

CONTRATOS DE CONCESIÓN - Ley 80 de 1993 - Entidades estatales - concesionario

Conforme al artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993, son contratos de concesión aquellos 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. También comprenden todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, las cuales deben ejecutarse 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.

DECRETO 367 DE 1995 – Concesión - Autonomía financiera, administrativa y técnica

El reglamento de la concesión adoptado mediante el Decreto 367 de 1995, incorporado al contenido contractual conforme al literal d) de la cláusula XLII. El segundo inciso de la cláusula II, relativa al objeto, estableció que “el Concesionario, por su cuenta y riesgo, ejecutará todas las tareas necesarias y suficientes para cumplir a cabalidad con el objeto del contrato”.

En esa misma línea, el reglamento de la concesión —incorporado al contenido contractual conforme al literal d) de la cláusula XLII— estableció que “con el fin de lograr una adecuada prestación de los servicios, el concesionario gozará de autonomía financiera, administrativa y técnica, manteniéndose siempre bajo las condiciones fijadas en este reglamento y en el contrato de concesión”; y que “deberá realizar sus actividades operativas enmarcadas dentro del contexto de protección del medio ambiente, tanto en sus instalaciones, mediante la limpieza y mantenimiento de estas, como en la operación técnica de sus diferentes actividades”.

EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Riesgos – Restablecimiento del equilibrio económico – Situaciones extraordinarias

El “equilibrio de la ecuación económica del contrato” y la “equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar”, así como el derecho a su restablecimiento cuando se rompa o altere por causas no imputables a quien resulte afectado, no pueden determinarse sin atender a la distribución de riesgos contractuales. Como ha señalado la Subsección, la voz riesgo alude a circunstancias externas a las partes del negocio jurídico, que resultan identificables y cuantificables, y que pueden modificar los resultados económicos esperados, tanto en los ingresos como en los costos.

Así entendido, el riesgo tiene una doble dimensión: su materialización puede generar tanto efectos desfavorables —v. gr., un incremento de costos— como

efectos favorables —la disminución de estos—. Por ejemplo, en un contrato de obra a precio global, el constructor asume el riesgo de mayores o menores cantidades de obra. Si las cantidades realmente ejecutadas resultan ser menores a las previstas al momento de proponer, el constructor obtendrá, ceteris paribus, un retorno mayor porque sus costos directos serán inferiores a los inicialmente estimados, sin que por ello la entidad comitente pueda abstenerse de pagar el precio total, salvo pacto en contrario. Con todo, la concreción del riesgo también puede producir efectos desfavorables cuando resulta necesario ejecutar una mayor cantidad de obra. En tal caso, el contratista debe soportar el efecto, sin que sea procedente reclamar a la entidad el pago de sumas adicionales.

CONTRATO ESTATAL- Riesgo – Costo - Oferente - Ley 80 de 1993, artículo 27.

El oferente que asume un riesgo calcula —diligentemente debe hacerlo— la probabilidad de su ocurrencia y su impacto sobre los flujos esperados, con el fin de determinar el costo de asumir la contingencia y definir el valor de su oferta. Por esta razón, la oferta económica debe reflejar la asunción de riesgos, ya que su distribución busca que la parte que los asuma soporte los efectos de su eventual materialización. De este modo, los riesgos asignados forman parte de la equivalencia entre derechos y obligaciones surgida al momento de proponer o contratar (Ley 80 de 1993, art. 27). Considerado el riesgo asignado como componente integral de las condiciones económicas pactadas inicialmente, su concreción no altera el equilibrio financiero del contrato, pues se entiende que su ocurrencia y efectos ya estaban incorporados en la ecuación que determinó dicho equilibrio. En consecuencia, sus efectos deben ser asumidos, dentro de los límites acordados, por la parte a la que se le asignó y así aceptó al contratar.

LICENCIA AMBIENTAL - Artículo 2º del Decreto 1753 de 1994 - Otorgamiento

Conforme al artículo 2º del Decreto 1753 de 1994, la licencia ambiental se entendía como la autorización previa otorgada mediante acto administrativo a una persona para la ejecución de un proyecto, obra o actividad que, conforme a la ley y los reglamentos, pudiera causar deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil veinticinco (2025)

Expediente: 25000233600020020179402 (69.317)
Demandante: COOTRANSFUN y otro
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: CONTRATO DE CONCESIÓN - Las adecuaciones de la infraestructura requeridas para garantizar dicha prestación —entre ellas, la construcción del nuevo horno crematorio—, así como las demás actividades necesarias para cumplir las obligaciones asumidas, debían ejecutarse por cuenta y riesgo del Concesionario, conforme a la definición legal del contrato. / PRUEBA DE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Ni el dictamen pericial ni las demás pruebas del expediente acreditan que, en el balance global del contrato, se haya producido un resultado contable neto negativo o —desde la perspectiva financiera propia de las concesiones— que las inversiones y costos asumidos por el Concesionario no pudieran recuperarse con los ingresos derivados de la explotación del servicio. Ello habría requerido, por ejemplo, un flujo de caja consolidado del proyecto y la verificación de que su valor presente neto (VPN), descontado a la tasa interna de retorno prevista en la oferta.

Cumplido el trámite de ley, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La controversia se refiere a un contrato de concesión celebrado para la administración y operación de los cementerios de propiedad del Distrito Capital. El concesionario solicitó la reparación de los perjuicios por el retraso en la construcción de un horno crematorio. Adicionalmente, pidió que se ordenara el pago de una compensación por la alteración del equilibrio económico del contrato, ocasionada por el incremento extraordinario en el costo del servicio de recolección de residuos durante su ejecución.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. El 3 de agosto de 2022, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, profirió la siguiente decisión:

“PRIMERO: DECLARAR probada la CADUCIDAD DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN presentada por el Distrito Capital – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos (UESP), de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: LIQUIDAR JUDICIALMENTE el contrato de concesión No. 005 de 1995 en el sentido de NO RECONOCER suma alguna de dinero a la Cooperativa de Trabajo Asociados del Futuro – COOTRASFUN, en calidad de integrante del consorcio COOTRASFUN – Carlos J. Silva Bernal, respecto de los gastos reclamados en este proceso judicial por los motivos expuestos en la presente sentencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia

CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiera, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente”¹.

2. La sentencia impugnada resolvió la demanda presentada por la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro (en adelante, “COOTRANSFUN”), integrante del Consorcio COOTRANSFUN – Carlos Silva Bernal (en adelante, el “Concesionario”), contra el Distrito Capital – Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (en adelante, la “UESP”)², así como la demanda de reconvención formulada por esta última.

Demanda principal

3. COOTRANSFUN solicitó que se declarara que la UESP incumplió su obligación de liquidar el Contrato de Concesión 005 de 1995 (pretensión 1ª). También pidió que se reconociera que, en dicha liquidación, la UESP debía incluir dos conceptos: (i) los mayores gastos que asumió en la construcción del horno crematorio del cementerio sur, derivados de la conducta negligente de la entidad en la obtención de licencias y del plan de manejo ambiental, y (ii) las mayores sumas que pagó por la prestación del servicio de recolección de basuras y residuos sólidos, en comparación con las previsiones iniciales (pretensión 2ª)³.

4. Consecuencialmente, solicitó que se liquidara judicialmente el contrato, reconociendo al Concesionario las sumas que resultaran probadas por los siguientes conceptos: (i) los mayores costos asociados a la construcción del horno crematorio, (ii) los perjuicios derivados del retraso en el inicio de su operación y (iii) las mayores sumas pagadas por la recolección de basuras. Finalmente, demandó que se ordenara el pago de la condena conforme a las reglas del Código Contencioso Administrativo (“CCA”) y que se condenara a la UAESP al pago de las costas.

5. En apoyo de sus pretensiones, relató los siguientes hechos:

¹ Cuaderno CE, pp. 1288 – 1318.

² El Alcalde Mayor de Bogotá, mediante Decreto 782 de 1994, creó la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos como una dependencia de la Alcaldía Mayor con el mismo nivel y jerarquía administrativa que las Secretarías del Despacho. Posteriormente, en virtud del Acuerdo Distrital 257 de 2006 (artículo 113), el Concejo Distrital transformó la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, la cual pasó a denominarse Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos. Según el artículo 116 de este acuerdo, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos está organizada como unidad administrativa especial del orden distrital del sector descentralizado por servicios, de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita a la Secretaría Distrital del Hábitat (c. ppal 2, pp. 898-899). El artículo 120 del citado Acuerdo también precisó que “para todos los efectos, las actuaciones administrativas adelantadas con anterioridad.

³ C. ppal, pp. 2 – 26.

6. El 2 de marzo de 1995, la UESP abrió una licitación pública para adjudicar un contrato de concesión para que el contratista, por su cuenta y riesgo, se encargara de la administración, operación y mantenimiento —por un plazo de cinco años— de los cementerios y hornos crematorios del Distrito Capital. En el pliego de condiciones, la entidad no incluyó como obligación del futuro concesionario la construcción de nuevos hornos crematorios. No obstante, al describir el globo A del cementerio sur, indicó que en dicho inmueble “se *podría ubicar un horno crematorio*”.
7. El Concesionario incluyó en su propuesta la construcción de un nuevo horno crematorio en el cementerio sur. Asimismo, incorporó en las proyecciones económicas de su oferta los costos asociados a dicha obra, a fin de recuperar la inversión durante la ejecución del contrato mediante la explotación del servicio. La UESP aceptó integralmente la propuesta y, el 7 de julio de 1995, suscribió el contrato de concesión 005 de 1995.
8. El 6 de mayo de 1996, el Concesionario inició la construcción de las obras civiles del nuevo horno crematorio. Sin embargo, el 1º de diciembre del mismo año, el Departamento Administrativo de Medio Ambiente (en adelante, “DAMA”) expidió la Resolución 632, mediante la cual ordenó suspender la obra hasta que se obtuviera la licencia ambiental correspondiente.
9. Para obtener la licencia ambiental era necesario implementar un plan de manejo ambiental (en adelante, “PMA”), cuya preparación y presentación ante el DAMA correspondía a la UESP. El Concesionario solicitó a la entidad el cumplimiento de dicha obligación; sin embargo, ésta se negó a gestionarla alegando que era responsabilidad del contratista. Solo hasta el 15 de octubre de 1998, la UESP inició el proceso de contratación del PMA del cementerio sur.
10. El 6 de octubre de 1999, tras la presentación del PMA, el Concesionario pudo reiniciar las obras de construcción del nuevo horno, las cuales concluyeron el 3 de noviembre del mismo año. El retardo de la UESP en presentar el PMA ante el DAMA ocasionó que el Concesionario incurriera en mayores costos para la construcción de las obras civiles, así como para la fabricación y puesta en marcha del nuevo horno crematorio.
11. Por otra parte, durante la ejecución del contrato, la Empresa Comercial de Servicios de Aseo Ltda. reclasificó el cementerio como gran productor de basura. Esta decisión provocó un aumento anormal en el valor de los servicios facturados por concepto de recolección de residuos, el cual no podía preverse al momento de presentar la oferta.
12. El 6 de julio de 2000 se terminó el contrato de concesión por vencimiento del plazo de ejecución. Dentro del término pactado para su liquidación bilateral no se logró un acuerdo.

13. Como fundamento jurídico de sus pretensiones, el demandante invocó las normas del Código Civil atinentes a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones contractuales. Asimismo, citó las disposiciones de la Ley 80 de 1993 que regulan la responsabilidad contractual y las que consagran el derecho del contratista a que se mantenga la equivalencia entre derechos y obligaciones surgida al momento de proponer o contratar. Por último, citó el artículo 25 de la misma Ley, señalando que la UESP incumplió su obligación legal de planear adecuadamente el proyecto y contar con las licencias y permisos ambientales necesarios para que se pudiera adelantar la construcción del nuevo horno crematorio, antes de la apertura de la licitación.

Contestación de la demanda

14. La UESP se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda. Propuso la excepción de cláusula compromisoria y alegó que el Concesionario había convocado un tribunal arbitral y promovido una demanda contra la entidad, en la que solicitó el pago de las mismas sumas reclamadas en este proceso, aunque sin pedir la liquidación del contrato. Explicó que, ante la negativa del Concesionario a cubrir los honorarios de los árbitros, el tribunal cesó en sus funciones y, con ello, se extinguieron los efectos del pacto arbitral, lo que permitió acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero únicamente respecto de las pretensiones indemnizatorias. Sostuvo que la cláusula compromisoria conservaba eficacia frente a la pretensión de liquidación judicial, por cuanto esta no fue objeto del proceso arbitral.

