

1. ÍNDICE LAUDO ARBITRAL OPAIN S.A. vs. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

1	ANTECEDENTES.....	10
1.1	El Contrato origen de las controversias.....	10
1.2	El Pacto Arbitral.....	10
1.3	El trámite del proceso arbitral.....	12
1.3.1	La demanda arbitral.....	12
1.3.2	Designación de los Árbitros.....	12
1.3.3	Instalación y admisión de la demanda.....	12
1.3.4	Contestación de la demanda y demanda de reconvención.....	13
1.3.5	Contestación de la demanda de reconvención.....	13
1.3.6	Traslado de las excepciones.....	13
1.3.7	Audiencia de Conciliación y fijación de gastos y honorarios.....	13
1.3.8	Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.....	13
1.3.9	Subrogación a la Agencia Nacional de Infraestructura.....	14
1.3.10	Conciliación Parcial.....	14
1.3.11	Primera audiencia de trámite.....	14
1.3.12	Intervención del Ministerio Público.....	15
1.3.13	Instrucción del proceso:.....	15
1.3.14	Término de duración del proceso.....	16
1.3.15	Presupuestos Procesales y nulidades sustanciales.....	17
1.3.16	Partes Procesales.....	18
1.3.17	Apoderados judiciales.....	19
1.3.18	Pretensiones de la parte Convocante.....	19
1.3.19	Hechos de la demanda.....	21

1.3.20	Excepciones de mérito formuladas por la parte Convocada contra la demanda.....	22
1.3.21	Demanda de Reconvención- Pretensiones de la parte convocada. ...	22
1.3.22	Hechos de la demanda de reconvención.....	25
1.3.23	Excepciones de mérito formuladas por la parte convocante contra la demanda de reconvención.....	25
1.3.24	Alegatos de conclusión.	27
1.3.24.1	De la parte convocante.	27
1.3.24.2	De la parte convocada.	31
1.3.24.3	Concepto rendido por el representante del Ministerio Público: ...	34
1.3.24.4	Alegato de conclusión de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.	35
1.3.25	Audiencia de Laudo.....	35
2	LAS MATERIAS QUE DEBEN SER DECIDAS POR EL TRIBUNAL.	36
2.1	ASUNTOS PREVIOS.	36
2.1.1	LAS OBJECIONES AL PERITAJE.....	36
2.1.2	LA TACHA DE SOSPECHA DEL TESTIGO JAIRO LAZARO ORTIZ.	38
3	CONSIDERACIONES GENERALES.....	40
3.1.1.1	La calificación de AVIANCA S.A. como Beneficiario Real de OPAÍN.	40
3.1.1.2	El alcance de la Explotación Comercial concesionada.....	44
3.1.1.3	El alcance de varias estipulaciones y documentos relacionados con la obligación de incremento de ingresos.	45
3.1.1.4	El derecho de OPAÍN a prorrogar el Contrato de arriendo suscrito con AVIANCA S.A.	45
3.1.1.5	Las sanciones que a título de apremio han sido comunicadas a OPAÍN.	45

3.1.1.6	Costas y gastos.....	46
3.2	LAS RELACIONES JURIDICAS IMPLICADAS.....	46
3.2.1	El contrato de concesión.....	48
3.2.2	El contrato de cesión.....	52
3.2.3	El contrato de arrendamiento.....	54
3.3	LA RELACIÓN CON LA INTERVENTORÍA.....	56
3.4	LOS SEÑALAMIENTOS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.....	58
3.5	LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL CONTRATISTA.....	60
3.5.1	Del incumplimiento del contratista.....	60
3.5.2	Incumplimiento del objeto contractual.....	61
3.5.3	Incumplimiento de las obligaciones contractuales.....	62
3.5.4	Consecuencias del incumplimiento.....	63
3.6	LAS MULTAS Y LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION.....	63
3.6.1	Multas.....	73
3.6.1.1	Ámbito de aplicación y efectos.....	74
3.6.1.2	Naturaleza jurídica.....	76
3.6.1.3	Aplicación del derecho común.....	77
3.6.1.4	Concepción como exorbitancia.....	78
3.6.1.5	Cláusula penal pecuniaria.....	80
3.6.1.5.1	Naturaleza jurídica.....	81
3.6.1.5.2	Principio de proporcionalidad en la aplicación de la cláusula penal. 84	
3.6.1.5.3	Ámbito de aplicación. Supuestos.....	85
3.6.2	La cláusula de multas pactada en el contrato de concesión.....	85

3.6.2.1	Antecedentes del pacto de la cláusula de multas (Declaración del estructurador del contrato.).....	86
3.6.2.2	La aplicación de las disposiciones sobre multas contenidas en la Ley 1150 de 2007.	88
3.6.2.2.1	Lo expresado por la Sala de Consulta y Servicio y Civil.	89
3.6.2.2.2	Lo expresado por el apoderado de la Agencia Nacional de Infraestructura.	90
3.6.2.2.3	Lo dispuesto sobre multas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. 91	
3.6.2.3	La interpretación de la cláusula 63 del contrato.	91
3.6.2.4	Lo pactado en materia de sanciones económicas por el incumplimiento (multas de apremio y penal pecuniaria).	93
3.6.2.4.1	Las multas se pactaron a título de apremio.	94
3.6.2.4.2	La compaginación de dicha naturaleza con la filosofía propia de la Ley 80 de 1993.	94
3.6.2.4.3	La posibilidad de subsanación del hecho generador de la multa. 96	
4	LAS CONSIDERACIONES GENERALES Y LOS ASPECTOS PARTICULARES.	101
4.1	Sobre la condición de AVIANCA S.A como beneficiario real de OPAÍN. .	105
4.2	Sobre el alcance de la explotación comercial concedida.	110
4.3	Sobre los contratos de concesión y arrendamiento.	112
4.3.1	El Contrato de arrendamiento.	112
4.3.2	Relación entre el Contrato de concesión y el contrato de arrendamiento.	117
4.3.3	Contratos relacionados.	118
4.4	SOBRE LA DISPONIBILIDAD DE AREAS EN LA TERMINAL 1.	125

5 LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES A LA LUZ DE LAS CONSIDERACIONES GENERALES Y PARTICULARES.	129
5.1 PRETENSIONES DE OPAÍN.	129
5.1.1 Las Pretensiones Primera y Segunda de la demanda inicial.	129
5.1.2 La Pretensión Tercera de la demanda inicial.	129
5.1.3 La Pretensión Cuarta de la demanda inicial.	132
5.1.4 La Pretensión Quinta.	137
5.1.5 La Pretensión Sexta de la demanda inicial.	139
5.1.6 La Pretensión Séptima de la demanda inicial.	141
5.1.7 Las Pretensiones Octava a Décimo Cuarta de la demanda inicial. ...	148
5.1.7.1 Sobre la Pretensión Octava de la demanda inicial.	157
5.1.7.2 Sobre la pretensión Novena de la demanda inicial.	158
5.1.7.3 Sobre la pretensión Décima de la demanda inicial.	158
5.1.7.4 Sobre la Pretensión Décima Primera.	159
5.1.7.5 Sobre la Pretensión Décima Segunda de la demanda inicial.	159
5.1.7.6 Sobre la Pretensión Décima Tercera de la demanda inicial.	161
5.1.7.7 Sobre la Pretensión Décima Cuarta de la demanda interpuesta por Opaín.	163
5.2 LAS EXCEPCIONES PRESENTADAS POR LA UAEAC como defensa ante las Pretensiones de la Demanda de OPAÍN.	164
5.2.1 “Excepción de Obligatoriedad de los compromisos asumidos por Opaín.”	165
5.2.2 “Incumplimiento de varias de las obligaciones contractuales que Opaín asumió por virtud del contrato de concesión,”	165
5.3 PRETENSIONES DE LA AERONAUTICA CIVIL (ANI en este proceso).	166
5.3.1 Las Pretensiones Primera y Segunda de la de la Demanda de Reconvención.	166

5.3.2	La Pretensión Segunda Subsidiaria de la Demanda de Reconvención.	167
5.3.3	La Tercera Pretensión de la Demanda de Reconvención.....	168
5.3.4	Las Pretensiones Octava a Décimo Segunda de la Demanda de Reconvención.	168
5.3.4.1	La pretensión Octava de la Demanda de Reconvención.....	171
5.3.4.2	La Pretensión Novena de la Demanda de Reconvención.	171
5.3.4.2.1	Multas relativas a la atención de instrucciones impartidas por la AEROCIVIL.	171
5.3.4.2.2	Conductas Subsanadas antes del inicio del procedimiento. .	173
5.3.4.2.3	Conductas subsanadas durante el procedimiento.....	191
5.3.4.2.3.1	No corregir dentro del plazo otorgado por la interventoría el beneficiario de la póliza NB100000076 (amparo patronal).....	192
5.3.4.2.3.2	No entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de julio de 2012.	193
5.3.4.2.4	Conductas subsanadas con posterioridad al agotamiento del procedimiento pactado y que no son procedentes por otras razones.....	195
5.3.4.2.4.1	Deficiencias en las obras Fase 1 de la nueva terminal de pasajeros T1 + T2 Adosada- Terminal 2 – Hito 6	196
5.3.4.2.5	Conductas No Subsanadas o Subsanadas con posterioridad a La Finalización del Procedimiento y que el Tribunal declarará Procedentes.	197
5.3.4.2.5.1	Deficiencias en los diseños de detalle para la construcción de la Subestación Eléctrica de la Nueva Torre de Control.	197
5.3.4.2.6	Decisiones de la AEROCIVIL que vulneran los presupuestos de razonabilidad y tipicidad para su procedencia.	199
5.3.4.2.6.1	No corregir oportunamente los errores de la póliza RCE No. P-100000072.....	199

5.3.4.2.6.2 Incumplimiento de obligaciones de carácter operativo, ambiental o de mantenimiento, específicamente de seguridad aeroportuaria, al tener el concesionario guardas y supervisores de seguridad sin la capacitación requerida y sin el respectivo carné.	219
5.3.4.2.6.3 Ejecución de obras del Módulo 11 – Fase 2 – Nuevo Terminal de Pasajeros sin planos aprobados.....	224
5.3.4.2.6.4 Ejecución de obras de Módulos 14 y 15 de la T1 del Nuevo Terminal de Pasajeros – Fase 2 sin planos aprobados.....	229
5.3.4.2.6.5. No depositar el valor completo correspondiente al 4% de los Ingresos Regulados y de los Ingresos no Regulados durante el período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión.	231
5.3.4.3 Pretensión Décima.....	238
5.3.4.4 Pretensión Decima Primera.....	238
5.4 LAS EXCEPCIONES DE OPAIN RESPECTO DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.....	239
5.4.1 “1ª.Excepción de “INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES (JURAMENTO ESTIMATORIO)”	239
5.4.2 “2ª. Excepción de “CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL IMPUTABLE A OPAIN”.....	240
5.4.3 “3ª.- EXCEPCIÓN DE “INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL”	241
5.4.4 “4ª.- EXCEPCIÓN DE “A OPAIN NO LE SON IMPUTABLES LOS HECHOS CAUSANTES DE LOS RETRASOS QUE SE PRESENTARON EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, TODA VEZ QUE DICHOS HECHOS SE PRODUJERON POR INCUMPLIMIENTOS LEGALES Y CONTRACTUALES DE AEROCIVIL, POR HECHOS IMPREVISTOS O POR HECHOS PROVENIENTES DE TERCEROS, POR CUYOS EFECTOS NO SE PUEDE IMPUTAR RESPONSABILIDAD A OPAIN”	242

