAS.**

Al momento de suscribir el documento que contiene la liquidación del contrato DAMA-001-2002, la Convocante **TIRSA E.S.P.**, circunscribió el alcance de sus reservas o salvedades al texto de la estipulación **QUINTA** de la mencionada acta de liquidación bilateral y, por tanto, sólo en relación con esos precisos aspectos se encuentra autorizada para elevar reclamaciones, pretensiones o demandas.

Así reza el ya transcrita artículo 5º de la tantas veces mencionada acta de liquidación bilateral del contrato DAMA-001-2002:

**"QUINTO:** El concesionario, *TRATAMIENTO DE RESIDUOS SOLIDOS S.A. E.S.P. TIRSA E.S.P.*", acepta el reconocimiento y pago de los conceptos relacionados en la cláusula segunda de esta acta de liquidación sin que ello pueda interpretarse como una aceptación de la declaración expuesta por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias en la cláusula tercera anterior y, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este mismo documento, a continuación relaciona los conceptos y valores que no han sido reconocidos por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, y sobre los cuales se reserva su derecho a reclamación por otra vía ya sea en aplicación de la cláusula compromisoria o por vía judicial, siempre de conformidad con la ley:

<b>"DESCRIPCION</b>	<b>VALOR</b>
"Disposición de inertes en el Relleno de Henequén de Barranquilla	126.468.304
"Costos Cláusula Lote la Concordia	480.000.000
"Exigencias autoridades ambientales obras civiles relacionadas con la alternativa tecnológica	316.140.410
"Costos de funcionamiento – Suspensión	145.251.435
"Adquisición predio La Concordia	177.630.000
"Pago de impuestos, estampillas y registro de la compra del lote	3.924.870
"Compra de maquinaria y equipos	319.819.670
"Compra de equipos de comunicación y computación	10.274.878
"Cargos diferidos (ver anexo)	1.004.284.093
"Costos de producción y arrendamiento maquinaria	1.388.903.499
"Lucro cesante durante suspensión estimado	150.000.000
"Daño emergente por terminación anticipada estimado	450.000.000
<b>"SUB-TOTAL ESTIMADO</b>	<b>\$4.572.697.159"</b>

A propósito de las transcritas salvedades, reservas o exclusiones de la Convocante, el Tribunal estima de la mayor importancia efectuar las precisiones que se anotan a continuación, como quiera que el sentido y alcance que corresponde a tales salvedades, reservas o exclusiones está llamado a tener –según se ha venido resaltando-, directa e inmediata incidencia tanto en las decisiones del Tribunal como, más importante aun, en la delimitación de las materias que pueden ser sometidas a su conocimiento y decisión.

El señor apoderado de la Convocante, a lo largo de sus actuaciones procesales y, en especial, a través de sus correspondientes alegatos de conclusión, argumenta y sostiene que su mandante habría efectuado una reserva amplia frente a la totalidad del acta de liquidación bilateral, cuya no aceptación general le habría permitido entonces extender el alcance y el espectro de los precisos términos en que fue consignada la reserva que recoge el transrito numeral quinto de la parte definitoria del mencionado documento de liquidación bilateral y, a partir de esa argumentación, pretende sostener la conclusión de que su mandante estaría habilitada para “... reclamar judicialmente por todo lo referente a las sumas dejadas de reconocer y derivadas de la tarifa no recuperadas y cualquiera otra que no hubiere sido reconocida pero vinculadas a la ejecución del Contrato”.

En apoyo de sus argumentaciones y conclusiones, el señor apoderado de la Convocante invoca, cita y transcribe el contenido de las manifestaciones consignadas en los numerales 15 y 16 de la parte considerativa del documento de liquidación bilateral del contrato DAMA-001-2002, cuyos textos rezan:

*“15.- TIRSA E.S.P. insiste en la reclamación presentada para recuperar la inversión realizada en desarrollo del contrato y en cumplimiento de sus obligaciones por cuanto se tenía prevista a veinte (20) años y no en un plazo menor como ocurrió en virtud de la terminación anticipada como ha quedado expuesto.*

*“16.- En razón a la anterior consideración, las partes no han podido lograr un acuerdo total sobre los términos del acta de liquidación del contrato DAMA-001-2002 de manera bilateral, razón por la cual manifiestan que se suscribirá el acta de liquidación en los términos que a continuación se expresan, en forma bilateral y dentro de la oportunidad legalmente conferida, dejando TIRSA E.S.P. expresa constancia sobre los aspectos no reconocidos y sobre los cuales se reserva el derecho a reclamar por vía judicial o prejudicial, inclusive en uso de la cláusula compromisoria, relacionados con el reconocimiento y pago de los demás conceptos que a su juicio le deben ser pagados en virtud del contrato DAMA-001-2002, tales como la inversión realizada por el concesionario, la medición de la prestación del servicio, los extracostos en que debió incurrir el concesionario en aras de garantizar la continuidad del servicio, entre otros.*

Por las razones que pasan a explicarse, el Tribunal no encuentra acertadas las argumentaciones aludidas que ha expuesto el señor apoderado de la Convocada y menos aun la conclusión que con base en las mismas pretende sostener, razón por la cual reafirma que la reserva o salvedad que realizó el concesionario frente a la liquidación bilateral del contrato DAMA-001-2002, se limita exclusivamente al texto del citado y transrito numeral quinto de la parte definitoria del documento fechado en septiembre 16 de 2003, con las precisiones que acerca de su alcance se han de realizar más adelante dentro de este mismo acápite.

En primer lugar, el Tribunal reitera que la liquidación que se adelanta de manera bilateral, como la que se desarrolló en el caso que aquí se estudia, parte de la premisa básica o regla general consistente en asumir la aceptación o acuerdo de ambas Partes al contenido de la liquidación, lo cual le otorga el carácter de excepción frente al gran acuerdo a las reservas, salvedades o exclusiones que se manifiesten o expresan acerca de dicho contenido y, por tanto, en la medida en que las reservas o salvedades constituyen una excepción a la regla general, obviamente deben ser expresas, precisas, taxativas y de interpretación restrictiva, sin que sea dable la aplicación de las mismas por vía de analogía.

Es por ello que en la parcialmente transcrita Sentencia del Consejo de Estado, que el señor Agente del Ministerio

Público trajo en apoyo de sus razonamientos dentro de sus correspondientes alegatos de conclusión, con total lógica y coherencia, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en el país, precisó:

*"Ha advertido la Sala, adicionalmente, que las salvedades u objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas; de otra manera, su inclusión resulta ineficaz".*

Así pues, carecería de lógica y para el Tribunal resultaría inadmisible sostener lo contrario, esto es que se asumiere que las liquidaciones bilaterales parten de la premisa consistente en considerar o asumir la inexistencia acuerdos y de tener toda manifestación como reserva, salvedad o exclusión, para tratar como excepcional la existencia de algún acuerdo o definición conjunta. Razonar en este sentido, para sostener que en materia de liquidaciones bilaterales la regla general consiste en asumir que no existen acuerdos ni definiciones conjuntas sino por excepción, además de contradecir abiertamente y sin fundamentos sólidos la Jurisprudencia del Consejo de Estado, equivale a convertir en regla lo que realmente corresponde a una excepción y desnaturaliza por completo la figura, puesto que la liquidación que realizan conjuntamente las partes, por definición y esencia, se fundamenta en la voluntad coincidente de las mismas y en su capacidad para llegar a acuerdos y definiciones en el momento de realizar el corte de cuentas definitivo de su correspondiente relación contractual.

En segundo lugar, desde una perspectiva eminentemente semántica pero no por ello menos importante, encuentra el Tribunal que las manifestaciones a que alude el señor apoderado de la Convocante con el fin de sostener su postura, es decir las expresiones que **TIRSA E.S.P.**, consignó en los numerales 15 y 16 del documento de liquidación bilateral, son manifestaciones que se incorporaron en el acápite de "**CONSIDERACIONES**", encaminadas básicamente a exponer, sin fuerza vinculante, las motivaciones o razones por los cuales se llegó a la adopción de los acuerdos y de las salvedades que más adelante, dentro del mismo documento, fueron consignados en lo que podría calificarse como la parte definitoria o resolutoria de la correspondiente liquidación bilateral.

No escapa al conocimiento del Tribunal la existencia de una práctica jurídica generalizada que existe en el país, la cual no requiere prueba especial por corresponder a un hecho suficientemente notorio, consistente en distinguir de manera clara y formal dentro de los documentos o piezas orientados a producir efectos legales –como en el caso de las sentencias y demás providencias judiciales, los laudos, los actos administrativos, los contratos y demás documentos negociales, etc.-, entre aquellas manifestaciones que se incluyen bajo el título de "**CONSIDERACIONES**", "**MOTIVACIONES**" ó "**RAZONAMIENTOS**" y aquellas que suelen incluirse dentro del mismo documento, pero en acápite diferente, bajo títulos tales como "**RESUELVE**", "**DISPONE**", "**CONVIENEN**", "**ACUERDAN**", etc.

Y sucede que esa generalizada y aceptada distinción ordinariamente no se queda en el terreno puramente formal o de mera presentación, sino que suele tener un propósito ulterior, de fondo y material, como quiera que esa práctica –a la cual acudieron en esta oportunidad las Partes que suscribieron el documento de liquidación bilateral del contrato DAMA-001-2002-, también busca distinguir entre los efectos que están llamadas a generar unas y otras manifestaciones de voluntad, para señalar entonces que –por regla general, aunque no absoluta naturalmente–, las manifestaciones o expresiones que se incluyen dentro de la aludida parte **CONSIDERATIVA** ó **MOTIVA** suelen exponerse con los únicos propósitos de explicar, ilustrar o relacionar el fundamento o sustento de las decisiones que más adelante se adoptan o convienen, pero sin más ánimo que ese, esto es sin perseguir que tales explicaciones, ilustraciones o relación de razones vayan a generar obligaciones o efectos vinculantes para las Partes o para quien las realiza de manera específica, al paso que tales efectos vinculantes suelen reservarse o se limitan para las manifestaciones, expresiones, decisiones, acuerdos, cláusulas, estipulaciones o convenciones que se incluyen dentro de la correspondiente parte **RESOLUTIVA**, **DEFINITORIA** o del **CLAUSULADO**.

En tercer lugar, el Tribunal hace ver que la manifestación que consignó la Convocante en el numeral 15 de las

"CONSIDERACIONES" –que no de las definiciones-, del acta de liquidación bilateral del contrato DAMA-001-2002, en modo alguno pueden considerarse como una salvedad o reserva respecto de dicha liquidación, puesto que si esa fue su intención tal pretendida salvedad resulta totalmente extemporánea y sin virtualidad de modificar los efectos jurídicos resultantes de los acuerdos vinculantes concluidos entre las Partes, como quiera que cualquier reclamación relacionada con los derechos que tuvo la concesionaria para ejecutar el correspondiente contrato por un plazo de veinte (20) años y no en uno menor –a lo cual se refiere la manifestación aludida-, chocan abiertamente con la decisión, libre y voluntaria, que las Partes adoptaron en el documento de mayo 16 de 2003 para dar por terminado, de manera anticipada, el contrato correspondiente y, por tanto, caen en el vacío, sin que puedan servir de título para modificar los efectos derivados de ese acuerdo de terminación anticipada del contrato y a partir de ello pretender la existencia de un derecho al cual se renunció con la aceptación de la terminación anticipada del vínculo correspondiente.

En cuarto lugar, el Tribunal destaca que tanto el sentido como el propio contenido literal de la manifestación consignada en el numeral 16 de la parte considerativa de la citada acta de liquidación bilateral del contrato DAMA-001-2002, lejos de servir de soporte a las argumentaciones y a la conclusión que pretende defender el apoderado de la Convocante, por el contrario sirven para demostrar que las únicas salvedades y excepciones que hizo la concesionaria al contenido de dicha acta de liquidación bilateral, son aquellas que más adelante –es decir en el numeral QUINTO de la parte definitoria-, consignó esa Parte.

En efecto, después de señalar la razón por la cual *"las partes no han podido lograr un acuerdo total sobre los términos del acta de liquidación del contrato DAMA-001-2002 de manera bilateral"*, dentro del mismo numeral 16 se agrega entonces que las Partes *"manifiestan que se suscribirá el acta de liquidación en los términos que a continuación se expresan"*, dando a entender así, con total claridad, que la correspondiente liquidación bilateral y sus respectivas salvedades se consignan o se expresan a continuación de dicho numeral 16, que es lo que realmente se encuentra en ese documento, como quiera que, inmediatamente después del citado numeral 16 de "CONSIDERACIONES" se incluyen los cinco (5) numerales definitorios o resolutorios.

El Tribunal entiende que las expresiones que integran el contenido del señalado numeral 16 de las "CONSIDERACIONES" del acta de liquidación bilateral no corresponden, exclusivamente, al concesionario sino que, por el contrario, es una afirmación que hacen, de manera conjunta, ambas PARTES, puesto que así lo refleja con claridad el plural que se utilizó para el verbo "manifestar", en cuanto se dijo: *"manifiestan que se suscribirá el acta de liquidación*

A ello agrega el Tribunal que las expresiones que se incluyeron dentro del texto del mismo numeral 16, inmediatamente a continuación de la frase que se acaba de subrayar en el párrafo anterior de este Laudo y que corresponde a una manifestación conjunta que realizaron ambas Partes, expresiones según las cuales *"... se suscribirá el acta de liquidación en los términos que a continuación se expresan, en forma bilateral y dentro de la oportunidad legalmente conferida, dejando TIRSA E.S.P. expresa constancia sobre los aspectos no reconocidos y sobre los cuales se reserva el derecho a reclamar por vía judicial o prejudicial, inclusive en uso de la cláusula compromisoria, relacionados con el reconocimiento y pago de los demás conceptos que a su juicio le deben ser pagados en virtud del contrato DAMA-001-2002, tales como la inversión realizada por el concesionario, la medición de la prestación del servicio, los extracostos en que debió incurrir el concesionario en aras de garantizar la continuidad del servicio, entre otros"*, de ninguna manera constituyen una salvedad o reserva en sí misma respecto del contenido del acta de liquidación, sino que forman parte del anuncio que se está realizando acerca de lo que las Partes procederán a ejecutar en el inmediato futuro, *"en los términos que a continuación se expresan"*, esto es la actividad consistente en SUSCIRIBIR el acta de liquidación *"... dejando TIRSA E.S.P. expresa constancia sobre los aspectos no reconocidos y sobre los cuales se reserva el derecho a reclamar por vía judicial o prejudicial, inclusive en uso de la cláusula compromisoria, ..."*.

Así lo confirma, pues, el modo, la inflexión o el significado con que se utilizó, en gerundo, el verbo "dejar", modificado en esta ocasión por una 'especie' de adverbio de tiempo, con lo cual se indicó o anunció que la acción o actividad que se realizaría en el inmediato futuro, consistente en SUSCRIBIR el acta de liquidación en los términos que a continuación se expresan, iba a estar acompañada, de manera simultánea, por la actuación que igualmente cumpliría por su parte la firma **TIRSA E.S.P.**, al momento de suscribir el acta de liquidación correspondiente, es decir "... dejando ... expresa constancia sobre los aspectos no reconocidos y sobre los cuales se reserva el derecho a reclamar por vía judicial o prejudicial, ...".

En consecuencia, ese mismo numeral 16 refleja con precisión que en él, las Partes anunciaron que en el inmediato futuro, es decir a continuación de su propio texto, "... en los términos que a continuación se expresan ...", procederían a suscribir el acta de liquidación y al mismo tiempo anunciaron que al realizar esa acción futura, **TIRSA S.A.**, lo haría "... dejando ... expresa constancia sobre los aspectos no reconocidos y sobre los cuales se reserva el derecho a reclamar por vía judicial o prejudicial, inclusive en uso de la cláusula compromisoria, ...", de lo cual se infiere, sin lugar a la menor hesitación, que esa anunciada acción futura de SUSCRIBIR el acta de liquidación por parte de la Convocada, estaría acompañada, de manera simultánea, por la también futura acción de DEJAR expresa constancia sobre los aspectos no reconocidos y sobre los cuales haría reserva de su derecho a reclamar.

De esa manera, las mismas Partes, en el texto del comentado numeral 16, dejaron perfectamente claro que las reservas o salvedades correspondientes que haría a su favor **TIRSA S.A. E.S.P.**, serían aquellas que esa sociedad expondría a continuación, en el inmediato futuro, al SUSCRIBIR el acta de liquidación y, por tanto, mal podría tenerse como tales aquellas manifestaciones que ya hubieren sido expuestas antes, en el pasado, a través de las consideraciones que antecedieron el anuncio futuro de que se procedería a SUSCRIBIR "... el acta de liquidación en los términos que a continuación se expresan, ... dejando TIRSA E.S.P. expresa constancia sobre los aspectos no reconocidos y sobre los cuales se reserva el derecho a reclamar ...".

Por último, acerca de esta materia y como si todo lo que ya se ha señalado no fuere suficiente –que para el Tribunal si lo es-, hay lugar a destacar que dentro de la parte inicial del tantas veces mencionado numeral quinto de la parte resolutoria o definitoria del documento de liquidación bilateral, fechado en septiembre 15 de 2003, la Convocante manifestó con claridad su aceptación al reconocimiento y pago de los conceptos relacionados en la cláusula segunda de esa misma acta de liquidación, agregando, de una parte, que tal aceptación no podría ni debería "... interpretarse como una aceptación de la declaración expuesta por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias en la cláusula tercera anterior ...", al tiempo que, de otra parte, anunció que procedería de inmediato a concretar y a precisar, "... a continuación ... los conceptos y valores que no han sido reconocidos por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, y sobre los cuales se reserva su derecho a reclamación por otra vía ya sea en aplicación de la cláusula compromisoria o por vía judicial, siempre de conformidad con la ley", todo ello "... de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este mismo documento ...".

Por lo anterior, las manifestaciones que hizo la propia Convocante dentro del numeral quinto de la parte definitoria o resolutoria del documento de liquidación bilateral, resultan más que suficientes para confirmar las apreciaciones y definiciones que ha venido destacando el Tribunal, como quiera que ese mismo concesionario se encargó de poner de presente, de un lado, que el sentido y los efectos de las manifestaciones y anuncios "... expuesto[s] en la parte considerativa de este mismo documento ..." no participan del sentido y del efecto vinculante que corresponden a las manifestaciones consignadas en la parte resolutoria o definitoria y, de otro lado, también resaltó que las reservas, salvedades o exclusiones frente a la liquidación bilateral del contrato DAMA-001-2002 son, únicamente, aquellas que corresponden a "... los conceptos y valores ..." que ese mismo concesionario "... a continuación relaciona ..." de manera precisa y detallada, respecto de "... los cuales se reserva su derecho a reclamación por otra vía ya sea en aplicación de la cláusula compromisoria o por vía judicial, siempre de conformidad con la ley".

Lo expuesto obliga al Tribunal, por tanto, a reafirmar que en relación con el acta de liquidación bilateral del contrato DAMA-001-2002, suscrita en septiembre 15 de 2003, las únicas salvedades o reservas que deben tenerse como tales por parte de **TIRSA S.A. E.S.P.**, son aquellas que se encuentran incluidas, de manera expresa y precisa, dentro del mencionado y ya transscrito numeral quinto de la parte resolutiva o definitoria de dicho documento.

#### **10.1.2.1.- EL FUNDAMENTO JURIDICO QUE SIRVE PARA SUSTENTAR LAS SALVEDADES Y PRETENSIONES DE LA CONVOCANTE.**

Antes de analizar cada una de las salvedades o reservas que **TIRSA S.A. E.S.P.**, expresó frente a la liquidación bilateral del contrato DAMA-001-2002, a lo cual se procederá con el fin de determinar el alcance de cada una de tales salvedades o reservas, el Tribunal estima pertinente precisar que descartada como se encuentra la posibilidad de que en el presente caso las Partes puedan formular reclamaciones o elevar solicitudes de condena con base en eventuales o supuestos incumplimientos contractuales, entiende que las reclamaciones que guardan directa relación con las pretensiones de la demanda arbitral y que se encuentran amparadas por las reservas o salvedades correspondientes, encuentran fundamento en la liquidación misma del contrato, que no en el cumplimiento de tal contrato puesto que éste asunto quedó por fuera de discusión dentro de la presente litis.

En consecuencia, la etapa de liquidación es la que, en cuanto concierne al concesionario, ha debido servir para cuantificar y reconocerle las sumas que, según lo indique el material probatorio, hubiere invertido efectivamente con anterioridad a la terminación bilateral del contrato, en la medida en que tales inversiones no pudo recuperarlas con la operación de la concesión por la sencilla y ampliamente ventilada circunstancia, dentro del expediente, de que si bien tal operación se proyectó por un plazo inicial de veinte (20) años, en realidad sólo tuvo efectividad por el reducido lapso que corrió entre el 12 de marzo de 2003, fecha de suscripción del acta de iniciación del contrato y el 16 de mayo de ese mismo año, fecha en que las Partes decidieron su terminación anticipada por mutuo acuerdo, es decir que la operación efectiva de la concesión apenas superó el plazo de dos (2) meses.

El Tribunal apoya el anterior aserto en el dictamen financiero rendido por la doctora Claudia de Francisco, quien al responder la pregunta 8, relacionada con *"las implicaciones económicas para el Contratista derivadas de la terminación anticipada del contrato"*, señaló la siguiente como primera de ellas:

*"El Contratista incurrió en inversiones, costos y gastos que proyectó recuperar en cuanto hacia a las inversiones en un horizonte de operación de veinte años (término de vigencia pactado), a través del cobro de una tarifa referido a un número estimado de toneladas dispuestas de residuos sólidos, calculado con la misma expectativa de tiempo. Por ende, las inversiones realizadas no podrán ser recuperadas por vía de aplicación de la tarifa". (Se subraya).*

Además, debe tenerse presente que dentro del contrato de concesión DAMA-001-2002, las Partes previeron y pactaron, de manera expresa, que el contratista particular tendría derecho, como resulta apenas elemental y obvio dentro de un contrato comunitativo que se caracteriza por la equivalencia de sus prestaciones, a recuperar las inversiones que realizare en desarrollo o con ocasión de ese mismo contrato, con la anotación de que esa recuperación de inversiones se realizaría a lo largo de los veinte (20) años que estaba llamada a durar la concesión y por vía del ingreso de las tarifas pactadas, razón por la cual, como lógica y obligada consecuencia, también se precisó que en cuanto tales costos de inversión se encontraban ya incluidos dentro de las tarifas que percibiría el concesionario, la Entidad Contratante no quedaba obligada a reintegrar suma alguna con cargo a las inversiones no amortizadas al término del plazo de la concesión que, como ya se indicó, estaba contemplado para un período de veinte (20) años.