15. Asimismo, propuso la excepción de caducidad de la acción, señalando que esta había operado respecto de las pretensiones relacionadas con la indemnización de perjuicios por las demoras en la construcción del nuevo horno crematorio y la compensación por el aumento en el costo del servicio de recolección de residuos. En sustento de esta tesis, afirmó que los efectos del pacto arbitral se extinguieron cuando ya se había cumplido el plazo legal para ejercer la acción, por lo que las mencionadas pretensiones no podían ser decididas por la jurisdicción contencioso-administrativa.

16. Sostuvo que el retraso en la construcción del nuevo horno crematorio era imputable exclusivamente al Concesionario. Explicó que la demora obedeció a que el contratista tardó en elaborar el estudio de impacto ambiental (en adelante, "EIA"), necesario para obtener la licencia ambiental requerida para ejecutar la obra. Añadió que dicha licencia no se confundía con el PMA exigido a la UESP para todos los cementerios del Distrito Capital. Finalmente, señaló que la mora en la puesta en operación del nuevo horno dio lugar a la imposición de una multa mediante la Resolución 054 de 1998, confirmada por la Resolución 080 del mismo año.

17. Adujo que no se configuró un incumplimiento en la obligación de liquidar el contrato, toda vez que, durante el término legal para efectuar la liquidación unilateral, el Concesionario convocó un tribunal arbitral y formuló pretensiones de contenido patrimonial, lo que impedía a la entidad efectuar el balance final del negocio jurídico. Finalmente, sostuvo que no era procedente reconocer una

compensación por el incremento en el costo del servicio de recolección de residuos, por tratarse de una circunstancia previsible al momento de presentar la oferta. Añadió que dicho riesgo debía ser asumido por el contratista, habida cuenta de su experiencia en la administración de cementerios y en la prestación de servicios funerarios.

Vinculación e intervención de litisconsorte necesario

18. En auto del 2 de octubre de 2002, corregido mediante providencia del 22 de octubre del mismo año, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca citó al proceso a Carlos Jorge Silva Bernal como litisconsorte necesario por activa, al ser el segundo integrante del consorcio que celebró el contrato de concesión objeto del litigio (en adelante, el “Litisconsorte”)⁴. En memorial presentado durante la fijación en lista de la demanda, manifestó *“insistir favorablemente en las pretensiones, hechos, fundamentos y pruebas de la demanda contractual”*; además, aportó documentos y solicitó pruebas adicionales, pero no formuló pretensiones autónomas⁵.

Demanda de reconvencción

19. El 22 de mayo de 2003, la UESP presentó demanda de reconvencción contra el Concesionario⁶. Como pretensión principal, la UESP solicitó que, *“en el evento que la jurisdicción decida que puede conocer de fondo sobre las pretensiones del demandante original y accede a liquidar el contrato”*, se reconozcan e incorporen en dicha liquidación las sumas reclamadas en la demanda presentada el 5 de diciembre de 2002 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En subsidio de lo anterior y para el caso en que *“el tribunal arbitral de que trata la pretensión principal (...) declare que no tiene competencia para conocer del litigio, o de cualquier otra forma el proceso arbitral pierda su eficacia, de tal manera que no se produce laudo en ese proceso”*, la UAESP formuló el siguiente grupo de pretensiones:

20. Solicitó que se declare que el Concesionario y sus integrantes son solidariamente responsables por los siguientes hechos constitutivos de incumplimiento contractual: (1ª) la obtención de un beneficio económico por el uso del globo B del cementerio central durante un periodo superior al pactado; (2ª) el impago de la cuota de depreciación de los bienes entregados en concesión; (3ª) el cobro anticipado, sin autorización contractual, de valores por concepto de aseo y mantenimiento de áreas comunes; (4ª) el cobro de sumas no autorizadas en los documentos tarifarios de servicios funerarios; (5ª) la omisión en la entrega del inventario físico de las bóvedas y demás elementos del cementerio; y (6ª) la omisión en el pago de los servicios de acueducto y alcantarillado causados durante la ejecución del contrato.

⁴ C. ppal, p. 34.

⁵ C. ppal, pp. 233 – 242.

⁶ C. 3, pp. 43 – 75.

21. En apoyo de sus pretensiones, relató los siguientes hechos —adicionales a los indicados en la demanda principal—:

22. El Concesionario realizó inhumaciones en el globo B del cementerio central hasta marzo del año 2000. Sin embargo, conforme al pliego de condiciones y al reglamento de la concesión, aprobado mediante el Decreto 367 de 1995, solo tenía derecho a prestar servicios y percibir los ingresos correspondientes durante el primer año de la concesión, es decir, hasta el 7 de julio de 1996. Por lo tanto, obtuvo un beneficio económico adicional sin realizar reconocimiento alguno a la UAESP. Además, el Concesionario asumió la obligación de pagar mensualmente una suma por concepto de la depreciación de los bienes entregados, compromiso que no cumplió durante la ejecución del contrato.

23. En el reglamento de la concesión, el Alcalde Mayor de Bogotá fijó las tarifas de los servicios prestados por el concesionario y estableció pagos anuales por concepto del servicio de aseo y mantenimiento de las áreas comunes. A pesar de ello, el Concesionario cobró estos servicios por anticipado al momento de las inhumaciones, lo que le generó un beneficio económico injustificado. Adicionalmente, cobró sumas superiores a las establecidas en el reglamento por conceptos como limpieza de mausoleos, instalación de lápidas, utilización de baños públicos y uso de bóvedas pequeñas y osarios, los que no fueron autorizados por la autoridad competente.

24. Finalmente, el Concesionario no entregó el documento que debía contener el inventario de las bóvedas y mausoleos particulares, junto con la identificación y ubicación de los respectivos propietarios. Por otra parte, no pagó las facturas expedidas por las empresas que prestaron los servicios de acueducto y alcantarillado en los cementerios entregados en concesión.

Contestaciones de la demanda de reconvención

25. COOTRANSFUN y el Litisconsorte se opusieron a las pretensiones formuladas por la UAESP⁷. Ambos propusieron la excepción de caducidad de la acción, aduciendo que el plazo para efectuar la liquidación unilateral del contrato expiró el 7 de enero de 2001 y, en consecuencia, el término de caducidad de la acción venció el 7 de enero de 2003, por lo que la demanda de reconvención, presentada el 22 de mayo de 2003, habría sido extemporánea. Asimismo, propusieron la excepción de cosa juzgada, afirmando que todas las pretensiones formuladas por la entidad estatal —excepto la relativa al incumplimiento en la entrega del inventario— ya habían sido decididas en un laudo proferido el 5 de julio de 2002.

26. Por otra parte, COOTRANSFUN formuló la excepción de pleito pendiente, alegando que el presunto incumplimiento en la entrega del inventario físico de las bóvedas y demás elementos del cementerio dio lugar a la expedición de la Resolución 054 de 1998, confirmada por la 080 del mismo año, mediante la cual se impuso una multa. Indicó que esos actos administrativos fueron demandados ante

⁷ C. ppal, pp. 339 – 382.

la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que existe un litigio pendiente entre las partes sobre ese mismo asunto. Finalmente, sostuvo que, sin perjuicio de la excepción de cosa juzgada, no se configuró ningún cobro indebido por los servicios de aseo, mantenimiento, limpieza de mausoleos, instalación de lápidas ni por el uso de baños públicos, toda vez que tales servicios no estaban previstos en el contrato y generaban costos que debían ser asumidos por los usuarios.

Alegatos en primera instancia

27. Culminada la etapa probatoria, las partes presentaron sus alegatos de conclusión⁸. El Litisconsorte afirmó que los documentos del expediente demostraban que la demora en la construcción del horno crematorio era imputable a la UAESP, lo que aplazó su puesta en operación e impidió amortizar la inversión. En relación con la demanda de reconvención, reiteró las excepciones de caducidad y cosa juzgada⁹. Por su parte, la UAESP se limitó a reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda principal¹⁰. COOTRASFUN no presentó alegatos y el Ministerio Público guardó silencio.

28. Estando el expediente para proferir sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción, debido a la existencia de la cláusula compromisoria¹¹. Sin embargo, esta providencia fue revocada mediante auto del 30 de noviembre de 2021, en el que el Despacho Ponente concluyó que existía identidad jurídica de objeto, causa y partes entre los dos procesos y que, al haberse declarado extinguidos los efectos del pacto arbitral por el impago de los honorarios de los árbitros, esa misma controversia sustancial podía ser decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹².

⁸ Mediante auto del 12 de febrero de 2004 (c. ppal., p. 384), el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes. En consecuencia, se tuvieron como tales los documentos aportados con la demanda inicial, la demanda de reconvención y sus contestaciones. Respecto de COOTRASFUN, se ordenó la práctica de los testimonios de Luis Fernando Torres Barón y Oswaldo Riveros y la práctica de dos dictámenes periciales, uno técnico y otro contable. En cuanto a la UAESP, se decretaron los testimonios de siete personas y la práctica de un dictamen pericial contable. Por su parte, respecto del litisconsorte necesario, se ordenó la práctica del testimonio de Himelda Tapiero. Finalmente, como pruebas conjuntas, se decretaron el testimonio de Javier Gutiérrez Oviedo y la expedición de un oficio a la Cámara de Comercio de Bogotá para que allegara copia de un dictamen practicado en un proceso arbitral entre las partes, como prueba trasladada. En auto del 13 de abril de 2012 (c. 2, p. 996), el Tribunal tuvo por desistidas varias de las pruebas decretadas mediante providencia del 12 de febrero de 2004, debido a la inactividad procesal de las partes interesadas. En particular, se tuvo por desistida la práctica de los testimonios de Himelda Tapiero, Oswaldo Riveros, Herbert Ramírez Sánchez y Hernando Villalba Ortiz, toda vez que no comparecieron a las diligencias programadas y la parte interesada no acreditó haberlos citado en debida forma ni justificó su inasistencia. Asimismo, se declaró el desistimiento de pruebas documentales solicitadas por la parte actora mediante oficio, por no haberse dado trámite al requerimiento.

⁹ C 2., pp. 1201 – 1216.

¹⁰ C 2., pp. 1192 – 1215.

¹¹ C. 7, pp. 1249 – 1263

¹² “Así, además de que existe identidad jurídica de partes, por cuanto en ambos procesos COOTRASFUN demanda a la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, hoy UAESP, se concluye que en ambos procesos lo que se busca es que sean reconocidos en favor de la contratista -demandante- los mayores valores, costos y gastos generados en la construcción del horno crematorio del Cementerio del Sur, los perjuicios derivados de no haber podido iniciar la construcción a tiempo y el mayor valor cancelado por el servicio de recolección de basuras o residuos sólidos. Así, las sumas que solicita la parte actora le sean reconocidas con base en tales reclamaciones, coinciden en ambos procesos, así: (i) por concepto de mayores valores, costos y gastos generados pide la suma de

Los fundamentos de la sentencia impugnada

29. El Tribunal declaró probada la excepción de caducidad respecto de la demanda de reconvencción presentada por la UESP. Indicó que el plazo para la liquidación unilateral expiró el 7 de enero de 2001 y, en consecuencia, el término para ejercer la acción venció el 7 de enero de 2003. Como la demanda de reconvencción fue presentada el 22 de mayo de 2003, concluyó que había operado la caducidad. En contraste, consideró que la demanda principal presentada por COOTRASFUN el 4 de septiembre de 2002 fue oportuna, al ser esta la fecha relevante para verificar la oportunidad en el ejercicio de la acción, y no la del auto que declaró extinguidos los efectos del pacto arbitral.

30. Por otra parte, el Tribunal negó las pretensiones indemnizatorias formuladas en la demanda principal por los sobrecostos y perjuicios derivados del retraso en la construcción del nuevo horno crematorio del cementerio sur, al considerar que dicho retraso era imputable al Concesionario y que su causa determinante correspondía a una circunstancia previsible al momento de contratar. Señaló que el DAMA ordenó la suspensión de la obra por no haberse tramitado previamente la licencia ambiental, y no por la falta de implementación del PMA, instrumento que tiene un alcance distinto a la licencia. En esta línea, indicó que, aunque el contrato no precisaba expresamente a quién correspondía tramitar dicha licencia, era obligación del Concesionario, pues: (i) la construcción del horno era una obra adicional ofertada por él y no prevista en el pliego de condiciones; (ii) se comprometió a ejecutar todas las “*tareas necesarias y suficientes*” para cumplir el objeto contractual, que incluía dicha obra; y, (iii) la UESP solo asumió el deber de colaborar con el contratista cuando este lo solicitara para gestionar permisos y licencias.