5.4.5	“5ª.- EXCEPCIÓN DE “INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LOS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES ATRIBUIDOS AL OPAIN E INEXISTENCIA DEL SUPUESTO DAÑO ALEGADO POR AEROCIVIL”	242
5.4.6	“6ª. EXCEPCIÓN DE “INEXISTENCIA DE DAÑO INDEMNIZABLE”	243
5.4.7	“7ª.- EXCEPCIÓN DE “LIBERTAD DE OPERACIÓN”	243
5.4.8	“8ª.- EXCEPCIÓN DE “CONTRATO DE CONCESIÓN SIN SUBORDINACIÓN NUGATORIA DE LA SOLIDARIDAD”.	244
5.4.9	“9ª.- EXCEPCIÓN DE “VIOLACIÓN DE LOS TOPES DEL RIESGO PREVISTO””	244
5.4.10	“10ª.- EXCEPCIÓN DE APLICACIÓN PREFERENTE DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) Y DEL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN (ley 1474 de 2011), CON RELACIÓN A LA CLÁUSULA 63 “MULTAS”	246
5.4.11	11ª.- EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE TIPICIDAD, RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS MULTAS APLICADAS POR LA AEROCIVIL.....	247
5.4.12	12ª.- EXCEPCIÓN DE “INDEBIDA E ILEGAL INTERPRETACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO”	248
5.4.13	13ª.- EXCEPCIÓN DE “INCUMPLIMIENTO DE LA AEROCIVIL POR VIOLACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS CON LA INTERVENTORÍA”	249
5.4.14	“14ª.- EXCEPCION DE INCUMPLIMIENTO DE LA AEROCIVIL EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA 63.18 “MULTA POR INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE INFORMACIÓN AL INTERVENTOR” DE CONFORMIDAD CON LO ESTIPULADO””	250
5.4.15	15ª.- EXCEPCION DE “AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE COLABORACIÓN DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO”	251

5.4.16	16ª.- EXCEPCIÓN DE “AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE REALIZAR LOS MEJORES ESFUERZOS DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO”.....	252
5.4.17	17ª.- EXCEPCIÓN: AEROCIVIL INCURRIÓ EN UNA CONDUCTA DESPROPORCIONADA, INJUSTIFICADA E ILEGAL AL SANCIONAR AL OPAIN POR INCUMPLIMIENTOS INEXISTENTES, NO OBSTANTE QUE SE ENCONTRABA EN ESTADO DE INCUMPLIMIENTO	253
5.4.18	18ª.- EXCEPCIÓN LA INTERVENTORÍA INCURRIÓ EN UNA CONDUCTA PARCIALIZADA Y ABUSIVA AL HABER RECOMENDADO A AEROCIVIL SANCIONAR A OPAIN POR INCUMPLIMIENTOS INEXISTENTES Y DESCONOCER LOS INCUMPLIMIENTOS DE AEROCIVIL.....	254
5.4.19	19ª.- EXCEPCIÓN: AEROCIVIL Y LA INTERVENTORÍA INCURRIERON EN UNA CONDUCTA ABUSIVA DE LA POSICIÓN DOMINANTE CONTRACTUAL.	255
5.4.20	20ª.- EXCEPCIÓN: AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE PLANEACIÓN.....	255
5.4.21	21ª.- EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.	255
6	COSTAS Y GASTOS.....	256
7	PARTE RESOLUTIVA	257

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C, veinticuatro (24) de agosto dos mil quince (2015)

Cumplido el trámite legal, dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal, previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares, a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral instaurado para dirimir las controversias surgidas con ocasión de la ejecución del “CONTRATO No. 6000169 OK DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2006” celebrado entre la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAÍN S.A. (OPAIN S.A.)** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL AEROCIVIL (hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI)**.

1 ANTECEDENTES

1.1 El Contrato origen de las controversias.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este tribunal se derivan del Contrato de “CONCESIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN, EXPLOTACIÓN COMERCIAL, MANTENIMIENTO Y MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL EL DORADO DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C.” No. 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006.

1.2 El Pacto Arbitral.

En el Cuaderno de Pruebas N° 1, en CD que aparece a folio 3 del Cuaderno Principal No.1, obra copia del Contrato de “CONCESIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN, EXPLOTACIÓN COMERCIAL, MANTENIMIENTO Y MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL EL DORADO DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C.” No. 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006. En la cláusula 66, está contenida la cláusula compromisoria, que a la letra señala:

“ TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este **Contrato**, cuya resolución no sea competencia del **Amigable Compondedor** de acuerdo con lo señalado en este **Contrato** será dirimida por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las reglas que adelante se establecen.

El **Tribunal de Arbitramento** funcionará de acuerdo con las siguientes reglas:

El arbitraje será institucional. Las partes acuerdan designar para el efecto al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros, escogidos de común acuerdo por las partes. En caso de desacuerdo serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Los árbitros decidirán en derecho.

El tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1.989, Ley 23 de 1.991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, y por las demás normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.

La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento.

Los gastos que ocasione la intervención del **Tribunal de Arbitramento** serán cubiertos de conformidad con las normas aplicables.”

El 5 de junio de 2015, las partes mediante Otrosí No. 12 que en la cláusula décimo segunda contiene un párrafo transitorio en el siguiente sentido:

“Párrafo transitorio: El Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá integrado por los doctores MARTHA CEDIEL DE PEÑA, WILLIAM BARRERA MUÑOZ y ALEJANDRO VENEGAS FRANCO convocado por OPAÍN el 21 de enero de 2013, tendrá plazo para emitir el laudo y sus eventuales declaraciones hasta el día 30 de septiembre de 2015”



1.3 El trámite del proceso arbitral.

1.3.1 La demanda arbitral.

El 21 de enero de 2013, la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAÍN S.A.**, a través de apoderado judicial, presentó demanda arbitral para resolver las diferencias surgidas con la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL. (AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, en este proceso)**

1.3.2 Designación de los Árbitros.

Los árbitros fueron designados de común acuerdo por las partes en reunión de fecha 4 de marzo de 2013.

1.3.3 Instalación y admisión de la demanda.

Surtidas las citaciones de conformidad con lo establecido en la ley, el Tribunal de Arbitramento se instaló el 23 de abril de 2013, en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en dicha sesión el Tribunal estableció lo relativo a la sede (Acta N° 1), admitió la demanda y designó como Presidente a la doctora **MARTHA CEDIEL DE PEÑA** y como secretario al doctor **CARLOS MAYORCA ESCOBAR**. En la misma fecha se llevó a cabo la notificación personal de dicha providencia al apoderado de la entidad convocada y al representante del Ministerio Público. En los términos previstos en el artículo 612 del Código General del Proceso, por secretaría, se llevó a cabo la notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado quien guardó silencio.

1.3.4 Contestación de la demanda y demanda de reconvención.

El día 23 de mayo de 2013, dentro del término de ley, la entidad convocada, a través de su apoderado judicial, contestó la demanda, presentó excepciones de mérito, solicitó pruebas y presentó demanda de reconvención. Posteriormente, el día 18 de junio de 2013, la parte convocada radicó un escrito en el que señala la cuantía del proceso. La demanda de reconvención fue admitida mediante providencia de 23 de julio de 2013 (Acta No. 2)

1.3.5 Contestación de la demanda de reconvención.

El día 3 de septiembre de 2013, dentro del término de ley, la demandada en reconvención a través de su apoderado judicial contestó la demanda, presentó excepciones de mérito y solicitó pruebas.

1.3.6 Traslado de las excepciones.

El día 10 de septiembre de 2013 se corrió traslado de las excepciones de mérito presentadas. El traslado fue descrito únicamente por la parte convocante mediante escrito de fecha 17 de septiembre de 2013.

1.3.7 Audiencia de Conciliación y fijación de gastos y honorarios.

El día 24 de abril de 2013 se realizó la audiencia de conciliación y a continuación la fijación de gastos y honorarios, estos fueron pagados por ambas partes.

1.3.8 Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Mediante escrito presentado el día 23 de octubre de 2013, la Directora de dicha entidad manifestó su decisión de intervenir en el presente proceso y solicitó la suspensión del mismo por el término de 30 días. La suspensión fue decretada por el Tribunal mediante auto de fecha 24 de octubre de 2014. El día 5 de diciembre

de 2013, la citada Agencia a través de apoderado judicial presentó su escrito de intervención.

1.3.9 Subrogación a la Agencia Nacional de Infraestructura.

Se informó al Tribunal que en virtud de los Decretos 4164 y 4165 de 2011, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA se subrogó en el contrato de concesión que es objeto del presente trámite y, como consecuencia de ello, es a quien compete actuar procesalmente en la solución de los conflictos que habrá de conocer este Tribunal. Para todos los efectos el Tribunal tiene en cuenta a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA como contratante y parte convocada.

1.3.10 Conciliación Parcial.

Los apoderados de las partes presentaron a consideración del Tribunal un acuerdo parcial, que fue puesto en traslado por el Tribunal a los representantes del Ministerio Público y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Una vez ratificado por los representantes legales de las partes, así como aportada el acta del comité de conciliación de la Audiencia surtida en la entidad convocada, el Tribunal mediante auto de fecha 22 de abril de 2015 (Acta No. 31) aprobó dicho acuerdo que en su cláusula primera contiene el **desistimiento de las pretensiones cuarta, quinta, sexta y séptima de la demanda de reconvención.**

1.3.11 Primera audiencia de trámite.

El 25 de febrero de 2014 (Acta No. 9) se dio inicio a la primera audiencia de trámite, que fue suspendida y se fijó como fecha para su continuación el día 4 de marzo de 2014, con el fin de resolver la solicitud de medidas cautelares presentada por el apoderado de la parte convocante.

1.3.12 Intervención del Ministerio Público.

En el desarrollo del presente proceso actúa el doctor **RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**, como Procurador 56 Judicial II Administrativo designado para este trámite.

1.3.13 Instrucción del proceso:

- a) **Prueba documental:** Con el valor legal que la ley les confiere, fueron agregados al expediente, los documentos aportados por las partes.

- b) **Testimonios:** Fueron recibidos los testimonios de los señores ALVARO DURÁN, (Acta No. 12), JAIRO LAZARO ORTIZ, JULIANA GARCÍA VALENCIA, SANTIAGO CASTRO GÓMEZ y ANDRÉS FIGUEREDO SERPA (Acta No. 13), JHERMAIN ALEXANDER ACUÑA ESPINOSA y ALFREDO ANTONIO DIAZ GRANADOS (Acta No. 14) y SILVIA FERNÁNDEZ DE CASTRO, TOMÁS ARAGÓN PALACIOS y MÓNICA FACIO LINCE (Acta No. 15)

- c) **Exhibiciones de documentos.** Fueron practicadas las exhibiciones de documentos a cargo de la sociedad convocante: **JAHV Mc Gregor, Consorcio JFA-A&C** (Acta No. 18) y **AVIANCA S.A.** (Acta No. 19).

- d) **Oficios.** Fueron librados los oficios a la entidad convocada, a la sociedad **AVIANCA S.A.** y a la **FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A.**, la respuesta de los mismos fue recibida por el Tribunal, agregada al expediente y puesta en conocimiento de las partes. También fueron decretadas de oficio la solicitud de la remisión de documentos a las partes y a la sociedad **JAHV Mc Gregor.**

- e) **Dictámenes Periciales: (i) Dictamen Financiero y Contable:** El dictamen pericial fue rendido por la perito **ANA MATILDE CEPEDA**

MANCILLA, respecto del mismo las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron rendidas por la perito y puestas en conocimiento de las partes. (ii) **Dictamen Inmobiliario**: El dictamen pericial fue rendido por el **INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI**, respecto de éste ambas partes solicitaron aclaraciones y complementaciones, que fueron atendidas por el perito. Respecto de éstas el apoderado de la entidad convocada presentó objeción por error grave.

f) Informe a cargo de la entidad convocada. El Tribunal arbitral ordenó a la parte convocante que indicara los aspectos respecto de los cuales se debería rendir el informe correspondiente, el cual fue rendido por la entidad convocada y puesto en conocimiento de las partes.

g) Alegatos de Conclusión.

Recaudado así el acervo probatorio, el Tribunal en sesión del 1 de junio de 2015 realizó la audiencia de alegaciones, en la que cada uno de los apoderados de las partes y de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron un memorial con el resumen de los mismos que forma parte del expediente (Acta N° 34). Posteriormente el día 16 de junio de 2015, el representante del Ministerio Público rindió concepto sobre el presente caso. Este laudo se referirá a las argumentaciones expuestas por las partes, en tal oportunidad.

1.3.14 Término de duración del proceso.

Conforme lo dispuso el tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012.

La primera audiencia de trámite se inició y finalizó el 25 de febrero de 2014 y terminó el 4 de marzo de 2015 (Actas No. 9 y 10). Por solicitud de las partes el proceso se suspendió por el término de 120 días tal como lo establece la ley y las partes solicitaron de común acuerdo la prórroga del término por seis (6) meses adicionales, el cual se decretó mediante auto de 11 de septiembre de 2014.

Posteriormente tal como se indicó anteriormente, las partes mediante otrosí No. 12, modificaron el pacto arbitral, estableciendo como límite para dictar el laudo el día 30 de septiembre de 2015, por tanto el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir el presente laudo.