Lo anterior de conformidad con el texto del parágrafo 5 de la cláusula cuarta del mencionado contrato DAMA-001-2002,

que a la letra dice:

**"PARAGRAFO 5.- En la tarifa pactada se encuentran comprendidos la totalidad de los costos de inversión realizados por EL CONCESIONARIO en cumplimiento del presente contrato de concesión. EL DISTRITO no queda obligado a reintegrar suma alguna al concesionario por aquella parte de la inversión que no haya sido completamente amortizada al término del plazo de la concesión".**

Como se puede apreciar, la liberación de responsabilidad de la Entidad Contratante en relación con las inversiones no amortizadas por el concesionario a la finalización del plazo de la concesión, se apoyó en el supuesto necesario de que vía el ingreso de las tarifas que tenía derecho a percibir el concesionario, éste pudiere obtener entonces la recuperación de tales inversiones.

En la medida en que ese supuesto no tuvo operación práctica alguna, como quiera que la operación efectiva de la concesión apenas si superó el brevísimo plazo de dos (2) meses y ello imposibilitó que vía tarifas el concesionario lograre recuperar los costos de inversión que realizó en cumplimiento del contrato, naturalmente dejó de tener aplicación la conclusión que se apoyaba en esa premisa y que buscaba liberación de responsabilidad a la Convocada en relación con las inversiones realizadas por el concesionario y no amortizadas a la finalización del plazo de la concesión.

Es más, razonando '*contrario sensu*' hay lugar a deducir que mediante dicho parágrafo quinto las Partes en realidad previeron y hasta estipularon la responsabilidad de la Entidad Contratante en relación con aquellas inversiones que hubiere realizado el concesionario y que no hubieren sido amortizadas, en cuanto el contratista particular no hubiere percibido efectivamente las tarifas en cuyos componentes estaba incluida la recuperación de las inversiones o cuando no se hubiere llegado "*al término del plazo de la concesión*", tal como sucedió en este caso.

Así pues, que al momento de liquidar el contrato de concesión o con ocasión de las reservas formuladas respecto de dicha liquidación, la Administración Pública en su condición de contratante reconozca directamente o que sea obligada por el juez del contrato a reconocer, a favor del concesionario, las sumas que éste efectivamente hubiere invertido en desarrollo y con ocasión de la prestación del servicio público domiciliario de aseo y que, naturalmente, no hubiere podido recuperar con la operación de la respectiva concesión, no es asunto simple que encuentre fundamento sólo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales sino que, por el contrario, dada la importancia y la trascendencia social que comporta la prestación de un servicio público domiciliario, definido legalmente además como esencial, incrusta sus raíces en el campo SOCIAL que caracteriza nuestro Estado de Derecho –con todo lo que ello implica y significa-, puesto que en los términos del artículo 365 de la Constitución Política *"Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado"* y es deber del mismo asegurar su prestación eficiente, amén de que el contratista particular participa de la condición de colaborador de la Administración Pública y, por tanto, le ayuda a ella en la consecución y el logro efectivo de los fines y los cometidos de dicho Estado Social y de Derecho, así como en el propósito de asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, tal como expresamente lo determina el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, cuestión que a su turno impone a las entidades contratantes, entre muchos otros, el deber de velar por *"... la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines"*.

La negativa a ultranza e irracional de la Administración Pública a reconocer, a favor de sus colaboradores particulares, las inversiones que éstos efectivamente hubieren realizado en virtud de un contrato de concesión de un servicio público domiciliario, en cuanto no hubieren podido recuperar dichas inversiones durante la operación de tal concesión, resulta contraria a la solidaridad que desde el artículo 1º constitucional se señala como fundamento de nuestro Estado y desconoce que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del mismo, de conformidad con el citado artículo 365 superior; un proceder en ese sentido, además, resultaría abiertamente contrario a la vigencia de un orden justo, cuya efectividad constituye finalidad esencial de nuestro Estado, de conformidad con los dictados del artículo 2º de

la Carta Política, amén de que ello resultaría violatorio de la garantía constitucional que ampara la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, para entronizar a cambio el enriquecimiento injustificado de las Entidades Estatales en detrimento del patrimonio de sus colaboradores, los concesionarios particulares.

Téngase presente que incluso en aquellos casos en que se hubiere celebrado un contrato estatal que estuviere afectado por un vicio de nulidad absoluta, con el propósito de retornar las cosas al estado anterior y, de todas maneras, evitar que las entidades estatales se enriquezcan injustamente a costa de sus colaboradores, los contratistas particulares, preservando de esa manera la solidaridad que caracteriza e informa de manera especial los contratos estatales, aun en esos casos extremos –se repite-, la propia ley ordena, de manera imperativa, que se efectúen los reconocimientos y pagos correspondientes a las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento de la declaratoria judicial de nulidad absoluta, de conformidad con los términos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor:

*"Artículo 48.- DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD. 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".*

Incluso, tal como lo prevé el inciso 2º de la norma legal en cita, aun en los eventos de nulidad absoluta generados por causa u objeto ilícitos, en cuanto dicha nulidad no se hubiere producido "a sabiendas" del particular contratista -según lo ha explicado el Consejo de Estado-, imperativamente deberá efectuarse el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas cuando se pruebe que la entidad se ha beneficiado de las mismas y sólo hasta el monto de dicho beneficio, en el entendido de que la entidad estatal obtiene beneficios en cuanto las prestaciones cumplidas por el contratista le sirvan para satisfacer un interés público.

Así las cosas, si aun en esas hipótesis fácticas extremas de nulidad absoluta –incluyendo el objeto y la causa ilícitas-, la ley manda e impone que la Administración Pública deba realizar, a favor del contratista particular, los reconocimientos y pagos equivalentes al monto de las prestaciones ejecutadas en desarrollo del correspondiente contrato nulo, con muchísima mayor razón debe concluirse entonces que las entidades estatales tienen el deber de reconocer y pagar, a sus colaboradores concesionarios particulares, las sumas equivalentes a las inversiones que aquellos hubieren ejecutado efectivamente en la correspondiente concesión y que no hubieren podido recuperar durante la operación de la misma, en virtud de la terminación anticipada por mutuo acuerdo del respectivo contrato, que no generada por declaración judicial alguna de nulidad absoluta.

Dentro del marco constitucional y legal que se deja expuesto, el Tribunal advierte que esa clase de reconocimientos –en cuanto a los mismos haya lugar, de conformidad con el correspondiente material probatorio-, en un caso como el que aquí se estudia, en el cual no hay cabida para examinar y definir la existencia de incumplimientos contractuales a cargo de las Partes, de ninguna manera comportan ni contienen reproche alguno a las conductas o al comportamiento contractual de la correspondiente Entidad Estatal Contratante. Por el contrario, esos reconocimientos obedecerán simplemente a la verificación y cuantificación de las inversiones efectivamente realizadas dentro de la respectiva concesión, en cuanto no hubieren sido reconocidas ya dentro de la liquidación bilateral, sobre la base de que el concesionario no tuvo tiempo para obtener la recuperación de esas inversiones dado que la duración de la concesión se limitó al señalado plazo de dos (2) meses y algunos días, en oposición al inicialmente proyectado de veinte (20) años.

Esas razones que se dejan expuestas, que se apoyan básicamente en las nociones de justicia y de equivalencia de las

prestaciones en los contratos comutativos, que encuentran apoyo constitucional amplio, entre otras, en la solidaridad en que se fundamenta nuestro Estado Social y de Derecho y que a la vez informa y orienta los contratos de las entidades estatales (artículos 1 y 150 inciso final C.P.); en el carácter social del mismo Estado (artículo 1 C.P.); en el hecho de que la Constitución Política hubiere determinado que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado (artículo 365 C.P.); en el mandato superior que determina como finalidad Estatal la de preservar y asegurar un orden justo (artículo 2 C.P.); en la protección con la cual la Carta Fundamental ampara la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (artículo 58 C.P.); en la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial (artículo 230 C.P.); en los principios generales del derecho que constituyen criterios auxiliares de la misma actividad judicial, principios generales que proscriben abiertamente cualquier modalidad de enriquecimiento injusto (artículo 230 C.P.); que encuentran apoyo también en importantes disposiciones y principios de orden legal, tales como el principio del contratista colaborador de la Administración Pública (artículo 3 Ley 80 de 1993); en las normas que disponen, determinan y fundamentan el alcance y sentido de la liquidación misma de los contratos estatales (artículos 60 y siguientes de la Ley 80 de 1993); todas esas razones son las mismas por las cuales el Tribunal estima que en el presente caso, una vez se verifique y se evidencie que el concesionario realizó efectivamente una inversión que no hubiere sido reconocida a través de la correspondiente liquidación bilateral del contrato de concesión DAMA-001-2002 y que corresponda a una de las salvedades o reservas que dicho concesionario hizo expresas al momento de suscribir la mencionada liquidación bilateral, habrá lugar a disponer el correspondiente reconocimiento y pago, sin que para ello resulte necesario acudir a la aplicación de la figura del equilibrio económico de los contratos estatales que invoca la demandante en sus pretensiones y que de forma amplia desarrolla su apoderado judicial en sus respectivos alegatos de conclusión.

#### **10.1.2.2.- LOS VALORES QUE CORRESPONDEN A LAS SALVEDADES O RESERVAS EFECTUADAS POR LA CONVOCANTE RESPECTO DE LA LIQUIDACION BILATERAL DEL CONTRATO DAMA-001-2002.**

Al respecto, el Tribunal considera necesario destacar que en el texto de la parte inicial del aludido numeral quinto del documento de liquidación bilateral del contrato DAMA-001-2002, fechado en septiembre 15 de 2003, la propia Convocante señaló que "... a continuación relaciona los conceptos y VALORES ... sobre los cuales se reserva su derecho a reclamación por otra vía ...", por manera que así dejó claro que esos valores eran, como ciertamente lo son para el Tribunal, las sumas máximas a las cuales quedó sujeta, de manera precisa y concreta, cada salvedad.

A ello se agrega la consideración, no menos importante, de que al efectuar la discriminación y especificación de cada una de las salvedades o reservas en cuestión, dentro del cuadro incluido en el citado numeral quinto de la parte resolutoria del documento de liquidación bilateral, el cual contiene cada uno de los conceptos objeto o materia de reserva, la Convocante señaló al frente de cada concepto, de manera precisa y clara, la suma correspondiente con excepción de los valores indicados para los ítems de "Lucro cesante durante suspensión" y "Daño emergente por terminación anticipada", en los cuales sí anotó que las cantidades correspondientes eran sólo un "estimado".

De esta manera queda claro que cuando en sus reservas o salvedades la Convocante quiso manifestar que las cantidades indicadas para cada concepto eran sólo una estimación, así lo expresó sin dubitaciones, lo cual indica con igual claridad que en relación con los demás conceptos, en los cuales ninguna indicación se incluyó acerca del carácter estimado o provisional que pudieren tener las sumas correspondientes, los valores indicados con total precisión deben tenerse como parte de la respectiva reserva y su monto, en consecuencia, no podrá ser excedido a través de los pronunciamientos que finalmente se realicen en el Laudo.

El señalado carácter "estimado" con que la Convocante calificó, de manera expresa, los valores que ella misma incluyó en sus salvedades o reservas, de manera exclusiva para los conceptos de "Lucro cesante durante suspensión" y "Daño emergente por terminación anticipada", calificación que no hizo ni extendió para los demás conceptos, sirve para

explicar suficientemente por qué el "SUB-TOTAL" de la cuantificación de todas las salvedades o reservas también se encuentra acompañado del calificativo de "ESTIMADO", sin que por ello se pueda sostener entonces que el carácter "estimado" del "SUB-TOTAL" estuviere extendiendo ese calificativo a cada una de las precisas cantidades incluidas para los diversos conceptos que integran las salvedades o reservas que hizo la sociedad concesionaria frente a la liquidación bilateral del contrato en estudio.

#### **10.1.2.3.- LA ACTUALIZACION DE LOS VALORES SEÑALADOS POR LA CONVOCANTE EN SUS CORRESPONDIENTES SALVEDADES O RESERVAS.**

Como quiera que en la pretensión 8 de la demanda arbitral, la Convocante solicita que se actualicen todas las sumas correspondientes a las pretensiones formuladas y a las condenas a que haya lugar, el Tribunal estima pertinente señalar que fue en septiembre 15 de 2003, fecha de suscripción de la correspondiente acta de liquidación bilateral del contrato DAMA-001-2003, cuando ella misma señaló las cantidades que corresponden a cada una de sus correspondientes salvedades o reservas, por tanto, las sumas en cuestión serán actualizadas desde esa fecha y hasta el momento de expedición del Laudo.

Para la actualización de las sumas correspondientes se tomarán los índices de precios al consumidor -IPC-, del mes de septiembre de 2003 y el que corresponde al mes de febrero de 2005, último índice disponible al momento de expedición del Laudo, ambos calculados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE- y se aplicará la siguiente fórmula:

$$\text{Suma actualizada} = \frac{\text{Suma a actualizar} \times \text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

En donde:

$$\begin{aligned}\text{IPC inicial (septiembre de 2003)} &= 0,22 \\ \text{IPC final (febrero de 2005)} &= 1,02\end{aligned}$$

No sobra recordar que de conformidad con los dictados del artículo 191 del Código de Procedimiento Civil, "Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios".

#### **10.1.2.4.- NO ACEPTACIÓN DE LA AUTODECLARATORIA A PAZ Y SALVO POR TODO CONCEPTO QUE REALIZÓ EL DISTRITO DE CARTAGENA.**

La primera salvedad, precisa y concreta, que formuló **TIRSA S.A. E.S.P.**, consistió en manifestar su negativa a aceptar la declaración a paz y salvo por todo concepto, que a su propio favor realizó el **DISTRITO DE CARTAGENA** dentro del numeral tercero de la parte definitoria de ese mismo documento de liquidación bilateral.

El Tribunal entiende que con esa salvedad la Convocante quiso reafirmar su negativa a aceptar la manifestación de paz y salvo por todo concepto que a su propio favor realizó la Convocada, con el fin de despejar cualquier duda acerca de la imposibilidad que acompaña a esa manifestación para generar efectos vinculantes en relación con la Convocante y dejar así, en todo caso, a salvo su derecho a formular algunas reclamaciones.

#### **10.1.2.5.- DISPOSICIÓN DE INERTES EN EL RELLENO DE HENEQUÉN DE BARRANQUILLA.**

Tal como se verá en detalle más adelante, el material probatorio arrimado en debida forma al expediente, en particular el experticio contable, evidencia que con el fin de colaborar con el **DISTRITO DE CARTAGENA** para ayudarle a superar la emergencia que amenazaba la salubridad pública y que se generó con ocasión y por causa del cierre que inicialmente dispuso **CARDIQUE** en relación con la utilización del lote "La Concordia", imposibilitando así la disposición de los residuos sólidos que en dicho inmueble en su condición de concesionaria de aquella entidad territorial venía realizando **TIRSA S.A. E.S.P.**, la hoy Convocante asumió varios gastos y erogaciones para efectos de disponer los residuos inertes en el relleno de Henequén de Barranquilla y realizar hasta ese nuevo sitio el transporte de los mismos, cuestión que, naturalmente, desbordó los límites del objeto del contrato DAMA-001-2002 a cuyo cumplimiento se obligó y, por tanto, esos nuevos y adicionales costos le deben ser reconocidos y pagados, de conformidad con las pruebas correspondientes, hasta el límite máximo de, es decir sin superar la cantidad de **CIENTO VEINTISEIS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CUATRO PESOS (\$ 126.468.304,00)** de septiembre 15 de 2003, puesto que a ese preciso valor limitó su salvedad la Convocante.

#### **10.1.2.6.- COSTOS CLAUSURA LOTE LA CONCORDIA.**

Esta salvedad pone de presente que la obligación contractual pactada en el parágrafo 2º de la cláusula primera (1ª) del contrato DAMA-001-2002, cuya exigibilidad se reservó la Convocada, en caso de que haya lugar a ordenarle su cumplimiento a la Convocante, de ninguna manera deberá realizarse en forma gratuita sino, por el contrario y como corresponde a cualquier contrato comunitativo, generará a favor de dicha Convocante los costos que correspondan a su ejecución, sin que los mismos superen el monto de la cantidad de **CUATROCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$ 480'000.000,00)** de septiembre de 2003, cifra a cuyo monto limitó su salvedad la Convocante.

#### **10.1.2.7.- EXIGENCIAS AUTORIDADES AMBIENTALES OBRAS CIVILES RELACIONADAS CON LA ALTERNATIVA TECNOLÓGICA.**

Tal como se detallará más adelante, las pruebas que fueron allegadas regularmente al expediente, en especial los experticios técnico en ingeniería civil y el contable, ponen de presente que dentro del lote denominado La Concordia, propuesto como alternativa temporal dentro de la propuesta presentada por la Convocante dentro de la licitación pública que dio lugar a la adjudicación y consiguiente celebración del que finalmente se distinguió como contrato de concesión DAMA-001-2002, propuesta que naturalmente fue aceptada por la hoy Convocada, efectivamente la entonces concesionaria realizó una serie de inversiones en obras civiles para adecuar y habilitar dicho lote para la disposición técnica de residuos sólidos, razones éstas que determinan la procedencia del reconocimiento del valor de tales inversiones, en la cuantía que reflejan las pruebas correspondientes pero sin que puedan superar el monto máximo de **TRESCIENTOS DIEZ Y SEIS MILLONES CIENTO CUARENTA MIL CUATROCIENTOS DIEZ PESOS (\$ 316.140.410,00)** de septiembre 15 de 2003, como quiera que al monto de esa cuantía sujetó su salvedad la Convocante.

Importante resulta precisar que en el documento preparado por la Convocada, titulado "**INFORME TÉCNICO SOBRE ACTUACIONES Y EXIGENCIAS DE LA INTERVENTORÍA AL CONCESIONARIO TIRSA E.S.P. DEL PROCESO DE COMPOSTAJE Y RECICLAJE QUE SE ADELANTE EN EL LOTE LA CONCORDIA**", el Establecimiento Público EPA,

"en calidad de autoridad ambiental del Distrito de Cartagena y como interventor del proceso de tratamiento y disposición final de los residuos sólidos de Cartagena", consignó, en un cuadro, entre otras, las siguientes solicitudes: "Suministro a Cardique de documento descriptivo del proyecto, procesos, impactos y medidas mitigadoras"; "2 Adecuación de sitios para la clasificación de residuos sólidos"; "4 Construcción de sistema de drenajes para aguas lluvias"; "5 Control de películas de polvo en las vías mediante la aplicación de agua de imprimación"; "6 impermeabilización de las plataformas"; "7 Suministro y colocación de báscula"; "8 Retiro de materiales no reutilizables de la planta"; "9 Construcción de pondajes para almacenamiento de aguas escorrentías".

#### 10.1.2.8.- COSTOS DE FUNCIONAMIENTO – SUSPENSIÓN.

Con esa reserva la Convocante pretende dejar a salvo la posibilidad de reclamar el reconocimiento y pago de los costos de funcionamiento en que habría incurrido durante el periodo de suspensión, sin que los mismos superen el valor tope de CIENTO CUARENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$ 145.251.435.00) de septiembre de 2003.

Al respecto el Tribunal anota que ese reconocimiento habría sido procedente si se hubiere demostrado de manera fehaciente, dentro del expediente, la existencia de dichos costos de funcionamiento, el monto preciso de los mismos, su nexo de causalidad con la suspensión de la concesión, el periodo específico durante el cual tuvo lugar dicha suspensión y, además, que tal suspensión no hubiere sido imputable a la concesionaria, sin embargo, desde ya se anticipa que, como se detallará más adelante, en el plenario no obran pruebas de esos diversos aspectos y, por tanto, mal podría ordenarse el reconocimiento de suma alguna por ese concepto.

#### 10.1.2.9.- ADQUISICIÓN PREDIO LA CONCORDIA.

Puesto que así lo evidencian los antecedentes del contrato DAMA-001-2002 que obran en el expediente, entre los cuales resaltan los apartes pertinentes del correspondiente pliego de condiciones (numeral 2.3.1.9, alternativa del numeral 2 de los puntos 1.4 y 3.1) y la oferta que en su oportunidad presentó la hoy Convocante (numeral 18.3); el texto mismo del contrato en mención (cláusula primera); las diversas manifestaciones que las Partes consignaron en las CONSIDERACIONES (párrafos 2 y 3) del acta de terminación bilateral, fechada en mayo 16 de 2003 y las expresiones que esas mismas Partes realizaron a lo largo de las CONSIDERACIONES (numerales 2 y 4) del acta de liquidación bilateral fechada en septiembre 16 de 2003, el Tribunal encuentra suficientemente acreditado, dentro del expediente, la Convocada conoció perfectamente y además estuvo de acuerdo en que el objeto del contrato, es decir la concesión del servicio público de aseo para el manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos de la ciudad de **CARTAGENA DE INDIAS**, fuese ejecutado por la Convocante a través de dos (2) fases o etapas: una inicial o primera, conocida como "alternativa tecnológica temporal" y una segunda o final, denominada "alternativa definitiva".

En desarrollo y como ejecución de esa convenida etapa inicial o alternativa temporal del contrato DAMA-001-2002, tal como textualmente lo relacionaron conjuntamente las Partes en el texto del documento de terminación bilateral fechado en mayo 16 de 2003, "El concesionario, para darle cumplimiento al objeto del contrato materializó una de las alternativas presentada en su oferta, consistente en el aprovechamiento de los residuos sólidos domiciliarios producidos en la ciudad de Cartagena, actividad que se debía llevar a cabo en el lote denominado "La Concordia" ...".

En efecto, diversas pruebas que fueron regularmente decretadas, practicadas y aportadas al expediente, entre ellas la inspección judicial realizada en julio 27 de 2004 por el propio Tribunal al lote denominado "La Concordia", el peritazgo técnico de ingeniería civil y el dictamen ambiental, las cuales además de las anteriormente citadas manifestaciones conjuntas de las Partes, sirven para demostrar que efectivamente durante el breve lapso de ejecución del contrato DAMA-001-2002, la Convocante adelantó sus actividades y desarrolló sus prestaciones en el aludido predio, el cual adquirió –e incluso adecuó-, para ese demostrado propósito.