31. En consonancia con lo anterior, el Tribunal concluyó que no se probó que el Concesionario hubiera solicitado la colaboración de la UESP para tramitar la licencia ambiental y que, en todo caso, la obligación de obtener la autorización recaía sobre el contratista. También advirtió que entre la fecha de suspensión de la obra y la presentación del EIA por parte del Concesionario —requisito indispensable para obtener la licencia— transcurrió más de un año y nueve meses. Además, sostuvo que la necesidad de contar con esa licencia debió preverse al momento de presentar la oferta, dado que el Decreto 1753 de 1994, reglamentario de la Ley 99 de 1993, ya se encontraba vigente para entonces y exigía dicha autorización para ejecutar la obra. Finalmente, destacó que la falta de previsión del Concesionario también se

\$438'819,515 -pretensión 3.1 del sub-júdice y 3 del proceso arbitral-; (ii) por concepto de mayor valor cancelado por el servicio de recolección de basura solicita la suma de \$18'380.620 -pretensión 3.3. ibidem y 7 proceso arbitral- y, (iii) por concepto de perjuicios irrogados como consecuencia de no haber podido iniciar la operación del Horno Crematorio del Cementerio del Sur de manera oportuna la suma de \$714'821.968 o la que se demuestre -pretensión 3.2. ejusdem y 5 proceso arbitra // En conclusión, le asiste razón a la recurrente cuando afirma que respecto del litigio que planteó ante esta jurisdicción la cláusula compromisoria pactada en el contrato de concesión 005 de 1995 dejó de surtir efectos, pero no porque la declaración que hizo el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá en el auto del 20 de febrero de 2003 tuviera la virtualidad de extinguir los efectos de dicho pacto arbitral para todos los conflictos que se pudieran originar en razón o con ocasión de ese contrato, sino porque, como acaba de verse, el conflicto que se planteó ante la justicia arbitral y el que se formuló ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en lo sustancial, recae sobre la misma materia”. SAMAI Consejo de Estado (20020179401), Índice 11.

evidenció en que la construcción inició en mayo de 1996, a pesar de que había proyectado su entrega para octubre de 1995.

32. Respecto al aumento anormal en el valor de los servicios facturados por concepto de recolección de residuos, el Tribunal negó el restablecimiento del equilibrio económico del contrato al considerar que esta era una circunstancia previsible. Asimismo, consideró que los montos facturados por la empresa prestadora del servicio no demostraban una afectación anormal y grave sobre la economía del contrato.

33. Finalmente, el Tribunal ordenó la liquidación del contrato sin reconocer saldos a favor de ninguna de las partes. Señaló que en dos laudos arbitrales distintos se impusieron condenas tanto a favor del Concesionario como de la UESP; no obstante, consideró improcedente incorporar tales valores al balance final del contrato, por cuanto no se acreditó el estado de cumplimiento de dichas decisiones ni la cuantía actualizada de los intereses de mora allí reconocidos.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

34. El Litisconsorte solicitó que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda¹³. En cuanto a la decisión de negar la indemnización solicitada por el retraso en la construcción y puesta en operación del horno crematorio, originado en la suspensión ordenada por el DAMA, sostuvo que la obtención de la licencia ambiental era una obligación de la UAESP y no del Concesionario.

35. Argumentó que la construcción del horno no podía calificarse como una “obra adicional” ofertada por el Concesionario y, a partir de ello, derivar su obligación de obtener la licencia ambiental. En respaldo de esta postura, señaló que el pliego de condiciones establecía expresamente que en el globo A del cementerio sur “se podría ubicar un horno crematorio”, lo cual reflejaba una necesidad de la Administración, coherente con su objetivo de desincentivar la inhumación de cadáveres en bóvedas, que debía haber sido contemplada en la fase de planeación del contrato para gestionar la respectiva autorización ambiental.

36. Sostuvo que la cláusula sobre las obligaciones de la UESP establecía que la entidad debía obtener la licencia ambiental e implementar el PMA —no simplemente colaborar en su trámite—, lo cual quedó ratificado en el oficio del 2 de diciembre de 1998 del DAMA y en la comunicación del 5 de enero de 1999 de la Personería Delegada para la Protección del Medio Ambiente, documentos que no fueron debidamente apreciados por el Tribunal. Asimismo, citó la declaración de Luis Fernando Torres Varón, quien dirigió la construcción de la obra y afirmó que, una vez iniciado el plazo del contrato, se entregaron a la UESP los planos necesarios para que la entidad “diera conducto regular a los permisos necesarios para la iniciación de la construcción”.

¹³ Cuaderno CE, pp. 1322 – 1327.

37. Finalmente, adujo que la decisión del Concesionario de contratar la elaboración del EIA se adoptó únicamente para viabilizar la terminación de la construcción del horno y recuperar la inversión, sin que ello implicara que la obtención de la licencia ambiental fuese una obligación a su cargo. Asimismo, sostuvo que no existió tardanza en el inicio de la obra, toda vez que el plazo de dieciséis semanas debía contarse a partir de la autorización para comenzar las intervenciones.

38. Respecto al incremento de los costos asumidos por el servicio de recolección de residuos, el apelante señaló que el incremento efectivo alcanzó un 7000%, de modo que sus efectos resultaron ser anormales y extraordinarios y, por tanto, alteraron el equilibrio económico del contrato. Concretamente, indicó que *“si bien es cierto que en una oferta se pueden o mejor se deben hacer proyecciones sobre la variación, resulta por lo menos imprevisible para cualquier persona en la proyección de una oferta formular una [sic] incremento en un 7000%. Se puede predecir una reclasificación como grande productos [sic] de basura, pero no un incremento en tal porcentaje”*.

Trámite en segunda instancia

39. Dentro del término legal, las partes presentaron sus alegatos de conclusión. El Litisconsorte reiteró íntegramente los argumentos expuestos en el recurso de apelación¹⁴. Por su parte, la UESP solicitó que se confirmara la sentencia, afirmando que el Concesionario ofreció la construcción del horno por su cuenta y riesgo como un “incentivo adicional” para lograr la adjudicación del contrato, y que, aun así, demoró el inicio de su construcción. Añadió que la entidad únicamente tenía la carga de colaborar en los trámites de licencias a cargo del contratista y que no se probó que este hubiera formulado una solicitud en tal sentido. Finalmente, sostuvo que la demanda y el recurso partían de una premisa incorrecta, al considerar que la licencia ambiental era un componente del PMA, sin que existiera equivalencia jurídica entre ambos instrumentos¹⁵.

40. El Ministerio Público presentó un concepto en el que solicitó confirmar la sentencia¹⁶. Indicó que el retraso en la construcción del horno crematorio era atribuible al Concesionario, porque: (i) debió haber concluido su construcción en octubre de 1995, dieciséis semanas después del inicio del contrato; (ii) la obligación de obtener la licencia ambiental era del contratista y dicha autorización difería del PMA que debía implementarse en cada uno de los cementerios; y, (iii) el EIA, necesario para obtener la licencia, se elaboró casi dos años después de que el DAMA ordenó la suspensión de la obra. Por otra parte, sostuvo que al momento de presentar la oferta era conocido el alto volumen de residuos generados por la operación de los cementerios, por lo que también podía preverse la reclasificación como gran productor de basura —potestad reglada de la empresa prestadora del servicio— y el correlativo aumento de la facturación.

¹⁴ SAMAI Consejo de Estado (20020179402), Índice 29.

¹⁵ SAMAI Consejo de Estado (20020179402), Índice 28.

¹⁶ SAMAI Consejo de Estado (20020179402), Índice 30.

III. CONSIDERACIONES

Objeto de la apelación

41. Corresponde a la Sala determinar si (i) la obligación de obtener la licencia ambiental para la construcción del horno crematorio del cementerio sur recaía sobre la UESP, por lo que el retraso en la finalización de la obra y en el inicio de su operación resultaría imputable a dicha entidad, y (ii) si bien era previsible una variación en los montos facturados por concepto de recolección de residuos, el incremento efectivo habría alcanzado una magnitud anormal y extraordinaria, que rompió el equilibrio económico del contrato de concesión.

42. La Sala confirmará la sentencia apelada. Primero, porque la obtención de los permisos y licencias para la construcción del horno crematorio del cementerio sur era una responsabilidad del Concesionario —no una obligación de la UESP—, por lo que el contratista debe asumir los efectos económicos derivados de la suspensión ordenada por el DAMA, que retrasó tanto la culminación de la obra como el inicio de su operación¹⁷. Segundo, porque no está demostrado que el incremento en el costo del servicio de recolección de residuos haya sido anormal o extraordinario ni que su impacto económico alterara el equilibrio económico del contrato hasta el punto de justificar su restablecimiento a punto de no pérdida.

La obligación de obtener la licencia ambiental para la construcción del horno crematorio

43. El 2 de marzo de 1995, fecha en la que se expidió el acto administrativo de apertura de la licitación que condujo a la adjudicación y posterior celebración del contrato de concesión, se encontraba vigente la Ley 99 de 1993, cuyo título VII, relativo a las licencias ambientales, fue reglamentado por el Decreto 1753 de 1994. El artículo 19 de dicha ley establecía que la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad que pudiera producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, o introducir modificaciones notorias al paisaje, requería de una licencia ambiental¹⁸.

44. El artículo 8º, numeral 20, del Decreto 1753 de 1994, estableció que las Corporaciones Autónomas Regionales eran competentes para otorgar licencias ambientales para la construcción de obras y el desarrollo de actividades sobre cementerios, cuando no existiera un plan de ordenamiento y uso del suelo aprobado

¹⁷ La Resolución 054 de 1998, confirmada por la 080 del mismo año (C.P 2, pp. 261 – 326), mediante la cual se impuso una multa por varios hechos, incluyendo el retraso en la construcción del horno crematorio del cementerio sur, fue anulada en sentencia del 25 de octubre de 2001 proferida por el Tribunal de Cundinamarca (C.P 2, pp. 246 – 260) por falta de competencia funcional. Esta decisión fue confirmada en segunda instancia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de junio de 2012, Rad. 25000-23-26-000-1999-00880-01 (22223), C. P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁸ Ley 99 de 1993, art. 49: “La ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje requerirán de una Licencia Ambiental”.

por las autoridades municipales o distritales y por la respectiva autoridad ambiental competente¹⁹. El artículo 12 del mismo decreto precisaba que los distritos cuya población urbana fuera superior a un millón de habitantes, serían competentes - dentro de su respectivo perímetro urbano- para otorgar licencias ambientales en los mismos casos definidos para las Corporaciones Autónomas Regionales²⁰. En consecuencia, tal como lo indicó el DAMA en la motivación de la Resolución 632 de 1996²¹, para acometer la construcción del nuevo horno crematorio en el cementerio sur, se requería la obtención de la autorización ambiental de esa entidad, que tenía a su cargo esta función conforme al Decreto 673 de 1995²².

45. Para la época en que se estructuró y desarrolló la licitación, no existía ninguna norma jurídica que radicara en cabeza de las entidades estatales la obligación de obtener una licencia ambiental si el objeto del contrato comprendía la ejecución de una obra, el desarrollo de una actividad o el establecimiento de una industria que, por sus impactos ambientales, requeriría su otorgamiento. El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 no establecía esta obligación, pues el deber que imponía a las entidades estatales, como parte de la planeación de los procesos de contratación, consistía en elaborar los “*estudios, diseños y proyectos requeridos*”²³. Por ende, a diferencia de lo señalado por el demandante, la Ley no era la fuente de la presunta obligación de la entidad estatal de obtener antes de abrir la licitación, la licencia ambiental para la ejecución de la obra.

46. La ausencia de un deber legal de obtener la licencia ambiental antes de abrir la licitación se explica, además, porque la construcción del nuevo horno crematorio del cementerio sur fue incorporada por el Concesionario en su oferta sin que dicha obra hubiera sido exigida por la entidad en los documentos del proceso de selección. La Sala constata que bajo el pliego de condiciones no se imponía al futuro contratista

¹⁹ Decreto 1753 de 1994, art. 20: “*Las Corporaciones Autónomas Regionales, son competentes en su respectiva jurisdicción para otorgar Licencia Ambiental en los siguientes casos: (...) 20. La Construcción de obras y desarrollo de las siguientes actividades, cuando no exista un plan de ordenamiento y uso del suelo aprobado por las autoridades municipales o distritales y por la respectiva autoridad ambiental competente:*

a) Hospitales; b) Cementerios; c) Centros de acopio para almacenamiento y distribución de alimentos; d) Sistemas de transporte masivo; e) Construcción, ampliación, modificación, adecuación y operación de terminales para el transporte terrestre de pasajeros y carga”.