1.3.15 Presupuestos Procesales y nulidades sustanciales.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad y por ello puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

- a) Demanda en forma:** Tanto la demanda inicial, así como la demanda en reconvencción cumplieron los requisitos exigidos en la ley, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal las sometió a trámite.
- b) Competencia:** Conforme se declaró por Auto de 25 de febrero de 2014, proferido en el desarrollo de la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes del presente trámite, cuyo sustento es la cláusula compromisoria antes referida.
- c) Capacidad:** Ambas partes son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen la capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto; las

diferencias surgidas entre ellas, se encontraban sometidas a conocimiento y decisión por parte de este Tribunal, son arbitrables y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos y así reconocidos en el curso del presente trámite.

- d) Nulidades sustanciales:** El Tribunal tampoco encuentra ninguna causal para decretar la nulidad del contrato para la “CONCESIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN, EXPLOTACIÓN COMERCIAL, MANTENIMIENTO Y MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL EL DORADO DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C.” No. 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006.

1.3.16 Partes Procesales.

- a) Convocante:** La **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAÍN S.A.** sociedad legalmente constituida, en principio, por escritura pública No. 2335 de la Notaría 25 de Bogotá de fecha 1 de septiembre de 2006 inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, oportunamente inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el N° 01633083, con Nit. No.900.105.860-4, que tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá, representada legalmente, en calidad de Gerente General, por **ANDRÉS ORTEGA RESK.**
- b) Convocada:** Teniendo en cuenta la subrogación informada al Tribunal, en atención a los Decretos 4164 y 4165 de 2011, se tendrá como parte convocada a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, Agencia Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica adscrita al Ministerio de Transporte. Tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. de acuerdo con

el Decreto 4165 de 2011 y su representante legal es el Presidente, señor **LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO**.

1.3.17 Apoderados judiciales.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitraje en derecho, por cuanto así fue estipulado en la cláusula compromisoria, las partes comparecieron al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados, la personería de estos mandatarios se reconoció de manera oportuna por el Tribunal.

1.3.18 Pretensiones de la parte Convocante.

La parte Convocante formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se DECLARE que AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA (NIT 890.100.577-6), **NO ES** un “Beneficiario Real” de OPAÍN S.A., ni es un “Beneficiario Real” de los miembros de OPAÍN S.A., en los términos definidos por las cláusulas 1.22 del contrato de concesión.

SEGUNDA: Que se DECLARE, como consecuencia de lo anterior, que las actividades desarrolladas por AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA en el inmueble denominado “PUENTE AÉREO” (también conocido como “Terminal Puente Aéreo” o “TPA”), no hacen parte de la explotación comercial regulada por el primer párrafo de la cláusula 1.59 del contrato de concesión.

TERCERA: Que se declare que OPAÍN S.A. está legalmente obligada a respetar, cumplir y hacer cumplir el contrato de arrendamiento No. BO AR 0011-04 pactado entre la AERONAUTICA CIVIL y AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA, incluyendo las estipulaciones pactadas entre ellas relativas a la facultad que aquélla le concedió a ésta, de efectuar la explotación de áreas comerciales del Puente Aéreo, de sub arrendar los locales comerciales y de explotar la colocación de avisos publicitarios (cláusulas tercera y décimo novena del contrato de arrendamiento).

CUARTA: Solicito que se DECLARE que OPAÍN S.A., en virtud de la posición contractual asumida en el contrato de arrendamiento BO Ar 0011-04 pactado entre la AERONAUTICA CIVIL y AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA, por efecto de la cesión efectuada en su favor por la AEROCIVIL y de lo estipulado en la Cláusula Tercera del mismo, que permite la explotación de bienes del Estado (“ÁREAS DE LOCALES COMERCIALES, PLATAFORMA PARA AVIONES, PARQUEADERO DE VEHÍCULOS, VÍAS DE ACCESO, HANGAR, TALLER Y BODEGAS” del Aeropuerto El

Dorado), tiene la facultad legal (artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993) de introducir modificaciones o variaciones a lo contratado, para evitar afectaciones graves al servicio público que se debe satisfacer con los bienes concesionados.

QUINTA: Que se DECLARE que la contraprestación que recibe AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA por la explotación de áreas de locales comerciales del Puente Aéreo y el sub arriendo de sus locales comerciales no hace parte de los Ingresos Brutos de OPAÍN S.A., ni de un beneficiario real de OPAÍN, ni de sus miembros, ni de alguna persona de la cual OPAÍN o sus miembros sean su beneficiario real.

SEXTA: Que se DECLARE que, a la luz del numeral 1.59 de la Cláusula 1 del Contrato de Concesión, la explotación comercial del “Puente Aéreo” por AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA no constituye un incumplimiento del contrato de concesión celebrado entre la AEROCIVIL y OPAÍN.

SEPTIMA: Que se DECLARE que la contraprestación de OPAÍN S.A. por concepto de la explotación comercial del Puente Aéreo del Aeropuerto la constituye únicamente el ingreso o canon que debe pagar mensualmente AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA, de conformidad con la cláusula séptima del contrato de arrendamiento No. BO Ar 0011-04.

OCTAVA: Que se DECLARE que la consideración incluida como 4.18¹ en el OTROSI No. 8 del 15 de junio de 2012 celebrado entre OPAÍN y la AEROCIVIL respecto del Contrato de Concesión No. 600169 OK-2006, que hace referencia a la comunicación de la AEROCIVIL No. 1000-2012017269 del 25 de abril de 2012, en la cual solicita que se atienda lo señalado por la interventoría en la comunicación JAFV-ARC-105-2011, en la cual se refiere a “aumentar los recursos provenientes de los ingresos no regulados del inmueble denominado Puente Aéreo”, no tiene el alcance en constituirse en una obligación contractual a cargo de OPAÍN.

NOVENA: Que se DECLARE que a partir del 30 de septiembre de 2012, al terminarse el plazo contractual de la segunda (2ª) prórroga del plazo contrato de arrendamiento celebrado entre la AEROCIVIL y AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA; OPAÍN no estaba obligada, en virtud del contrato de concesión No. 600169 OK-2006, a suscribir un nuevo contrato de arrendamiento sobre el Puente Aéreo ni, en su defecto, a realizar su explotación comercial de manera directa.

DÉCIMA: Que se declare que OPAÍN no incumplió las cláusulas 10, literal gg), ni 63.19 del CONTRATO DE CONCESIÓN, por no haber terminado el Contrato de Arrendamiento

¹ “4.18.- Que de igual manera, los acuerdos que celebre el Concesionario con Avianca, no podrán de ninguna manera, tener como consecuencia que se reduzcan las especificaciones técnicas de modernización y expansión, de diseño, de mantenimiento, de operación, seguridad, ambientales y demás señaladas en el Contrato de Concesión, sus Apéndices y Otrosíes, y especialmente lo manifestado por la Aerocivil en su comunicación No. 1000.2012017269 del 25 de abril de 2012.

del Puente Aéreo o por no haberlo modificado, para excluir del mismo la explotación de las áreas y locales comerciales y avisos publicitarios.

DÉCIMA PRIMERA: Que se declare que la instrucción de “aumentar los ingresos provenientes de los ingresos no regulados del Puente Aéreo” no es una obligación contractual del Contrato de Concesión, ni puede considerarse como incluida dentro de la Cláusula 63.19 del CONTRATO DE CONCESIÓN bajo el concepto de “otras obligaciones”.

DÉCIMA SEGUNDA: Que se DECLARE que, de conformidad con lo pactado en la Cláusula 1.59 “Explotación Comercial o Explotación Comercial del Área Concesionada”, está permitido que terceros desarrollen actividades comerciales en el Área Concesionada a cambio de una contraprestación a favor del Concesionario o de un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, sin que tal explotación o actividad comercial de tales terceros constituya un incumplimiento del contrato de concesión y sin que el producto o beneficio que reciban tales terceros pueda o deba considerarse como parte del “Ingreso Bruto” pactado en la Cláusula 1.70 del Contrato de Concesión.

DECIMA TERCERA: Que se DECLARE que, en virtud de lo estipulado en las cláusulas 1.59, 10 [literales o) y bb)], 12, 82 y 85 del Contrato de Concesión, OPAÍN está obligada a realizar por su cuenta y riesgo “la Explotación Comercial del Área Concesionada”, en virtud de lo cual puede desarrollar y mantener autónoma e independientemente, dentro de los límites de la autonomía de la voluntad y la buena fe convencional, todas las relaciones jurídicas contractuales que considere necesarias con terceros para el cumplimiento de su obligación, en la medida en que no se encuentren prohibidas por la Ley, como el arriendo de áreas o locales comerciales, con autorización de subarriendo, como se encuentra establecida la relación jurídica contractual con AVIANCA en el contrato de arrendamiento BO Ar 0011-04.

DECIMO CUARTA: Que se DECLARE que NO es procedente la imposición de una multa diaria de diez (10) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMLMV) a partir del 1 de octubre de 2012, aplicada por la AEROCIVIL a OPAÍN mediante comunicación 1070.092.5-2012047126 del 23 de noviembre de 2012, radicada en OPAÍN el 2012-12-11 con No. 20121100172582, dejándola sin efectos.

DECIMO QUINTA: Que se CONDENE a la Demandada al pago de las costas judiciales y agencias en derecho.”

1.3.19 Hechos de la demanda.

La parte convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relacionan en la demanda, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

1.3.20 Excepciones de mérito formuladas por la parte Convocada contra la demanda.

El apoderado de la sociedad convocada en la contestación de la demanda folios 167 a 176 del Cuaderno de Pruebas No. 1, formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. Obligatoriedad de los compromisos asumidos por OPAÍN.
2. Incumplimiento de varias de las obligaciones contractuales que OPAÍN asumió por virtud del contrato de concesión.

1.3.21 Demanda de Reconvención- Pretensiones de la parte convocada.

La parte convocada en la demanda de reconvención las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Que se declare que Opaín incumplió obligaciones que asumió por virtud del Contrato No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, mediante el cual se le otorgó la *“concesión para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.”*, al no haber atendido las instrucciones que le impartieron el interventor financiero, contable, tributario y administrativo y el Director General de la Aerocivil (cláusula 10, ordinales ff y gg), respecto de la explotación comercial del Terminal Puente Aéreo y las condiciones contractuales pactadas con Avianca en el contrato BO-AR-0011-04.

SEGUNDA: Que, en consecuencia, se declare que Opaín, a partir del 1° de octubre de 2012, ha debido asumir directamente la explotación comercial del Terminal Puente Aéreo.

SEGUNDA SUBSIDIARIA: Que, en consecuencia, se declare que Opaín, a partir del 1° de octubre de 2012, ha debido exigirle a Avianca, por el uso del Terminal Puente Aéreo, un precio mayor al que venía percibiendo hasta ese momento y determinado de conformidad con las condiciones actuales del mercado relativas a la explotación comercial del Terminal Puente Aéreo.

TERCERA: Que, también en consecuencia, se condene a Opaín a indemnizarle a la Aerocivil todos los daños que ésta ha sufrido y sufrirá como consecuencia de la decisión de Opaín de mantener y extender en el tiempo, más allá del 30 de septiembre de 2012, las condiciones pactadas con Avianca en el contrato BO-AR-0011-04.

CUARTA: Que se declare que Opaín incumplió obligaciones que asumió por virtud del Contrato No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, mediante el cual se le otorgó la “concesión para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.”, al haber convenido con Avianca modificaciones al contrato BO-AR-0011-04 (modificatorios 2 y 3) que le han impedido hasta ahora a Opaín y, en el futuro, le impedirán o le harán más difícil lograr la restitución de los inmuebles necesarios para la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión (cláusula 26.1).

QUINTA: Que se declare que Opaín también incumplió obligaciones que asumió por virtud del Contrato No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, mediante el cual se le otorgó la “concesión para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.”, al haber dejado de adoptar oportunamente medidas para lograr la restitución de los inmuebles necesarios para la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión (cláusula 26.1).

SEXTA: Que, en consecuencia, se declare que Opaín es responsable por los daños que ha sufrido y sufrirá Aerocivil por la no culminación oportuna de los subproyectos denominados Demolición Hangar Avianca –Fase I y Fase II y Plataforma Hangar Avianca - Fase I y Fase II, y, por ende, por un nuevo Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión.