Durante el curso de la aludida inspección judicial se pudo constatar que en el predio "La Concordia" se encuentran depositadas grandes cantidades de residuos sólidos, textualmente registradas en el acta correspondiente a dicha diligencia como "montañas de basuras que se aprecian a la vista", al igual que se pudo verificar la existencia de un pondaje con gran cantidad de líquidos lixiviados, registrado en el acta como "una **LAGUNA DE LIXIVIADOS** y se pudo apreciar cuando el señor perito ambiental arrojó unas piedras a la laguna".

A ello debe agregarse que en el dictamen pericial técnico que no fue objetado o cuestionado, amén de que el Tribunal lo encuentra consistente, técnicamente motivado y razonable, el ingeniero civil Germán Lemoine Amaya puntualizó que las obras de ingeniería civil que adelantó la Convocante en el predio "La Concordia", para la ejecución y con ocasión del contrato DAMA-001-2002, si tenían que efectuarse y si estaban contempladas implícitamente en el correspondiente pliego de condiciones, a lo cual agregó que esas obras de ingeniería civil sí pueden ser aprovechas por el Distrito de Cartagena o por cualquier otra persona que pretenda operar el predio, operación que el Tribunal entiende referida, de manera directa, al depósito técnico de residuos sólidos en ese inmueble.

Lo anterior de conformidad con los siguientes apartes del experticio técnico en ingeniería civil, con los cuales el perito absolvio los interrogantes que oficiosamente formuló el Tribunal:

*"En este estado de la diligencia el Tribunal de oficio procede a ampliarle al señor Perito Ingeniero Civil el cuestionario en los siguientes términos:*

*"a). Si las obras ejecutadas estaban contempladas en el Pliego de Condiciones.*

*"b). Si las obras realizadas podrían ser aprovechadas por el Distrito de Cartagena o de cualquier otro operador de dicho predio."*

***"Respuesta a pregunta a):"***

*"Las obras de Ingeniería Civil ejecutadas por La Convocante TIRSA S.A. E.S.P., no estaban explícitamente contempladas en el Pliego de Condiciones.*

*"Pero el Contrato en la Cláusula Primera, Parágrafo 1, dice:*

*"...Para efectos del cumplimiento de la obligación de establecimiento de una alternativa tecnológica temporal para el manejo de la disposición final de residuos sólidos del Distrito, el concesionario podrá prestar directamente el servicio o subcontratarlo, previa autorización expresa y escrita del Distrito."*

*"Sí tenía que ejecutar las obras de Ingeniería Civil que ejecutó, es decir, las obras **si** estaban contempladas implícitamente en el Pliego de Condiciones.*

**"Respuesta a pregunta b):**

"Las obras realizadas, **sí** podrían y pueden ser aprovechadas por el Distrito de Cartagena o cualquier otro operador de dicho predio.

"Es pertinente aclarar que el operar el predio, presupone cumplir con los requisitos legales para la operación". (Las subrayas son el Tribunal y no corresponden al texto original).

Con base en las pruebas que se han mencionado en este acápite del Laudo, el Tribunal puede efectuar las siguientes precisiones: **i).** Que el inmueble "La Concordia", cuya adquisición a título de propietaria por parte de la Convocante también se encuentra acreditada en el expediente, fue destinado a la ejecución del contrato DAMA-001-2002, con el conocimiento y el consentimiento de la Convocada; **ii).** Que en dicho predio "La Concordia", la Convocante realizó obras de ingeniería civil que eran necesarias para la ejecución del contrato DAMA-001-2002; **iii).** Que sin perjuicio de la clausura que la misma Convocante se encuentra obligada a realizar respecto del aludido predio, en "La Concordia" existen enormes cantidades de basura y de lixiviados que, sin necesidad de acudir a la opinión de especialistas en la materia, dada su obviedad, permiten advertir la obvia existencia de una imposibilidad –al menos en el mediano plazo– para la realización de aprovechamientos comerciales, recreativos, agrícolas, ganaderos o de otro tipo en ese mismo predio, imposibilidad que constituye una verdadera limitación al derecho real de propiedad sobre el mismo; **iv).** Que las obras de ingeniería civil y demás adecuaciones realizadas en el lote "La Concordia" para la operación del servicio público de aseo para el manejo, tratamiento y disposición final de residuos sólidos, perfectamente podrán ser aprovechadas por el **DISTRITO DE CARTAGENA** o por cualquier otro operador que, en nombre o por cuenta de esa entidad territorial, desarrolle en él las referidas actividades que forman parte de la prestación del servicio público domiciliario de aseo.

Con base en las pruebas, las valoraciones y los razonamientos que se dejan expuestos, el Tribunal considera que la Convocante tiene derecho a recuperar el monto de las sumas que invirtió en la adquisición del lote "La Concordia" y cuyo retorno no pudo obtener durante la operación de la concesión por razón del brevíssimo plazo a que se restringió la misma.

La recuperación de esa inversión fue objeto de la expresa salvedad o reserva que la Convocante hizo en el acta de liquidación bilateral y deberá limitarse a la cuantía máxima de CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$ 177'630.000.00) de septiembre 15 de 2003, puesto que a ese monto fue limitada la correspondiente salvedad o reserva.

Ahora bien, el hecho de que, a juicio del Tribunal, la concesionaria particular tenga derecho a obtener el reconocimiento y pago de las sumas que ella invirtió en la adquisición del lote "La Concordia", inversión que realizó por razón y con ocasión de la ejecución del contrato DAMA-001-2002 y cuyo monto no pudo recuperar con cargo a la operación de la concesión correspondiente, en modo alguno podría considerarse como fuente de enriquecimiento a favor de la Convocante, puesto que el derecho a recuperar la inversión realizada tiene un carácter eminentemente restitutorio, reparador o indemnizatorio.

En otros términos: lo dicho por el Tribunal no podría, de ninguna manera, llevar a suponer, siquiera, que además de recibir el pago de las sumas invertidas en la adquisición del predio "La Concordia", la Convocante también pudiere conservar, para sí, la titularidad del derecho real de dominio o de propiedad que actualmente ostenta sobre el inmueble aludido.

Por ello, al interpretar el sentido lógico que por naturaleza le corresponde y el alcance de la demanda arbitral, el Tribunal entiende que la recta inteligencia de la misma indica, de manera clara, que dentro de la pretensión encaminada a obtener el reconocimiento y pago de las sumas invertidas por razón y con ocasión de la adquisición de lote "La Concordia", de manera obvia y natural se encuentra incluida también la voluntad y disposición de la Convocante para transferir, a favor de la Convocada, el derecho real de dominio que ostenta sobre dicho predio, puesto que no de otra manera podría considerarse o entenderse tal pretensión.

El hecho de que en el texto de la demanda la Convocante no hubiere incluido expresamente solicitud alguna para que, en el caso de prosperar su pretensión de obtener el reconocimiento y pago de las sumas invertidas en la adquisición del lote "La Concordia", se le ordene a la misma Convocante transferir, a favor de la Convocada, el derecho real de propiedad de ese mismo predio, se explica fácilmente porque no suele ser propio de las demandas y hasta podría considerarse contrario a la técnica que corresponde a las mismas, solicitar pronunciamientos en contra de la propia demandante, como si se tratase de la solicitud de una "autocondena", mas no porque tal solicitud no forme parte esencial y necesaria de la pretensión de obtener el reconocimiento de las sumas invertidas en la adquisición del predio, máxime cuando en el propio pliego de condiciones que dio lugar a la celebración del citado contrato DAMA-001-2002 y que forma parte del mismo, la hoy Convocada puntuó en su numeral 19:

*"19. La propiedad del lugar en el cual se encuentre, se construya u opere la alternativa para el manejo de la disposición final de residuos sólidos, pasará al Distrito Turístico y Cultural una vez culmine el plazo contractual de la concesión".*

Como es bien sabido, el respectivo pliego de condiciones forma parte del contrato mismo que finalmente celebran y ejecutan las Partes correspondientes. Así lo tiene suficientemente sentado la Jurisprudencia de los más altos Tribunales de Administración de Justicia en Colombia, tal como lo recoge la Sentencia expedida por el Consejo de Estado, en la cual se precisó:

*"Dicho de otro modo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. Por tal motivo, las reglas de los pliegos de condiciones deben prevalecer sobre los demás documentos del contrato y en particular sobre la minuta, la cual debe limitarse a formalizar el acuerdo de voluntades y a plasmar en forma fidedigna la regulación del objeto contractual y los derechos y obligaciones a cargo de las partes". (Se deja subrayado).*

Posición que reafirmó el mismo Consejo de Estado al puntuizar lo siguiente:

*"Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato. Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato. (...) En efecto, el pliego de condiciones está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato. Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato." (Se deja subrayado).*

Así las cosas, resulta claro entonces que el respectivo pliego de condiciones no es, en modo alguno, un documento ajeno, extraño o diferente al contrato mismo sino que, muy por el contrario, forma parte de él, son inescindibles.

Todo lo anterior permite sostener al Tribunal que la conclusión a la que arribó anteriormente, en el sentido de que la Convocante tiene derecho a recuperar la inversión realizada en la adquisición del lote "La Concordia" y que, por tanto, la Convocada debe efectuarle el pago de las sumas correspondientes, las cuales en últimas no son otra cosa que el precio o valor del propio inmueble, es una conclusión que se encuentra acompañada, de manera necesaria, obligatoria e inescindible, de la conclusión consistente en que a cambio del recibo del precio o valor del predio, la Convocante debe transferirle entonces, a la Convocada, la propiedad de dicho predio.

Por el contrario, si se sostuviere –ora por razones sustanciales, ora por razones procedimentales-, que la conclusión a la que arribó el Tribunal, en el sentido de considerar que en el presente caso la Convocante tiene derecho al reconocimiento y pago de la inversión que realizó en la adquisición del lote "La Concordia" y que no pudo recuperar con la operación de la concesión, fuese una conclusión que no pudiere acompañarse o que no estuviere integrada, de manera necesaria e inescindible, de la conclusión consecuencial consistente en señalar también que a cambio del pago de esa inversión la sociedad concesionaria debe realizar entonces, a favor de la Convocada, la transferencia de la propiedad de ese mismo predio, naturalmente se estaría incurriendo en un palmario desconocimiento del orden justo, de los principios generales de Derecho, de la solidaridad que caracteriza a nuestro Estado, del principio de prevalencia del Derecho sustancial, de la equivalencia de las prestaciones que caracteriza a los contratos comutativos, del principio del contratista colaborador de la Administración Pública, del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto y de todos los demás soportes de orden constitucional y legal que el Tribunal invocó para llegar a la comentada conclusión de que la Convocante tiene derecho al reconocimiento y pago de la inversión que realizó en razón y por causa de la ejecución del contrato DAMA-001-2002 y que no pudo recuperar durante la operación de la correspondiente concesión, cuestión que obviamente generaría una insostenible, inexplicable e inadmisible incongruencia en el fallo y, especialmente, en el razonamiento del Tribunal.

De ninguna manera el Tribunal podría haber invocado, como aquí lo ha hecho, el orden justo, el principio de prevalencia del derecho sustancial, los principios generales de Derecho, la equivalencia de las prestaciones que caracteriza a los contratos comutativos, el principio del contratista colaborador de la Administración Pública, el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto y demás soportes de orden constitucional y legal que le permiten sostener que la entidad estatal contratante no puede enriquecerse injustamente a costa de su contratista colaborador y que, por ende, debe reconocerle y pagarle las sumas que él invirtió en la ejecución del contrato DAMA-001-2002, como quiera que no pudo recuperarlas durante la operación de la correspondiente concesión, incluida la inversión consistente en la adquisición del lote "La Concordia", para que dentro del mismo fallo, haciendo caso omiso de todos esos principios y fundamentos de orden constitucional y legal, pudiere concluir entonces y de manera totalmente absurda y antagónica, que una vez reciba de la Convocada el pago correspondiente al precio del predio "La Concordia", la Convocante pueda continuar manteniendo en su patrimonio, como un activo más, susceptible de explotar o comercializar en el futuro, el dominio de ese inmueble por el cual ya recibió el valor que invirtió en su adquisición.

Así como el Tribunal estima que dentro del presente caso la Entidad Estatal Contratante no puede desconocer los derechos de su co-contratante el concesionario particular y menos enriquecerse a costa del patrimonio de él, tampoco patrocina ni pretende patrocinar el desconocimiento de los derechos de la Entidad Contratante y cohonestar entonces el enriquecimiento injustificado de dicho particular contratista a costa del patrimonio público, por lo cual reitera que las más claras y elementales razones de lógica, justicia, solidaridad y respeto a los principios generales de Derecho, a la prevalencia del derecho sustancial, a la equivalencia de las prestaciones en los contratos comutativos y demás principios constitucionales y legales que sirven de soporte a las decisiones del Tribunal, obligan a entender y a decidir

que el reconocimiento y pago de las inversiones efectuadas por la Convocante en la adquisición del predio "La Concordia", cuyo monto realizó por razón y con ocasión de la ejecución del contrato DAMA-001-2002 pero que no pudo recuperar con la operación de dicha concesión, de manera necesaria, obligatoria, consecuencial e inescindible aparejan y conllevan, para esa misma Convocante, la obligación y/o carga correlativa a dicho reconocimiento de tener que efectuar la transferencia del dominio o la propiedad de ese mismo inmueble.

Es por ello que al condenar a la Convocada a reconocer y pagar, a favor de la Convocante, las sumas que ésta invirtió en la adquisición del lote "La Concordia" –inversión ocasionada por razón de la ejecución del contrato DAMA-001-2002 y cuya recuperación no pudo realizar con cargo a la operación de tal concesión, amén de que la ejecución de las obras civiles que se realizaron en ese inmueble, necesarias para la disposición final de residuos sólidos junto con la enorme cantidad de basuras y lixiviados que existen en el mismo y que en él fueron depositados en desarrollo del aludido contrato de concesión, impiden a la Convocante explotar o aprovechar la propiedad de ese predio con fines diferentes a la operación de actividades propias del servicio público domiciliario de aseo, a lo cual se une el hecho de que tales obras civiles y el predio en cuestión sí pueden ser aprovechados por la Convocada para el desarrollo de esas actividades, principales o complementarias, del servicio público domiciliario de aseo-, al pronunciar esa condena –se repite-, el Tribunal también ordenará que una vez protocolizado el Laudo una copia del mismo se registre en la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias para que, respecto de dicho predio "La Concordia", obre como título traslático de dominio a favor del **DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 220 del Código Contencioso Administrativo – C.C.A.-.

Para llegar a la conclusión que se deja expuesta y para adoptar la decisión que se ha anunciado, sin que con ello se incurra en un fallo 'extra petita' y, por tanto, sin desconocer el principio de congruencia que consagra el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil –C. de P.C.-, y sin incurrir tampoco en la causal de anulación en virtud de la cual la ley establece que habrá lugar a la anulación del Laudo cuando el mismo recaiga sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o cuando a través del Laudo se conceda más de lo pedido, el Tribunal estima pertinente, de un lado, reafirmar que la decisión de ordenar la transferencia del dominio del inmueble "La Concordia", a favor de la Convocada, constituye una consecuencia necesaria y obligada de la decisión que habrá de adoptarse en el sentido de ordenar, a favor de la Convocante, el reconocimiento y pago de las sumas invertidas en la adquisición de ese mismo predio, inversión que fue realizada por causa de la ejecución del contrato DAMA-001-2002 y que no pudo ser recuperada vía tarifas durante la operación del término inicialmente proyectado para la duración de la concesión y, de otro lado, que la decisión mencionada se adopta siguiendo las orientaciones que ha trazado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en diferentes pronunciamientos que resultan en extremo importantes para el ilustrar el tema que aquí se desarrolla.

En efecto, las orientaciones del Consejo de Estado que en este punto sirven de apoyo a los razonamientos y a las decisiones del Tribunal se encuentran, entre otras, en la Sentencia de junio 25 de 1992 y en el Fallo de noviembre 25 de 2004, tal como pasa a detallarse a continuación:

En la aludida Sentencia de junio 25 de 1992, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, distinguida con la radicación No. 6974 y con ponencia del entonces Magistrado doctor **DANIEL SUAREZ HERNANDEZ**, esa altísima Corporación decidió, en segunda (2<sup>a</sup>) instancia, la demanda que los actores formularon con arreglo a las siguientes y específicas pretensiones que de manera textual detalló y relacionó, en su parte inicial, la misma providencia en cita:

## **\*I. ANTECEDENTES**

### **"1º. Las pretensiones."**

"En escrito presentado el 16 de julio de 1988 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 del C.C.A., los señores Jorge Augusto Villamil Cordovez, Jorge Villamil Ospina y Ana María Villamil Ospina, formularon demanda contra el Instituto Nacional de los Recursos Naturales y del Ambiente –Inderena-, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

#### **"A.- PRINCIPALES:**

"PRIMERA: Que se declare que el Instituto Nacional de los recursos naturales renovables y del ambiente –Inderena-, debe excluir del Parque Nacional Natural Cordillera de los Picachos el predio denominado "Andalucía", situado en la jurisdicción del Municipio de San Vicente del Caguán (Caquetá), identificado con los números de Matrícula Inmobiliaria 420-0004071; 420-0029354 y 420-0029366, cuyos linderos generales son: "PUNTO DE PARTIDA: Se tomó como tal el #0 en el cual concurren las colindancias de Aníbal Tovar, quebrada la lámpara, José J. Hermida, río Pato y el interesado. COLINDA ASI: OESTE, en 1561 metros con José J. Hermida, río Pato al medio, Punto 0 al A.- NOROESTE: en 2.207 metros con baldíos nacionales, puntos 1 al D. NORTE: en 1.220 metros con baldíos nacionales, puntos D al F; en 965 metros con baldíos nacionales (Zona de reserva forestal) puntos F al 2. ESTE: en 3.424 metros con baldíos nacionales (Zona de reserva forestal puntos 2 al P. SUROESTE: con mejoras de Aníbal Tovar, en 1.335 metros, quebrada tumparita al medio, puntos P al R. SUR: en 1.352 metros con mejoras de Aníbal Tovar quebrada la Lámpara al medio, puntos R al 0 y encierra", de propiedad de Jorge Augusto Villamil Cordovez, Jorge Villamil Ospina y Ana María Villamil Ospina.

"SEGUNDA: Que se declare complementariamente que el Instituto Nacional de los Recursos Naturales renovables y del Ambiente –Inderena- es civilmente responsable de los daños y perjuicios ocasionados a Jorge Villamil Cordovez, Jorge Villamil Ospina y Ana María Villamil Ospina, en cuantía superior a \$87.666.882, o lo que en su defecto, mayor o menor determine la Jurisdicción Contencioso Administrativa con fundamento en las pruebas allegadas, derivados del lucro cesante, imposibilidad de explotar el predio "Andalucía de su propiedad, desde el día 7 de Febrero de 1984 y hasta la fecha en la que se declare la exclusión de la finca mencionada del Parque Nacional Natural Cordillera de los Picachos; daños y perjuicios declarados y liquidados con ajuste por corrección monetaria, tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor certificado por el Departamento Nacional de Estadística –Dane-, dando aplicación a los arts. 175 y 178 del C.C.A. Sumas que comprenden igualmente los costos de rehabilitación para su explotación.

#### **"1.B.- SUBSIDIARIAS:**

"PRIMERA: Que de no ser posible la exclusión de la finca "Andalucía" del Parque Nacional Natural Cordillera de los Picachos se declare que el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente – Inderena, es civilmente responsable de los daños y perjuicios causados a Jorge Augusto Villamil Cordovez, Jorge Villamil Ospina y Ana María Villamil Ospina, en cuantía superior a \$177.666.688.00, o lo que en su defecto mayor o menor determine la jurisdicción contencioso administrativa, lucro cesante y daño emergente; consistentes en el valor comercial del predio "Andalucía" y los perjuicios derivados de la inexploración de esa finca desde el año de 1984, 7 de Febrero. Daños y Perjuicios declarados y liquidados con ajuste por corrección monetaria, tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor certificado por el Departamento Nacional de Estadística –DANE, dando aplicación a los arts. 170 y 175 a 178 del C.C.A. Igualmente de ser necesario se nombren los peritos pertinentes para que determinen el valor de las sumas a pagar por esa entidad estatal.