²⁰ Decreto 1753 de 1994, art. 12: “*Los municipios, distritos y áreas metropolitanas, cuya población urbana sea superior a un millón de habitantes, serán competentes, dentro de su respectivo perímetro urbano, para otorgar Licencias Ambientales en los mismos casos definidos para las Corporaciones Autónomas Regionales”.*

²¹ En los considerandos de este acto administrativo, en que se ordenó la suspensión de la obra, se señaló: “*Que, de conformidad con el numeral 20 del artículo octavo del Decreto Reglamentario 1753 de 1994, la construcción de obras y desarrollo de cementerios, deberá contar con la respectiva Licencia Ambiental otorgada por la respectiva autoridad ambiental competente”.*

²² Decreto Distrital 673 de 1993, art. 1. “*El DAMA es la autoridad ambiental dentro del perímetro urbano del Distrito Capital*”. Art. 2º: “*El DAMA ejecutará las funciones asignadas en los artículos 65 y 66 de la Ley 99 de 1993 y específicamente las siguientes (...) 9. Expedir y efectuar el seguimiento a las licencias ambientales, concesiones, permisos y autorizaciones que le corresponda otorgar”.*

²³ Ley 80 de 1993, art. 25 (versión previa a la reforma de la Ley 1474 de 2011): “*Principio de economía. En virtud de este principio: (...) 12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia. La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes”.*

la construcción de un horno en el globo correspondiente al cementerio sur; tan solo se señalaba, en el capítulo general de descripción de las áreas del proyecto, que *“dentro de este globo [se refiere al del cementerio sur] se encuentra también un terreno en donde se podría ubicar también un horno crematorio o bóvedas”*²⁴.

47. Por su parte, la minuta contractual publicada junto con el pliego establecía, en su cláusula segunda, que el objeto del contrato consistía en la *“Administración, operación y mantenimiento de los cementerios y del horno crematorio de propiedad del Distrito Capital, en concordancia con lo establecido en el reglamento de la concesión”*²⁵, sin hacer mención a la construcción de la obra. Ningún otro documento de la licitación incorporado al expediente conduce a una conclusión contraria. Así, al no haberse contemplado inicialmente como parte del objeto contractual la construcción del nuevo horno crematorio, no podía exigirse a la UESP que obtuviera con antelación al proceso de selección la correspondiente licencia ambiental.

48. La Sala no pasa por alto que, al definir el alcance de las propuestas, el pliego de condiciones no solo contempló que los oferentes podían presentarlas para todos los cementerios —norte, central o sur— o únicamente para algunos. También previó que, para la formulación de las propuestas técnica y económica, los interesados debían proyectar la evolución de la demanda de servicios —como exhumaciones, inhumaciones, venta de esqueletos, arriendo de bóvedas— y, con base en dicha proyección, programar las ampliaciones de infraestructura que resultaran necesarias. De este modo, el pliego otorgó a los proponentes un margen significativo de autonomía técnica para definir las inversiones requeridas a fin de garantizar la calidad en la prestación de los servicios funerarios en los cementerios entregados en concesión:

“VI. LAS PROPUESTAS

ALCANCE DE LAS PROPUESTAS

La propuesta técnica y económica se debe presentar para periodo de contratación de cinco años, con posibilidad de prórroga, si la comunidad y la Administración Distrital acogen la continuidad del servicio con el mismo concesionario.

De acuerdo con los intereses de cada oferente, se podrán presentar las propuestas de la siguiente manera:

- *Para todos los cementerios y el horno crematorio.*
- *Para el cementerio central y el cementerio del sur.*
- *Para el cementerio del norte y el horno crematorio.*

Ningún proponente podrá formar parte de más de un consorcio o unión temporal que haya formulado propuesta.

El oferente deberá realizar las visitas que considere necesarias para alcanzar el debido conocimiento de los cementerios y el horno crematorio, ya que en ningún momento posterior podrá argumentar el desconocimiento de las mismas, elemento de ajuste o

²⁴ C.P 12, p. 241.

²⁵ C.P 5, p. 52.

corrección a los términos de la propuesta o del contrato que llegase a celebrarse, bajo ninguno de sus aspectos.

Podrá también tener acceso a todos los documentos relativos a los cementerios y horno crematorio que reposan en la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos.

Igualmente deberá proyectar la evolución esperada de los servicios a prestar. Consecuentemente con esto deberá programar las ampliaciones de infraestructura, recursos humanos y equipos que garanticen el cumplimiento del contrato” (Énfasis añadido)²⁶.

49. Siguiendo el pliego de condiciones, en la oferta presentada el 24 de abril de 1995, el Concesionario incluyó la construcción de un nuevo horno crematorio en el cementerio sur, *“compuesto por dos (2) cámaras, operado con gas natural, cuyos diseños y presupuesto se presentarán a la interventoría que para el efecto designe la ciudad capital”*²⁷. En el “formulario INST-03” se incluyeron diversas obras, entre ellas la construcción del horno crematorio en el cementerio sur²⁸, acompañada de un cronograma detallado²⁹, así como de dos documentos adicionales que contenían las especificaciones técnicas de la obra civil y las condiciones técnicas del horno³⁰.

50. El 2 de junio de 1995, el comité evaluador de la UESP solicitó al Concesionario que (i) precisara los costos, tiempos y descripción de las inversiones iniciales conforme a los cuadros del formulario INST-03, y (ii) detallara, en un escrito explicativo las estimaciones de ingresos y egresos rubro por rubro³¹. El 5 de junio siguiente, el Concesionario atendió esta solicitud. En su documento de respuesta, el proponente especificó las cantidades de obra estimadas y los precios unitarios correspondientes a diversas intervenciones incluidas en su propuesta, como la construcción de nuevas bóvedas en el pabellón oriental del cementerio central, nuevas baterías sanitarias en el mismo globo y la remodelación de oficinas en el cementerio norte. En lo concerniente a la construcción del nuevo horno crematorio en el cementerio sur (ítem 1.A.3.1), indicó lo siguiente:

*“Se propone construir los hornos crematorios para el cementerio del sur y tratar así de cubrir el déficit de bóvedas. La inversión estimada es de \$150.000.000. Ver especificaciones de los hornos y equipos los folios 160 al 174 de nuestra propuesta, se pretende construir similar a los existentes en el cementerio del norte. En caso de ser aprobada la presente propuesta entregarán las cantidades de obra detalladas. La ejecución de las actividades se programó para un tiempo de (16) semanas”*³².

51. En línea con lo anterior, al discriminar los flujos de ingresos y egresos del proyecto, el Concesionario identificó el monto de la inversión inicial y las cuotas de amortización, incluyendo una estimación de \$150'000.000 para la construcción del horno crematorio. Conforme al esquema retributivo definido por la UESP, basado en la cesión al Concesionario de los ingresos generados por la prestación de los

²⁶ C.P. 5, p. 13.

²⁷ C.P. 5, p. 111.

²⁸ C.P. 5, p. 183.

²⁹ C.P. 5, p. 184 - 185.

³⁰ C.P. 5, p. 186 - 199.

³¹ C.P. 5, p. 314.

³² C.P. 5, p. 317.

servicios funerarios, previa deducción de la participación ofrecida a favor de la entidad y de la cuota de depreciación de los activos fijos, la inversión en el horno crematorio se remuneraba mediante los ingresos ordinarios derivados de la explotación del servicio. Esta conclusión es congruente con la declaración rendida por Luis Fernando Torres Varón, quien presentó asesoría externa al proponente en la elaboración de su ofrecimiento y señaló las consideraciones económicas que se tuvieran en cuenta para ofertar la construcción de esta obra:

“El consorcio ofertante propuso la construcción del horno crematorio y efectivamente de las tablas y cuadros estadísticos anexos a la ley del contrato, llámese pliego de condiciones, se deducía la cantidad de servicios que se dejarían de presentar en el momento de limitar el uso de un número determinado de bóvedas. Sumado a ello, el comportamiento estadístico del horno crematorio del cementerio existente del norte, del cual, aplicando elementales fórmulas matemáticas, se deducía al futuro los posibles servicios de cremación que se desviarían hacia el nuevo horno crematorio”³³.

52. En síntesis, los documentos del expediente relativos al proceso licitatorio permiten inferir que: (i) la construcción del horno crematorio del cementerio sur no fue una exigencia impuesta por el pliego de condiciones, sino una obligación asumida por el Concesionario al incorporarla en su oferta, en ejercicio de la autonomía técnica reconocida en dicho pliego para definir las adecuaciones de infraestructura necesarias para garantizar la adecuada prestación de los servicios generadores de ingresos operacionales; (ii) la UESP no estaba obligada a gestionar, antes de la suscripción del contrato, la licencia ambiental correspondiente a una obra que no formaba parte del objeto inicialmente descrito en los documentos del proceso; y (iii) dicha obligación constructiva se integró al objeto del contrato como consecuencia directa de la aceptación de la propuesta formulada por el adjudicatario.

53. Lo anterior explica que en la cláusula segunda del contrato finalmente suscrito se haya incorporado una oración no contenida en la minuta publicada con el pliego de condiciones:

“Cláusula II. OBJETO. El presente contrato tiene por objeto la administración, operación y mantenimiento de los cementerios y del horno crematorio de propiedad del Distrito Capital, en concordancia con el reglamento de la concesión, y todas aquellas normas pertinentes que regulen este servicio. Igualmente, la construcción de un horno crematorio compuesto por dos (2) cámaras, en el cementerio Sur, operado con gas natural, cuyos diseños y presupuesto se presentarán a la interventoría que para el efecto designe el Distrito Capital, de acuerdo a la propuesta presentada y que forma integral del presente contrato”³⁴ (Énfasis añadido).

54. Por las razones que se expondrán a continuación, la Sala considera que la responsabilidad de obtener las autorizaciones y permisos necesarios para la construcción de dicha obra —incluida la licencia ambiental— también recaía sobre el Concesionario.

³³ C.P 10, p. 8.

³⁴ C.P 2, p. 12.

55. En primer lugar, el literal h) de la cláusula V del contrato estableció la siguiente obligación a cargo de la UESP: “*Colaborar con el CONCESIONARIO, cuando éste lo solicite, en las gestiones que deba realizar ante las autoridades y entidades de cualquier orden, para obtener permisos, licencias o similares, requeridos directa o indirectamente para la ejecución y cumplimiento del contrato*”. A diferencia de lo argumentado por el apelante, la estructura sintáctica de esta cláusula permite concluir que la gestión y obtención de los permisos y licencias recaía en el Concesionario, mientras que la única obligación exigible a la entidad consistía en prestar la colaboración necesaria en dicha gestión, siempre que fuera solicitada expresamente.

56. Pero aun si se admitiera que esta estipulación del contrato no puede interpretarse en el sentido previamente expuesto y que el contrato no definió cuál parte debía gestionar las autorizaciones ambientales para la construcción del nuevo horno crematorio, las reglas de integración contractual conducen a la misma conclusión. El artículo 871 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 1603 del Código Civil —disposiciones aplicables al contrato estatal conforme al artículo 13 de la Ley 80 de 1993—, establece que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligan no solo a lo expresamente pactado, sino también a todo lo que corresponde a su naturaleza, conforme a la ley, la costumbre o la equidad natural. Esta regla impone considerar la configuración legal del contrato como criterio determinante para definir las obligaciones implícitas que lo componen.

57. El contrato celebrado entre las partes corresponde a una concesión. Conforme al artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993, son contratos de concesión aquellos 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. También comprenden todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, las cuales deben ejecutarse 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.

58. En este caso, el contrato de concesión celebrado por las partes tuvo por objeto la organización y prestación de los servicios funerarios mediante la operación de los cementerios de propiedad del Distrito Capital. Las adecuaciones de la infraestructura requeridas para garantizar dicha prestación —entre ellas, la construcción del nuevo horno crematorio—, así como las demás actividades necesarias para cumplir las obligaciones asumidas, debían ejecutarse por cuenta y riesgo del Concesionario, conforme a la definición legal del contrato. Esta característica comportaba que el contratista debía definir, dentro de los límites fijados en el contrato y en el reglamento de la concesión, los esquemas organizativos, las fuentes de financiación, los parámetros técnicos y las inversiones necesarias para adecuar la infraestructura, asegurar la eficiencia del servicio,

incentivar su utilización y generar los ingresos que, según el esquema retributivo pactado, constituían su única fuente de remuneración.