SÉPTIMA: Que, también en consecuencia, se condene a Opaín a indemnizarle a la Aerocivil todos los daños que ésta ha sufrido y sufrirá como consecuencia de la no culminación oportuna de los subproyectos denominados Demolición Hangar Avianca – Fase I y Fase II y Plataforma Hangar Avianca - Fase I y Fase II, y, por ende, por un nuevo Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión.

OCTAVA: Que se declare que Opaín ha incumplido obligaciones que asumió por virtud del Contrato No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, mediante el cual se le otorgó la “concesión para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.”, específicamente al haber dejado de pagar multas aplicadas de conformidad con el procedimiento pactado en el contrato (cláusula 10, ordinal II), no pocas de ellas relativas a situaciones jurídicas definidas ya por el tribunal de arbitramento (cláusula 10, ordinal jj).

NOVENA: Que se declare que Opaín ha incumplido obligaciones que asumió por virtud del Contrato No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, mediante el cual se le otorgó la “concesión para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.”, específicamente por:

- a. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones de mayo de 2011(contratos de arrendamiento celebrados por el concesionario);

- b. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones de septiembre de 2011 (contrato de arrendamiento Instituto Distrital de Turismo OP-DC-CA-0214-10);
- c. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de noviembre de 2011 (modificatorios 6 y 7 al contrato de arrendamiento No. OP-COM-AE-09 celebrado con OTCA S.A.S.);
- d. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de enero de 2012(modificadorio 8 al contrato de arrendamiento No. OP-COM-AE-09 celebrado con OTCA S.A.S.);
- e. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de mayo de 2012 (contratos de arrendamiento del Nuevo Terminal de Carga);
- f. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de junio de 2012 (contratos de arrendamiento del Nuevo Terminal de Carga);
- g. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de julio de 2012;
- h. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de agosto de 2012(contratos de arrendamiento del nuevo terminal de carga);
- i. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de septiembre de 2012 (contratos de arrendamiento del nuevo terminal de carga);
- j. deficiencias en las obras Fase 1 de la nueva terminal de pasajeros T1 + T2 Adosada – Terminal 2 – Hito 6;
- k. deficiencias en los diseños de detalle para la construcción de la Subestación Eléctrica de la Nueva Torre de Control;
- l. la ejecución de obras de la Salida Terminal de Carga TC1 (instalación de tuberías en concreto diámetro 24" red sanitaria) sin el cumplimiento de requisitos mínimos de seguridad y técnicos;
- m. la ejecución de obras del Módulo 11 – Fase 2 – Nuevo Terminal de Pasajeros sin planos aprobados;
- n. la ejecución de obras de Módulos 14 y 15 de la T1 del Nuevo Terminal de Pasajeros - Fase 2 sin planos aprobados;
- o. no corregir, dentro del plazo de 10 días, los errores en la póliza RCE No. P-100000072;
- p. cobrar un valor mayor al debido a pasajeros por concepto de tasa aeroportuaria internacional;
- q. el fondeo extemporáneo de la subcuenta Tribunal de Arbitramento;
- r. no corregir, dentro del plazo otorgado por la interventoría, el beneficiario de la póliza NB100000776 (amparo patronal);
- s. no acatar la instrucción impartida por la interventoría y el Director General de la Aerocivil en relación con la explotación comercial del Terminal Puente Aéreo al momento de la terminación contrato BO-AR-0011-04;
- t. no realizar de manera oportuna y completa la transferencia del 18% del total de los ingresos no regulados, asociados a la explotación comercial y a la publicidad del área comercial de la T1, a la subcuenta de excedentes de la Aerocivil;
- u. no modificar, dentro del término requerido por la Aerocivil, la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 100000296 – Amparo de Contaminación Accidental;
- v. no depositar el valor completo correspondiente al 4% de los Ingresos Regulados y no Regulados durante el Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión; y

- W. infracciones respecto de obligaciones de seguridad aeroportuaria al tener guardas y supervisores de seguridad sin la capacitación requerida y sin el respectivo carné.

DÉCIMA: Que, en consecuencia, se declare que —como lo establecieron los interventores técnico, operativo, ambiental y de mantenimiento y financiero, contable, tributario y administrativo del contrato de concesión y la Aerocivil— se han causado las multas a las que se refiere la pretensión inmediatamente anterior, en razón de los incumplimientos contractuales señalados.

UNDÉCIMA: Que se condene a Opaín al pago del valor de las multas a las que se hizo referencia en la pretensión inmediatamente anterior, debidamente ajustado de conformidad a la variación experimentada por el índice de precios al consumidor entre el momento en que dichas multas fueron impuestas y el día del pago, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y con los intereses corrientes o de mora a que haya lugar.

DUODÉCIMA: Que se condene a Opaín a pagar las costas y gastos del proceso arbitral, incluidas las agencias en derecho. (Sic)”

1.3.22 Hechos de la demanda de reconvención.

La parte convocada fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda de reconvención, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

1.3.23 Excepciones de mérito formuladas por la parte convocante contra la demanda de reconvención.

El apoderado de la sociedad convocante en la contestación de la demanda de reconvención, formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. Excepción de “INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES (JURAMENTO ESTIMATORIO)”.
2. EXCEPCIÓN DE “CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL IMPUTABLE A OPAÍN”

3. EXCEPCIÓN DE “INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL”
4. EXCEPCIÓN DE “A OPAÍN NO LE SON IMPUTABLES LOS HECHOS CAUSANTES DE LOS RETRASOS QUE SE PRESENTARON EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, TODA VEZ QUE DICHS HECHOS SE PRODUJERON POR INCUMPLIMIENTOS LEGALES Y CONTRACTUALES DE AEROCIVIL, POR HECHOS IMPREVISTOS O POR HECHOS PROVENIENTES DE TERCEROS, POR CUYOS EFECTOS NO SE PUEDE IMPUTAR RESPONSABILIDAD AL OPAÍN”
5. EXCEPCIÓN DE “INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LOS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES ATRIBUIDOS AL OPAÍN E INEXISTENCIA DEL SUPUESTO DAÑO ALEGADO POR AEROCIVIL”.
6. EXCEPCIÓN DE “INEXISTENCIA DE DAÑO INDEMNIZABLE”.
7. EXCEPCIÓN DE “LIBERTAD DE OPERACIÓN”.
8. EXCEPCIÓN DE “CONTRATO DE CONCESIÓN SIN SUBORDINACIÓN NUGATORIA DE LA SOLIDARIDAD”.
9. EXCEPCIÓN DE “VIOLACIÓN DE LOS TOPES DEL RIESGO PREVISTO”.
10. EXCEPCIÓN DE APLICACIÓN PREFERENTE DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) Y DEL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN (Ley 1474 de 2011), CON RELACIÓN A LA CLÁUSULA 63 “MULTAS”.
11. EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE TIPICIDAD, RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS MULTAS APLICADAS POR LA AEROCIVIL.
12. EXCEPCIÓN DE “INDEBIDA E ILEGAL INTERPRETACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO”.
13. EXCEPCIÓN DE “INCUMPLIMIENTO DE LA AEROCIVIL POR VIOLACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CON LA INTERVENTORÍA”.
14. EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE LA AEROCIVIL EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA 63.18 “MULTA POR INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE INFORMACIÓN AL INTERVENTOR” DE CONFORMIDAD CON LO ESTIPULADO.

15. EXCEPCIÓN DE “AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE COLABORACIÓN DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO”
16. EXCEPCIÓN DE “AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE REALIZAR LOS MEJORES ESFUERZOS DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO”
17. EXCEPCIÓN: AEROCIVIL INCURRIÓ EN UNA CONDUCTA DESPROPORCIONADA, INJUSTIFICADA E ILEGAL AL SANCIONAR AL OPAÍN POR INCUMPLIMIENTOS INEXISTENTES, NO OBSTANTE QUE SE ENCONTRABA EN ESTADO DE INCUMPLIMIENTO.
18. EXCEPCIÓN LA INTERVENTORÍA INCURRIÓ EN UNA CONDUCTA PARCIALIZADA Y ABUSIVA AL HABER RECOMENDADO A AEROCIVIL SANCIONAR A OPAÍN POR INCUMPLIMIENTOS INEXISTENTES Y DESCONOCER LOS INCUMPLIMIENTOS DE AEROCIVIL.
19. EXCEPCIÓN: AEROCIVIL Y LA INTERVENTORÍA INCURRIERON EN UNA CONDUCTA ABUSIVA DE LA POSICIÓN DOMINANTE CONTRACTUAL.
20. EXCEPCIÓN: AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE PLANEACIÓN.
21. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.
22. EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE AEROCIVIL.
23. EXCEPCIÓN GENÉRICA.

1.3.24 Alegatos de conclusión.

1.3.24.1 De la parte convocante.

El apoderado de la parte realizó una descripción de los hechos que sirven de fundamento a la demanda, así como los fundamentos de sus reclamaciones y la referencia a las pruebas que fueron decretadas y practicadas dentro del presente proceso.

En relación con las pretensiones de la demanda indicó que fue probado a lo largo del proceso que:

-La explotación de las áreas de locales comerciales, parqueadero y espacios publicitarios las recibió AVIANCA de la AEROCIVIL en virtud del contrato de arrendamiento BO Ar 0011-04.

-El Contrato de Concesión celebrado entre la AEROCIVIL y OPAIN obligó expresamente a ésta a dar cumplimiento al cedido contrato de arrendamiento que tenía con Avianca “de acuerdo con sus términos y condiciones y con la ley”.

-OPAIN no podía exigirle a AVIANCA que le entregara al fideicomiso del contrato de concesión, los ingresos que recibiera por la explotación comercial de los locales comerciales, los espacios publicitarios y el parqueadero, porque Avianca no era un “beneficiario real” suyo, esa explotación comercial no era regulada por el contrato de concesión del cual AVIANCA no era parte y los ingresos que recibía Avianca no eran “ingresos brutos” de la concesión.

-OPAIN no podía oponerse a la renovación automática del contrato de arrendamiento del “PUENTE AÉREO” con AVIANCA con fundamento en el artículo 516 del Código de Comercio -como lo sugirió la interventoría-, porque la exclusión que se hizo del Terminal Puente Aéreo como parte de algún establecimiento de comercio se hizo para que la eventual enajenación del establecimiento de comercio no arrastrara el inmueble arrendado y, en esas circunstancias –y solo en esas- la enajenación del establecimiento de comercio implicaría la terminación del contrato de arrendamiento.

-La explotación comercial de AVIANCA en el Terminal Puente Aéreo a través del subarriendo, contractualmente autorizado por la AEROCIVIL, de locales comerciales, espacios publicitarios y parqueadero, anterior a la celebración del contrato de concesión, no constituía una explotación comercial regulada por el Contrato de Concesión ni su ejecución por parte de Avianca un incumplimiento contractual de OPAIN.

-OPAIN legalmente no podía modificar unilateralmente el contrato de arrendamiento celebrado entre la AEROCIVIL y AVIANCA solo para excluir del

área arrendada los locales comerciales, el parqueadero y los espacios publicitarios.

-De acuerdo con la cláusula 2ª del contrato de arrendamiento que OPAIN estaba obligada a respetar, el Arrendador no podría reclamar la restitución de áreas arrendadas para hacer directamente su explotación comercial, solo podría hacerlo para la ampliación, remodelación y desarrollo del Plan Maestro, pero entregando áreas equivalentes para la operación de AVIANCA y, en el caso de disminución del área arrendada se debía disminuir el canon de arrendamiento.

-El ingreso que hace parte de los “ingresos brutos” de la concesión corresponde al canon de arrendamiento pactado entre la AEROCIVIL y AVIANCA, con base en el avalúo comercial legal, oportuna y debidamente emitido y no existe la obligación de OPAIN de aumentarlos por fuera de lo debido.

Solicita entonces el apoderado que se concedan las pretensiones de la demanda.

Respecto de la demanda de reconvención solicita que se decreten probadas las excepciones de mérito contenidas en la contestación de la demanda de reconvención por no haber sido objetadas y por lo tanto se denieguen las pretensiones de la reconvención, toda vez que se probó a lo largo del proceso que:

-OPAIN ha cumplido con la ejecución del objeto contractual y no existe un incumplimiento contractual imputable a su representada.

-No existen elementos que configuren la responsabilidad civil contractual de la convocante.

-Los retrasos que se presentaron en la ejecución de algunas instrucciones y ordenes de la AEROCIVIL o de la interventoría obedecieron a imprevistos, hechos de terceros

-No existe nexo causal entre los supuestos incumplimientos contractuales atribuidos a OPAIN y el supuesto daño alegado por la AEROCIVIL.