"SEGUNDA: Que el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente –Inderena, pagará las indemnizaciones pedidas o determinadas por la jurisdicción, dentro de los términos del inciso 5º del Art. 177 del C.C.A.,

*con intereses corrientes y moratorios a la tasa determinada por la Superintendencia Bancaria". (Fls. 2 a 4)".*

En la parte resolutoria de la providencia aludida, a pesar de que los demandantes nunca pidieron expresamente que se dispusiera la protocolización de la sentencia en la correspondiente oficina de Registro de Instrumentos Públicos, con el fin de que la misma obrase como título traslaticio de dominio del predio a cuyo pago se condenó a la entidad estatal demandada –tal como puede verificarse con el examen de las pretensiones que se dejan transcritas-, sin que por ello la decisión correspondiente hubiere violado el principio de congruencia o pudiere calificarse de 'extra petita', en la medida en que la decisión contenida en el numeral segundo correspondía a una consecuencia necesaria y obligada de las decisiones iniciales, el Consejo de Estado dispuso:

*"En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en desacuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,*

**"FALLA:**

*"PRIMERO: Modifícanse los ordinales 1º y 2º de la sentencia apelada, esto es, la de 12 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, los cuales quedan así:*

*"1º.- Declarase que el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente INDERENA-, está en la obligación de pagar a Jorge Augusto Villamil Cordovez, Jorge Villamil Ospina y Ana María Villamil Ospina, el valor que corresponde por la ocupación permanente del predio rural de su propiedad denominado "Andalucía", ubicado en la vereda Alto Pato, jurisdicción municipal de San Vicente del Cagüán, departamento del Caquetá localizado dentro del llamado "Parque Nacional Natural CORDILLERA DE LOS PICACHOS", A QUE SE REFIERE LA PARTE MOTIVA DE ESTE FALLO.*

*"2º.- Fíjase en la suma de noventa y siete millones seiscientos cincuenta y dos mil quinientos pesos (\$97.652.500.00) moneda legal, el valor de la obligación que el Instituto Nacional de los Recursos Renovables y del Ambiente – INDERENA-; deberá pagar a Jorge Augusto Villamil Cordovez, Jorge Villamil Ospina y Ana María Villamil Ospina, por el concepto mencionado en el anterior ordinal.*

*"SEGUNDO: Protocolícese esta sentencia en una Notaría del Circuito de Florencia (Caquetá) y regístrese en el folio de matrícula correspondiente (420-0004071) en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la misma ciudad.*

*"TERCERO: Confímanse los ordinales 3º, 4º y 5º de la sentencia recurrida.*

*"CUARTO: Para el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse las copias respectivas de la sentencia, con constancias de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo precisión sobre cuál de las copias resulta idónea para hacer efectivos los derechos reconocidos (art. 115 del C. de P.C.)."*

Las decisiones que en esa oportunidad adoptó el Consejo de Estado, incluyendo la consecuencial necesaria –no pedida por los demandantes- de que el fallo se protocolizare notarialmente y se registrare en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria para que obrase como título traslaticio del dominio del inmueble cuyo valor total se ordenó pagar a cargo de la entidad demandada, según lo recoge la misma Sentencia que se cita, son decisiones que se apoyaron en la prueba, entre otros, de los siguientes hechos:

*"b) La Sala encuentra demostrado en este proceso lo siguiente:*

"2º.- Que mediante el Acuerdo No. 018 del 2 de mayo de 1977, la Junta Directiva del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables –INDERENA- delimitó y reservó un área de 286.000 hectáreas, denominada "Parque Nacional Natural CORDILLERA DE LOS PICACHOS". En dicho acuerdo se estableció la prohibición para desarrollar "actividades diferentes a las de conservación, investigación, educación, recreación, cultura, recuperación y control y en especial la adjudicación del baldío...". Consagró además el área delimitada como "de utilidad pública" y dispuso que el INDERENA, "podrá adelantar la expropiación de las tierras o mejoras que en ella existan...." y advirtió que el acuerdo dejaba a salvo "los derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia".

"En comunicación de marzo 4 de 1985, Jorge Villamil Cordovez solicitó que se revocara el Acuerdo No. 018 de 1977 en el sentido de excluir del área reservada como Parque Natural, el predio "Andalucía". Subsidiariamente pidió como indemnización el valor del predio valorado por peritos o, en último caso, que se le adjudicara otro predio parecido en otro lugar del país. (Fls. 45-46 C.1).

"5º) Que el INDERENA contestó la comunicación anterior, mediante oficio 03750 del 3 de abril de 1985, y calificó de improcedente la sustracción del predio del área del Parque Natural. Con respecto, a la indemnización solicitada, el INDERENA manifestó que "respeta los predios que hubiesen sido adquiridos con justo título antes de ser incluidos en el sistema de Parques Nacionales Naturales" y que dichas tierras se puedan vender al Inderena "quien es la única persona que en estricto rigor jurídico puede adquirirlas ... lamentamos comunicarle que en la actualidad el INDERENA no cuenta con los recursos necesarios para hacer este tipo de adquisición..." (Fol. 43 C.1).

"7º) Que según el oficio 66-03690 del 14 de abril de 1988, del Gerente General del INDERENA, este Instituto "no ha ejercido a la fecha limitaciones a los derechos de propiedad del predio Andalucía", y que no puede hacer negociación alguna para la adquisición de dicho predio "por cuanto falta uno de los elementos esenciales, como es la partida presupuestal correspondiente".

Nótese que la relación de los hechos que se dejan parcialmente transcritos y que fueron establecidos en ese proceso que conoció y decidió el Consejo de Estado, no se incluyó prueba alguna de que el predio generador de la litis hubiere sido ocupado permanentemente por parte de la entidad pública demandada y menos que tal ocupación –que no existió, se reitera-, hubiere obedecido a la ejecución de trabajos públicos.

Pues bien, contando con ese marco probatorio y según lo explicó el propio Consejo de Estado a lo largo de la Sentencia que se examina, las decisiones que ya se transcribieron –incluyendo la consecuencial necesaria no pedida por los demandantes, consistente en ordenar que el fallo se protocolice notarialmente y se registre en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria para que obre como título traslático del dominio del inmueble cuyo valor total se ordenó pagar a cargo de la entidad demandada-, se apoyaron en los siguientes razonamientos:

"Los hechos y comprobaciones que se acaban de relacionar conducen a la Sala al convencimiento de que los derechos de propiedad y posesión de los demandantes sobre el predio Andalucía, realmente fueron vulnerados por el Instituto demandado, al prohibir la explotación agropecuaria del mismo, sin reconocer suma alguna de dinero como

compensación por los perjuicios sufridos, ni buscarle solución de otra naturaleza como originalmente lo sugiriera el doctor Villamil Cordovez. Procedió erradamente el INDERENA al omitir las medidas económicas necesarias para indemnizarle a la parte actora la imposibilidad en que la situó para enajenar su inmueble o para ejercer sobre éste la explotación agropecuaria que de años atrás venía realizando.

"La situación que en este caso se presenta no difiere en mayor grado de la limitación de derechos que genera una ocupación permanente y por esta similitud estima la Sala que se le debe dar un tratamiento jurídicamente similar.

.....

"Pero por otra parte, resulta evidente que los intereses del demandante fueron afectados por la integración de su predio al Parque Nacional Natural Farallones de Cali, sin que hasta la fecha el ente oficial haya resarcido a cualquier título los efectos patrimoniales de la reservación oficial, olvidándose que con la declaración del Parque Nacional Natural y por mandato expreso del artículo 13 de la Ley 2<sup>a</sup> de 1959, en esas tierras "quedará prohibida la adjudicación de baldíos, las ventas de tierras, la caza, la pesca y toda actividad industrial, ganadera o agrícola....", es decir, que respecto de los terrenos afectados, sus propietarios quedaron legalmente imposibilitados para disponer libremente de "sus tierras" o para someterlas a un régimen normal de explotación económica, agrícola o industrial. Cuál es entonces la diferencia concreta y objetiva del dominio y posesión sobre sus predios, por causa de la declaración de Parque Natural Nacional, frente a quien sufre la misma limitación, originada en una ocupación permanente? Sin duda alguna los derechos conculcados son los mismos, no puede vender, gravar o explotar económicamente su propiedad.

"Cabe anotar cómo la ocupación, figura asimilable a la reserva como Parque Natural Nacional del terreno del demandante, no conlleva necesariamente la condición de originarse por trabajos públicos. Así lo consagra el artículo 220 del C.C.A., de donde se infiere que no fue intención del legislador circunscribir tal ocupación de una propiedad inmueble exclusivamente a la resultante por trabajos públicos, sino que la misma bien puede concebirse y configurarse, como en el caso examinado, con la prohibición absoluta del dueño de ejercer los derechos personales y reales que le corresponde sobre el inmueble de su propiedad.

"Ahora bien, mal podría la administración arbitrariamente violentar y desconocer derechos y garantías del propietario, sin que a favor de éste se produzca una compensación por la pérdida o disminución de sus derechos patrimoniales. Precisamente, la misma ley 2<sup>a</sup> de 1959 sobre economía forestal y conservación de recursos naturales renovables, facultó al Gobierno para "expropiar las tierras o mejoras de los particulares que en ellas (Parques Nacional Naturales) existan" (artículo 14). Tal expropiación conlleva consecuencialmente el respectivo monto indemnizatorio a favor del propietario de las tierras afectadas por la reservación, conforme lo disponen expresas normas legales y constitucionales, tanto de la Carta de 1886, como de la Constitución Política vigente".

"En este orden de ideas, bien puede asimilarse la actuación de la administración como una especie de expropiación del predio del actor y, por consiguiente, se impone en su favor un reconocimiento indemnizatorio, cuyo monto fue procesalmente establecido. Se ampara así el derecho del propietario, de una parte, de otra, se adecúa el pago indemnizatorio a un procedimiento legal administrativo más ágil y efectivo tanto para el particular como para la Administración, utilizándose la sentencia protocolizada y registrada para que obre como título y modo traslático de dominio, conforme lo consagra el artículo 220 del C.C.A. Cumple además la Sala el deber de tener en cuenta "que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial" según lo prescribe el artículo 4<sup>o</sup> del C. de P.C., y que además puede el fallador interpretar la demanda sin someterse exclusivamente a la calificación jurídica que haga el accionante de los hechos y sus pretensiones, con mayor razón cuando se trata de indemnizar perjuicios que la propia demandada acepta reconocer, así sea a título diferente al indemnizatorio y por garantía menor a la parcialmente establecida, pues en fin, se busca es la compensación del daño ocasionado".

De los razonamientos que el Consejo de Estado consignó en la Sentencia cuyas consideraciones se dejan transcritas de manera parcial, el Tribunal destaca los siguientes aspectos por considerarlos importantes y relevantes para el caso que aquí se estudia:

- 1 Aunque la situación fáctica correspondiente no incluya, de manera precisa y exacta, la ocupación permanente de la propiedad inmueble, la limitación que se genera para ese derecho de propiedad por razones o situaciones derivadas de la actuación de la entidad estatal correspondiente amerita que a esas situaciones, por similitud, se les imparta un tratamiento jurídicamente similar al previsto para la limitación de la propiedad por razón o con ocasión de la ocupación permanente.
- 2 La ocupación permanente de la propiedad o las limitaciones al dominio que no respondan exactamente a una ocupación permanente pero que resulten asimilables a la misma, no necesariamente requieren originarse en la ejecución de trabajos públicos, tal como lo refleja el texto del artículo 220 del C.C.A., en cuya hipótesis fáctica no se encuentra incluido ese específico elemento.
- 3 La intención de legislador, al consagrarse el citado artículo 220 del C.C.A., no fue la de circunscribir su aplicación a la ocupación de una propiedad inmueble por razón, exclusivamente, de la ejecución de trabajos públicos sino que la norma también resulta aplicable a los casos en que se limite al dueño el ejercicio de los derechos personales y reales que le corresponden sobre el inmueble de su propiedad.
- 4 Al amparar el derecho del propietario con el reconocimiento indemnizatorio del valor del inmueble y utilizar la sentencia protocolizada como título y modo traslaticio de dominio, se pone en marcha un procedimiento legal administrativo más ágil y efectivo tanto para el particular como para la Administración.
- 5 Con esas decisiones *“Cumple además la Sala el deber de tener en cuenta “que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial” según lo prescribe el artículo 4º del C. de P.C., y que además puede el fallador interpretar la demanda sin someterse exclusivamente a la calificación jurídica que haga el accionante de los hechos y sus pretensiones”*.

El Tribunal estima que las situaciones, los razonamientos y las decisiones que recoge y refleja el Consejo de Estado a través de la Sentencia que aquí se ha examinado a espacio, resultan en extremo útiles para ilustrar y orientar las decisiones que corresponden al presente caso, como quiera que, según ya se ha destacado, dentro del presente proceso arbitral a que se refiere el presente Laudo, se han podido establecer los siguientes hechos:

- i).- Que la inversión correspondiente a la adquisición del inmueble "La Concordia" fue realizada por la Convocante en razón y por causa del cumplimiento del contrato DAMA-001-2002, a través del cual se desarrollaron, mediante concesión otorgada por la Entidad Estatal Contratante, actividades propias y/o complementarias del servicio público domiciliario de aseo;
- ii).- Que el predio "La Concordia" efectivamente fue destinado al cumplimiento del contrato DAMA-001-2002;
- iii).- Que en el predio "La Concordia" y como consecuencia obligada de la ejecución del contrato DAMA-001-2002, se encuentran depositadas grandes cantidades de basura y de lixiviados que limitan al dueño el ejercicio de los derechos personales y reales que le corresponden sobre el inmueble de su propiedad, puesto que dado el estado en que se encuentra y las obras civiles que en él se ejecutaron, no puede adelantar la explotación del mismo con actividades diferentes a la operación del servicio público de aseo mediante disposición de residuos sólidos, lo cual hace que esa

situación fáctica sea asimilable –según la doctrina del Consejo de Estado-, a la figura de la ocupación permanente y, en todo caso, deba recibir el tratamiento jurídico previsto para la misma;

**iv).** Que el monto de la inversión que la Convocante realizó para adquirir el lote "La Concordia", no fue recuperado por la misma a través de las tarifas, como contractualmente se estipuló, durante el plazo de operación de la concesión.

**v).** Que el lote "La Concordia" y las obras civiles necesarias que en el mismo se realizaron para cumplir el objeto del contrato DAMA-001-2002, perfectamente pueden ser aprovechados y utilizados en el futuro por el **DISTRITO DE CARTAGENA**.

Es por ello que, ante esa situación fáctica, siguiendo las pautas señaladas por el Consejo de Estado en su fallo, el Tribunal estima –como ya lo ha indicado anteriormente-, que la Convocante tiene derecho al reconocimiento de las sumas que invirtió en la adquisición del lote "La Concordia" y que como obligada, lógica y necesaria consecuencia de esa decisión, que consiste en condenar a la Convocada a pagar el valor de la inversión o precio de adquisición de dicho predio, la Convocante debe transferir la propiedad del mismo a favor de la Entidad Estatal Contratante, para cuya efectividad debe entonces acudirse a la aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 220 del C.C.A, con lo cual y utilizando las mismas expresiones del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en este caso también cabe sostener que con esas decisiones *Se ampara así el derecho del propietario, de una parte, de otra, se adecúa el pago indemnizatorio a un procedimiento legal administrativo más ágil y efectivo tanto para el particular como para la Administración, utilizándose la sentencia protocolizada y registrada para que obre como título y modo traslaticio de dominio, conforme lo consagra el artículo 220 del C.C.A. Cumple además el Tribunal el deber de tener en cuenta "que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial" según lo prescribe el artículo 4º del C. de P.C., en armonía con los dictados del artículo 228 de la Carta Constitucional y que además puede el fallador interpretar la demanda sin someterse exclusivamente a la calificación jurídica que haga el accionante de los hechos y sus pretensiones.*

Sin perjuicio de todo lo dicho y analizado al respecto, dentro del caso que se estudia cabe sostener, incluso, que existen elementos para considerar que la aplicación del artículo 220 del C.C.A, resulta directa e inmediata en cuanto el predio "La Concordia" se encuentra ocupado, de manera permanente, por las basuras y por los lixiviados que fueron depositados en él en virtud de la colaboración que la Convocante brindó, en su calidad de concesionario, al **DISTRITO DE CARTAGENA** respecto de la prestación del servicio público domiciliario de aseo, por tanto inherente a la función social del Estado, en cuanto corresponde a la disposición de residuos sólidos, ocupación que naturalmente afecta y limita el ejercicio de los derechos de propiedad del titular de ese inmueble máxime en la medida en que la Convocada ha solicitado la "clausura" del predio, e incluso cabe agregar que esa ocupación permanente y las obras civiles que se ejecutaron en el lote para la prestación del aludido servicio público domiciliario de aseo encajan perfectamente en la noción de trabajos públicos.

No menos importante resulta para el Tribunal la orientación que fijó el mismo Consejo de Estado en su fallo de noviembre 25 de 2004, como quiera que esa altísima Corporación anuló un Laudo arbitral por cuanto en él no se adoptaron todas las decisiones que, aunque no fueron solicitadas expresamente por las Partes, resultaban obligatorias como consecuencia, necesaria y obligada, de las pruebas aportadas, de las conclusiones adoptadas por el correspondiente Tribunal de Arbitramento y de las decisiones principales.

Con ello el Consejo de Estado puso de presente que los árbitros, debidamente habilitados por las Partes y facultados transitoriamente para Administrar Justicia, cuentan con las mismas facultades y con los mismos deberes que la Ley contempla y consagra para los Jueces de la República, razón por la cual y sin desconocer Principios tan importantes como el de legalidad y el de congruencia, que deben servir de guía en su actuar, también les corresponde efectuar

aquellos pronunciamientos que resulten necesarios o indispensables en consonancia con la competencia que les hubieren fijado las partes en el pacto arbitral, las propias pretensiones de las partes y las pruebas regularmente allegadas al proceso, de suerte que la omisión de pronunciamientos, declaraciones o condenas que resultan consecuencia obligada de sus decisiones principales puede afectar la validez del Laudo ya no por 'extra-petita' sino por 'infra-petita'.

A continuación se transcriben los apartes más ilustrativos de la providencia aludida, dictada dentro del expediente 25560, radicación 110010326000200300055-01, cuya ponencia le correspondió al señor Magistrado Germán Rodríguez Villamizar, mediante la cual el Consejo de Estado se ocupó de conocer y decidir el recurso de anulación interpuesto contra el Laudo que profirió el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias existentes entre la sociedad **CENTRIMED LTDA.**, y el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL**.

Así discurren, entre otros, los principales pasajes de la Sentencia mencionada que se ocuparon de examinar el alcance de la causal de anulación invocada:

***"4. La causal invocada. "No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento".***

*"El cargo presentado por la firma convocante pretende que, en virtud del recurso de anulación, se corrija el laudo mediante un nuevo pronunciamiento, "en donde se declare la nulidad del contrato y se decida sobre las prestaciones reciprocas de las partes durante la ejecución del mismo", para lo cual pretende que se analicen las pretensiones "con base en el acervo probatorio del proceso".*

*Sostiene el recurrente que, por la forma en que se estructuró el laudo, "es por demás obvio que se eludió la decisión de fondo", porque, a pesar de que podía pronunciarse sobre las prestaciones reciprocas y liquidar el contrato, el Tribunal de Arbitramento se abstiene de fallar como debía realizarlo y como se había solicitado en la demanda arbitral, y por tal razón se hace la solicitud de corrección del laudo al H. Consejo de Estado".*

*"Estima la Sala conveniente recordar, en lo pertinente, las motivaciones de la decisión de tutela proferida por la Corte Constitucional (T-136-03) la que, en buena parte, orientó el laudo objeto del presente recurso.*

*"Consideró el juez constitucional que la decisión de suspender el pronunciamiento arbitral hasta cuando el juez contencioso administrativo decidiera respecto de la causal de nulidad del convenio propuesta por el Hospital Militar, desconocía el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria violando así el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia.*

*"La Corte dispuso tutelar los derechos invocados por el accionante y, por consiguiente, revocó las sentencias proferidas por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y, en su lugar, ordenó al tribunal de arbitramento que dejara sin efectos la decisión de suspensión del trámite arbitral, que prosiguiera la actuación correspondiente y que comunicara al Tribunal Administrativo de Cundinamarca el laudo arbitral que llegara a proferir.*

*"Atendiendo, pues, la decisión del juez de tutela y para acatar estrictamente lo manifestado por la Corte Constitucional, el tribunal de arbitramento produjo entonces el laudo cuya anulación ahora se pretende, decisión que, no debe olvidarse, se originó en una demanda basada en una cláusula compromisoria que como tal restringe la competencia del tribunal de arbitramento a los límites señalados por la propia ley y por la misma cláusula compromisoria, impidiéndole legalmente a los árbitros desbordar los linderos que la ley y las partes les señalaron.*

"De conformidad con el cargo formulado, esto es, que el tribunal dejó de pronunciarse sobre puntos sometidos al arbitramento, entiende la Sala que el recurrente encuentra vulnerado el principio de la congruencia en los fallos, según el cual toda sentencia o laudo debe resultar armónica y concordante con las pretensiones formuladas en la demanda, y en las demás oportunidades que el ordenamiento procesal contempla, y con las excepciones que resulten probadas o hubieren sido alegadas, cuando así lo requiera la ley, principio que normativamente aparece plasmado en el artículo 305 del C. de P. C., hoy reformado por el artículo 1º numeral 135 del decreto 2282 de 1989.

"Ahora bien, doctrina y jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado, han entendido que la incongruencia aparece: a) cuando el juzgador se pronuncia sobre cuestiones que no fueron sometidas a su conocimiento (extra petita); b) cuando se concede más de lo impetrado (ultra petita) y, c) cuando el juez omite, total o parcialmente, decidir respecto de las pretensiones formuladas o de las excepciones propuestas (mínima petita). Este último caso, precisamente, está previsto en el ordinal 4º, artículo 72 de la ley 80 de 1993, como causal de anulación del laudo arbitral y es la alegada ahora por la parte recurrente para fundamentar la impugnación del laudo referido.

"De acuerdo con lo anterior, estima la Sala que en situaciones como la del sub judice, lo procedente es estudiar en primer lugar el alcance del inciso tercero del artículo 306 del C. de P. C., para luego determinar si esta norma debe ser aplicada o no por el juez arbitral.

#### **"5. Deberes de los jueces derivados de la aplicación del inciso tercero del artículo 306 C. de P. C."**

El inciso tercero del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil ordena con claridad y precisión meridianas:

*"Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es fundada o no la excepción."* (subrayas fuera de texto original)

"El texto de la norma transcrita impone al juez el deber de pronunciarse expresamente en el fallo sobre la nulidad del contrato cuando sea propuesta la excepción respectiva, obligación de la cual únicamente puede sustraerse cuando no sean partes quienes lo fueron en el contrato, supuesto en el cual el mismo precepto establece perentoriamente que en tal evento –y sólo en ese- el juez se contraerá a declarar "si es fundada o no la excepción".

"Basta, pues, atenerse a lo ordenado en el citado artículo, para advertir inmediatamente que el juez tiene que pronunciarse en la sentencia sobre la excepción de nulidad propuesta y si se limita a declararla fundada, en un evento distinto al que la norma autoriza a hacerlo, dicha omisión entraña indiscutiblemente incongruencia en su decisión. Máxime si se tiene en cuenta que el inciso 2º del artículo 29 Constitucional, al prever el derecho fundamental al debido proceso, estatuye que todas las actuaciones judiciales se adelantarán "con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

"Debe resaltarse que las excepciones de nulidad o simulación, por mandato legal, se dirigen justamente a enervar la pretensión, lo cual implica por parte del fallador un estudio de fondo al entrar a decidir en la sentencia. Es por ello que el mandato legal contenido en el apartado final del artículo 306 del C. de P. C. obviamente exige una decisión de fondo en la sentencia, derivada de la proposición de la excepción de nulidad del contrato.