59. A partir de este marco normativo, le correspondía al Concesionario adelantar todas las gestiones necesarias para ejecutar las prestaciones asumidas y sufragar los costos asociados. Esto comprendía no solo la contratación de las obras civiles y la instalación de los hornos crematorios, sino también el cumplimiento de los requisitos legales indispensables para su materialización, entre ellos, la obtención de la licencia ambiental requerida por el DAMA. De lo contrario, este componente del contrato —incorporado a partir de la propuesta formulada por el propio Concesionario— no se ejecutaría por su cuenta, sino por la de la entidad estatal, que habría debido asumir los costos requeridos para su obtención, incluidos los relativos a la elaboración del EIA exigido para tramitar la licencia³⁵. Una hipótesis de esta índole resulta incompatible con la naturaleza del contrato de concesión, que implicaba su ejecución por cuenta y riesgo del contratista, bajo un esquema remuneratorio que no contemplaba la afectación de apropiaciones presupuestales³⁶.

60. Esta conclusión se refuerza con una lectura integral de otras cláusulas del contrato y del reglamento de la concesión adoptado mediante el Decreto 367 de 1995, incorporado al contenido contractual conforme al literal d) de la cláusula XLII. El segundo inciso de la cláusula II, relativa al objeto, estableció que “*el Concesionario, por su cuenta y riesgo, ejecutará todas las tareas necesarias y suficientes para cumplir a cabalidad con el objeto del contrato*”. Al no haberse previsto distinción alguna respecto de las obligaciones comprendidas en dicho objeto, debe entenderse que también recaía en el Concesionario la ejecución de todas las actividades necesarias para cumplir su compromiso de construir y poner en operación el nuevo horno crematorio. Entre ellas se encontraba la obtención de la licencia ambiental exigida por la normativa vigente como condición previa al inicio de la construcción del nuevo horno crematorio.

³⁵ Decreto 1753 de 1994, art. 23: “*El estudio de impacto ambiental se exigirá en todos los casos que requieran Licencia Ambiental de acuerdo con la Ley y los reglamentos. El estudio de impacto ambiental deberá corresponder en su contenido y profundidad a las características del proyecto, obra o actividad*”.

³⁶ El pliego de condiciones (CP 12, P. 265) estableció: “*RETRIBUCION DEL CONCESIONARIO En la elaboración de su propuesta económica, el oferente debe tener en cuenta que la única retribución que percibirá será un porcentaje de los recaudos efectivos logrados por la prestación de los servicios inherentes a la naturaleza de los cementerios y del horno crematorio de propiedad del Distrito Capital. Las tarifas de los servicios son fijadas por el Alcalde Mayor del Distrito Capital, y bajo ninguna circunstancia pueden ser modificadas unilateralmente por el Concesionario. En ningún caso y bajo ninguna circunstancia el proponente podrá argumentar desequilibrio económico del contrato por omisiones o errores cometidos por el proponente en la elaboración de su propuesta económica. El Concesionario es responsable por recaudar las tarifas de los servicios prestados. Igualmente girará al Distrito Capital, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la terminación de cada mes, la provisión por depreciación de los bienes del Distrito dados en Concesión, y la participación pactada al Distrito bien sea como una suma fija mensual, como un porcentaje de los recaudos, o cualquier combinación acordada en el contrato. Para la elaboración de los cálculos de su retribución, los oferentes no tendrán en cuenta los recursos provenientes de los derechos de uso o arrendamiento de los locales externos a los cementerios y los certificados de inhumación para Jardines Cementerios. Estos recursos deberán ser recaudados por el Concesionario y consignados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la terminación de cada mes, exclusivamente en las cuentas que para el efecto destine la Alcaldía Mayor*”.

61. En esa misma línea, el reglamento de la concesión —incorporado al contenido contractual conforme al literal d) de la cláusula XLII— estableció que *“con el fin de lograr una adecuada prestación de los servicios, el concesionario gozará de autonomía financiera, administrativa y técnica, manteniéndose siempre bajo las condiciones fijadas en este reglamento y en el contrato de concesión”*; y que *“deberá realizar sus actividades operativas enmarcadas dentro del contexto de protección del medio ambiente, tanto en sus instalaciones, mediante la limpieza y mantenimiento de estas, como en la operación técnica de sus diferentes actividades”*³⁷. Estas disposiciones corroboran la autonomía técnica y responsabilidad ambiental del Concesionario para la ejecución de sus obligaciones contractuales.

62. El oficio del 2 de diciembre de 1998, suscrito por el DAMA, y la comunicación del 5 de enero de 1999, expedida por la Personería Delegada para la Protección del Medio Ambiente —ambos citados por el apelante en sustento de su impugnación— no desvirtúan la conclusión indicada por la Sala.

63. En el primero de estos documentos, expedido por el DAMA para responder a una petición del Concesionario, se indicó lo siguiente:

*“En atención a la información presentada por Usted mediante el radicado de la referencia, nos permitimos informarle que el Coordinador General de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos informó mediante radicado de fecha 15 de octubre que se había dado inicio al proceso de contratación para la elaboración del Plan de Manejo Ambiental del Cementerio del Sur y que con el presupuesto de 1999 se realizará el de los otros cementerios distritales // Que en atención a la información suministrada, este Departamento dispuso requerir a la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos para que presente un informe preliminar sobre el estado ambiental de los tres cementerios distritales que se encuentran en funcionamiento mientras que son elaborados los Planes de Manejo Ambiental entregados por este Departamento para tal efecto // Es importante aclarar que ese consorcio no está obligado elaborar y presentar los Planes de Manejo Ambiental para los Cementerios Distritales pues dicha obligación está en cabeza de la UESP”*³⁸.

64. Por otra parte, en el segundo documento —la comunicación de la Personería Delegada para la Protección del Medio Ambiente en respuesta a una solicitud del Concesionario— se reiteró lo dicho en el primero:

“Con el número de la referencia fue recibida y radicada en esta Delegada, copia de su comunicación dirigida al Subdirector de Calidad Ambiental del D.A.M.A., relacionada con los cementerios distritales // Al respecto me permito informarle que en visita practicada al citado Departamento se estableció que mediante oficio SJ-ULA No. 28643 de diciembre 2 de 1998, el Jefe de la Unidad Legal Ambiental le comunicó a Usted, que el Coordinador General de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, informó mediante radicado de octubre 15 del año en curso, que se había dado inicio al proceso de contratación para la elaboración del plan de manejo ambiental del cementerio del sur y que con el presupuesto de 1999 se realizará el de los otros cementerios distritales // Igualmente le comunicó, que en atención a la información suministrada el D.A.M.A., dispuso requerir a la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, para que presente un informe preliminar sobre el estado ambiental de los tres cementerios distritales que se encuentran en funcionamiento mientras que son elaborados los planes de manejo

³⁷ C.P. 5, pp. 71 – 72.

³⁸ C. 2, p. 137.

*ambiental entregados por ese Departamento para tal efecto // Así mismo le aclaró que el consorcio Cootransfun, no está obligado a elaborar y presentar los planes de manejo ambiental para los cementerios distritales, pues dicha obligación está en cabeza de la UESP*³⁹.

65. Estos documentos no conducen a una conclusión distinta a la planteada: la responsabilidad por la obtención de las licencias y permisos necesarios para la construcción del nuevo horno crematorio estaba radicada en cabeza del Concesionario, a quien correspondía adelantar las gestiones requeridas y asumir los costos asociados a su cumplimiento. En primer lugar, ni el DAMA ni la Personería Distrital son partes del contrato de concesión y, en consecuencia, sus manifestaciones no definen el alcance de las obligaciones asumidas por quienes sí ostentan tal calidad. En segundo lugar, ambas comunicaciones se refieren exclusivamente a la elaboración y presentación del PMA de los tres cementerios objeto de la concesión, y no a la licencia ambiental exigida para ejecutar las obras del nuevo horno crematorio en los predios del cementerio sur. Por ello, resulta necesario distinguir entre estos dos instrumentos.

66. Conforme al artículo 2º del Decreto 1753 de 1994, la licencia ambiental se entendía como la autorización previa otorgada mediante acto administrativo a una persona para la ejecución de un proyecto, obra o actividad que, conforme a la ley y los reglamentos, pudiera causar deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje. En ella se establecían los requisitos, obligaciones y condiciones que el beneficiario debía cumplir para prevenir, mitigar, corregir, compensar y manejar los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada⁴⁰.

67. En cuanto al PMA, el artículo 1º del Decreto 1753 de 1994 lo definía como el instrumento que establece las acciones necesarias para corregir, mitigar, controlar y compensar los impactos ambientales negativos generados durante la ejecución de un proyecto, obra o actividad⁴¹. Por su parte, el artículo 25.6 disponía que el PMA era un elemento integrante del EIA, que es un instrumento de planificación ambiental y de apoyo a la toma de decisiones, requerido por la autoridad competente para definir las medidas de prevención, corrección, mitigación y compensación de los impactos negativos del proyecto⁴². En algunos casos —como

³⁹ C. 2, p. 53.

⁴⁰ Decreto 1753 de 1994, art. 2º: “La licencia ambiental es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente, mediante acto administrativo, a una persona, para la ejecución de un proyecto, obra o actividad que conforme a la ley y a los reglamentos, puede producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, y en la que se establecen los requisitos, obligaciones y condiciones que el beneficiario de la Licencia Ambiental debe cumplir para prevenir, mitigar, corregir, compensar y manejar los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada”.

⁴¹ Decreto 1753 de 1994, art. 1º: “Definiciones. Para la correcta interpretación de las normas contenidas en el presente Decreto, se adoptan las siguientes definiciones: (...) Plan de Manejo Ambiental: Es el plan, de manera detallada, establece las relaciones que se requieren para corregir, mitigar, controlar, compensar, y corregir los posibles efectos o impactos ambientales negativos causados en desarrollo de un proyecto, obra o actividad; incluye también los planes de seguimiento, evaluación y monitoreo y los de contingencia”.

⁴² Decreto 1753 de 1994, art. 24º: “El estudio de impacto ambiental tendrá los siguientes objetivos y alcances: 1. Describir, caracterizar y analizar el medio biótico, abiótico y socioeconómico, en el cual se pretende desarrollar el proyecto, obras o actividad (...) 6. Diseñar los planes de prevención,

las obras de pavimentación sin alteración de especificaciones técnicas— podía exigirse la presentación de un PMA, sin que ello implicara la obligación de obtener una licencia ambiental⁴³. Finalmente, el artículo 38 establecía que los proyectos y actividades que, antes de la entrada en vigor del decreto, hubieran obtenido los permisos ambientales requeridos, podían continuar ejecutándose, pero la autoridad ambiental podía exigir la presentación de un PMA, mas no la obtención de una licencia⁴⁴.

68. En este contexto, aunque tanto la licencia ambiental como el PMA constituían instrumentos orientados a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos ambientales que pudiera ocasionar la ejecución de un proyecto, obra o actividad, no eran equivalentes desde el punto de vista jurídico. En el caso concreto, bajo la vigencia de la Ley 99 de 1993 y del Decreto 1753 de 1994, la licencia ambiental era una autorización previa y obligatoria, exigida para acometer la construcción del nuevo horno crematorio del cementerio sur. En contraste, el PMA era un instrumento de manejo y control ambiental aplicable a la operación de los tres cementerios existentes con anterioridad a la expedición de dicha ley, que podía ser exigido por el DAMA en aplicación del régimen de transición⁴⁵.

69. En síntesis, estos dos instrumentos no eran equivalentes ni se confundían en uno solo. El DAMA podía exigir, para actividades amparadas por el régimen de transición, la implementación de un PMA, sin que ello implicara la obligación de obtener una licencia ambiental ni, por consiguiente, la elaboración de un EIA, dentro del cual el PMA constituye uno de sus componentes. De hecho, como se demostrará

mitigación, corrección, compensación de impactos y manejo ambiental a que haya lugar para desarrollar el proyecto, obra o actividad”.