-No existe daño al patrimonio de la entidad convocada.

-Existe libertad de operación integral del aeropuerto por parte de OPAIN, en función de la asignación de riesgos.

-Contrato de concesión sin subordinación nugatoria de la solidaridad.

-Violación de los topes del riesgo previsto.

-Debe considerarse la aplicación preferente del estatuto general de contratación pública (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) y del estatuto anticorrupción (Ley 1474 de 2011), respecto de la cláusula 63 “multas”. las multas tienen el carácter de “apremio” y deben ser proporcionales a la infracción.

-No se cumplen los presupuestos de tipicidad, razonabilidad y proporcionalidad en lo que se refiere a las multas aplicadas por la AEROCIVIL.

-Se ha efectuado una indebida e ilegal interpretación unilateral del contrato.

-Existe un incumplimiento de la AEROCIVIL por violación de los mecanismos de solución de controversias con la interventoría.

-Existe Incumplimiento de la AEROCIVIL en la aplicación de la cláusula 63.18 “multa por incumplimiento en la entrega de información al interventor” de conformidad con lo estipulado.

-La AEROCIVIL incumplió el deber de colaboración durante el desarrollo del contrato

-La AEROCIVIL incumplió el deber de realizar los mejores esfuerzos durante el desarrollo del contrato.

-La AEROCIVIL incurrió en una conducta desproporcionada, injustificada e ilegal al sancionar a OPAIN por incumplimientos inexistentes, no obstante que se encontraba en estado de incumplimiento

-La interventoría incurrió en una conducta parcializada y abusiva al haber recomendado a AEROCIVIL sancionar a OPAIN por incumplimientos inexistentes y desconocer los incumplimientos de AEROCIVIL.

-La AEROCIVIL y la interventoría incurrieron en una conducta abusiva de la posición dominante contractual.

- La AEROCIVIL incumplió el deber de planeación.

1.3.24.2 De la parte Convocada.

El apoderado de la entidad convocada realizó un resumen de los hechos que dieron lugar al presente proceso, así como una referencia a las pruebas que permiten sustentar las excepciones presentadas respecto de la demanda, así como de aquellas que sirven de sustento a la demanda de reconvención.

Considera que ha sido probado a lo largo del proceso que OPAÍN, de manera deliberada o, a lo menos, negligente, incumplió varias de sus obligaciones contractuales: a) al haber dejado de atender la instrucción que le impartieron el interventor financiero, contable, tributario y administrativo y el Director General de la AEROCIVIL (ordinales ff) y gg) de la cláusula 10 del Contrato de Concesión); b) al haber dejado de adoptar las gestiones requeridas y previstas en las estipulaciones contractuales originalmente pactadas entre la AEROCIVIL y AVIANCA en el contrato BO-AR- 0011-04 para obtener la restitución de las áreas ocupadas por AVIANCA y que debían ser tanto explotadas económicamente por OPAIN como utilizadas para la ejecución de las Obras de Modernización y

Expansión (cláusula 26.1, inciso primero); c) al haberle introducido varias modificaciones al contrato BO-AR-0011-04 para establecer unas nuevas reglas relativas a la duración del contrato y a la restitución de las áreas en tenencia de AVIANCA (cláusula 26.1, inciso segundo); d) al no haber mantenido y protegido los Bienes de la Concesión (cláusulas 1.80, 2, 10, 42 y 54); d) al no haber explotado económicamente la totalidad del Área Concesionada, específicamente la de los locales comerciales, el parqueadero y los espacios publicitarios del Terminal Puente Aéreo desde el 1° de octubre de 2012 (cláusulas 1.59, 2, 10 y 61); y e) al no haber pagado de manera completa la contraprestación, cuyo monto debió haberse visto incrementado desde el 1° de octubre de 2012 (cláusulas 1.33, 2, 60 y 61).

Por esto considera que no deben prosperar las pretensiones sexta, séptima, octava, novena, décima, undécima, duodécima, décima tercera y décima cuarta de la demanda y específicamente respecto de cada una de las pretensiones de la demanda indicó:

- En relación con las pretensiones sexta y duodécima, porque si bien el aprovechamiento de los espacios del Terminal Puente Aéreo que son explotables económicamente (locales comerciales, parqueadero y espacios publicitarios) era un derecho de AVIANCA, de conformidad con el contrato BO AR 0011-04, OPAIN, en cumplimiento de la instrucción que le impartieron el interventor financiero, contable, tributario y administrativo y el Director General de la AEROCIVIL y a partir del 1° de octubre de 2012, ha debido bien asumir directamente la condición de arrendador y, así incorporar dichos espacios a aquellos sometidos a su Explotación Comercial del Área Concesionada o bien, exigirle a AVIANCA un pago mayor, determinado en función de las condiciones actuales del mercado relativas a la explotación de dichos espacios.
- En la pretensión séptima, reitera las razones indicadas respecto de la pretensión sexta, en la medida que a partir del 1° de octubre de 2012, ha debido recaudar y registrar contablemente un mayor Ingreso Bruto.

- En relación con la pretensión octava, considera que esta se debe denegar porque la obligación de atender las instrucciones que le imparten los interventores o el Director General de la AEROCIVIL se encuentra estipulada contractualmente, en los ordinales ff) y gg) de la cláusula décima del Contrato de Concesión.
- La pretensión novena debe denegarse, porque OPAIN además de tener conocimiento de la instrucción que le impartieron desde el mes de abril de 2012 el interventor financiero, contable, tributario y administrativo y el Director General de la AEROCIVIL, jamás buscó siquiera la posibilidad de renegociar con AVIANCA los términos del contrato con ocasión del vencimiento del plazo de su duración y, además, generó ella misma un pretendido e infundado derecho a la renovación de un contrato de arrendamiento como excusa para no poder siquiera abrir la puerta a una tal renegociación. Pone de presente que dichas renegociaciones, para excluir áreas, ya las había adelantado la convocante respecto de AVIANCA.
- En lo concerniente a la pretensión décima, establece que deben tenerse en cuenta los argumentos antes expuestos y, en especial, por carecer de sustento legal y contractual no deben considerarse las razones aducidas por la convocante para no acatar dicha instrucción —primero la de la fuerza vinculante del contrato y, luego, la del derecho a la renovación, en relación con éste último en punto de la calificación del Terminal Puente Aéreo como el local en el que funciona un establecimiento de comercio de AVIANCA.
- La pretensión undécima debe negarse, por las mismas razones por las cuales no han de prosperar las pretensiones octava, novena y décima.
- La décima tercera, porque el texto de las estipulaciones contractuales allí citadas, no pueden interpretarse en un sentido que conduzca a excusar a la convocante del cumplimiento de algunas de sus obligaciones contractuales o de condenar otras estipulaciones contractuales a la ineficacia.

- Y en relación con la décima cuarta pretensión debe denegarse, por las mismas razones alegadas para sustentan que no deben prosperar las pretensiones octava, novena, décima y undécima.

Afirmó entonces que con base en lo señalado, considera que están llamadas a prosperar las pretensiones primera, segunda, segunda subsidiaria y tercera de la demanda de reconvención presentada por la entidad convocada.

Analizó además cada una de las excepciones propuestas, con el fin de poner de manifiesto que considera que las mismas fueron desvirtuadas a lo largo de la práctica de pruebas.

Puso de presente que se trata de un contrato de concesión por virtud del cual el concesionario adquirió, entre otras muchas obligaciones, la de explotar el Área Concesionada (cláusulas 2 y 1.13), que está conformada por un conjunto de bienes públicos y sobre cuyos beneficios no puede el concesionario disponer arbitrariamente, mucho menos contrariando las instrucciones del concedente.

1.3.24.3 Concepto rendido por el representante del Ministerio Público:

El Ministerio Público en su escrito realizó un análisis de cada una de las pretensiones de las demandas, para lo cual cita jurisprudencia sobre los temas objeto de decisión del Tribunal, y concluye que conforme al ordenamiento jurídico que gobierna la materia y a los derroteros jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo pronunciarse sobre la legalidad de los oficios a que hacen referencia la demanda inicial y la demanda de reconvención.

De igual forma establece que si lo que pretende la AEROCIVIL a través de este proceso arbitral es obtener el pago del valor de las multas en la pretensión undécima de la demanda de reconvención, la vía apropiada no es el proceso arbitral, sino la acción ejecutiva cuyo conocimiento corresponde al juez de lo

contencioso administrativo tal como lo establece el artículo 75 de la Ley 80 de 1993², si es que no se hace uso de la previsión contenida en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, según el cual « La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva».

1.3.24.4 Alegato de conclusión de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Expone en su alegato un resumen de los hechos del proceso, así como los fines del contrato de concesión y la importancia del contrato de concesión objeto del presente proceso, concluyendo que para la defensa de los intereses jurídicos del Estado y la defensa del patrimonio público se declaren probadas pretensiones de la demanda de reconvencción.

Por último indica que la presente decisión, habrá de guiar el futuro de las demás concesiones aeroportuarias, partiendo del hecho, además, que la concesión que se discute en materia de aeropuertos, es la más importante del país.

1.3.25 Audiencia de Laudo.

La audiencia de laudo se fijó mediante auto proferido en la audiencia de 1 de junio de 2015 (Acta No. 34), y posteriormente se fijó mediante auto de fecha 11 de junio de 2015 (Acta No. 35) para el día de hoy.

² «Artículo 75º.- Del Juez Competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo».

2 LAS MATERIAS QUE DEBEN SER DECIDAS POR EL TRIBUNAL.

2.1 ASUNTOS PREVIOS.

2.1.1 LAS OBJECIONES AL PERITAJE.

El día 2 de febrero de 2015, el apoderado de la entidad convocada presentó escrito de objeción por error grave, que fundamenta en que el IGAC, tuvo como parámetro de cálculo el precio de los locales ubicados en un centro comercial y no los precios correspondientes a un aeropuerto de alto tráfico como el aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá.

Indica en el escrito de objeción que en el escrito de aclaraciones y complementaciones presentado, no se aclaró dicho aspecto. Con base en lo anterior, considera que existe error grave. Indica al respecto que se tuvieron en cuenta valores y parámetros que no son comparables.

En dicho escrito solicitó que se decretara como prueba la remisión de la información que reposaba en cabeza de JAHV Mc Gregor (Interventor Financiero, Administrativo, Contable y Tributario), en particular la relativa al valor pactado entre la convocante y los usuarios actuales de los locales comerciales, el parqueadero y los espacios publicitarios en la terminal unificada.

El Tribunal inicialmente denegó dicha prueba, contra la cual se interpuso recurso de reposición. En el trámite del mismo el apoderado de la parte convocante expresó que coadyuvaba la objeción por error grave presentada, así mismo el apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado indicó que estaba de acuerdo con el recurso de reposición presentado en atención al principio de la necesidad de la prueba del recurrente.

El Tribunal mediante auto de fecha 4 de marzo de 2015 (Acta No. 28) revocó la

decisión de negativa al decreto de la prueba solicitada por el objetante y, en consecuencia, el experto procedió a atenderla. Lo solicitado se recibió por el Tribunal el día 11 de marzo de 2015.

Para la decisión que debe adoptarse, el Tribunal ha considerado lo que sobre el error grave ha expresado la Corte Suprema de Justicia:

- En sentencia de 9 de julio de 2010, exp. 11001-3103-035-1999-02191-01 precisó:

“El error consiste en la disparidad, discordancia, disconformidad, divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y la realidad o verdad y es grave cuando por su inteligencia se altera de manera prístina y grotesca la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, sus fundamentos o conclusiones, siendo menester su verosimilitud, reconocibilidad e incidencia en el contenido o resultado de la pericia.”

“Es supuesto ineludible de la objeción al dictamen pericial, la presencia objetiva de un yerro de tal magnitud ‘que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hayan llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas’, que ‘(...) si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)’ (Sala de Negocios Generales, Auto 25 de septiembre de 1939), por alterar en forma cardinal, esencial o terminante la realidad, suscitando una falsa y relevante creencia en las conclusiones (art. 238, n. 4, C. de P. C.), de donde, los errores intrascendentes e inconsistencias de cálculo, la crítica, inconformidad o desavenencia con la pericia, o la diversidad de criterios u opiniones, carecen de esta connotación por susceptibles de disipar en la etapa de valoración del trabajo y de los restantes medios de convicción (Sala de Casación Civil, auto de 8 de septiembre de 1993. Expediente 3446)”.