"Toda vez que el contenido normativo de esta preceptiva es absolutamente claro, al juzgador no le es dable desatender

su tenor literal. En efecto, se trata de un típico caso en que la función judicial es indiscutiblemente aplicativa, por cuanto, frente a la claridad del mandato legal impuesto al fallador, a éste no le queda otro camino que cumplir con el enunciado jurídico.

"La relación entre el juez y la norma es tan sólo de cumplimiento, de modo que él carece de la discrecionalidad propia del proceso interpretativo. En otros términos, frente a este tipo de disposiciones no existe campo para una amplitud de apreciación por parte del juez, pues ella permitiría eventualmente contravenir un mandato categórico a él impuesto.

"Nótese que para la doctrina extranjera, que se ha ocupado de las diferencias entre la interpretación del Derecho y la aplicación del Derecho como teorías autónomas e independientes, no hay duda que frente a normas de referencia, como es el caso del precepto en cita, donde el rol es meramente aplicativo, el juez no está autorizado legalmente para desobedecer sus mandatos, por el contrario, le corresponde necesariamente cumplir lo previsto en la respectiva disposición legal.

"Pero, aun admitiendo que el juzgador, al enfrentar esta disposición, pudiera interpretarla, no debe perderse de vista que, de conformidad con el artículo 4 del C. de P. C.:

"Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes".

"En tal virtud, merece destacarse que la obligación que impone el inciso tercero del artículo 306 del C. de P. C. al juzgador, es desarrollo del principio de **congruencia** que debe observar todo juzgador y que se halla previsto en el artículo 305 del C. de P. C., conforme al cual:

"La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley" (Subraya la Sala)

"Principio de la congruencia que,

"Dentro del marco del sistema dispositivo que lo justifica, restringe el ámbito de su poder decisorio a aquellos aspectos que oportuna y debidamente plantearon las partes como materia de la controversia... por lo tanto, las resoluciones del fallo deben guardar rigurosa conformidad con las pretensiones formuladas por el demandante, y las excepciones del demandado que resulten probadas y las que deban ser alegadas". (Se subraya)

Esa consonancia del fallo exige, como lo ha determinado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, "la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes... en todos los procesos, también, entre la sentencia y lo ordenado por la ley que sea resuelto de oficio por el juzgador" (se subraya). Por lo demás, este imperativo legal, al decir de Devis Echandía, está relacionado a la vez con el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), lo mismo que con el valor de la cosa juzgada.

"Así las cosas, en el evento en que el demandado proponga la excepción de nulidad del contrato, siempre que sean partes del proceso quienes lo fueron del contrato, la sentencia deberá tacharse de inconsonante, si, a pesar de haber encontrado demostrada dicha excepción, se limita tan sólo a declararla fundada, desconociendo que el juzgador tiene el deber insoslayable de pronunciarse aplicando la regla de procedimiento citada, la cual, se reitera, es de ineludible

cumplimiento. Con otras palabras, si el juez no obra así, incurre en vicio de actividad, pues la sentencia cae en desarmonía o incongruencia por *minima petita*, habida cuenta que se dejó de decidir sobre uno de los extremos de la litis. (El Tribunal ha subrayado y destacado).

.....

***“6. Principio constitucional de legalidad en materia de arbitraje: aplicación del inciso tercero del artículo 306 C. de P. C.***

*En primer lugar, conviene no perder de vista que, de conformidad con la normatividad vigente, los árbitros se encuentran investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia y, como es obvio, despliegan esta atribución excepcional con sujeción a lo dispuesto en las leyes que gobiernan la materia.*

*En efecto, el artículo 116 de la Constitución Política, en su inciso cuarto dispone:*

*“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. (Destacado de la Sala)*

.....

*“Sin detenerse la Sala a describir los detalles de la función pública asignada excepcional y transitoriamente a los particulares en este caso, es claro que a los árbitros resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 6 del C. de P. C. en cuanto estatuye que las normas procesales son de derecho público y de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y que en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.*

*“De la regulación constitucional y legal no es difícil inferir que a los Tribunales de Arbitramento se predica el principio de legalidad, esencia misma de todo Estado de Derecho. Por lo mismo, los árbitros en derecho –como los jueces- están sujetos al imperio de la ley (arts. 1, 6, 122 y 230 C.P.). Así lo ha constatado la doctrina constitucional en reiteradas oportunidades, .....*

.....

*“Los anteriores razonamientos constituyen suficiente presupuesto para afirmar que resulta indiscutible que el juez arbitral debe atender la preceptiva contenida en el artículo 305 del C. de P. C. y en el inciso final del artículo 306 eiusdem y, por lo tanto, el Tribunal en su fallo debe observar el principio general del derecho procesal de consonancia en ellos previsto. **A juicio de la Sala, le incumbe de manera imperativa proceder a declarar la nulidad del contrato y, obviamente, debe pronunciarse expresamente sobre esta figura en los mismos términos en que debe hacerlo la justicia ordinaria.** (Subraya y destaca el Tribunal).*

.....

***“7. La inaplicación arbitral del mandato legal del artículo 306 del C.P.C. in fine.***

*“El juez arbitral adujo “dos razones fundamentales” para abstenerse de dar aplicación al artículo 306 del C.P.C. inciso tercero, “norma que es en general aplicable a los procesos arbitrales” (fl. 825 c. ppal.), en palabras del laudo.*

*"En primer lugar, el juez arbitral, para auto limitarse en el laudo a declarar fundada la excepción y no entrar a declarar la nulidad, adujo:*

*"(que) las partes no le dieron investidura para hacer tal declaración, pues invistieron para ello, como se ha dicho a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*

*"(...)*

*"(que) las partes no lo habilitaron par(sic) ello pues habilitaron al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, tal como expresamente lo dice la Corte Constitucional en el fallo de tutela, para decidir, y declarar la validez o nulidad absoluta del contrato" (fls. 824 y 825 c. ppal.)*

*"Criterio que confirmó en auto 26 de 3 de julio de 2003, cuando denegó la solicitud de adición del laudo, pues a su parecer:*

*"... [E]l Tribunal cumplió lo ordenado por la Corte Constitucional y se limitó, como ella lo indica, a adelantar el trámite en aquellos asuntos para los cuales había sido habilitado por las partes, entre los que se contaba la excepción que se declaró probada" (fl. 842 c. ppal)*

*"A juicio de la Sala, la competencia arbitral no provenía de la voluntad de las partes, y menos aún de una interpretación de lo dicho por el juez de tutela -como equivocadamente lo sostuvo el juez excepcional-, sino de un imperativo procesal previsto en la parte final del artículo 306 del C. de P. C., en concordancia con el artículo 20 del decreto 2651 de 1991, convertido en legislación permanente por virtud del artículo 162 de la ley 446 de 1998, normas de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento (art. 6 *ibid.*)*

*"A todas luces, el precepto contenido en la parte final del artículo 306 citado es una reiteración legislativa del postulado de la congruencia, consonancia o armonía, principio general del derecho procesal ya previsto en el artículo 305 eiusdem, que exige una rigurosa adecuación entre lo pedido y lo resuelto. En este caso, supone una perfecta simetría entre las excepciones que aparezcan probadas y el fallo.*

*"En tal virtud, los árbitros incurrieron en incongruencia o inconsonancia cuando, al fallar, no se pronunciaron, como los obligaba el artículo 306 in fine del C. de P.C., sobre la nulidad del contrato y se limitaron a declarar fundada la respectiva excepción, no obstante reunirse todos los presupuestos de esta norma.*

*"En conclusión, es obligada inferencia de lo que se viene considerando que, en este evento, es imposible aceptar que, habiéndose reunido las condiciones de hecho que demanda el inciso tercero del artículo 306 del C. de P. C., el fallador se abstenga de obedecerla y, en lugar de aplicarla en toda su dimensión, se limite a darle un efecto nunca previsto por esta disposición. Se trata, en síntesis, de un caso de incongruencia o inconsonancia en la modalidad de *minima petita* sancionable con anulación, toda vez que los árbitros no se pronunciaron sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*

*"Al árbitro, en este caso, no le quedaba más que acatar las dos normas procesales imperativas (art. 306 inc. 3º del C. de P. C y art. 162 de la ley 446 de 1998), que -justamente- lo obligaban a actuar en el sentido allí indicado y tantas veces referido. Decisión que de ser positiva, comporta la declaración de nulidad del contrato y, en consecuencia, el pronunciamiento sobre los efectos de la misma, pues como ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema "el artículo*

306 del C. de P. C. le impone al juez un comportamiento específico al momento de proveer sobre ella (la excepción de nulidad); tal precepto, en verdad, le traza claras fronteras a la actividad del fallador...”.

“Expresado en otras palabras, la incongruencia se presenta porque el juez arbitral omitió decidir parcialmente sobre la excepción propuesta (mínima petita), cuando tenía no sólo la competencia sino también el deber legal de hacerlo como se anotó, evento previsto por el numeral 5º del artículo 72 de la ley 80 (compilado en el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998) como causal de anulación del laudo arbitral: “*No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento*”.

Así pues, el Consejo de Estado dejó perfectamente sentado que en la medida en que dentro del correspondiente proceso arbitral se probó la excepción de nulidad del contrato y así lo declaró el correspondiente tribunal de arbitramento, ese mismo juez transitorio ha debido entonces, en su laudo, declarar tanto la nulidad absoluta del contrato respectivo, como decidir sobre las restituciones mutuas, aunque nada de ello le hubiere sido expresamente solicitado por las Partes y en cuanto no procedió de esa manera, según los precisos mandatos legales vigentes, incurrió en infracción de procedimiento por ‘*infra petita*’.

A todo lo anterior se agrega que en el presente caso el Tribunal se ve abocado a decidir sobre la inscripción del presente Laudo en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos para que sirva como título traslaticio de dominio del lote “La Concordia”, porque de no hacerlo sólo vislumbra dos posibilidades de acción, ninguna de las cuales acoge por resultar contrarias a Derecho, a saber: **a).**- Guardar silencio sobre esa materia y limitarse a conceder lo pedido y probado por la Convocante, con lo cual se configuraría un incremento patrimonial injustificado de ésta en la medida en que recibiría el monto del dinero que pagó por la adquisición del predio y, además, conservaría en su haber la propiedad del mismo; **b).**- Negar todas las pretensiones de la Convocante, lo cual desconocería por completo el marco legal, constitucional y probatorio que se ha dejado reseñado, en cuanto es claro que dicha Convocante ha probado que en desarrollo y con ocasión del contrato de concesión del servicio público domiciliario de aseo, celebrado con la Convocada y para colaborarle en el cumplimiento de sus fines y cometidos, realizó varias inversiones cuya recuperación estaba contemplada obtenerse por vía de las tarifas en un lapso de veinte (20) años, sin embargo esa recuperación no pudo llevarse a cabo como quiera que finalmente la operación de la concesión se limitó al brevísimo plazo de algo más de dos (2) meses.

Por demás, la conclusión previamente expuesta se fundamenta en sólida argumentación de índole procesal. Así las cosas, se puede entender por congruencia o consonancia el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que debe proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes.

La concordancia es, pues, un principio normativo que delimita las facultades resolutivas del juez, de forma tal que en toda resolución judicial y más aún la sentencia es donde este principio reviste su mayor importancia por tratarse del acto procesal del juez que satisface la obligación de proveer y que según el autor Hernando Devis Echandía “*como representante del Estado le impone el ejercicio de la acción y del derecho de contradicción*”.

Un concepto análogo lo expuso la Sala de Casación Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia, al señalar que: “*la falta de consonancia del fallo con aquellos extremos de la controversia, entraña un ejercicio excesivo o defectuoso de la jurisdicción*”. (Sentencia del 16 de agosto de 1972, G. J. t. CXLIII, num. 2358-2363, p. 81).

Una de las materias donde precisamente se reafirma dicho principio es el referido específicamente a la concurrencia del fenómeno de la incongruencia por “cifra petita” (Ne eat judex cifra petita partium). En palabras del autor Devis “se trata de dejar de resolver sobre litigio o no hacerlo sobre algún punto de pretensión o sobre alguna excepción perentoria o dilatoria de fondo”. Autores como Guasp y Rocco exponen que la misma no se trata solamente de una simple falta de

inconformidad literal, en forma de que aparezca el implícito rechazo de una pretensión que hace parte en todo de la litis.

En consecuencia, cuando exista esta incongruencia se tendrá entonces una sentencia negatoria de justicia, lo que advierte que el fallador no cumpla con su deber de administrar justicia. En el presente caso, que el Tribunal se inhiba de pronunciarse sobre un aspecto tan relevante como el que se ha citado, generaría un inocultable vicio de la sentencia, ya que la medida a adoptarse, aparecida la prueba, obliga a su declaración.

Entonces a pesar de que la parte convocada guardó silencio en torno a que se dispusiera la protocolización de la sentencia en la correspondiente oficina de Registro de Instrumentos Públicos, con el fin de que la misma obrase como título traslaticio de dominio del predio a cuyo pago se condena a la entidad estatal demandada, resulta apenas lógico en virtud de sus pretensiones declarar esta obligación, ya que no hacerlo se llegaría a la absurda argumentación de obligar al Distrito al pago por la inversión de lote y privarlo de su consecuencial propiedad. El que el Tribunal privara a la entidad de la propiedad de dicho inmueble luego de obligarla a pagar el respectivo coste relacionado con su valor, estando al tanto de lo probado en el proceso, acarrearía una situación de enriquecimiento sin justa causa a favor del particular y en contra del Estado.

Como también resulta apenas natural, el Tribunal añade que la condena que se impondrá a la Convocada para que pague, a favor de la Convocante, el monto del valor correspondiente a la inversión, no recuperada vía tarifas, efectuada en la adquisición del lote "La Concordia", quedará sujeta a la condición de que se realice efectivamente la inscripción del Laudo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, con el propósito de que opere el título y el modo en relación con la transferencia de propiedad de dicho inmueble, cuestión que supone, también de manera necesaria, que la actual propietaria cumpla con las cargas y deberes requeridos para levantar las anotaciones de embargo que aparecen en el folio de matrícula inmobiliaria aportado al proceso, así como cualquier otra limitación del derecho de dominio que, con fecha posterior a la expedición del certificado obrante en el expediente, estuviere afectando ese derecho de propiedad.

#### **10.1.2.10.- PAGO DE IMPUESTOS, ESTAMPILLAS Y REGISTRO DE LA COMPRA DEL LOTE.**

Con esa reserva la Convocante dejó a salvo el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de los impuestos, estampillas y registro causados por razón y con ocasión de la celebración del contrato de compraventa del denominado lote "La Concordia", hasta por el monto máximo de TRES MILLONES NOVECIENTOS VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS (\$ 3'924.870.00) de septiembre 15 de 2003.

Acerca de la procedencia de este reconocimiento el Tribunal anota que al mismo resultan aplicables todos los razonamientos, fundamentos y precisiones efectuados en el subnumeral anterior, al estudiar los aspectos relacionados con la reserva correspondiente al monto de la inversión efectuada en la adquisición del lote "La Concordia" y no recuperada por la Convocante, vía tarifas, durante el breve plazo en que estuvo en vigencia la operación de la concesión.

En el monto salvado por la convocante se incluye un costo de registro de una hipoteca que no concierne a la compra en sí y que, por tanto, no podrá tenerse en cuenta.

#### **10.1.2.11.- COMPRA DE MAQUINARIA Y EQUIPOS.**

La reserva que formuló la Convocante para reclamar el monto de la inversión realizada en la adquisición de maquinaria y equipos con destino a la ejecución del contrato DAMA-001-2002, sin que la misma supere la cuantía máxima de TRESCIENTOS DIEZ Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ Y NUEVE MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS (\$

319'819.670.00) de septiembre 15 de 2003, queda sujeta al análisis que más adelante se realizará acerca de las pruebas que evidencien cuáles fueron las máquinas y los equipos que la Convocante adquirió con destino a la ejecución del contrato DAMA-001-2002 y cuál fue el monto de los mismos.

En este caso el Tribunal acude a la aplicación de los mismos fundamentos, razonamientos, explicaciones y precisiones que consignó al estudiar la reserva o salvedad relacionada con la recuperación de la inversión correspondiente a la compra del lote "La Concordia", por lo cual también destaca que la decisión de reconocer y pagar el monto de la inversión no recuperada por concepto de compra de maquinaria y equipos, obligatoriamente debe acompañarse de la decisión que resulta como consecuencia inescindible y necesaria de aquella consistente en disponer que la Convocante entregue materialmente y transfiera, a favor de la Convocada, la propiedad y el derecho de dominio que tiene sobre dichas máquinas y equipos.

De igual manera el Tribunal estima pertinente puntualizar que la condena de reconocimiento y pago de la suma que corresponda a la inversión que efectuó la Convocante y que no pudo recuperar durante la operación de la concesión, por concepto de la adquisición del incinerador relacionado en el cuadro No. 2 del dictamen pericial de ingeniería civil, rendido por el experto Germán Lemoine Amaya, en la medida en que según dicho experticio el incinerador correspondiente, cuyo valor fue fijado en \$ 269.874.855.00, se encuentra ubicado en la Zona Franca de Cartagena, será una decisión que quedará sometida a la condición de que la Convocante efectúe la nacionalización correspondiente y haga entrega material efectiva de dicho equipo a favor de la Convocada, sin perjuicio de que corresponda a ésta última el pago de los aranceles y demás derechos de nacionalización.

#### **10.1.2.12.- COMPRA DE EQUIPOS DE COMUNICACIÓN Y COMPUTACIÓN.**

Esta salvedad o reserva de la Convocante, encaminada a dejar a salvo el derecho a reclamar la inversión realizada para comprar equipos de comunicación y computación requeridos para la ejecución del contrato DAMA-001-2002, sin que la misma supere la cuantía máxima de DIEZ MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$ 10'274.878.00) de septiembre 15 de 2003, se sujeta al análisis que más adelante se realizará acerca de las pruebas que evidencien cuáles fueron los equipos de comunicación y de computación que la Convocante adquirió con destino a la ejecución del contrato DAMA-001-2002 y cuál fue el monto de los mismos.

En este caso el Tribunal advierte que los equipos adquiridos por "TIRSA E.S.P." fueron enajenados mediante daciones en pago y por ende mal podría accederse a su reconocimiento ante la imposibilidad que resultaría como consecuencia inescindible y necesaria de aquella, consistente en disponer de que la Convocante entregase materialmente y transfieriese, a favor de la Convocada, la propiedad y el derecho de dominio que tenía sobre dichos equipos.

#### **10.1.2.13.- CARGOS DIFERIDOS (VER ANEXO).**

La Convocante dejó a salvo el derecho a reclamar la inversión que realizó para la ejecución del contrato DAMA-001-2002 y que no pudo recuperar durante la brevíssima operación de la correspondiente concesión, la cual aparece bajo la denominación de "cargos diferidos".

Al respecto cabe precisar, en primer lugar, que el monto de dicha reserva o salvedad se limitó a la cuantía máxima de MIL CUATRO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL NOVENTA Y TRES PESOS (\$ 1.004'284.093.00) de septiembre 15 de 2003, razón por la cual el reconocimiento de dicha inversión será procedente en la medida en que la misma se encuentre debidamente soportada, según el análisis probatorio que al respecto se realizará más adelante, pero siempre limitada a la cantidad máxima que se ha dejado señalada y sin que haya duplicidad de reconocimientos en relación con partidas que incluidas dentro de este concepto ya hubieren sido cuantificadas y reconocidas con cargo a

alguno otro de los conceptos incluidos en las salvedades o reservas de la Convocante.

En segundo lugar debe resaltarse que el anexo a que hace referencia el texto de la reserva o salvedad en estudio no se acompañó con los diversos ejemplares que del acta de liquidación bilateral fueron incorporadas al expediente y, por tanto, en cuanto se desconoce su contenido y no fue regular ni oportunamente aportado, el Tribunal lo tendrá por inexistente.

En tercer lugar, acerca del alcance que corresponde a la salvedad o reserva que la Convocante distinguió con la denominación de "cargos diferidos", el Tribunal precisa que si bien es cierto que el dictamen pericial contable rendido por el doctor Edgar Fernando Nieto, al ocuparse de estudiar el contenido del cuadro contentivo de los conceptos y cuantías de las salvedades que realizó la Convocante en el numeral quinto de la parte definitoria del acta de liquidación bilateral de septiembre 15 de 2002, correspondiente al contrato DAMA-001-2002, al hacer referencia a rubros como el de "cargos diferidos", manifiesta que "*En cuanto a las demás partidas relacionadas en el cuadro, no fue posible establecer su procedencia contable puesto que las cifras reportadas no coinciden ni con los saldos de los estados financieros, ni con los demás documentos soporte suministrados para la diligencia pericial*", no es menos cierto que a lo largo de los anexos de dicho experticio contable se discriminan, relacionan y cuantifican los correspondientes "cargos diferidos", amén de que en la parte final del experticio aludido se dijo:

*"De otra parte, TIRSA S.A. E.S.P., en el periodo comprendido entre el 8 de Enero de 2003 y el 30 de junio del 2004, incurrió en costos, gastos e inversiones, que según información recibida en medios magnéticos ascienden a \$3.376.064.604,67. Sin embargo, de acuerdo con los estados financieros certificados a Junio 30 de 2004 el valor que registra la contabilidad es de \$3.215.524.233,44, presentándose entonces una diferencia de \$160.540.371,23 cuantía que debería ser explicada.*

*"A partir de las cifras de los estados financieros a Junio 30 de 2004 que como se mencionó anteriormente asciende a \$ 3.215.524.233,44, se efectuó la comprobación y verificación correspondientes encontrándose partidas la debidamente justificadas por \$2.847.788.215,79, discriminadas así:*

<b>*CUENTA OBJETO DE ANALISIS</b>	<b>Partidas soportadas</b>	<b>Ver anexo</b>
"PROPIEDADES PLANTA Y EQUIPO	471.592.768,00	11
"GASTOS PAGADOS POR ANTICIPADO	50.319.160,00	23
"CARGOS DIFERIDOS	1.777.187.086,00	24
"COSTOS DE PRODUCCION	42.734.681,00	2
"GASTOS	505.954.520,79	6
<b>*TOTALES</b>	<b>2.847.788.215,79</b>	

"La diferencia restante corresponde a partidas que no se encuentran debidamente sustentadas por valor de \$ 367.736.017,65, suma que se discrimina así:

CUENTA OBJETO DE ANÁLISIS	VALOR	VER ANEXO
"ANTICIPOS O SALDOS A FAVOR	3.859.388,00	22
"GASTOS PAGADOS POR ANTICIPADO	116.000.000,00	23
"CARGOS DIFERIDOS	177.334.906,44	25.26.27 Y 29
"COSTOS DE PRODUCCIÓN	47.837.058,00	3, 4 Y 5
"GASTOS	22.704.665,21	7, 8, 9 Y 10
<b>"TOTAL</b>	<b>367.736.017,65</b>	

**"En conclusión, el total de costos, gastos e inversiones registradas en la contabilidad de TIRSA S.A E.S.P., por el periodo comprendido entre enero 8 de 2003 y junio 30 de 2004, es de 3.215.254.233,44. De este total no figuran soportes ni justificaciones adecuadas por \$367.736.017,65".** (Todas las negrillas son del texto original).