⁴³ Decreto 1753 de 1994, art. 11: “Los proyectos, obras o actividades de pavimentación que no incluyan cambios en las especificaciones técnicas de vías y pavimentación, no requerirá Licencia Ambiental. Para estos casos la autoridad ambiental competente podrá exigir el plan de manejo ambiental, sin perjuicio de la obligación de solicitar y obtener los correspondientes permisos, concesiones o autorizaciones a que haya lugar”.

⁴⁴ Decreto 1753 de 1994, art. 38: “Los proyectos, obras o actividades, que conforme a las normas vigentes antes de la expedición del presente Decreto, obtuvieron los permisos, concesiones, licencias y autorizaciones de carácter ambientales que se requerían, podrán continuar, pero la autoridad ambiental competente podrá exigirles, mediante providencia motivada, la presentación planes de manejo, recuperación o restauración ambiental (...) Los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993 iniciaron actividades, no requerirán Licencia Ambiental. Tampoco requerirán Licencia Ambiental aquellos proyectos de competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales que iniciaron actividades antes de la expedición del presente Decreto. Lo anterior no obsta para que dichos proyectos, obras o actividades cumplan con la normatividad ambiental vigente, excluido el requisito de obtener Licencia Ambiental”.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 18 de febrero de 2021, Exp. 63001-23-33-000-2018-00171-01, C. P. Nubia Margoth Peña Garzón: “De lo anterior se advierte que tanto la licencia como el PMA buscan fijar parámetros para prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales que pudiese ocasionar el desarrollo de un proyecto, obra o actividad. Sin embargo, se diferencian en los siguientes aspectos: 1.- La licencia ambiental lleva implícito todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables necesarios durante el tiempo de vida útil del proyecto, obra o actividad, a diferencia del PMA que solamente se limita a incluir planes de seguimiento, contingencia y abandono, según la naturaleza del proyecto, obra o actividad. // 2.- La licencia ambiental se otorga de manera previa a la iniciación del proyecto, obra o actividad. Por su parte, el PMA tiene dos connotaciones a saber: i) hace parte del Estudio de Impacto Ambiental, el cual es un instrumento básico para la toma de decisiones dentro del proceso de licenciamiento ambiental; y ii) servir como instrumento de manejo y control para proyectos, obras o actividades que estén amparados por un régimen de transición”.

más adelante al analizar la causa determinante del retraso, en este caso debieron elaborarse dos PMA: el primero, exigido a la UESP, para la operación de los tres cementerios, cuyas actividades no requerían licencia ambiental por preexistir a su expedición; el segundo, integrante del EIA que debía presentarse para obtener la licencia ambiental necesaria —no para la operación de los cementerios— sino para la construcción del nuevo horno crematorio, inversión propuesta por el Concesionario y cuya gestión correspondía exclusivamente a este, como ya se explicó.

70. Finalmente, la declaración de Luis Fernando Torres Varó, citada por el Concesionario como fundamento de su apelación, no constituye una prueba que permita atribuir a la UESP la obligación de obtener la licencia ambiental. El señor Torres Varó no ostentaba la calidad de representante del consorcio proponente ni de sus integrantes, pues en el marco del proceso licitatorio actuó como asesor⁴⁶. Por ende, su testimonio no refleja, desde el punto de vista jurídico, la voluntad del oferente que se expresó en el contrato, concretamente en la cláusula V, conforme a la cual correspondía al Concesionario *“obtener permisos, licencias o similares, requeridos directa o indirectamente para la ejecución y cumplimiento del contrato”*.

71. El testigo reconoció expresamente que la propuesta no contemplaba una distribución de obligaciones según la cual la construcción del horno estaría a cargo del Concesionario, mientras que la obtención de la licencia ambiental correspondería a la UESP. Señaló que, por ser la entidad concedente la propietaria del predio, este trámite debía correr por su cuenta⁴⁷. Sin embargo, esta es una apreciación jurídica, no una declaración sobre un hecho percibido con los sentidos, por lo que no es atendible. Además, conforme a lo explicado por la Sala, ocurre exactamente lo contrario: dado que la construcción del horno fue una inversión propuesta por el Concesionario en ejercicio de la autonomía técnica reconocida en el pliego, todas las gestiones necesarias para su ejecución —incluido el trámite de permisos, la suscripción de contratos para su construcción y la recuperación de la inversión mediante la explotación del servicio— corrían por su cuenta y riesgo.

La causa determinante del retraso en la conclusión de las obras del nuevo horno crematorio

72. Definido que la obligación de obtener la licencia ambiental para la construcción del nuevo horno crematorio recaía sobre el Concesionario, corresponde ahora a la

⁴⁶ “PREGUNTADO: Ingeniero, por favor precísele al despacho las actividades que usted ha desarrollado durante su vinculo con la cooperativa COOTRASFUN. CONTESTÓ: (...) Las labores que debería desempeñar en un comienzo eran las de asesor. Una vez miembro de la cooperativa se me contrató para elaborar la consultoría para los diseños de un horno crematorio que se construiría en los predios del cementerio sur (...) Durante todo el período de ejecución de la obra asistió al consorcio como asesor en todo lo concerniente a remodelaciones, mejoras de los comentarios. Grosso modo ese es un resumen de lo actuado o en la vida del consorcio”. C P. 10, p. 4.

⁴⁷ “Una vez en ejecución el contrato se remiten los diseños para que con el conducto regular se inicien los trámites pertinentes (entiéndase entrega formal del predio, trámite permisos entidad de servicios públicos, pago de impuestos por concepto de delineación, demarcación, ocupación de vías y licencia de construcción entre otros). Si bien textualmente la propuesta no expresa que estos deberán ser por cuenta de la UESP, profesional y comercialmente estos son del tenor del dueño de los predios por consecuencia la interpretación ha de ser la expuesta anteriormente”. C P. 10, p. 9.

Sala determinar si el tiempo que tardó en adelantar ese trámite fue la causa eficiente del retraso en la culminación de la obra, o si, por el contrario, la elaboración y presentación del PMA para los tres cementerios del Distrito Capital —instrumento que, como se explicó previamente, no es equivalente a la licencia— tuvo alguna incidencia real en ese retraso, al cual el demandante anuda los perjuicios cuya reparación reclama. En este punto, la Sala enfatiza que debe distinguirse entre: (i) el PMA exigido a la UESP para la operación de los tres cementerios, cuyas actividades no requerían licencia ambiental; y (ii) el PMA que integraba el EIA que debía ser presentado para obtener la licencia ambiental necesaria —no para la operación de los cementerios— sino para la construcción del nuevo horno crematorio, inversión propuesta por el Concesionario.

73. En el proceso quedó acreditado que, el 11 de diciembre de 1996, mediante la Resolución 632, el DAMA ordenó la suspensión de la obra de construcción del horno crematorio en el cementerio sur. La razón jurídica que sustentó dicha decisión no fue la ausencia de un PMA para la operación de los cementerios entregados en concesión —instrumento que, para ese momento, ni siquiera había sido requerido—, sino la omisión del trámite previo de la licencia ambiental, exigida por el artículo 2º del Decreto 1753 de 1994. Así se consignó expresamente en el acto administrativo, cuyo texto permite identificar con nitidez la causa determinante de la medida de suspensión:

“CONSIDERANDO:

Que en atención a dicha solicitud, funcionarios de la Subdirección de Calidad Ambiental del DAMA practicaron visita técnica al Cementerio del Sur, ubicado en la Avenida 27 Sur No. 31-30, y como resultado de dicha diligencia se emitió el Concepto Técnico No. 884 del 24 de septiembre del mismo año, en el cual se dejó constancia de que en ese lugar se encuentran en construcción dos (2) hornos crematorios que utilizarán gas natural como combustible, y que el administrador del cementerio no exhibió, en el momento de la visita, documento alguno tramitado ante la autoridad ambiental competente que habilitara la ejecución del proyecto // Que el artículo 66 de la Ley 99 de 1993 atribuye competencia a los municipios, distritos o áreas metropolitanas con población urbana igual o superior a un millón (1.000.000) de habitantes para ejercer, en lo que sea aplicable al medio ambiente urbano, las mismas funciones que la ley asigna a las Corporaciones Autónomas Regionales. // Que el artículo 1º del Decreto Distrital 673 de 1995 dispone: ‘El DAMA es la autoridad ambiental dentro del perímetro urbano del Distrito Capital’. // Que conforme al numeral 3 del artículo 2º del mismo decreto, corresponde al DAMA realizar acciones orientadas a prevenir, controlar y mitigar los impactos ambientales, así como preservar, administrar y conservar el medio ambiente y los recursos naturales en el Distrito Capital // (...) Que de acuerdo con el numeral 20 del artículo 8º del Decreto Reglamentario 1753 de 1994, la construcción de obras y el desarrollo de cementerios deben contar con la respectiva Licencia Ambiental otorgada por la autoridad competente.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.— Ordenar al señor Hugo Suárez, en su calidad de administrador del Cementerio del Sur, ubicado en la Avenida 27 Sur No. 31-30, la suspensión inmediata de la obra consistente en la construcción de dos (2) hornos crematorios en ese lugar, hasta tanto se obtenga la correspondiente Licencia Ambiental⁴⁸ (Énfasis añadido).

⁴⁸ C.P 2, p. 48.

74. También se encuentra acreditado que la exigencia de elaborar y presentar el PMA para los cementerios entregados en concesión —requerimiento formulado por el DAMA en aplicación del régimen de transición previsto en el Decreto 1753 de 1994— fue planteada a la UESP más de diez (10) meses después de haberse ordenado la suspensión de las obras del horno crematorio por falta de licencia ambiental. Así lo registra el Concepto Técnico No. 1865 del DAMA, donde se señaló como antecedente que *“el 28 de octubre de 1997, mediante memorando No. 815, la Subdirección de Calidad Ambiental entregó a la Subdirección Jurídica los Términos de Referencia para la elaboración e implementación del plan de manejo ambiental”*⁴⁹. Este dato concuerda con el contenido de un memorando interno de la UESP, en el cual el director jurídico de la entidad solicitó al interventor del contrato emitir concepto sobre el requerimiento del DAMA y precisar si la implementación del PMA se encontraba dentro de las obligaciones del Concesionario:

“Asunto: Solicitud de concepto jurídico sobre la elaboración del Plan de Manejo de Cementerios

*Mediante el oficio SCA-UEE-18446 del 29 de octubre de 1997, la doctora Lucy Esperanza González M., Jefe de la Unidad de Evaluación y Estudios del Departamento Administrativo del Medio Ambiente – DAMA, remitió a esta Unidad los Términos de Referencia del Plan de Manejo de Cementerios en el Distrito Capital, los cuales deberán ser presentados ante esa entidad dentro de un plazo de 90 días, contados a partir del momento de su radicación, es decir, desde el 30 de octubre de 1997 // (...) Teniendo en cuenta que el plazo establecido por el DAMA se cumple el próximo 13 de marzo y a la fecha no se ha llevado a cabo el estudio para la elaboración del Plan de Manejo Ambiental de Cementerios, de forma comedida solicito emitir el concepto jurídico de la respuesta dada por el concesionario a fin de establecer quién es el responsable de la elaboración del plan antes citado”*⁵⁰.

75. En consecuencia, la Sala concluye que, durante este primer período, la exigencia del PMA no tuvo incidencia causal en el hecho generador del perjuicio que el demandante atribuye al retraso en la ejecución de la obra. Tal requerimiento fue posterior a la orden de suspensión, adoptada exclusivamente por la omisión en la obtención previa de la licencia ambiental. Si el Concesionario hubiera presentado oportunamente el EIA y tramitado la correspondiente licencia, habría podido culminar las obras, al margen de que, con posterioridad —y en aplicación del régimen de transición previsto en el Decreto 1753 de 1994—, el DAMA exigiera un PMA para la operación de los tres cementerios concesionados. Incluso luego de octubre de 1997 —cuando la UESP fue requerida para elaborar dicho PMA—, la causa determinante del retraso persistió en la demora del propio Concesionario en preparar el EIA necesario para obtener la licencia ambiental que habilitaba la reanudación y terminación del nuevo horno crematorio.

76. El Decreto 1753 de 1993 establecía lo siguiente en su artículo 23: *“El estudio de impacto ambiental se exigirá en todos los casos que requieran Licencia Ambiental de acuerdo con la Ley y los reglamentos. El estudio de impacto ambiental*

⁴⁹ C.P 8, p. 60.