“...‘si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos’ (G.J. Tomo LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, ‘es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene, o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven.” Sentencia del 12 de agosto de 1997. Radicación 4533):

Por esto no cualquier error o discrepancia, configura un error grave si este y este no se no se configura por la simple diferencia entre lo que concluye el perito y lo que considera la parte.

Es de igual importancia tener en cuenta que el juez, respecto de las pruebas no está “ forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente ” (G.J. t, LVII, pág. 532),

toda vez que la valoración probatoria corresponde al juez en este caso en el laudo arbitral.

El Tribunal una vez analizado el dictamen pericial, así como las pruebas recibidas de JAHV Mc Gregor, encuentra que el yerro endilgado por el objetante, no constituye ni configura lo previsto en la ley, toda vez que el perito dio respuesta a las preguntas contenidas en los cuestionarios presentados por las partes teniendo en cuenta la información que había sido puesta bajo su consideración, alguna de la cual incluso no fue proporcionada por la parte objetante. Considera igualmente el Tribunal que la naturaleza del asunto que era objeto del dictamen pericial dificultó incluso la designación del perito. Por lo anterior el Tribunal encuentra que el dictamen pericial se rindió por la entidad designada como perito, de conformidad a lo dispuesto en la ley y de acuerdo con lo que resultaba posible.

Por todo lo anterior se negará la objeción por error grave.

2.1.2 LA TACHA DE SOSPECHA DEL TESTIGO JAIRO LAZARO ORTIZ.

En el curso de la audiencia de fecha 31 de marzo de 2014, el apoderado de la sociedad convocante formuló tacha de sospecha contra el testigo Jairo Lázaro Ortiz, en su calidad de asesor del despacho del director general de la Aerocivil, en la medida que su declaración habría de versar sobre el desarrollo del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado Bogotá, específicamente en aquellos aspectos relativos a la seguridad y a la multa que le ha sido aplicada al concesionario por el interventor operativo ambiental y de mantenimiento del contrato de concesión, sobre lo cual no versó su declaración. De igual forma fundamenta su tacha en que dicho testimonio fue en su gran mayoría de oídas, toda vez que el testigo solo intervino en la ejecución del contrato entre los meses de enero de 2009 y octubre de 2010 y buena parte de las diferencias que aquí se han debatido no ocurrieron justamente en ese período de tiempo. También expresa que mezcla en su intervención problemáticas diferentes y diferenciables, siendo éstas, la explotación comercial de los hangares y la explotación comercial del terminal puente aéreo. Por último sustenta la tacha del testigo, en que este

rindió conceptos jurídicos al utilizar expresiones como: “ha debido, o ha habido, o iba a ocurrir” lo cual dista del objeto propio de la prueba testimonial.

El Tribunal considera sobre la institución procesal de la tacha de los testimonios, que es de aquellos temas que deben analizarse previamente, tal como lo establece el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil al disponer que: *“Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio”*.(Artículo 211 del C. G. P)

Al mismo tiempo los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil (Artículo 211 del C.G.P), en lo que se refiere a los testigos sospechosos y a la luz de la primera de las normas referidas éstas son, aquellas personas que *“en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*.

Respecto de la tacha de sospecha, es claro que la misma no se encuentra dirigida a que un testimonio no se pueda apreciar y que, en tal virtud, se prescindiera del mismo, como quiera que lo procedente, en efecto, es que en tales circunstancias se imponga al juzgador un cuidado especial en su posterior valoración, con el fin de precisar su etiología, contenido, fuerza, validez y convicción, de una forma más estricta, pero sin restarle toda eficacia en forma preliminar o *a priori*.

Sobre el particular, la Corte Suprema Justicia en Sentencia del 12 de febrero de 1980, cuyas consideraciones comparte el Tribunal, defiere al juzgador la valoración de las circunstancias correspondientes, apreciando para ello el testimonio rendido. Dijo la Corte:

“... con mayor severidad” respecto de quienes no se encuentran en sus causas, porque “cuando existe un motivo de sospecha respecto del testigo, se pone en duda, que esté diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas corresponden a la realidad de lo que ocurrió; se supone que en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos debatidos”, en forma que el “valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrarrestado por la suposición de que sus

afirmaciones sean no verídicas y por consiguiente, por sí solas, jamás pueden producir certeza en el juez”.

El Tribunal luego de analizar la tacha planteada no encuentra motivos serios de duda que permitan censurar la versión del declarante Jairo Lázaro Ortiz, por las razones que sirvieron de fundamento a la tacha formulada, y considera que no hay motivos fundados de sospecha que la afecten. Sus respuestas suministraron datos coherentes y no advierte en ellas datos o hechos parcializados, contradictorios o sesgados, razones por las que se considera que es apta para ser valorada con la severidad propia de contra quien se formula tacha de sospecha, por lo cual se procederá a negar la tacha formulada.

3 CONSIDERACIONES GENERALES

Analizadas las demandas, sus contestaciones y en general las actuaciones de las partes, el Tribunal encuentra que existen una serie de materias que son comunes a varias pretensiones y las precisa en este acápite.

3.1.1.1 La calificación de AVIANCA S.A. como Beneficiario Real de OPAÍN.

La calificación de AVIANCA S.A. como Beneficiario Real de OPAÍN, se plantea por razón de las declaraciones que en su demanda pretende OPAÍN en el sentido de que se decida que AVIANCA S.A. por efectos de la suscripción del Contrato de Concesión No. 6000169 OK -cuyo objeto es “la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del aeropuerto internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.” -suscrito el 12 de septiembre de 2006 entre OPAÍN y la AEROCIVIL- tiene la condición de Arrendatario cedido del inmueble denominado “Puerto Aéreo”, pero NO el carácter de Beneficiario Real. Pretensiones citadas fueron consignadas en la demanda inicial como Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta.

Previo al análisis específico de la situación alrededor de la consideración de AVIANCA como Beneficiario Real de los miembros de OPAÍN, cabe señalar

algunos antecedentes sobre la calidad de Beneficiario Real y la manera como se estructura:

La noción de Beneficiario Real es tomada de una disposición específica de la legislación que regula el sistema financiero y el mercado de valores, así además es explícito en el testimonio rendido por el doctor ÁLVARO MAURICIO DURÁN LEAL. Una de las primeras alusiones, que comprendió definición de beneficiario real, la trajo la Resolución 400 de 1995, que hoy carece de vigencia alguna, que luego la reprodujo el Decreto 2555 de 2010, en cuya vigencia la Superintendencia Financiera mediante concepto del 8 de abril de 2010, previo a la expedición del decreto mencionado, explicó lo siguiente:

"Consideramos que el citado 1.2.1.3 de la resolución 400 de 1995 circunscribe la noción de Beneficiario Real a la capacidad decisoria con la que se cuenta respecto de una o varias acciones; también delimita lo que se entiende por capacidad decisoria y la resume en que se tenga facultad o poder para votar o dirigir, orientar y controlar dicho voto y facultad o poder de enajenar y ordenar la enajenación o gravamen de la acción"

Surgen así dos características fundamentales: la primera que la disposición se refiere fundamentalmente al Beneficiario Real de acciones de una sociedad y la segunda que la calidad de Beneficiario Real se configura cuando frente a esa acción, como representativa de capital social, se tiene control por sí o por interpuesta persona sobre los derechos políticos que le son intrínsecos, principalmente sobre el derecho al voto y simultáneamente se tiene el poder para enajenar las mencionadas acciones.

El Beneficiario Real de una sociedad constituye un concepto difuso del cual no hay una descripción en la legislación societaria, pero si concurren para esclarecer el tema varios conceptos de la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia Financiera y algunas menciones en decretos reglamentarios, algunos de los cuales pasan a mencionarse a continuación:

El artículo 4 del Decreto 2550 de 2000 reglamentó el artículo 22 de la Ley 550 de 1998, antiguo régimen de reestructuración empresarial que actualmente se

encuentra mayoritariamente derogado, y para los procesos de reestructuración definió el Beneficiario Real en los siguientes términos:

" se considera beneficiario real cualquier persona o grupo de personas que, directa o indirectamente, por sí misma o a través de interpuesta persona, por poseer las acciones, cuotas o partes de interés que conforman el capital de uno o más acreedores de la empresa reestructurada, o por virtud de un negocio jurídico o de una disposición legal, tenga respecto de uno o varios acreedores, capacidad decisoria en el respectivo acuerdo de reestructuración, esto es, la facultad o el poder de votar en las deliberaciones de la reunión de acreedores, o de dirigir, orientar y/o controlar dicho voto.

Conforman un mismo beneficiario real, entre otros, los siguientes:

1. las personas o entidades matrices o control antes, en los términos establecidos en los artículos 260 y 261 del código de comercio, respecto de sus subordinadas
2. la persona o personas que, sin ser matrices o controlantes, tengan la potestad de dirigir o determinar efectivamente el sentido de los respectivos votos o las decisiones que deban adoptar uno o varios acreedores para la celebración del acuerdo de reestructuración, con ocasión del ejercicio de un derecho proveniente de una garantía, un pacto de recompensa, un negocio fiduciario o cualquier otro pacto, actuación o negocio que produzca efectos similares"

Se trata, entonces y principalmente, de que la capacidad decisoria de la sociedad se encuentre en cabeza de una persona para que se le atribuya la calidad de beneficiario real, incluso sin que ostente la calidad de socio. Ello preserva congruencia con la hipótesis de Beneficiario Real de una acción que consagra el Decreto 2555 de 2010, específicamente el artículo 6.1.1.1.3, conforme al cual se tiene como Beneficiario Real aquel respecto del cual recaiga la capacidad decisoria de los derechos políticos inherentes a la acción y la capacidad de transferir o gravar las mismas.

Mediante concepto del 1 de agosto de 2012, la Superintendencia Financiera, al absolver una consulta sobre la obligación de proceder a una oferta pública de valores (OPA), señaló lo siguiente

"Consideramos que el citado artículo 1.2.1.3 de la resolución 400 de 1995 circunscribe la noción de Beneficiario Real a la capacidad decisoria con la que se cuenta respecto de una o varias acciones; también delimita la que se entiende por capacidad decisoria y la resume en que se tenga facultad o poder para votar o dirigir, orientar y controlar dicho voto y facultad o poder de enajenar y ordenar la enajenación y gravamen de la acción. La capacidad decisoria, por ende, se predica de quienes, conforme la norma citada, no

solamente tengan la facultad o poder de votar en la elección de directivas o representantes o, de dirigir, orientar y controlar dicho voto, sino que deben tener adicionalmente, la facultad o el poder de enajenar y ordenar la enajenación o gravamen de la acción.

Bajo este entendido, en el caso planteado observamos que la sociedad A es Beneficiario Real de la sociedad B pues detenta la capacidad decisoria respecto del 100% de las acciones en las que se encuentra dividido su capital, esto es, puede votar en la elección de directivas y representantes y a la vez, enajenar y ordenar el gravamen de ellas"

Bien puede abordarse el concepto de Beneficiario Real desde la perspectiva del dominio derivado de la composición accionaria, pero también puede hacerse, de una forma más amplia, bajo la noción misma del control respecto de una sociedad. Y ello hace menester aludir también a la existencia de una situación de control frente a lo previsto en los artículos 260 y 261 del C. Co., el primero de los cuales señala que una sociedad es subordinada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a otra u otras personas, quienes podrán ser o no sus socios. A su vez, el artículo 261 ibídem prevé tres hipótesis indicativas en las cuales se presume el control: la primera, la participación mayoritaria en el capital de una compañía por parte de otra, bien sea directamente o indirectamente, con prescindencia de las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; la segunda, cuando la controlante, directa o indirectamente, posea el derecho a emitir los votos en la asamblea de accionistas o junta de socios constitutivos de las mayorías decisorias, así como el número de votos mínimos para elegir a los miembros de la junta directiva y la tercera, denominada subordinación contractual, así llamada en la doctrina, que se configura con la celebración de un negocio jurídico que imponga a la sociedad que se materialice en una pérdida de autonomía. Naturalmente se trata de presunciones que admiten prueba en contrario.