Como se puede apreciar, el propio experto contador señaló que con base en sus labores de "comprobación y verificación correspondientes" encontró "partidas debidamente justificadas" en relación con los costos, gastos e inversiones registradas en la contabilidad de la Convocante, entre las cuales incluyó expresamente "CARGOS DIFERIDOS" por valor de UN MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL OCHENTA Y SEIS PESOS (\$ 1.777'187.086,00), cuya relación, discriminación y cuantificación aparecen en el anexo 24 de ese mismo experticio contable.

Por su parte, el dictamen pericial financiero elaborado por la doctora Claudia de Francisco, en el cuadro No. 21 de dicho experticio, al desarrollar diversos "ESCENARIOS HIPOTÉTICOS DE LIQUIDACION DE CONTRATO DAMA 001-2002", contempla la partida de UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS DIEZ Y NUEVE PESOS (\$ 1.846'238.319,00) de agosto de 2004, para el concepto de "CARGOS DIFERIDOS".

Ahora bien, en cuanto el Tribunal encuentra que el aludido anexo 24 del dictamen contable contiene la relación, discriminación y cuantificación de los "cargos diferidos con soporte", se apoyará sólo en él para analizar y decidir acerca de la salvedad o reserva correspondiente a la denominación de "cargos diferidos".

Los demás listados y relaciones de "cargos diferidos" que aparecen como anexos 25, 26, 27 y 29 del dictamen contable en estudio, no serán tenidos en cuenta por el Tribunal al momento de decidir respecto de la salvedad o reserva en estudio, puesto que el mismo perito contable se encargó de señalar –según acaba de transcribirse–, que las partidas que aparecen en tales anexos "no se encuentran debidamente sustentadas", y en cuanto corresponde al dictamen financiero es claro que en el mismo no aparece con detalle la relación, cuantías y soportes de las diversas partidas que integran los "gastos diferidos".

#### 10.1.2.14.- COSTOS DE PRODUCCIÓN Y ARRENDAMIENTO MAQUINARIA.

La salvedad o reserva mencionada fue limitada, por la Convocante, a la cuantía máxima de UN MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS TRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$ 1.388'903.499,00) de septiembre 15 de 2003, acerca de la cual el Tribunal estima oportuno destacar que no existen, dentro del material probatorio que milita en el expediente, soportes o elementos que le hubieren permitido determinar con claridad cuáles son las actividades, los bienes, los costos o los gastos que correspondan al concepto o a la noción a

la que hace referencia esa reserva cuando menciona la "producción", como tampoco encontró pruebas que reflejen los costos que se hubieren generado por el "arrendamiento de maquinaria" necesaria para la ejecución del contrato DAMA-001-2002.

En adición a lo anterior, los costos incurridos por operación y alquiler de maquinaria corresponden al giro ordinario de la operación de disposición de basuras recuperadas por tarifas cobradas al DISTRITO y canceladas como se observa en el ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL.

#### **10.1.2.15.- LUCRO CESANTE DURANTE SUSPENSIÓN ESTIMADO.**

La Convocante reservó su derecho a reclamar los reconocimientos a que hubiere lugar por concepto del lucro cesante generado durante la suspensión del contrato DAMA-001-2002 y que fueren probados dentro del proceso, además de que no limitó la cuantía de su reclamación a una suma máxima fija sino que para ese concepto señaló la suma estimada de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$ 150'000.000.oo) de septiembre de 2003.

Al igual que se destacó al hacer referencia a la salvedad relacionada con "Costos de funcionamiento – Suspensión", el Tribunal anota que en este caso de lucro cesante generado por la suspensión, no se demostró, de manera fehaciente, dentro del expediente, la existencia de dicho lucro cesante, el monto preciso del mismo, su nexo de causalidad con la suspensión de la concesión, el período específico durante el cual tuvo lugar dicha suspensión y, además, que tal suspensión no hubiere sido imputable a la concesionaria, razón por la cual, en cuanto no obran pruebas sobre esos aspectos no podrá ordenarse el reconocimiento de suma alguna por ese concepto.

#### **10.1.2.16.- DAÑO EMERGENTE POR TERMINACIÓN ANTICIPADA ESTIMADO.**

La Convocante, a través de esta salvedad, pretendió dejar a salvo su derecho a reclamar la reparación de los daños o perjuicios que le hubiere ocasionado la terminación anticipada del contrato DAMA-001-2002, no obstante lo anterior, según fue ampliamente desarrollado al estudiar los efectos jurídicos que se derivaron del acuerdo mutuo por cuya virtud las Partes decidieron, de manera libre, voluntaria, incondicional y vinculante, terminar anticipadamente el contrato DAMA-001-2002, para el Tribunal la etapa de liquidación del contrato resulta tardía y extemporánea para tratar de hacer salvedades o reservas en relación con aspectos que dicen relación directa con la decisión y los efectos de finalizar anticipadamente el correspondiente vínculo contractual y que, en dado caso, debieron expresarse en el momento mismo de consentir en esa decisión de terminación prematura.

Como en este evento se encuentra probado que las Partes consintieron de manera incondicional, libre y voluntaria, en terminar el contrato con anticipación al vencimiento del plazo inicialmente pactado para su duración total, de ninguna manera pueden después, en el acta de liquidación, presentar reclamaciones o hacer salvedades por razón de los costos que les habría generado esa decisión de terminación que, bueno es reiterarlo, ellas mismas adoptaron sin condicionamiento alguno y como resultado de su libre voluntad.

Lo anterior resulta suficiente para que el Tribunal determine entonces que con cargo al señalado concepto de "Daño emergente por terminación anticipada" no podrá prosperar reconocimiento alguno, así la cuantía de ese concepto hubiere sido indicada por la Convocante como una simple estimación y no como una suma fija con carácter limitativo.

#### **10.1.2.17.- LA ACEPTACIÓN DE LA CONVOCANTE RESPECTO DEL RECONOCIMIENTO EFECTUADO Y LA FORMA DE PAGO ASUMIDA POR LA CONVOCADA EN EL ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL.**

Aunque en estricto rigor no se trata de una reserva o salvedad que la Convocante hubiere formulado en relación con el alcance y el contenido de la correspondiente acta de liquidación bilateral, sino por el contrario, de una aceptación

incondicional a una parte de su contenido, en la medida en que el asunto que pasa a mencionarse guarda íntima relación con las reclamaciones que ante el Tribunal ha presentado esa Convocante, resulta pertinente hacer énfasis en que dentro del documento fechado en septiembre 16 de 2003 la Convocada expuso, de manera clara, tanto los conceptos y valores que a su juicio debía reconocer a favor de su contratista colaborador, como la forma en que procedería al pago de los mismos, tal como lo recoge el texto del ya transcrita parágrafo del numeral segundo de la parte definitoria o resolutiva de dicha liquidación bilateral, a cuyo tenor:

**"PARAFO:** *El Distrito de Cartagena reconoce pagar la suma de \$ 203.933.417.28, correspondiente al 50% de la suma total reconocida menos los valores descontados conforme a lo expuesto en esta cláusula y el saldo, es decir la suma de \$ 203.933.417.28, se cancelarán cuando el interventor, Establecimiento Público Ambiental de Cartagena EPA Cartagena, determine el cumplimiento cabal de la obligación de eliminar la totalidad de las 20.000 toneladas de residuos que quedaron en proceso debido al cierre de las operaciones ordenadas por Cardique y que actualmente se ubican en el lote "La Concordia". Se entenderá por cumplimiento a cabalidad la acción realizada para garantizar la ausencia de impacto ambiental negativo y la conformidad con el plan de clausura.* (Subrayas del Tribunal).

Según ya se verificó con el estudio detallado que se acaba de realizar acerca de cada una de las salvedades que la Convocante consignó, de manera expresa y taxativa, en el acta de liquidación bilateral, ninguna manifestación hizo acerca de la forma de pago que, a su turno, señaló la Convocada para cubrir el saldo del total reconocido por ella, equivalente al 50%, lo cual resulta suficiente para sostener que no hubo reparos, inquietudes ni inconformidades de parte de la citada Convocante en relación con la referida forma en que el **DISTRITO** se obligó a proceder para cubrir efectivamente dicho saldo.

Pero hay más, la mencionada forma de pago que señaló la Convocada para cubrir el saldo correspondiente a las sumas por ella reconocidas, no sólo se encuentra libre de reservas y salvedades sino que fue expresamente aceptada por **TIRSA S.A. E.S.P.**, como quiera que así lo expresó en la parte inicial del ya transcrita numeral quinto de la misma parte definitoria o resolutoria del acta de liquidación bilateral fechada en septiembre 16 de 2003, en el cual se lee:

**"QUINTO:** *El concesionario, TRATAMIENTO DE RESIDUOS SOLIDOS S.A. E.S.P. TIRSA E.S.P.", acepta el reconocimiento y pago de los conceptos relacionados en la cláusula segunda de esta acta de liquidación sin que ello pueda interpretarse como una aceptación de la declaración expuesta por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias en la cláusula tercera anterior y, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este mismo documento, a continuación relaciona los conceptos y valores que no han sido reconocidos por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, y sobre los cuales se reserva su derecho a reclamación por otra vía ya sea en aplicación de la cláusula compromisoria o por vía judicial, siempre de conformidad con la ley.* (Se deja subrayado).

Ante esa situación fáctica evidente y los efectos jurídicos que de la misma se derivan, el Tribunal señala que de ninguna manera podrá prosperar la pretensión consignada en el numeral 5 de la demanda principal, en virtud de la cual se persigue que se impongan condenas contra la Entidad Estatal Contratante por razón o con cargo a las sumas, junto con sus intereses, que ésta le habría retenido o compensado de manera indebida a la Convocante, puesto que no se allegó prueba alguna al expediente que permita concluir que realmente se hubiere configurado retención indebida de dineros y los que están pendientes de cancelar han contando, para ello, con la aceptación, el consentimiento y la voluntad de su respectiva beneficiaria.

#### 11.- LA OBJECION POR ERROR GRAVE, FORMULADA CONTRA EL DICTAMEN PERICIAL AMBIENTAL.

Con fundamento en lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 238 del C.P.C., corresponde a este Tribunal el estudio, análisis y decisión de la objeción al dictamen pericial, que en su momento presentó el señor apoderado de la Parte Convocada.

Para resolver lo que en derecho corresponda, el Tribunal de Arbitramento advierte que dentro del trámite adelantado, se ha dado estricto cumplimiento a lo normado en el C. de P.C., en cuanto a la oportunidad para presentar la respectiva objeción al dictamen pericial, así como también en cuanto al momento oportuno para decidirla, todo de conformidad con lo establecido en el numeral sexto (6º) del artículo 238 del citado estatuto procedural.

Las razones fundamentales de la invocada objeción frente al dictamen rendido por el perito ambiental y su posterior aclaración se sustentan por la Convocada en las inconsistencias que presentaba dicho dictamen respecto de la legislación vigente, de los conceptos técnicos rendidos por la autoridad ambiental competente (CARDIQUE) y de la realidad fáctica que se podía apreciar en el pedido "La Concordia".

Dentro del marco legal citado, este Tribunal de Arbitramento decretó y practicó, dentro de los plazos establecidos en la ley, las pruebas que consideró pertinentes para resolver acerca de la existencia del error alegado. Así las cosas, independientemente de la resolución frente a la solicitud de objeción el Tribunal la cual debía corresponder precisamente al momento de la expedición del Laudo y en aras de garantizar el pleno del acervo probatorio y dilucidar la cuestión, se ordenó un nuevo dictamen a cargo de la ingeniera Laura Echeverri, quien resolvió los distintos cuestionamientos planteados por la parte convocada y las aclaraciones posteriormente solicitadas por el apoderado de TIRSA S.A.

Una vez surtido el trámite referenciado y con ocasión de la respectiva práctica de prueba y valoración de la solicitud impetrada, pasa este Tribunal de Arbitramento a analizar y decidir en torno a la invocación por error grave del dictamen pericial en materia ambiental.

En primera instancia es del caso mencionar que la citada objeción habrá de entenderse como una objeción parcial al dictamen pericial, en la medida que con ella no se pretende desvirtuar la calidad total de la prueba practicada, sino tan solo algunos elementos de la misma, que pudieron ocasionar una eventual confusión.

Precisamente con ocasión de lo anteriormente mencionado –esto es, que la objeción al dictamen debe entenderse como parcial–, este Tribunal ordenó la práctica de la citada prueba o peritazgo adicional, desplegando la posibilidad legal contemplada en el numeral 5º del artículo 238 del C.P.C., que permite la realización de un nuevo dictamen pericial, para probar la eventual objeción.

Sobre el particular se observa que establece el C.P.C. que las partes pueden objetar el dictamen por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas. En el caso en cernes la atribución de error grave sobre el peritazgo ambiental deviene de observaciones que la convocada eleva en orden a cuestionar el contenido del dictamen. Sin embargo, sea del caso mencionar que las inquietudes al respecto presentadas por el apoderado del Distrito no constituyen en modo alguno comprobaciones de que se haya incurrido en error grave en el citado experticio.

Las mismas reflejan específicamente apreciaciones de carácter personal o de inconformidad en torno al peritazgo cuestionado y sus resultados, sin que se formule o se indique concretamente los alcances de la acusación en contra del dictamen. En orden a precisar la materia debe tenerse el error grave como un elemento que de forma clara y por demás evidente altere la razonabilidad del concepto técnico, evento éste que no se observa se acredite en el presente caso.

No se detecta pues la existencia de un error que se pueda considerar como "grave", en los términos que lo tiene establecido la ley. Ora porque no puede advertirse de aquél un descuido o negligencia, ora porque de igual manera no se advierte una intención positiva que permita concluir que su dictamen está dirigido específicamente a favorecer o desfavorecer ilegítimamente a una de las partes del conflicto.

## 12.- LA TACHA DE SOSPECHA SOBRE LOS TESTIGOS.

A juicio del Tribunal le asiste razón a la Convocada en tachar de sospechoso el testimonio que rindió el doctor Santiago Pieschacón, como quiera que para el momento de su declaración también ostentaba la calidad de representante legal suplente de la sociedad Convocante "TIRSA E.S.P.", tal como se encuentra plasmado en los documentos aportados al expediente y es evidente entonces que le asistía un interés directo e inmediato en las resultas del proceso, razón por la cual esa declaración se tomará como corresponde a la de un testigo sospechoso. En consecuencia, su valoración se efectuará con el mayor rigor y celo, de conformidad con las disposiciones del Estatuto Procesal Civil.

Por el contrario, en cuanto se refiere a los demás testigos cuyas declaraciones solicitó recepcionar la Convocante y que la Convocada también tacha de sospecha por el sólo hecho de tratarse de personas que tienen o han tenido vínculos laborales con la solicitante de la prueba, el Tribunal encuentra que fueron cercanos a la ocurrencia de los hechos sobre los cuales depusieron y tienen un conocimiento amplio de ellos, pudiendo ser de mucha utilidad para el esclarecimiento de las circunstancias a que se refieren. No obstante, encuentra el Tribunal que esos testimonios se orientan fundamentalmente a la calidad de los servicios prestados y al cumplimiento de las obligaciones contractuales por la Convocante en desarrollo del CONTRATO DAMA 001-2003, asuntos que escapan al tema central de la litis, como tantas veces se ha expresado, y que determina la poca utilidad que tales declaraciones prestan a la solución de las controversias que han de decidirse en el presente Laudo.

El sólo hecho de que exista alguna cercanía o vinculación laboral entre la Convocante o algunos de sus socios y los declarantes, en modo alguno afecta la veracidad de sus dichos o la neutralidad de los testigos, razón por la cual no se admitirá la tacha efectuada sobre los mismos.

## 13.- LA APRECIACION DE LA PRUEBA CORRESPONDIENTE A LA CONTABILIDAD DE LA CONVOCANTE.

La contabilidad es uno de los deberes de conducta que la ley le impone al comerciante. En tratándose de la contabilidad suele afirmarse por la doctrina que esta entraña "*un conjunto de normas que sirven de pauta al comerciante o empresario para registrar las transacciones que realice y poder determinar en cualquier momento el estado de sus negocios. Expertos en esta materia prefieren decir que en sentido amplio la contabilidad es la técnica de elaborar e interpretar el sistema de constancias escritas que se utilizan en cualquier única económica organizada para producir, intercambiar o distribuir bienes o para la prestación de servicios; y que en sentido restringido consiste en registrar, en formas cifradas, los movimientos de bienes y valores de una empresa, así como la apreciación de los resultados de la respectiva explotación*".<sup>22</sup>

En este orden de ideas se puede determinar que la contabilidad cumple con una función de altísimo rasero, siendo ella la de otorgar información tanto de forma interna como externa relacionada con la marcha y desenvolvimiento de los negocios. En últimas, pues, el objetivo de la contabilidad se evidencia en precisar la situación económico-financiera del patrimonio empresarial, la magnitud del activo y del pasivo, la real situación frente a proveedores y acreedores, etc.

---

<sup>22</sup> Narváez García, José Ignacio. Introducción al Derecho Mercantil. Legis, 5<sup>a</sup> edición, Bogotá, 1986, Pág. 259.

Sobre el particular debe anotarse que el ordinal 3º del artículo 19 del Código de Comercio –C. de Co.-, impone al comerciante el deber de *"llevar la contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales"*.

De manera tal que la legislación mercantil ha impuesto a los comerciantes la obligación de llevar libros con sujeción a determinadas reglas encaminadas a conseguir que en ellos se lleve una historia clara, completa y fidedigna de los negocios o actividades del comerciante. Ahora bien, dentro del marco general que representan los criterios esbozados, conviene poner de relieve las principales condiciones o exigencias previstas en el Código de Comercio respecto de la contabilidad mercantil, con el objeto fundamental de que esta pueda considerarse legalmente regular, y utilizable con la eficacia prevista en los artículos 68 y siguientes del estatuto en comento.

Así las cosas, el sistema contable debe corresponder a las categorías de centralizado, revelar la historia clara, completa y fidedigna de los negocios del empresario, debe reflejar las operaciones asentadas por orden cronológico, en idioma castellano, mediante el sistema de partida doble y debidamente registrado. Veamos cada uno de ellos:

- Centralizado: En el sentido de señalar de que el empresario ha de llevar una sola contabilidad de sus negocios.
- Revelar la historia clara, completa y fidedigna de los negocios: Con sujeción a la exigencia legal de permitir el conocimiento del estado actual del negocio de manera cierta e indiscutible.
- En operaciones asentadas por orden cronológico: Quiere ello decir en estricta consecuencia temporal. En los libros pues deben asentarse por orden cronológico las operaciones mercantiles y todas aquellas que pueden influir en los comprobantes de contabilidad que las respaldan.
- En idioma castellano: Todos los comprobantes y asientos sólo pueden redactarse en español.
- Mediante sistema de partida doble: Los registros contables deben asentarse conforme al procedimiento de partida doble, quiere ello significar, aplicaciones en el manejo de las cuentas para confrontar el activo y el pasivo de todo patrimonio.
- Debidamente registrados: Los libros de contabilidad utilizables según las necesidades y conveniencias de la actividad de cada comerciante, en los términos del tratadista Gabino Pinzón<sup>23</sup> "han de ser registrados, con sujeción a los artículos 28, 39 y 50 del Código de Comercio. Este registro constituye una condición legal rigurosamente necesaria para que la contabilidad pueda ser utilizada con la eficacia probatoria prevista en el Código de Comercio"<sup>24</sup>.

Ahora bien, tal como lo señala el apoderado de la Convocada en sus alegados de conclusión, en el caso en cuestión está establecido por parte del peritazgo contable que los libros oficiales de la empresa Convocante TIRSA S.A. E.S.P., fueron registrados en agosto de 2003, es decir, siete meses después de constituida la sociedad y de iniciada la ejecución del contrato con el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias. Hecho este último que no puede ser inadvertido por parte del Tribunal como quiera que el dictamen técnico no fue objetado en su contenido ni mucho menos cuestionada esta observación.

La consecuencia jurídica del no registro oportuno de los libros de contabilidad está advertida por concepto sobre la materia que sobre el particular expidió la Cámara de Comercio de Bogotá, en el cual manifestó lo siguiente:

<sup>23</sup> Pinzón, Gabino. Introducción al Derecho Comercial. Temis, Bogotá, 1985, p. 332.

<sup>24</sup> Subrayado fuera de texto.

*"Ahora bien, teniendo en cuenta que cuando una sociedad se constituye para realizar actos de comercio queda sometida a las obligaciones del comerciante, por corresponder su naturaleza a la del denominado comerciante colectivo, vale la pena preguntarse cuándo surge la obligación de registro aludida: establecido como está que la propia ley no concedió un plazo especial, resulta lógico concluir que la carga de registro se iniciaría al momento de surgir a la vida jurídica el ente moral aunque, desde un punto de vista práctico, dicho momento se defiera en el tiempo al efectivo ejercicio del objeto social, que al tenor de lo previsto en el artículo 116 de la obra en cita, debe estar precedido de la inscripción del contrato social en la cámara de comercio del domicilio principal. Debe entenderse que desde ese mismo momento se encuentra en el deber de registrar sus libros. Por ello se puede afirmar que, inscrita la sociedad en el registro mercantil, en forma inmediata debe presentar a éste sus libros de comercio con el fin de que sean registrados<sup>25</sup>".*

No queda, pues, la menor duda respecto a que la doctrina de la Cámara de Comercio de Bogotá establece que la obligación de registro de los libros contables nace al momento de constituirse la sociedad, *"Porque, según el artículo 39 del Código de Comercio, con el registro se da o se asegura la certeza suficiente respecto de la persona a quien pertenezcan los libros, del uso al cual se destinan y del número de sus hojas útiles, que han de ser rubricadas por el Secretario del domicilio del comerciante, que es donde debe hacerse el registro, al tenor del artículo 29 del mismo Código"*<sup>26</sup>.