⁵⁰ C.P 8, p. 799.

deberá corresponder en su contenido y profundidad a las características del proyecto, obra o actividad". En desarrollo de esta previsión, el artículo 30 regulaba el procedimiento correspondiente y disponía que, una vez presentado el EIA, la autoridad ambiental podía solicitar, dentro de los 30 días hábiles siguientes, la información adicional que considerara indispensable. Recibida dicha información, contaría con 15 días hábiles para requerir conceptos técnicos a otras entidades, las cuales debían remitirlos en un plazo máximo de 60 días hábiles. Vencido este término, o una vez allegada toda la información requerida, la autoridad expediría un auto de trámite que así lo declarara, a partir del cual decidiría sobre la viabilidad del proyecto y otorgaría o negaría la licencia ambiental en un término no superior a 60 días hábiles. Así, para agotar el procedimiento tendiente al otorgamiento de la licencia necesaria para culminar la construcción del horno crematorio, era indispensable que el Concesionario presentara el EIA correspondiente.

77. Los documentos del expediente evidencian que el Concesionario no presentó el estudio de impacto ambiental sino hasta el 25 de agosto de 1998, es decir, un año y ocho meses después de haberse ordenado la suspensión de la obra por no contar con la respectiva licencia ambiental. Así consta en el memorando 23155 del DAMA, dirigido al Coordinador General de la entidad concedente, en el que se señaló: *"Le informo que mediante radicado 16151 de agosto 25 corriente, la Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Funerarios – COOTRANSFUN entregó el Estudio Impacto Ambiental de los Hornos Crematorios"*⁵¹.

78. La Sala no pasa por alto que la UESP presentó el PMA para la operación del cementerio sur el 22 de febrero de 1999, según consta en el Concepto Técnico 1856 del DAMA: *"El 22 de febrero de 1999, mediante radicado DAMA No. 39.30, el gerente de la UESP presenta el PMA para la operación del cementerio sur"*⁵². No obstante, el lapso de aproximadamente seis (6) meses entre la entrega del EIA por parte del Concesionario al DAMA para licenciar la construcción del nuevo horno y la presentación del PMA para la operación de los tres cementerios por la entidad concedente no tuvo incidencia causal directa en la fecha de reanudación de las obras.

79. En primer lugar, porque, tal como se mostró anteriormente, la exigencia de elaboración y presentación del PMA sobrevino con posterioridad a la orden de suspensión de la construcción, que fue adoptada exclusivamente con fundamento en la ausencia de licencia ambiental. En segundo lugar, porque la licencia era la autorización previa exigida por el DAMA para acometer la construcción del nuevo horno crematorio, conforme al Decreto 1753 de 1994, mientras que el PMA no constituía un título habilitante para la ejecución de estas obras, sino una medida adoptada por la autoridad ambiental dentro del régimen de transición para controlar los efectos derivados de la operación y prestación de todos los servicios funerarios en los tres cementerios existentes antes de la entrada en vigor de dicho decreto. Finalmente —y no menos importante—, porque *no* existió una diferencia temporal entre la emisión del concepto técnico favorable al EIA presentado por el

⁵¹ C.P 2, p. 142.

⁵² C.P 8, p. 61.

Concesionario, que daba paso a la obtención de la licencia, y el emitido sobre el PMA presentado por la UESP. Así se desprende de los considerandos de la Resolución 358 de abril de 1999, mediante la cual se requirió el cumplimiento de este último:

“Que mediante radicado DAMA No. 20482 del 15 de octubre de 1998, el Coordinador General de la UESP informó que ya se había iniciado el proceso de contratación para la elaboración del Plan de Manejo Ambiental del Cementerio del Sur, con cargo al presupuesto de esa vigencia, y que para los demás cementerios se requerirían recursos del presupuesto correspondiente al año 1999.

Que, teniendo en cuenta la situación presupuestal manifestada por la UESP, se determinó solicitar a dicha entidad un informe preliminar sobre el estado actual de los tres cementerios distritales, mientras se elaboraban y evaluaban los respectivos planes de manejo ambiental. Este requerimiento fue formulado por la Unidad Legal Ambiental de este Departamento mediante oficio SI-ULA No. 28639 del 2 de diciembre de 1998.

Que el 22 de febrero de 1999, bajo radicado DAMA No. 3930, el Gerente de la UESP presentó el Plan de Manejo Ambiental del Cementerio del Sur.

Que mediante Concepto Técnico No. 1856 del 12 de abril de 1999, la Subdirección de Calidad Ambiental de este Departamento evaluó la información presentada bajo el citado radicado, y concluyó que era técnica y ambientalmente viable la ejecución del Plan de Manejo Ambiental del Cementerio del Sur, tanto para la operación actual como para la implementación de nuevas obras y servicios.

*Que la Subdirección de Calidad Ambiental, mediante Concepto Técnico No. 1861 del 12 de abril de 1999, evaluó el estudio de impacto ambiental presentado para la construcción y operación de los hornos crematorios, concluyendo que la ejecución del proyecto es viable desde el punto de vista ambiental, siempre que se ajustara a las recomendaciones formuladas en el citado concepto*⁵³ (Énfasis añadido).

80. En resumen, dado que ofertó por su cuenta la construcción de una obra sujeta a licenciamiento conforme al régimen ambiental vigente al momento de contratar, el Concesionario debió prever las gestiones necesarias para obtener dicha autorización, incluyendo los tiempos requeridos para elaborar el EIA. Tales trámites estaban bajo su control, y la duración efectiva del procedimiento de licenciamiento se explica por su propia conducta, ya que transcurrió aproximadamente un año y ocho meses desde la orden de suspensión de la obra hasta la presentación del EIA requerido para expedir la licencia.

81. En el plenario no obra prueba de un hecho que hubiese obstaculizado el trámite de presentación del EIA, del cual dependía la obtención de la licencia ambiental y, con ella, la reanudación de las obras. El hecho de que entre la entrega del EIA del horno por parte del Concesionario al DAMA y la presentación del PMA de operación de los cementerios por la UESP a la misma autoridad ambiental haya transcurrido un lapso de aproximadamente seis (6) meses no constituía una limitación para avanzar en el procedimiento de licenciamiento de la obra de construcción ni representó —desde el punto de vista causal— un obstáculo para concluir las obras. Como lo explicó la Sala, el PMA exigido a la UESP correspondía al instrumento de manejo ambiental para la *operación* de los tres cementerios y no guardaba relación directa con el licenciamiento ambiental de la *obra de construcción* del nuevo horno

⁵³ C.P 2, pp. 47 – 48.

crematorio, que exigía al Concesionario la presentación de un EIA con su propio plan de manejo ambiental, específico para dicha inversión.

82. Al hilo de lo anterior, la Sala concluye que, dado que correspondía al Concesionario obtener los permisos y licencias necesarios para la construcción del horno crematorio del cementerio sur —incluida la presentación oportuna del EIA para obtener la licencia ambiental exigida por el DAMA—, y que la elaboración del PMA a cargo de la UESP no tuvo incidencia causal en el retraso de la obra, corresponde al demandante asumir, a su costa, los efectos económicos derivados de dicha circunstancia.

83. Sin perjuicio de las consideraciones precedentes —que bastan para desestimar los reparos del apelante en cuanto a la imputación del retraso en la obra—, la Sala advierte que la metodología propuesta para cuantificar los perjuicios alegados tampoco resulta jurídicamente atendible. En el marco de un contrato de concesión como el que ocupa a la Sala, no es viable estimar el perjuicio patrimonial a partir de la mera comparación entre los costos directos previstos para el momento inicialmente proyectado de ejecución de la obra y aquellos efectivamente asumidos al llevarla a cabo en una fecha posterior. Como se explicará enseguida, este enfoque desconoce la naturaleza financiera del contrato de concesión, en virtud del cual la retribución del contratista no proviene del pago de un precio por parte de la entidad contratante, sino del retorno esperado sobre la inversión efectuada.

84. Como lo explicó la Sala al examinar la estructura económica de la oferta presentada por el Concesionario, esta contemplaba la ejecución de una serie de inversiones iniciales —entre ellas, la construcción del nuevo horno crematorio durante las primeras dieciséis semanas del contrato—, cuya recuperación o remuneración estaba prevista a través de los ingresos generados por la explotación de los cementerios y las adecuaciones a su infraestructura durante el período de cinco años. Estos flujos de caja, proyectados en el tiempo, definían la tasa interna de retorno del proyecto que guiaba la decisión empresarial del Concesionario, quien asumía por su cuenta y riesgo la financiación de dichas inversiones.

85. El hecho de que una de esas inversiones —las requeridas para la construcción y puesta en funcionamiento del nuevo horno crematorio— se desplazara en el tiempo, como ocurrió en este caso por causas atribuibles al Concesionario, ciertamente pudo haber generado un aumento en los costos directos de la obra civil, como lo alegó el demandante. Sin embargo, ese efecto no agota las consecuencias económico-financieras derivadas del desplazamiento.

86. El aplazamiento de una inversión de capital (CAPEX) como esta también implica que el activo entra en operación en una etapa posterior, por lo que se reducen proporcionalmente los gastos de operación y mantenimiento (OPEX) que el contratista debe asumir. En otras palabras, el Concesionario debió operar y mantener el horno durante un período más corto que el previsto originalmente en la propuesta aceptada por la Administración. Además, desde una perspectiva estrictamente financiera, el diferimiento temporal de la inversión incrementa la rentabilidad del proyecto —si se mantienen constantes las demás variables—, en

virtud del valor del dinero en el tiempo: al no tener que inmovilizar los recursos desde el inicio, el Concesionario pudo obtener rendimientos sobre dichos fondos durante el lapso en que no los destinó a la inversión comprometida, con lo cual se redujo su costo de oportunidad.

87. En conclusión, para determinar el perjuicio material alegado por el demandante —que, en todo caso, no es jurídicamente imputable a la UESP— no podía considerarse de forma aislada el eventual mayor costo en la construcción del nuevo horno crematorio derivado de su desplazamiento temporal. La acreditación efectiva de ese perjuicio exigía valorar, de manera integral, las variables propias de la estructura económica del contrato de concesión, entre ellas: (i) los ingresos derivados de la operación del horno; (ii) el incremento de los costos directos de su construcción; (iii) la reducción proporcional de los gastos de operación y mantenimiento, asociada a su entrada tardía en funcionamiento; y, (iv) el diferimiento del costo de oportunidad de la inversión. Solo a partir de esta evaluación podía establecerse con certeza si se produjo un menoscabo patrimonial por el retraso en la construcción del horno.

La alteración del equilibrio del contrato por el presunto carácter extraordinario y anormal del incremento de los costos por la recolección de residuos

88. El Concesionario sostuvo en su apelación que, si bien era previsible una variación en los montos facturados por la prestación del servicio de recolección de residuos sólidos, la magnitud efectiva del incremento fue anormal y extraordinaria, al punto de romper el equilibrio económico del contrato de concesión.

89. El “*equilibrio de la ecuación económica del contrato*”⁵⁴ y la “*equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar*”⁵⁵, así como el derecho a su restablecimiento cuando se rompa o altere por causas no imputables a quien resulte afectado, no pueden determinarse sin atender a la distribución de riesgos contractuales. Como ha señalado la Subsección, la voz riesgo alude a circunstancias externas a las partes del negocio jurídico, que resultan identificables y cuantificables, y que pueden modificar los resultados económicos esperados, tanto en los ingresos como en los costos⁵⁶.

90. Así entendido, el riesgo tiene una doble dimensión: su materialización puede generar tanto efectos desfavorables —v. gr., un incremento de costos— como efectos favorables —la disminución de estos—. Por ejemplo, en un contrato de obra a precio global, el constructor asume el riesgo de mayores o menores cantidades de obra. Si las cantidades realmente ejecutadas resultan ser menores a las previstas al momento de proponer, el constructor obtendrá, *ceteris paribus*, un retorno mayor porque sus costos directos serán inferiores a los inicialmente estimados, sin que por ello la entidad comitente pueda abstenerse de pagar el precio

⁵⁴ Ley 80 de 1993, art. 5.1

⁵⁵ Ley 80 de 1993, art. 27.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de febrero de 2025 (párrs. 34 – 37), Expediente 25000-23-36-000-2020-00396-01 (70.250), C. P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

total, salvo pacto en contrario. Con todo, la concreción del riesgo también puede producir efectos desfavorables cuando resulta necesario ejecutar una mayor cantidad de obra. En tal caso, el contratista debe soportar el efecto, sin que sea procedente reclamar a la entidad el pago de sumas adicionales.