Conforme a doctrina de la Superintendencia de Sociedades, lo que principalmente configura la situación de control es el hecho de que el poder de decisión de la sociedad se encuentre sometido a la voluntad de una o varias personas. En tal sentido, tal autoridad de supervisión consignó en el concepto 220-15215:

"El poder de decisión se puede definir como aquella fuerza vinculante que detentan una o varias personas para que su voluntad prevalezca dentro del funcionamiento de una

sociedad, bien bajo la voluntad administrativa, operaria, financiera y, en especial, que con tal voluntad se obtenga una relevante influencia en la forma en que se maneja el patrimonio social"

Según lo previsto en el artículo 30 de la Ley 222 de 2005, las compañías que ostenten la condición de controlantes deberán presentar un documento privado en el cual se expresen sus datos y las circunstancias que dieron origen a la situación de control, en las Cámaras de Comercio de los domicilios de una y otra entidad, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en la cual se dio el evento de situación de control. Al respecto la Superintendencia de Sociedades en concepto 220-15215 señaló lo siguiente:

"De acuerdo con la disposición transcrita, cualquier persona natural o jurídica que tenga la calidad de matriz o controlante deberá dar cuenta de la situación de control, para lo cual elaborará un documento privado que contenga la información solicitada en dicho artículo. Por consiguiente, si la Nación tiene alguna de las calidades antes enunciadas le recae la obligación de inscribir el documento privado ante la Cámara de Comercio del domicilio social, indicando expresamente la situación de control o el grupo empresarial que se presente en cada caso. Es necesario resaltar que la ley en modo alguno excluyó para una determinada clase de matriz o controlante la obligación de inscribir la situación de control y en consecuencia no resulta procedente exonerar de tal obligación a una determinada clase de sujeto como la Nación o las entidades públicas, pues se insiste la ley no efectuó distinciones en este aspecto".

Ello, además, sin perjuicio de la facultad que se le ha atribuido a la Superintendencia de Sociedades para que, de oficio o a solicitud de algún interesado, se declare la situación de control y se ordene la respectiva inscripción en el registro mercantil, cuando el controlante se abstenga de hacerlo.

3.1.1.2 El alcance de la Explotación Comercial concesionada.

Varias de las pretensiones versan sobre los derechos y obligaciones relativos a la **explotación comercial** que adquirió OPAÍN por virtud del Contrato de Concesión No. 6000169 OK (Pretensiones Séptima, Décima Segunda y Décima Tercera de la demanda inicial y Primera, Segunda, Segunda Subsidiaria y Tercera de la Demanda de Reconvención)

3.1.1.3 El alcance de varias estipulaciones y documentos relacionados con la obligación de incremento de ingresos.

Las partes de la misma manera invocan en sus respectivas demandas varias estipulaciones contractuales y se refieren a comunicaciones respecto de las cuales discrepan. Por esta razón el Tribunal considera que debe determinar el alcance de:

a) La consideración 4.18 incluida en el OTROSI No. 8 del Contrato de Concesión No 6000169 OK-2006 del 15 de junio de 2012 celebrado entre OPAÍN y la AEROCIVIL cuyo texto es "Que de igual manera, los acuerdos que celebre el Concesionario con AVIANCA, no podrán de ninguna manera, tener como consecuencia que se reduzcan las especificaciones técnicas de modernización y expansión, de diseño, de mantenimiento, de operación, seguridad, ambientales y demás señaladas en el Contrato de Concesión, sus Apéndices y Otrosíes", y

b) La comunicación No. 1000.2012017269 del 25 de abril de 2012 AEROCIVIL. Respecto de ésta, además del referido alcance, el Tribunal está llamado a decidir sobre su fuerza vinculante (Pretensiones Octava y Décima Primera de la demanda inicial y Primera, Segunda y Segunda Subsidiaria de la Reconvención).

3.1.1.4 El derecho de OPAÍN a prorrogar el Contrato de arriendo suscrito con AVIANCA S.A.

Las Pretensiones Novena y Décima de la demanda inicial hacen referencia al alcance de los derechos de OPAÍN respecto del Arrendamiento del Inmueble Puente Aéreo y en particular al relativo a decidir sobre el Contrato de ARRENDAMIENTO BO Ar 001104.

3.1.1.5 Las sanciones que a título de apremio han sido comunicadas a OPAÍN.

Básicamente en la demanda de reconvención, la Aeronáutica Civil (ANI en este proceso) pretende decisión sobre una serie de incumplimientos en los que habría incurrido OPAÍN, y que el Tribunal encuentra vinculadas a las multas de apremio contenidas en sendas comunicaciones de la AEROCIVIL. OPAÍN por su parte pretende que se declare la improcedencia de las mismas. (Décima Cuarta de la Demanda Inicial y Octava, Novena, Décima y Décima Primera de la demanda de Reconvención)

3.1.1.6 Costas y gastos.

Cada una de las partes pretende que se condene a la otra en Costas y gastos del proceso arbitral, incluidas las agencias en derecho. (Pretensiones Décima Quinta de la Demanda inicial y Décima Segunda de la Demanda de Reconvención). Estas pretensiones serán resueltas por el Tribunal al concluir el análisis de la totalidad de las pretensiones y excepciones.

3.2 LAS RELACIONES JURIDICAS IMPLICADAS.

No obstante ser claro, que las materias que debe resolver el Tribunal corresponden a diferencias contractuales ocurridas durante la ejecución del **Contrato de concesión** identificado como “CONTRATO No. 6000169 OK DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2006” suscrito entre la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil –**AEROCIVIL** –[hoy ejecutado por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA] y la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL – OPAÍN-** que por razón del carácter de la parte concedente corresponde a un Contrato estatal, debe destacarse que las pretensiones involucran otras relaciones jurídicas que no tienen tal carácter, en particular la establecida entre la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL – OPAÍN-** y **AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA S.A. AVIANCA** por virtud de la **cesión del Contrato de arrendamiento** CONTRATO BO Ar 011 04 (2004) suscrito inicialmente por la UAEAC AEROCIVIL y la citada aerolínea (AVIANCA S.A.), así como aquellas que de la misma manera OPAIN ha establecido con subarrendatarios o contratistas.

De la misma manera por razón de las Pretensiones formuladas por las partes, el Tribunal tendrá que referirse a las relaciones comerciales establecidas por AVIANCA S.A. con otros comerciantes, considerando para el efecto lo pactado en la Cláusula Décima Novena del contrato de Arrendamiento del inmueble denominado “Terminal Puente Aéreo”) suscrito con la UAEAC-AEROCIVIL- El 30 de julio de 2004 (CONTRATO BO Ar 01104 de 2004) cedido a OPAÍN, pacto según el cual **el subarriendo de los locales por el ARRENDATARIO fue autorizado por considerarlos parte de la unidad de negocio.**

En efecto se dispone en dicha cláusula:

“DECIMA NOVENA: CESIÓN O SUBARRIENDO. Al ARRENDATARIO le está prohibido ceder el contrato, subarrendar o permitir el uso total o parcial del inmueble objeto del presente contrato a terceros, ni transferir su tenencia sin autorización expresa y previa por parte del ARRENDADOR. En relación con el uso por parte de terceros contratistas que apoyan la operación el ARRENDATARIO, **así como el sub arrendamiento de los locales comerciales ésta autorización se entiende conferida con la suscripción de éste contrato en cuanto los mismos hacen parte de la unidad de negocio.** En todo caso, los contratantes expresamente pactan que este contrato no formará parte integral de ningún establecimiento de comercio y por lo tanto, la enajenación que eventualmente se establezca del establecimiento de comercio, no sólo no transfiere ningún derecho de arrendamiento al adquirente sino que se constituye en una causal suficiente de terminación anticipada del presente contrato, dando lugar a la restitución inmediata del inmueble. El ARRENDATARIO se obliga expresamente a no ceder, a no subarrendar ni permitir el uso por parte de terceros, ni a transferir su tenencia a ningún título, salvo cuando haya autorización del ARRENDADOR. Para los efectos legales, ésta estipulación equivale a la oposición a que se refiere el numeral 3° del Artículo 528 del Código de comercio de tal suerte que la responsabilidad del ARRENDATARIO no cesará con la enajenación del establecimiento de comercio, ni con el aviso de transferencia, ni aún con la inscripción de la enajenación en el Registro Mercantil. Así las cosas, el ARRENDATARIO es responsable por el uso del inmueble y se compromete a indemnizar al ARRENDADOR los perjuicios que su conducta genere y deberá sufragar la totalidad de gastos que demande la restitución del inmueble.”

Bajo esta premisa el Tribunal consigna a continuación su criterio en relación con:

a) La naturaleza del Contrato de concesión y

- b) La naturaleza del Contrato de arriendo a partir del momento en que fue cedido a **OPAÍN**.

3.2.1 El contrato de concesión.

El **Contrato de Concesión** No. 6000169 OK DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2006, al margen de cualquier otra consideración, corresponde a un contrato estatal por haber sido suscrito por una “entidad estatal”³. En consecuencia, habiendo sido pactado en el año 2006 se sujeta a las normas vigentes al momento de su celebración, asunto que adquiere relevancia en este preciso caso, en la medida en que varias de las pretensiones se refieren a las multas pactadas, materia que ha sido objeto de regulaciones sucesivas e incluso de interpretaciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil, así como de sentencias de esa misma Corte que este Tribunal ha analizado, y que serán tenidas en cuenta en las consideraciones generales y particulares con base en las cuales se adoptan las decisiones que las partes solicitan que se profieran.

En efecto, el carácter estatal del contrato y su finalidad son relevantes por razón de lo consignado en su cláusula 2 relativa al **OBJETO**, de la cual surge con toda claridad que una de las **prestaciones predominantes es la prestación del servicio aeroportuario -que como tal se define en la Ley 105 de 1993- con el fin de satisfacer una necesidad colectiva en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado**. Y esta premisa es

³ ARTICULO 1°. DEL OBJETO. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

ARTICULO 2°. DE LA DEFINICION DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PUBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

1°. Se denominan entidades estatales:

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

b) (...)

considerada por el Tribunal como determinante en el juzgamiento e interpretación de la totalidad de sus estipulaciones, en razón de que el Tribunal encuentra que en las pruebas obran interpretaciones de la Interventoría Contable y financiera, así como de la Contraloría General de la República que pasan por alto que el servicio y su debida prestación, deben constituir la base de cualquier decisión o interpretación que se efectúe en el caso de estas concesiones.

En relación con esta necesaria reflexión el Tribunal transcribe un aparte de un concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado⁴ que si bien se encamina a establecer la viabilidad de la modificación de este tipo de contratos destaca el enfoque que en consideración debe tenerse en cuenta cuando de lo que se trata es de adoptar decisiones en los contratos de concesión como el que es objeto de este arbitraje. En dicho concepto se consigna:

“(…) Es indudable que en el año de 1937 se encontraba en apogeo, en Europa y Suramérica, la llamada teoría del servicio público, que respondía al modelo económico y político del Estado Occidental del que hacía parte la administración pública, caracterizado por el énfasis en el ciudadano al que se le entregaban los bienes y servicios, tanto por el mismo Estado como por los particulares, quienes se convertían entonces en colaboradores de la administración. Esta tesis se oponía a la concepción decimonónica que suponía que toda actuación del Estado era motivada por su posición soberana en la sociedad, de manera que actuaba, principalmente, para garantizar el mantenimiento del orden público mediante la policía administrativa. Para caracterizar este último período, la doctrina del derecho administrativo lo describe como el de la prevalencia de la teoría de los actos de autoridad o de poder, por oposición a los de gestión.

Con el paso del tiempo, la teoría del servicio público entró en “crisis” a partir de la segunda posguerra por cuanto el Estado nacionalizó y monopolizó cada vez mayores sectores económicos con el fin de prestar directamente a la comunidad los servicios sociales y algunos industriales y comerciales, lo que conllevó un increíble aumento de las estructuras administrativas y de las responsabilidades públicas. A este modelo se le denominará de varias maneras, y en nuestro país se conoce principalmente como Estado intervencionista. En la Europa Occidental se hablará del “Estado de Bienestar” indicando con ello que la principal función del Estado es la de entregar directamente la

⁴ CONSEJO DE ESTADO.SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009) Radicación No. 1.95211001-03-06-000-2009-00033-00

mayor cantidad de bienes y servicios a los asociados (no a los ciudadanos) para obtener una situación general de satisfacción de las necesidades individuales.