Ante lo expuesto, no le queda más a este Tribunal que desestimar los libros contables de la sociedad TIRSA S.A. E.S.P., como medio idóneo de prueba para acreditar la actividad financiera de dicho comerciante. Es claro que la integridad material de los libros está protegida por medio del registro, completada con lo que se ha dado en denominar como la integridad formal, quiere ello decir la ausencia de alteraciones o correcciones en los asientos contables. El caso de no obrar al registro oportuno de los libros de contabilidad de conformidad con las disposiciones legales vigentes, no permite o restringe la posibilidad de utilizarlos eficazmente como elementos de prueba.

Razón por la cual y en consecuencia, este Tribunal se abstendrá de valorar con fines probatorios los libros de contabilidad de la parte Convocante. El registro extemporáneo de los libros de contabilidad por parte de la sociedad demandante hace que los mismos no constituyan plena prueba de sus pretensiones económicas.

La contabilidad que consta en los libros de contabilidad de TIRSA S.A. E.S.P., al no haberse registrado según obliga el artículo 50 del Código de Comercio, no posee la contundencia probatoria que si tendrían si se hubiera cumplido con esta clara exigencia legal especialmente contenida en el numeral 7º del artículo 28 de la preceptiva legal mencionada según el cual, deben registrarse en el registro mercantil, entre otros:

*"7. Los libros de contabilidad (...)"*

Ahora bien, también contempla el Código de Comercio que de la contabilidad forman parte *"todos los comprobantes que sirven de respaldo a las partidas asentadas en los libros, así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios"* (artículo 51).

Consideración que ratifica el precitado autor José Ignacio Narváez estimando que forman parte de la contabilidad todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros.<sup>27</sup> Igualmente, por comprobante de

<sup>25</sup> Cámara de Comercio de Bogotá, Oficio 03-839, mayo 18/84

<sup>26</sup> Pinzón, Gabino. Introducción al Derecho Comercial. Temis, Bogotá, 1985, p. 332.

<sup>27</sup> Narváez García, José Ignacio. Introducción al Derecho Mercantil. Legis, 5<sup>a</sup> edición, Bogotá, 1986, Págs. 264 y 265.

contabilidad habrá que entenderse "el documento que debe elaborarse previamente el registro de cualquier operación y en el cual se indicará el número, fecha, origen, descripción y cuantía de las cuentas afectadas con el asiento" (artículo 53, segundo inciso del C.Co.).

En consonancia con lo anterior se dispone que el comerciante deberá dejar archivados y ordenados los comprobantes de los asientos de sus libros de contabilidad, de manera que en cualquier momento se facilite verificar su exactitud (artículo 55 del C.Co.). Ello con miras a signar de validez probatoria el giro de los negocios del comerciante.

En auxilio de lo anterior el artículo 59 del Código de Comercio dicta que los asientos de los libros deben estar "respaldados por los correspondientes comprobantes, a los cuales debe hacerse referencia al asentar en los libros las operaciones mercantiles y todas aquellas que puedan influir en el patrimonio del comerciante"<sup>28</sup>.

Es innegable pues luego de surtida la anterior exploración legal, que en cuanto los comprobantes hacen parte de la contabilidad y se desprenden de su existencia claros efectos probatorios, pueden ser valorados como prueba para apreciar y suministrar informaciones relacionadas con la marcha de los negocios del comerciante. En este sentido es evidente, según se vio, cómo la legislación mercantil contempla que por papeles del empresario han de entenderse los comprobantes de contabilidad que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros, los documentos que justifiquen tales comprobantes, así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios (artículos. 51 y 53).

Por consiguiente, y en aplicación en el presente caso, este Tribunal tendrá en cuenta el valor probatorio de los comprobantes contables con el efecto probatorio que la legislación comercial les confiere con miras a verificar y determinar los resultados de los negocios de la sociedad Convocante. Sin embargo, para dichos efectos, es claro que dichos comprobantes sólo deberán ser tenidos en cuenta siempre y cuando cumplan con dos requisitos ineludibles y conjuntos:

Estén conformes a la ley en los términos de los artículos 53 y 55 del Código de Comercio, quiere ello decir que al momento de su revisión por parte del peritazgo contable:

- a) Han debido elaborarse previamente al registro de cualquier operación y debiéndose indicarse el número, fecha, origen, descripción y cuantía de las cuentas afectadas.
- b) Deben encontrarse en archivados y ordenados.

Con ocasión de la respectiva revisión por parte del perito contable, estos soportes deben estar plenamente reconocidos y acreditados en el dictamen y sin lugar a que presenten inconsistencias y no hayan sido cuestionadas en modo alguno por el perito.

Así las cosas, los soportes que no cumplan fehacientemente con estas dos insoslayables condiciones serán igualmente desestimados por el Tribunal.

#### **14.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL Y SU VALORACION PROBATORIA.**

Expuestos los criterios que ha expresado el Tribunal para establecer cuáles de las salvedades hechas en el acta de liquidación de contrato deberán ser reconocidas o no, se encuentra que están probadas, como se establece en el cuadro

<sup>28</sup> Pinzón, Gabino. Introducción al Derecho Comercial. Temis, Bogotá, 1985, p. 328.

No. 24 del informe pericial rendido por el perito contable, doctor Edgar Nieto y teniendo en cuenta que, no todas las partidas relacionadas en el mismo entran dentro de la órbita de costos y gastos diferidos por cuanto, algunas, como la disposición de residuos hospitalarios fueron incluidas en la liquidación del contrato; otras como gastos de alimentación, combustibles, dotación al personal y nóminas, hacen parte también de los reconocimientos y pagos registrados en el acta de liquidación bilateral; otros como gastos de transporte, viáticos, combustibles, son del giro ordinario de la disposición de basuras que se alcanzaron a desarrollar, sólo se accederá al reconocimiento de los gastos que, a juicio del Tribunal, fueron indispensables para el desarrollo de la alternativa temporal no incluidos en la tarifa pactada, es decir, no hacían parte de la operación diaria de disposición de basuras, las cuales fueron reconocidas y pagadas por el DISTRITO TURISTICO Y CULTURA DEL CARTAGENA DE INDIAS, conforme con la siguiente relación, tomada del anexo 24 del experticio contable.

BENEFICIARIO	CONCEPTO	NIT	VALOR
CAMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA	C. COMERCIO, REG. MERCANTIL Y RE	8904800411	10.850.000,00
CAMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA	C. COMERCIO, REG. MERCANTIL Y RE	8904800411	740.300,00
NOTARIA TERCERA DE CARTAGENA	NOTARIA 3A, ESCRITURA CONSTITUCI	191944756	5.961.241,00
NOTARIA TERCERA DE CARTAGENA	N. TERCERA, E.P. CONSTITUCION SOCIEDAD	191944756	4.124.375,00
FERRETERIA ALEMANA	MATERIALES DE CONTRUCCION	6804465841	340.000,00
FERRETERIA ALEMANA	MATERIALES DE CONTRUCCION	6804465841	24.800,00
GUIDO BORRERO	MATERIALES ELECTRICOS	92225597	20.000,00
ORLANDO MANGA MORALES	TRANSPORTE CONTENEDOR	73112378	260.000,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTHA GOM	F. GERMANOS, MATERIALES FERRETER	378058948	140.670,00
EQUIPOS Y SERVICIOS LTDA	TRANSPORTE DE CARGA, CONTENEDOR	8000614045	180.000,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTHA GOM	MATERIALES ELECTRICOS	378058948	35.000,00
ELECTRICOS FERNANDO VELEZ LTDA	MATERIALES DE CONSTRUCCION	8060108145	266.800,00
FERRETERIA ALEMANA	MATERIALES DE CONSTRUCCION	6804465841	27.000,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTHA GOM	F. GERMANOS, TUBERIA LIXIMADOS	378058948	6.984.899,00
FERRETERIA ALEMANA	MATERIALES DE CONSTRUCCION	6804465841	368.900,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	CAL, MOV TIERRA CONSTRUCCION DE LA TERRAZA	8060087751	32.250.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	COMPACTACION SUBASE VIA DE ACCES	8060087751	44.780.000,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTHA GOM	F. GERMANOS MATERIALES DE CONST	378058948	543.284,00
SEGURIMALLAS DEL CARIBE LTDA	100 M2 MALLA ESLAB GALV CAL 10	8001016280	638.000,00
GEOMEMBRANAS LTDA	GEOTEXTIL NT-160	8300088723	5.895.120,00

SAMUEL BOSSA	AVISOS Y SEÑALIZACION PLANTA	730920554	512.000,00
AMBISA S.A	AMBISA CONTRATO DE COMPOSTAJE	8110324288	15.338.000,00
SERVINC LTDA	COLOCACION PIEDRAS P/FILTRO	8002529970	24.974.772,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	CONTRATO SUBASE VIA ACCESO	8060087751	57.800.800,00
ELECTRICOS CARLOS VELEZ G.	240 MTS CABLE # 4 INSTALACION PL	8060091834	1.273.067,00
ELECTRICOS CARLOS VELEZ G.	MATERIALES ELECTRICOS	8060091834	20.000,00
RAFAEL ESPINOSA MARRUGO	ARENA	9282294	150.000,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTHA GOM	GRAPAS	378058948	10.800,00
DISTRIFER LTDA	UCHILLA TRIFASICA DE 60 AMP	8060011817	20.500,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTHA GOM	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	2.171.502,00
ELECTRICOS FERNANDO VELEZ LTDA	MATERIALES ELECTRICOS	8060108145	222.423,00
TALLER Y ALMACEN MULTIAMPERIO	MATERIALES ELECTRICOS	8060100308	23.000,00
WILLIAM BUELVAS	TRANSPORTE	9085541	4.000,00
RAFAEL ESPINOSA MARRUGO	TRANSPORTE CEMENTO	9282294	30.000,00
JOHN JAIRO MENESES MONSALVE	TRANSPORTE AL LOTE	91426123	40.000,00
MARIO GARCIA	TRANSPORTE BAÑO PORTATIL	73113003	100.000,00
LADRILLERA LA CLAY LTDA	LADRILLOS	8000253796	27.000,00
RAFAEL ESPINOSA MARRUGO	TRITURADO	9282294	250.000,00
SAMUEL BOSSA	AVISOS, SEÑALIZADORES MANUALES	730920554	260.000,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTHA GOM	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	1.799.227,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE CONTENEDOR	8060087751	1.500.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE CARGA GRUA 15 TON	8060087751	350.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE CARGA GRUA 15 TON	8060087751	500.000,00
CORPORACION PARA EL DESARROLLO I	RECUPERACION RESIDUOS SOL REUTIL	8060102225	4.092.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	MOVIMIENTO DE TIERRAS	8060087751	127.744.000,00
CONSTRUIR LTDA	LEVANTAMIENTO TOPOGRAFICO	8917016483	2.650.294,00
CONSTRUIR LTDA	LEVANTAMIENTO TOPOGRAFICO	8917016483	2.260.608,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	CAMISAS DRIL CAQUI	378058948	588.000,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	GUANTES, MASCARILLAS	378058948	340.001,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MASCARILLAS, MONOGAFAS	378058948	187.308,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	GUANTES	378058948	313.200,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE VERTICAL CARGA BASURA	8060087751	55.320.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE VERTICAL GRUA 15 TON	8060087751	900.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE VERTICAL DE CARGA	8060087751	600.000,00
ELECTRICOS CARLOS VELEZ G.	MATERIALES ELECTRICOS	8060091834	2.685.743,00

ELECTRICOS CARLOS VELEZ G.	MATERIALES ELECTRICOS	8060091834	1.991.325,00
ELECTRICOS CARLOS VELEZ G.	MATERIALES ELECTRICOS	8060091834	617.191,00
FERRETERIA ALEMANA / REINHOLD OS	MATERIALES DE CONSTRUCCION	6804465841	201.035,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	41.500,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	70.400,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	457.899,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	1.164.400,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	449.573,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	131.695,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	322.014,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	SUMINISTRO DE POSTES	8060087751	650.000,00
SAMUEL BOSSA	SEÑALIZADORES FINCA LA CONCORDIA	730920554	2.730.000,00
ELECTRICOS CARLOS VELEZ G.	MATERIALES ELECTRICOS	8060091834	266.652,00
GEOMEMBRANAS LTDA	GEOMEMBRANA HDPE 60 MILS	8300088723	54.448.285,00
SOLDAR LTDA	EXTINTOR CON MANGUERA	8904044204	287.518,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE VERTICAL DE CARGA	8060087751	28.998.000,00
RAUL TORRES	SERVICIO TOPOGRAFIA	73558272	190.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	CARROTANQUE DE AGUA	8060087751	2.600.000,00
CORPORACION PARA EL DESARROLLO I	SERVICIO RECUPERACION RES SOLIDO	8060102225	13.504.000,00
SEGURIMALLAS DEL CARIBE LTDA	GAVIONES FABRICADOS CON MALLA	8001016280	1.740.000,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTHA GOM	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	2.267.500,00
VIVERO LAS ACACIAS / JUDITH NAAR	COMPRA 100 PLANTAS DE SWINGLA		400.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	MOVIMIENTO DE TIERRAS	8060087751	197.311.900,00
COLOMBIT S.A.	POZO SEPTICO 2000 LTS	8908001483	1.194.023,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	2.379.140,00
PABLO POLO ARRIETA	CONSTRUCCION KIOSKO COMEDOR	4028157	700.000,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	34.750,00
TRIPLE AAA	DISPOSICION FINAL DE RESIDUOS	8001359131	10.995.650,00
DURYS ANGULO FABRA	TRANSPORTE DE INERTES	45476337	7.000.000,00
SERVISEGUROS LTDA	POLIZA CUMPLIMIENTO TRIPLE A	8600703749	817.800,00
SERVISEGUROS LTDA	POLIZA RESP CIVIL TRIPLE A	8600703749	406.000,00
FERRETERIA ALEMANA / REINHOLD OS	MATERIALES DE CONSTRUCCION	6804465841	126.300,00

OS			
FERRETERIA ALEMANA / REINHOLD OS	MATERIALES DE CONSTRUCCION	6804465841	883.019,00
FERRETERIA ALEMANA / REINHOLD OS	MATERIALES DE CONSTRUCCION	6804465841	1.262.885,00
FERRETERIA ALEMANA / REINHOLD OS	MATERIALES DE CONSTRUCCION	6804465841	64.368,00
FERRETERIA ALEMANA / REINHOLD OS	MATERIALES DE CONSTRUCCION	6804465841	680.399,00
FERRETERIA ALEMANA / REINHOLD OS	MATERIALES DE CONSTRUCCION	6804465841	1.133.998,00
AMBISA S.A.	CONTRATO ASESORIA COMPOSTAJE	8110324288	13.340.000,00
ELECTRICOS CARLOS VELEZ G.	MATERIALES ELECTRICOS	8060091834	1.654.531,00
STEVENSON BLANCO R.	IMPRIMACION LOTE LA CONCORDIA	73123009	13.838.500,00
FERRETERIA ALEMANA / REINHOLD OS	MATERIALES DE CONSTRUCCION	6804465841	287.808,00
FERRETERIA ALEMANA / REINHOLD OS	MATERIALES DE CONSTRUCCION	6804465841	1.004.275,00
FERRETERIA ALEMANA / REINHOLD OS	MATERIALES DE CONSTRUCCION	6804465841	37.134,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	CONSTRUCCION DE FILTROS	8060087751	31.190.316,00
SAMUEL BOSSA	AVISOS DE SENALIZACION	730920554	1.740.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE VERTICAL DE CARGA	8060087751	51.889.000,00
ELECTRICOS CARLOS VELEZ G.	MATERIALES ELECTRICOS	8060091834	422.804,00
FERRETERIA ALEMANA / REINHOLD OS	MATERIALES DE CONSTRUCCION	6804465841	1.360.798,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	77.860,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	36.192,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	347.552,00
CORPORACION PARA EL DESARROLLO I	SERVICIO RECUPERACION RESIDUOS S	8060102225	12.320.000,00
LUIS GOMEZ CARDOSO	RECUPERACION MATERIAL RECICLABLE	73140854	865.800,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	1.116.895,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	847.273,00
FERRETERIA GERMANOS / MARTA GOME	MATERIALES DE CONSTRUCCION	378058948	9.396,00
LUIS ENRIQUE RUEDA GLORIA	TRANSPORTE DE INERTES B/QUILLA	0	1.930.000,00
LUIS ENRIQUE RUEDA GLORIA	INSTALACION GEOMEMBRANA	0	320.000,00
MADERAS LA SIERRA E.U.	TABLAS Y VARETAS	8060117428	97.440,00

JOSE MIGUEL MEDRANO CERA	CONSTRUCCION FILTROS	9061024	4.173.000,00
MOVICON S.A.	TRANSPORTE DE BASURA DE LA CONCO	8904043592	13.397.500,00
SEGURIMALLAS DEL CARIBE LTDA	GAVIONES FABRIC CON MALLA GALVAN	8001016280	2.784.000,00
JOSE RICARDO VICARIA	TRANSPORTE RESIDUOS A BARRANQUIL	9290314	6.640.000,00
HECTOR ARIAS	ESTIBAS	5547390	650.000,00
FUMIGACIONES DEL LITORAL	SERVICIO DE FUMIGACION	731055317	1.500.000,00
MOVICON S.A.	TRANSPORTE DE BASURAS DE LA CONC	8904043592	15.500.000,00
DELIN RODRIGUEZ	BANCAS PARA COMEDOR	73122078	1.500.000,00
FERRETERIA ALEMANA	MATERIALES DE FERRETERIA	6804465841	900.394,00
JOSE RICARDO VICARIA	TRANSPORTE DE INERTES A BARRANQU	9290314	5.890.000,00
SAMUEL BOSSA	AVISOS EN LAMINA GALVANIZADA	730920554	2.600.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE VERTICAL DE CARGA	8060087751	43.302.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE VERTICAL DE CARGA	8060087751	32.718.000,00
SIMON EMILIANI CALLEJAS	TRANSPORTE DE MATERIALES B/QUILL	0	2.950.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	SUMINISTRO CARRO TANQUE	8060087751	2.650.004,00
CORPORACION PARA EL DESARROLLO I	RECUPERACION RESIDUOS SOLIDOS RE	8060102225	14.449.000,00
CONSTRUCIL LTDA	CONSTRUCCION BATERIA BAÑOS COMED	8060080562	1.774.188,00
FUMIGACIONES DEL LITORAL	FUMIGACION EN LA PLANTA	731055317	900.000,00
CALYPSO BARRANQUILLA LTDA	POLIETILENO	8600397949	4.545.040,00
MOVIGRANEL LTDA	TRANSPORTE INERTES A BARRANQUILL	8020015947	1.344.000,00
ALEXANDER MOLINA	TRANSPORTE DE MATERIALES A LOS N	9295273	700.000,00
FERRETERIA ALEMANA / REINHOLD OS	MATERIALES DE CONSTRUCCION	6804465841	4.710.398,00
SIEM LTDA	TANQUES PLASTICOS	8002483011	587.998,00
MADERAS LA SIERRA E.U.	LISTONES DE MADERA	8060117428	642.389,00
MOVICON S.A.	TRANSPORTE DE BASURA DE LA CONCO	8904043592	7.590.000,00
LAGUNA MORANTE LTDA	TRANSPORTE INERTES A BQUILLA	8001002774	3.150.000,00
LAGUNA MORANTE LTDA	TRANSPORTE INERTES A BQUILLA	8001002774	0,00
NUTRIANALISIS LTDA	ANALISIS DE COMPOST	8300101708	308.560,00
CARINSA	ELABORACION DOCUMENTOS PERMISO A	8904016751	10.063.000,00
JORGE RAMOS	TRANSPORTE INERTES A BQUILLA	3010395	2.550.000,00
FUMIGACIONES DEL LITORAL	FUMIGACION EN LA PLANTA	731055317	1.525.000,00
ALEXANDER MOLINA	TRANSPORTE DE MATERIALES A LOS	9295273	420.000,00

N			
CONSTRUCIL LTDA	CONSTRUCCION BAÑOS EN LA PLANTA	8060080562	11.888.282,00
MOVICON S.A.	TRANSPORTE DE BASURA DE LA CONCO	8904043592	10.962.500,00
BUZOS DEL CARIBE LTDA	ALQUILER RETROEXCAVADORA	8904010530	0,00
TARQUINIO AGUILAR	TRANSPORTE INERTES A BARRANQUILL	16648191	4.500.000,00
TARQUINIO AGUILAR	TRANSPORTES INTERNOS DE BASURA	16648191	2.050.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE VERTICAL DE CARGA	8060087751	400.000,00
ALEXANDER MOLINA	TRANSPORTE MATERIALES A LOS NARA	9295273	840.000,00
JOSE MIGUEL MEDRANO CERA	ELABORACION DE FILTROS	9061024	8.282.500,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	CONSTRUCCION FILTRO ZONA B	8060087751	29.417.592,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	MOVIMIENTO DE TIERRA, CORTE, EXC	8060087751	27.169.600,00
JOSE RICARDO VICARIA B.	TRANSPORTE INERTES A BARRANQUILL	9290314	3.680.000,00
ALEXANDER MOLINA	TRANSPORTE MATERIALES A LOS NARA	9295273	427.700,00
MOVICON S.A.	TRANSPORTE DE BASURA DE LA CONCO	8904043592	5.122.500,00
JORGE RAMOS	TRANSPORTE MATERIALES A BARRANQU	3010395	450.000,00
JOSE RICARDO VICARIA B.	TRANSPORTE INERTES A BQUILLA	9290314	6.900.000,00
JOSE RICARDO VICARIA B.	TRANSPORTE INTERNO DE BASURA	9290314	750.000,00
CORPORACION PARA EL DESARROLLO I	RECUPERACION MATERIAL RECICLABLE	8060102225	19.824.000,00
DOCTOR CALDERON ASISTENCIA TECNI	ANALISIS DE COMPOST	8002472332	150.000,00
DENIO SALAS SARMIENTO	TRANSP MATERIAL RECICLABLE	73104450	2.360.000,00
ALEXANDER MOLINA	TRANSPORTE MATERIALES A LOS NARA	9295273	1.331.854,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE VERTICAL DE CARGA	8060087751	52.208.000,00
ALFREDO ROCHA MONTES	TRANSPORTE BASURA A BARRANQUILLA	870564	900.000,00
ALFREDO ROCHA MONTES	TRANSPORTE INTERNO DE BASURA	870564	175.000,00
ALFREDO ROCHA MONTES	TRANSPORTE INTERNO DE BASURA	870564	0,00
FERRETERIA ALEMANA / REINHOLD OS	MATERIALES DE CONSTRUCCION	6804465841	2.170.780,00
ANTONIO MARIMON MEDRANO	ESTUDIO DE SUELOS EVALUACION AMB	9062308	5.945.500,00
JOSE RICARDO VICARIA B.	TRANSPORTE INERTES A BARRANQUILL	9290314	1.380.000,00
JOSE MIGUEL MEDRANO CERA	CONSTRUCCION FILTROS	9061024	4.432.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE VERTICAL DE CARGA	8060087751	13.452.000,00