91. El oferente que asume un riesgo calcula —diligentemente debe hacerlo— la probabilidad de su ocurrencia y su impacto sobre los flujos esperados, con el fin de determinar el costo de asumir la contingencia y definir el valor de su oferta. Por esta razón, la oferta económica debe reflejar la asunción de riesgos, ya que su distribución busca que la parte que los asuma soporte los efectos de su eventual materialización. De este modo, los riesgos asignados forman parte de la equivalencia entre derechos y obligaciones surgida al momento de proponer o contratar (Ley 80 de 1993, art. 27). Considerado el riesgo asignado como componente integral de las condiciones económicas pactadas inicialmente, su concreción no altera el equilibrio financiero del contrato, pues se entiende que su ocurrencia y efectos ya estaban incorporados en la ecuación que determinó dicho equilibrio. En consecuencia, sus efectos deben ser asumidos, dentro de los límites acordados, por la parte a la que se le asignó y así aceptó al contratar.

92. Aunque el negocio jurídico celebrado entre la UESP y el Concesionario no contiene una cláusula particular de distribución de riesgos ni se elaboró una matriz de riesgos, como lo exige el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007 —que no estaba vigente a la sazón—, ello no significa que no existiera una distribución implícita, derivada tanto de la naturaleza del contrato como de sus estipulaciones. En este caso, las variaciones en los montos facturados por el servicio de recolección de residuos, generados por la operación de los cementerios y hornos crematorios, constituyen una variable sujeta al dominio y control empresarial del Concesionario, inescindiblemente ligada a la gestión de los servicios funerarios, que eran la principal obligación a su cargo. Por tanto, debe retener sus consecuencias, ya sean favorables o desfavorables, pues constituyen un riesgo asumido por él. Esta conclusión ya había sido expuesta por la Subsección en un caso análogo:

“Conforme lo explicó la Sala, el contrato es en sí mismo un instrumento de distribución de riesgos, y las partes asumen —en línea de principio— todos aquellos asociados al cumplimiento de sus obligaciones. Esta consideración es particularmente relevante tratándose de un contrato de concesión de bienes estatales, porque el contratista asume la explotación del activo por su cuenta y riesgo. Según ha dicho la Corporación, esto supone que el contratista soporta los efectos de los ‘riesgos internos empresariales’, esto es, los que son inherentes ‘al objeto de la organización misma del concesionario (...), debido a que se encuentran en su órbita de manejo o administración’.

A tono con las anteriores consideraciones, la Sala advierte que los efectos del alza en la facturación del servicio público de aseo entre noviembre de 2004 y diciembre de 2005 los debe retener el concesionario, pues los volúmenes de escombros y basuras eran una variable bajo su administración y control, es decir, dependían directamente de su gestión. Dicho de otro modo, este riesgo, amén de previsible, era inherente a la operación empresarial del Consorcio Renacer y a la explotación de los activos concesionados”⁵⁷.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de septiembre de 2021 (párr. 207), Rad. 25000-23-26-000-2010-00779-01 (51219), C. P. José Roberto Sáchica Méndez.

93. Además de la naturaleza del contrato de concesión, esta conclusión se funda en las estipulaciones pactadas por las partes. Por una parte, conforme al literal m) de la cláusula IV, el Concesionario se obligó a “cancelar el valor de los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía y teléfonos de los cementerios”⁵⁸, sin limitación alguna respecto de las variaciones en los montos facturados. Por otra parte, en la cláusula VIII se estableció que “en la remuneración pactada se encuentran comprendidos la totalidad de los costos administrativos, financieros, operativos (...) y cualesquiera otros correspondientes a la prestación de los servicios”⁵⁹.

94. Como corolario, se precisó que dicha remuneración “incluye la amortización de las inversiones efectuadas por el CONCESIONARIO para la organización y puesta en funcionamiento de la concesión, siendo entendido que 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, salvo los casos de Ley”⁶⁰. De estas cláusulas se sigue que las variaciones en los montos facturados por concepto del servicio de recolección de residuos, generados por la operación de los cementerios y hornos crematorios, son un riesgo que debía ser asumido exclusivamente por el Concesionario y no pueden trasladarse a la entidad contratante.

95. La Subsección ha señalado que aun si los efectos de un riesgo asignado —debido a su carácter extraordinario o inusitado— desbordan los umbrales implícitos o explícitos bajo los cuales fue asumido por el contratista, ello no implica, *ipso facto*, que la entidad estatal deba compensarlo. En tales eventos, el análisis sobre la procedencia de la compensación debe efectuarse conforme al criterio de alteración del equilibrio económico del contrato causada por circunstancias imprevisibles⁶¹. Desde este punto de vista, la ocurrencia de esta clase de circunstancias constituye una condición necesaria, pero no suficiente, para justificar una compensación. En consecuencia, la entidad está obligada a restablecer dicho equilibrio si el acaecimiento del evento genera una situación deficitaria o de pérdida en el balance financiero global, pues el artículo 5.1 de la Ley 80 de 1993 dispone que la ecuación contractual debe restablecerse a un “punto de no pérdida” cuando la alteración es causada por situaciones imprevistas y no imputables a las partes.

96. Las pruebas obrantes en el expediente no acreditan que las variaciones en las sumas pagadas por concepto del servicio de recolección de residuos hayan producido una alteración del equilibrio económico del contrato de concesión que justifique su restablecimiento a punto de no pérdida. En el dictamen pericial elaborado a solicitud del demandante por la contadora Ana Libia Ferreira, con fundamento en los comprobantes de egreso anexos al peritaje —también aportados junto con la demanda—, se presentó el siguiente cálculo:

⁵⁸ C.P 5, p. 328.

⁵⁹ C.P 5, p. 332.

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de febrero de 2025 (párr. 53), Expediente 25000-23-36-000-2020-00396-01 (70.250), C. P. José Roberto Sáchica Méndez.

“De acuerdo con soportes de contabilidad del Consorcio Cootransfun, por el periodo de facturación Julio 3/99 a Enero 2/2000 (6 meses), la Empresa le canceló a ECSA la suma de \$5.506.830.00.

Para el semestre siguiente (Enero 3 a Junio 30 de 2000), el Consorcio canceló a ECSA la suma de \$24.380.620.00.

El valor extra pagado a la ECSA, es la diferencia entre los dos (2) valores anteriores:

Diferencia = \$24.380.620.00 Menos (-) \$5.506.830.00

Diferencia = \$18.873.790.00 Presunto Daño Emergente

Fecha = Octubre 10/2000 (Fecha en que se giró el cheque).

3.5.2. Lucro Cesante: Rendimientos Financieros

En el Cuadro No.11 se liquidan la actualización y los intereses de mora del PRESUNTO Daño Emergente que soportó el CONSORCIO por la suspensión de la obra, siguiendo las directrices estipuladas por el Artículo 4º., Numeral 8º. de la Ley 80 de 1993. A continuación se describen las columnas del Cuadro No. 11.

Columna 1. Fecha de generación del Presunto Daño Emergente: En la fecha en que se giró el segundo cheque: Octubre 10/00.

Columna 2. Valor del Presunto Daño Emergente: Es igual al sobrepago a la ECSA.

Presunto Daño Emergente: \$ 18'873.790.00

Columnas 3 y 4. Fechas de Inicio de Año y Fin de Año: Teniendo en cuenta que el Presunto Daño Emergente aún no se ha devuelto al CONSORCIO y, dado que para actualizar la suma debida se debe emplear la tasa de inflación del año anterior, para años completos o fracciones de ellos, se requiere determinar de manera precisa las fechas en las cuales incidieron esas tasas”⁶².

⁹⁷. Este dictamen pericial, respecto del cual la parte demandante no solicitó aclaraciones ni complementaciones, tan solo da cuenta de un incremento, de un semestre a otro, en las sumas pagadas por el Concesionario por el servicio de recolección de residuos sólidos, de no más de \$19'000.000. Sin embargo, no justifica por qué dicho incremento podría considerarse extraordinario o anormal en un contrato en el que se proyectaron ingresos, por la explotación del servicio entre 1995 y 1999, superiores a \$7.000'000.000 en precios corrientes⁶³, ni cuáles fueron las causas que lo originaron, las cuales podrían estar asociadas a una mayor demanda de los servicios funerarios, de los cuales derivaban los ingresos operacionales del Concesionario.

⁹⁸. El dictamen tampoco prueba que este incremento haya roto el equilibrio económico del contrato, en el sentido de generar una situación deficitaria o de pérdida en el balance global del negocio jurídico. El perito se limitó a registrar una variación en uno solo de los costos operativos de la concesión; sin embargo, esta demostración resulta insuficiente para acreditar el supuesto fáctico del que depende la exigibilidad del derecho subjetivo al restablecimiento del equilibrio por circunstancias imprevistas: la existencia de una situación de pérdida que justifique

⁶² C.P 11, p. 29.

⁶³ De acuerdo con el documento aclaratorio aportado por la UESP, en el que se detalló el flujo de fondos del proyecto, los ingresos proyectados por la prestación de los servicios funerarios ascendían a \$1.058.301.573 para el año 1995; \$1.371.222.123 para 1996; \$1.476.473.430 para 1997; \$1.580.616.140 para 1998; y \$1.771.188.260 para 1999.

que, pese a no tratarse de un hecho imputable a la entidad concedente, esta auxilie a su contratista para restablecer la ecuación económica hasta un “*punto de no pérdida*”, como lo estableció expresamente el legislador⁶⁴.

99. En síntesis, ni el dictamen pericial ni las demás pruebas del expediente acreditan que, en el balance global del contrato, se haya producido un resultado contable neto negativo o —desde la perspectiva financiera propia de las concesiones⁶⁵— que las inversiones y costos asumidos por el Concesionario no pudieran recuperarse con los ingresos derivados de la explotación del servicio. Ello habría requerido, por ejemplo, un flujo de caja consolidado del proyecto y la verificación de que su valor presente neto (VPN), descontado a la tasa interna de retorno prevista en la oferta —o un WACC razonable para el proyecto—, resultara negativo. Ante la ausencia de esa demostración, la Sala confirmará la decisión de desestimar esta pretensión.

Costas

100. En ausencia de prueba sobre temeridad o mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de imponer condena en costas, conforme a lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998⁶⁶.

⁶⁴ En este sentido se ha pronunciado la Sección Tercera: “Es cierto que la fijación de nuevos impuestos o su incremento puede afectar el equilibrio económico del contrato, pero es necesario que el contratista pruebe que el mayor valor que asume por la carga impositiva afecta en forma grave y anormal la utilidad esperada, si pretende ver restablecida dicha ecuación, que fue lo que en el presente caso no ocurrió. Por tal motivo, la Sala hace suyo lo afirmado por JEZE cuando señala que ‘Para calcular el monto de dicha carga (se refiere a la excepcional), es preciso sumar el total de los gastos propios de la explotación y el total de los ingresos y créditos, comparando luego los dos totales. No debe deducirse, del déficit total, la parte que correspondería al alza que se juzga previsible de los elementos del precio de costo. (...) para determinar si la explotación es deficitaria, se debe considerar todo el contrato y no tal o cual parte de éste. Puede suceder que una cláusula del contrato entrañe una pérdida. Esto no basta; es necesario tener en cuenta todas las cláusulas del contrato. Si, con todos estos elementos, la explotación no resulta deficitaria debido a circunstancias excepcionales, la teoría de la imprevisión no se aplica. Ello sucederá con mayor razón si, en definitiva, el contratante obtiene un beneficio del conjunto del contrato’”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, Rad. 73001-23-31-000-1996-4028-01 (14577), C. P. Ricardo Hoyos Duque.

⁶⁵ “La fuente de los recursos destinados a financiar la ejecución del objeto material de la concesión y particularmente la responsabilidad de su consecución, constituye por tanto, el elemento básico que integra la definición del negocio concesional y, “distingue claramente la concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio”; ello da lugar a entender que la concesión se estructura y se caracteriza como un típico negocio financiero en el cual el particular destina a la construcción de una obra pública, a la prestación de un servicio o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él por su propia cuenta y bajo su propia responsabilidad, mientras que el Estado se obliga a las correspondientes prestaciones que permiten al concesionario recuperar su inversión y obtener sus ganancias mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley y convenidos en cada caso para obtener el repago de la inversión privada y sus rendimientos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01 (14390), C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶⁶ La demanda se presentó el 4 de septiembre de 2002 (Cuaderno ppal., p. 47). La Ley 1437 de 2011 solo se aplica a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigor. Por lo tanto, este proceso se rige por el CCA.

IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 3 de agosto de 2022 proferida el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.



VF