FUMIGACIONES DEL LITORAL	FUMIGACION EN LA PLANTA	731055317	1.500.000,00
ANTONIO MARIMON MEDRANO	ENSAYO HUMEDAD, ANALISIS LIXIVIA	9062308	565.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	MANTENIMIENTO DE FILTROS	8060087751	15.357.984,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE VERTICAL DE CARGA	8060087751	3.264.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE VERTICAL DE CARGA	8060087751	940.000,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	TRANSPORTE INERTES A BARRANQUILL	8060087751	4.050.000,00
TRIPLE AAA	DISPOSICION FINAL DE RESIDUOS	8001359131	4.773.600,00
CORPORACION PARA EL DESARROLLO I	CORP. P/DESARROLLO MAYOR VALOR P	8060102225	0,00
MORON INGENIERIA LTDA	OBRAS CIVILES EN LA CONCORDIA	8060013945	17.940.083,00
FUMIGACIONES DEL LITORAL	FUMIGACION CONTROL PLAGAS EN PLA	731055317	1.600.000,00
ASEO URBANO S.A. E.S.P.	VENTA GEOMEMBRANA, GEOTEXTIL	8070050208	0,00
ASEO URBANO S.A. E.S.P.	VENTA GEOMEMBRANA, GEOTEXTIL	8070050208	0,00
jairo tinoco	REEMBOLSO MANEJO LIXIVIADO	73091591	1.564.000,00
SAMUEL BOSSA	AJUSTE CUENTAS POR PAGAR Y ANTIC	730920554	0,00
SAMUEL BOSSA	AJUSTE CUENTAS POR PAGAR Y ANTIC	730920554	0,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	NOTA CREDITO MAYORES VALORES COB FAC 517 Y 510	8060087751	0,00
CENTRO DE APOYO LOGISTICO LTDA	NOTA CREDITO MAYOR VALOR COBRADO	8060087751	0,00
SALA S.A. E.S.P.	PAGO TRANSACION FACTURAS CENTRO DE APOYO LOGISTICO	1	0,00
HIDALGO Y BLANCO CIA LTDA	ELECTRIFICACION INST PLANTA	8060031962	16.600.000,00
JENNIFER MARIA MARTINEZ ANGULO	MATERIALES PARA LAMPARAS	0	100.000,00
VIGILANTES MARITIMA COMERCIAL LT	SERVICIO VIGILANCIA ADICIONAL	73095394	453.813,00
EMAS S.A. E.S.P.	DOTACION ENVADA DE MANIZALES	8002491745	8.390.400,00
EMAS S.A. E.S.P.	TRANSPORTE CARGA PLANTA ELEC	8002491745	800.000,00
EMAS S.A. E.S.P.	MATERIALES PLANTA ELECTRICA	8002491745	3.432.995,00
SALA S.A. E.S.P.	GASTOS POR ASESORIA GENERAL	0	8.836.642,00
SALA S.A. E.S.P.	PREOPERATIVOS PAPELERIA	0	926.290,00
SALA S.A. E.S.P.	GASTOS PREOPERATIVOS DE SALA	8300209143	65.819.263,00
GEOMEMBRANAS LTDA	FA 3089 03.04.22	8300088723	3.231,00
GUSTAVO JULIO	TRANSPORTE MATERIAL	18	40.000,00
DAGOBERTO BLANCO OLIVO	CAL	73114483	50.000,00
DAGOBERTO BLANCO OLIVO	CAL	73114483	40.000,00
ELECTRISA	ARRANCADOR DE 2.5	797779496	80.000,00
ALMA ROSA MARTINEZ SIERRA	SUCHE, FUSIBLES		10.200,00
CALYPSO BARRANQUILLA LTDA	POLISOMBRA Y POLIPROPILENO	8600397949	3.487.700,00
<b>SUBTOTAL CARGOS DIFERIDOS</b>			<b>1.462'950.907,00</b>

<b>Gastos no reconocibles</b>	<b>209'073.978,00</b>
<b>SUB TOTAL GASTOS RECONOCIBLES</b>	<b>1.253'876.929,00</b>
	<b>0</b>
Menos gastos disposición de inertes	<b>120'130.750,00</b>
Menos gastos exigencias ambientales	<b>285'530.667,00</b>
<b>TOTAL RECONOCIBLES COMO DIFERIDOS</b>	<b>848'215.512,00</b>

De los costos ocasionados por disposición de inertes en el relleno Henequén de Barranquilla sólo aparece demostrada, contablemente, la suma de: \$120.130.750,00, que ha de reconocerse;

Para efectos de los costos de clausura y posclausura del predio La Concordia, se reconocerá hasta la suma de \$ 480.000.000,00, cuantía relacionada por la Convocante, reajustada con la fórmula que viene expresada y solo en la medida en que TIRSA E.S.P., acredite haberse gastado. Por modo que, si los costos de la clausura y posclausura, fueren superiores, este mayor costo será asumido por la Parte Convocante;

Por estar demostrado en el expediente con certificaciones y comunicaciones emitidas por la EPA, entidad que ejerció la Interventoría del Contrato DAMA 001-2002, habrá de reconocerse la suma de \$ 285.530.667,00, con cargo a obras civiles relacionadas con la alternativa tecnológica y exigidas por las autoridades ambientales;

Los costos de funcionamiento durante la suspensión del contrato, por no haberse discriminado y demostrado, no podrá el Tribunal reconocerlos, al igual que el lucro cesante durante el mismo período;

Para la adquisición del predio la Concordia y los gastos legales de adquisición, conforme con lo que viene expresado, se reconocerá en cuantía de \$177.630.000 por el valor del predio y \$3.545.870 como gastos legales y registro, pago que estará sometido a la condición de que la Convocante tramite y obtenga, de manera previa, la cancelación del embargo que se encuentra inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria así como la liberación del predio de cualquier otra limitación del derecho de dominio;

Los costos diferidos, una vez deducidas aquellas partidas que a juicio del Tribunal no son pertinentes, se reconocen en la suma de \$ 848.215.512,00;

En relación con los equipos, como viene dicho, solo se reconocerá el valor del horno incinerador, cuya cuantía es de \$269.874.855,00, condicionada a la nacionalización correspondiente y la consiguiente tradición del dominio del mismo a favor del DISTRITO;

#### **15.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCION Y SU VALORACION PROBATORIA.**

Como ya se explicó, en el expediente se encuentra probada la obligación que pesa a cargo de la Convocante, respecto de cuya exigibilidad hizo expresa salvedad y reserva la Convocada, para efectos de que se ejecuten las labores de clausura y posclausura del lote denominado "La Concordia", razón por la cual el Tribunal encuentra que dicha pretensión está llamada a prosperar y, por tanto, sobre este particular realizará los pronunciamientos correspondientes.

## 16.- LA EXCEPCIÓN DE MERITO DE LA CONVOCADA FRENTE A LA DEMANDA PRINCIPAL.

Se interpone por parte del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, la excepción de contrato no cumplido.

Esta excepción no está llamada a prosperar en tanto y en cuanto, como ya se ha destacado y se encuentra suficiente y regularmente probado en el expediente, el contrato no terminó por incumplimiento de alguna de las partes o por su defectuosa, incorrecta o incompleta ejecución, sino que terminó, como lo consigna la parcialmente transcrita ACTA DE TERMINACION BILATERAL DEL CONTRATO DAMA 001-2002, suscrita el día 16 de Mayo de 2003, por decisión conjunta, libre y voluntaria de los contratantes, quienes con el propósito reflexivo de que su manifestación produjera efectos en el mundo del Derecho, manifestaron: *"Por lo expuesto las partes, ACUERDAN: - PRIMERO: Dar por terminado, de manera anticipada y de mutuo acuerdo el contrato DAMA 001-2002 celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y la empresa Tratamiento Integral de Residuos Sólidos S.A. E.S.P. TIRSA E.S.P."*

En consecuencia, se declarará no probada esa excepción.

## 17.- LAS EXCEPCIONES DE MERITO DE LA CONVOCANTE FRENTE A LA DEMANDA DE RECONVENCION.

EL DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS demandó, en reconvención, a la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SOLIDOS S.A. E.S.P., "TIRSA E.S.P.", y solicita, básicamente, que se declare el incumplimiento del contrato DAMA 001-2002, incumplimiento sobre el cual fundamenta sus peticiones con excepción de la referente a que se condene a TIRSA E.S.P., a realizar las labores de clausura y posclausura y a ejecutar la limpieza y saneamiento ambiental del lote "La Concordia" ubicado en la Vereda Bajo del Tigre del Corregimiento de Pasacaballos.

Para resolver se tienen las mismas consideraciones tantas veces expuestas, esto es que las Partes decidieron superar bilateralmente cualquier diferencia en relación con la ejecución del contrato mediante el acuerdo de terminación conjunta, libre y voluntaria del mismo, razón por la cual no están llamadas a prosperar a las peticiones que conlleven a declaraciones de incumplimiento del contrato y a su consecuencial pago de perjuicios, por cuanto, como ya viene dicho, no se encuadran dentro del marco dentro del cual debe resolver el Tribunal y solo resolverá, en la forma en que viene considerada anteriormente, lo relativo a la clausura, posclausura, y limpieza del predio, absteniéndose de volver sobre lo mismo.

Así pues, ante la imposibilidad de que prosperen las pretensiones de declaratoria de incumplimiento del contrato, carece de sentido, por sustracción de materia, decidir sobre la prosperidad de las excepciones estructuradas en relación con el supuesto incumplimiento del contrato por parte de quien solicita esa clase de declaraciones.

Por lo anteriormente expuesto, cuyo análisis en extenso se hizo en otro acápite del Laudo, se declararán no probadas las excepciones 1, 1.1, 2, 4, 5 y 6 propuestas por la Convocante en su escrito de contestación a la reforma de la demanda de reconvención.

También aparece, distinguida con el número 3, la denominada *"Excepción principal de presunción de legalidad del acuerdo de terminación bilateral del Contrato DAMA-01-2002. Efectos transaccionales de este acuerdo"*, con base en la cual la propia Convocante manifiesta que por razón y con ocasión de la celebración del acuerdo bilateral de terminación anticipada del contrato *"... no tiene en consecuencia cabida en el presente proceso una discusión sobre incumplimientos del contratista, los cuales materialmente fueron excluidos por las partes"*.

Esa argumentación coincide con las apreciaciones que ha expuesto el Tribunal, además de que se encuentra probado en el expediente el acuerdo de terminación bilateral del contrato que, efectivamente, determina –como se ha venido reiterando-, la improcedencia de discutir y menos decidir sobre los incumplimientos del contratista, razón por la cual habrá lugar a que prospere esta excepción.

### III.- PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento, constituido para dirimir en derecho las controversias patrimoniales entre la sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SOLIDOS S.A. E.S.P., - TIRSA S.A. E.S.P.-**, por una parte y, por la otra, el **DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO:** Declarar que no prosperan las objeciones por error grave que formuló la parte Convocada **DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, contra el dictamen pericial en materia ambiental y sus correspondientes aclaraciones, rendido por el doctor Manuel Felipe Olivera Ángel.

**SEGUNDO:** Como directa consecuencia de la anterior declaración, ordénase la entrega, a favor del perito ambiental, de los honorarios decretados por la elaboración de su dictamen pericial.

**TERCERO:** Declarar no probada la excepción de contrato no cumplido formulada por la entidad Convocada **DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**.

**CUARTO:** Declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por la entidad Convocante sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SOLIDOS S.A. E.S.P. -TIRSA S.A. E.S.P.-**, distinguidas con los numerales 1, 1.1, 2, 4, 5 y 6 del escrito de contestación a la reforma de la demanda de reconvenCIÓN, denominadas: "1.- Excepción principal de ausencia de incumplimiento del contrato por parte de TIRSA SA ESP, en virtud del expreso reconocimiento de esta situación a través de acto administrativo en firme"; "1.1. Excepción subsidiaria de ausencia de sanción administrativa de la autoridad ambiental respecto de mi poderdante"; "2.- Excepción principal de incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del "DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS" DENTRO DEL Contrato de Concesión DAMA-01-2002"; "4.- Excepción principal de imposibilidad de exigibilidad de las obligaciones contractuales supuestamente incumplidas del contrato DAMA-01-2002"; "5.- excepción principal de imposibilidad de exigibilidad de las obligaciones contractuales supuestamente incumplidas del contrato DAMA-01-2002 por falta de los requisitos de los artículos 1541 y 1542 del código civil"; "6.- Inexistencia de consecuencias del posible incumplimiento sobre la devolución de lo debidamente invertido en la ejecución del contrato y que debe ser recuperado por la vía de tarifa".

**QUINTO:** Declarar probada la excepción de fondo formulada por la Convocante sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SOLIDOS S.A. E.S.P. -TIRSA S.A. E.S.P.-**, distinguida con el numeral 3 de su memorial de contestación a la reforma de la demanda de reconvenCIÓN, denominada: "3.- Excepción principal de presunción de legalidad del acuerdo de terminación bilateral del Contrato DAMA-01-2002. Efectos transaccionales de este acuerdo".

**SEXTO:** Por las razones expuestas en la parte motiva, téngase como sospechosa la declaración testimonial rendida por el doctor Santiago Pieschacón, de conformidad con la tacha efectuada por la Parte Convocada.

**SEPTIMO:** Desestímase la tacha de sospecha formulada por la Parte Convocada en relación con las demás declaraciones testimoniales decretadas y recibidas durante el curso del proceso arbitral.

**OCTAVO:** De conformidad con la pretensión distinguida con el numeral 1 de la demanda arbitral, a cuya prosperidad parcial se accede, declarase que la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SOLIDOS S.A. E.S.P. –TIRSA S.A. E.S.P.-, incurrió en costos e inversiones necesarios para el desarrollo de la alternativa transitoria y provisional adjudicada por el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, sumas que no fueron reconocidas en el acta de liquidación.

**NOVENO:** De conformidad con la pretensión distinguida con el numeral 3 de la demanda arbitral y como consecuencia de la anterior determinación, declarase que la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SOLIDOS S.A. E.S.P. –TIRSA S.A. E.S.P.-, incurrió en costos, gastos e inversiones para el cumplimiento del Contrato, lo cual se hizo a favor del servicio y para ser aprovechados por el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y éste no los reconoció al momento de la liquidación del contrato, en lo que ha resultado probado dentro del proceso.

**DECIMO:** De conformidad con la pretensión distinguida con el numeral 4 de la demanda arbitral a cuya prosperidad parcial se accede y como consecuencia de las declaraciones que anteceden, condéñese al **DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS** al reconocimiento y pago, a favor de la sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SOLIDOS S.A. E.S.P. –TIRSA S.A. E.S.P.-**, de las sumas que debieron ser objeto de reconocimiento en la liquidación del contrato de concesión DAMA-001-2002 y que, a la vez, fueron materia de salvedades o reservas por parte de la Convocante, con arreglo a los siguientes conceptos y en las cuantías que se precisan a continuación:

10.1.- Por concepto de disposición final de inertes:	\$ 120'130.750
10.2.- Por concepto de exigencia de autoridades ambientales:	\$ 267'716.558
10.3.- Por adquisición del predio La Concordia	\$ 177'630.000
10.4.- Por estampilla prodesarrollo	\$ 891.370
10.5.- Por impuesto de registro	\$ 1'766.300
10.6.- Registro compra lote La Concordia	\$ 888.200
10.7.- Por concepto de gastos diferidos no amortizados	\$ 866'029.621
10.8.- Por concepto de horno incinerador	\$ 269'824.855

**DECIMO PRIMERO:** Condíñase el pago y efectividad de las sumas relacionadas en el numeral anteriores 10.8, correspondientes a la recuperación de la inversión efectuada por la Convocante en la adquisición del horno incinerador, a la debida y completa nacionalización del mismo, independientemente de que los aranceles, gastos e impuestos de tal nacionalización deban ser asumidos o reembolsados por la Convocada, así como a la entrega material de dicho horno y la correspondiente tradición de su dominio.

**DECIMO SEGUNDO:** Condíñase el pago y efectividad de las sumas relacionadas en los numerales anteriores 10.3, 10.4, 10.5 y 10.6, correspondientes a la recuperación de la inversión efectuada por la Convocante en la adquisición del predio "La Concordia" y los correspondientes gastos de impuestos y registro, a la inscripción del presente Laudo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena de Indias, según se dispondrá adelante en el numeral que sigue, **DECIMO TERCERO** de ésta parte resolutiva, previo levantamiento que la propia Convocante deberá gestionar y obtener respecto del embargo que afecta el folio de matrícula inmobiliaria allegado al expediente, distinguido con el número 060-46916, así como al levantamiento previo de cualquier otra limitación del dominio que afectare la propiedad del predio en cuestión.

**DECIMO TERCERO:** Una vez protocolizado el presente Laudo en una Notaría del Circuito de Cartagena de Indias, regístrese una copia del mismo en el folio de matrícula inmobiliaria 060-46916 correspondiente al predio denominado "La Concordia", en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la misma ciudad.

**DECIMO CUARTO:** De conformidad con la pretensión 1.1.4 de la demanda de reconvención, declarase que la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P. TIRSA E.S.P. tiene la obligación de realizar las labores de clausura y posclausura del lote "La Concordia" en los términos consagrados en el parágrafo 2 de la cláusula primera del contrato DAMA-001-2002, en armonía con las precisiones realizadas en el parágrafo del numeral segundo de la parte resolutiva o definitoria del documento de liquidación bilateral suscrito en septiembre 15 de 2003.

**DECIMO QUINTO:** Como consecuencia de la declaración que antecede y de conformidad con la pretensión distinguida con el numeral 1.2.5 de la demanda de reconvención, ordénase a la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P., -TIRSA E.S.P.-, proceder a realizar las labores de clausura y posclausura del lote "La Concordia", en los términos consagrados en el parágrafo 2 de la cláusula primera del contrato DAMA-001-2002, en armonía con las precisiones realizadas en el parágrafo del numeral segundo de la parte resolutiva o definitoria del documento de liquidación bilateral suscrito en septiembre 15 de 2003.

**DECIMO SEXTO:** Ordénase al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS reconocer y pagar, a favor de la sociedad TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P., -TIRSA E.S.P.-, el monto que ésta acredeite por razón y con ocasión de la ejecución de las labores de clausura y posclausura del lote "La Concordia", sin superar el monto máximo de \$ 480'000.000 del mes de Septiembre de 2003, actualizada hasta la fecha de terminación de las labores.

**DECIMO SEPTIMO:** Las sumas anteriormente relacionadas en la parte resolutiva del presente Laudo deberán actualizarse entre la fecha del 15 de septiembre de 2003 y la fecha de expedición de la presente providencia, de conformidad con la fórmula que se indica a continuación:

$$\text{Suma a actualizar} \times \text{IPC final} \\ \text{Suma actualizada} = \frac{\text{IPC inicial}}{\text{IPC final}}$$

En donde:

IPC inicial (septiembre de 2003) = 0,22

IPC final (febrero de 2005) = 1,02

**DECIMO OCTAVO:** A partir de la ejecutoria del Laudo, se dará cumplimiento al mismo en los términos consagrados en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

**DECIMO NOVENO:** Sin costas, por haber prosperado, de manera parcial, pretensiones de cada una de las Partes.

Sin embargo, de conformidad con los dictados del artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, en la medida en que la entidad Convocada **DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS** no pagó en la oportunidad legal la parte que le correspondía por concepto de honorarios de árbitros, secretario y gastos de administración del Tribunal de Arbitramento y no ha efectuado el reintegro de las mismas a favor de la Convocante sociedad **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P., -TIRSA E.S.P.-**, se condena a dicha entidad pública Convocada a pagar, a favor de la sociedad Convocante, la suma de \$ 144'468.440.00.

Del total de esa cuantía, la cantidad de \$ 109'757.592,00, devengará intereses de mora a la tasa más alta autorizada, los cuales se causarán desde el dia 14 de abril de 2004, fecha en que venció el plazo legal con que contaba la Convocada para realizar la consignación correspondiente y hasta el momento en que efectivamente cancele la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo; la cuantía de \$ 34'710.848,00, igualmente devengará intereses moratorios a la tasa más alta autorizada, pero desde el dia 1 de junio de 2004, fecha en que venció el plazo para la realización de la consignación correspondiente y hasta el momento en que efectivamente se cancele la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo.

**VIGESIMO:** Negar las demás pretensiones formuladas por la Convocante **TRATAMIENTO INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS S.A. E.S.P., -TIRSA E.S.P.-**, en su demanda arbitral.

**VIGESIMO PRIMERO:** Negar las demás pretensiones formuladas por la entidad Convocada **DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, en su demanda de reconvención.

**VIGESIMO SEGUNDO:** Expidanse copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes y al representante de la Procuraduría General de la Nación, con las constancias de ley (artículo 115-2 del C. de P. C.).

**VIGESIMO TERCERO:** Protocolícese, por el Presidente del Tribunal, el expediente contentivo de este Laudo, ante una de la notarías del Círculo de Cartagena de Indias, con cargo al rubro de protocolizaciones, efecto para el cual se previene a las Partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

Dado en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, a los 11 días del mes de marzo de 2005.

**RODRIGO V. MARTINEZ TORRES**  
Presidente

**HERNANDO HERRERA MERCADO**  
Árbitro

**MAURICIO FAJARDO GOMEZ**  
Árbitro

**CARLOS EDUARDO PAREJA EMILIANI**  
Secretario