Desde los años 70 este modelo fue criticado primero y cambiado después, y ya en la última década de aquel siglo, el Estado sustituye buena parte de sus formas de actuación, liberando múltiples monopolios y desregulando otras tantas de las actividades que desarrollaba, con el fin de entregarlas al sector privado o al mixto, sometiéndolas a las leyes de la competencia y del mercado. Se reduce el tamaño de las estructuras administrativas, y se multiplican por sus formas y cantidad, los actores económicos que trabajarán en los nuevos mercados. Adquiere una muy especial relevancia la regulación económica, que pasa a ser una de las más importantes actividades administrativas. **El Estado deja de ser el principal prestador de los servicios para convertirse en su garante y regulador.** (Destaca el Tribunal)

En esta nueva situación histórica, el contrato de concesión de servicio público reaparece en la práctica administrativa, pues permite vincular al capital y la gestión privados a la prestación de los servicios públicos **que el Estado no está en condiciones de financiar o de gerenciar.** Entonces, recobran fuerza los citados autores de 1937, y un problema viejo pasa a ser actual por la fuerza de los hechos. (Se destaca por el Tribunal)

Sin embargo, los temas de discusión jurídicos son algo diferentes, pues en la actualidad se acepta y está legislado, que los contratos estatales, incluido el de concesión, se pueden variar por la administración, y que si esa variación afecta a los contratistas, los contratos deben ser reequilibrados, asuntos que eran controvertidos hace 70 años. Se discute hoy la importancia e injerencia de la parte privada en la modificación del contrato, esto es, si puede proponerla, si tiene derecho a que se negocie su propuesta o a exigir ciertas modificaciones, y cuáles son los límites de la modificación de común acuerdo.

Los párrafos anteriores permiten poner en contexto el contrato de concesión de servicio público, y en especial los temas que van a guiar la exposición que se hace enseguida: **su definición, la primacía de la calidad y la satisfacción del usuario como fin y eje de la concesión** y la mutabilidad del contrato con miras a obtener en forma permanente la mejor calidad del servicio entregado. (Destaca el Tribunal)

“2º. Una aproximación doctrinaria.

En general, es válido afirmar que la actividad de la administración está determinada por la realización de los fines que le son propios, no sólo en cuanto a los genéricos del Estado, sino de aquellos concretos que le son asignados a cada estructura pública. La organización del Estado, los procedimientos, el reparto de competencias, la actuación material de sus agentes, etc., están concebidos para el cumplimiento de sus fines, como aparece en el artículo 2º de la Constitución Política. (Destaca el Tribunal)

La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de **hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los**

restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado.

Sin embargo, como en la actualidad el Estado ha optado por contratar con terceros expertos la realización de variadas actividades que antes desarrollaba directamente, y al hacerlo, se desprende también del personal y del conocimiento especializado sobre el tema, se abre la posibilidad de que sea el contratista particular, experto en la materia objeto del contrato, quien proponga a la administración las modificaciones necesarias para que el servicio que se presta sea de la mejor calidad, en virtud del principio de la buena fe contractual y en general de la cláusula de progreso que se anuncia enseguida.

El progreso de la ciencia, la transformación de las necesidades sociales, de las condiciones del mercado, de los aspectos demográficos, etc., conllevan variaciones en las condiciones en que deben prestarse los diferentes servicios públicos, bien por la administración cuando los entrega directamente a la comunidad, o bien por los particulares cuando son ellos los prestadores. La actual regulación del Estado Social impone que no sólo hay que solucionar las necesidades de los individuos, sino buscar la mejor calidad de vida de la población (artículo 366 Constitución Política) y la eficiencia en la prestación de los servicios a su cargo (artículo 365 Constitución Política). Se advierte además, que en la concepción constitucional aplicable a múltiples servicios públicos, no se trata de “dispensar” un servicio a manera de un “deber” del Estado, sino de cumplir una “obligación jurídica” correlativa a un derecho fundamental de los individuos. Este cambio de concepción implica una mayor exigencia de eficacia y de búsqueda de la mejor prestación por parte de la administración.

Es claro que al cambiar el entorno en que se desenvuelve la prestación de un servicio público a la comunidad, en forma tal que afecte gravemente dicha prestación, independientemente de su previsibilidad, deben mutar las obligaciones del contrato que tienen que ver con tales cambios, o de lo contrario se estaría dando un servicio inadecuado a las nuevas realidades sociales, culturales o tecnológicas.

La realización del ideal de progreso también conlleva la necesidad de variar los contratos de concesión con miras a obtener la mayor satisfacción posible de las necesidades de la colectividad; fenómeno que ha sido estudiado desde antaño y a él se refieren los ejemplos transcritos anteriormente, dados por los autores Pareja y Sarria⁵. Hoy en día, la literatura jurídica habla de una *cláusula presunta de progreso*⁶ en los contratos de

⁵ Además de la literatura antes citada, pueden verse las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Actor: Guillermo Pardo Venegas. (Compañía de Alumbrado Público de Pamplona contra Ministerio de Economía Nacional). Abril 16 de 1941. Ponente, Dr. Diógenes Sepúlveda. 19 de julio de 1940.

⁶ Vid. MEILAN GIL, José Luis. “PROGRESO TECNOLÓGICO Y SERVICIOS PÚBLICOS” Ed. Thompson Civitas. 1ª Edición. Madrid 2006. Igualmente: CASAGNE, Juan Carlos. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. Ed. Lexis Nexis. 2ª Edición. Buenos Aires. 2006. Págs. 186 187.

concesión de servicio público, haciendo especial énfasis en los cambios o adelantos tecnológicos. Como lo explica el argentino Juan Carlos Casagne, en esta frase: “En nuestra opinión, el principio de mutabilidad del servicio público debe desenvolverse con arreglo a los principios de calidad y eficiencia (art. 42 CN⁷) y la cláusula de progreso (art. 75, inc. 18, CN) que tipifica, positivamente, el objetivo de bien común como fin del Estado.”(...)” (Destacados fuera del texto)

Bajo esta perspectiva el Tribunal resalta que en estos Contratos de Concesión, en los que el Estado confía a un particular la prestación de un servicio público, debe permitir que ponga en práctica **las capacidades gerenciales por las que fue contratado y limitarse a vigilar que tales capacidades no afecten lo que es realmente esencial que no es otra cosa que la debida prestación del servicio.**

3.2.2 El contrato de cesión.

La materia objeto de estas consideraciones tiene relevancia, en la medida en que debe el Tribunal resolver pretensiones directamente relacionadas con la condición de OPAÍN como cesionario del Contrato de Arrendamiento BO Ar 01104 de 2004 suscrito entre la AEROCIVIL y AVIANCA.

Sobre la materia el Tribunal destaca que, sin perjuicio de la regulación que sobre la cesión de los contratos estatales obra en el Estatuto contractual estatal (Ley 80 de 1993 y sus modificaciones) -todas ellas relativas a la cesión del contrato por el contratista-, la institución de la cesión de contratos solamente cuenta con la regulación dispuesta en los artículos 887 y s.s. del Código de Comercio, aplicable en la contratación estatal según se dispone en el artículo 13 del citado Estatuto. De tales disposiciones el Tribunal destaca la contenida en el artículo 895 por razón de la pretensión relativa a las facultades excepcionales que OPAÍN pretende que se declaren. Señala el citado artículo:

Art. 895.-La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que

⁷ Constitución Nacional Argentina.

se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes. (Se subraya)

Art. 896.-El contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato. Podrá también oponer aquellas que se funden sobre otras relaciones con el cedente, respecto de las cuales haya hecho expresa reserva al momento de notificársele o aceptar la cesión.

Sobre el asunto el Consejo de Estado ha destacado:

“CESION DE CONTRATO Y CESION DE CREDITO - Diferencias

La diferencia entre la cesión de un contrato y la cesión de un crédito es bastante considerable, aunque tengan algunas semejanzas. Entre las últimas basta mencionar que en ambos casos se modifica el titular del crédito y el del contrato, es decir, se presenta una mutación de la posición, de manera que en adelante la relación habrá de desarrollarse con el nuevo sujeto. Sin embargo, **las diferencias son demasiado profundas, y con efectos jurídicos así mismo importantes.** Por ejemplo, en la cesión del contrato el cedente deja de ser contratante o contratista –según la posición que ocupa en el negocio jurídico-, mientras que en la cesión de crédito derivado de un contrato el contratista cedente sigue siendo contratista del Estado, y sólo el derecho al pago es el que se traslada a otra persona, que sin duda es un tercero en la relación negocial. Por la misma razón, **cuando se cede el contrato, en adelante el obligado con el contratante será el cesionario, quien ocupará la posición contractual que tenía el cedente;** mientras que la cesión de un crédito contractual no modifica la relación contractual, sino al titular del derecho al pago. En el mismo sentido, **en la cesión de contrato el cedente –contratista- se libera del cumplimiento de las obligaciones pendientes,** las que asume en adelante el cesionario; mientras que en la cesión de crédito derivado de un contrato el contratista continúa siendo el mismo, y por tanto conserva las obligaciones del contrato, que continúa, sin reserva alguna. En estos términos, **la cesión de contrato es más compleja y profunda en sus implicaciones jurídicas, porque traslada de una persona a otra la posición que tiene en el negocio, con sus derechos y obligaciones –salvo acuerdo en contrario-**; mientras que la cesión de crédito sólo trasfiere al cesionario el derecho al pago de un crédito, y no se asumen cargas u obligaciones derivadas de la relación contractual de donde proviene la deuda.”⁸

En el caso particular, la AEROCIVIL en la Cláusula 20.1 del Contrato de Concesión dispuso:

⁸ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA-SUBSECCION C-Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO-veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2.012)-Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09759-01(20817)

“20.1 Contratos Cedidos.

De conformidad con lo señalado en el numeral **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** del presente **Contrato de Concesión**, la cesión de la posición contractual de **Aerocivil** a favor del **Concesionario** producirá efectos a partir de las 12:00 meridiano del **Día Calendario** siguiente a la suscripción del **Acta de Entrega**, siempre que previamente se hayan entregado los contratos respectivos al **Concesionario** y éste haya efectuado la respectiva notificación a las contrapartes, en los términos previstos en los **Contratos Cedidos**, en los términos y condiciones señalados en los numerales **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** y **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** siguientes.

Mediante la suscripción del **Acta de Entrega**, **Aerocivil** cede su posición contractual en los **Contratos Cedidos** al **Concesionario**, en los mismos términos y condiciones suscritos entre las partes originales y desde las 12:00 meridiano del **Día Calendario** siguiente a la suscripción del **Acta de Entrega**. En consecuencia, a partir de esa fecha y hora, el **Concesionario** asumirá la totalidad de los derechos y obligaciones emanadas de los **Contratos Cedidos** a favor de **Aerocivil**, en tanto dichos derechos y obligaciones no estuviesen directamente asociados al carácter de Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, como es el caso de las cláusulas excepcionales al derecho común, cláusulas que dejarán de ser aplicables.

Por la suscripción del **Acta de Entrega**, el **Concesionario** se obliga a dar cumplimiento a los **Contratos Cedidos** de acuerdo con sus términos y condiciones y con la ley” (se subraya)”

Así las cosas el Tribunal habrá de considerar esta estipulación a la luz de la regulación señalada y con base en ello decidirá sobre las pretensiones de las partes relativas a las obligaciones y derechos de OPAÍN en su condición de cesionaria del contrato de arrendamiento señalado.

3.2.3 El contrato de arrendamiento.

Este contrato, como ya se señaló, inicialmente tuvo un carácter estatal; no obstante, a partir del momento en que fue cedido a OPAÍN cambió su carácter estatal, para adquirir un carácter que, sin perjuicio de las estipulaciones encaminadas a la protección de los bienes y servicios de naturaleza pública involucrados, es viable interpretar bajo las reglas del derecho privado. Este

asunto, si bien en general es relevante, básicamente por razón de las potestades excepcionales que se presumen o es viable pactar en algunos contratos estatales, en este caso particular carece de relevancia, en razón a que tales facultades están expresamente prohibidas en el caso de los contratos de arrendamiento.⁹

Lo anterior sin embargo no implica que tales contratos, en tanto sean celebrados por una entidad pública no estén sometidos a las demás disposiciones del Estatuto de contratación pública, pero en este caso, por virtud de la cesión, el

⁹ El Consejo al interpretar el Artículo 14 de la Ley 80 de 1993, cuyo texto se transcribe ha señalado: Artículo 14 (Estatuto de Contratación Pública) DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

... “2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.

“En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

“Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

“En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignan expresamente.

“Parágrafo.-En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y (...), se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.” (se subraya)

“CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., primero (1º) de diciembre de dos mil ocho (2008). No. de Radicación: 2500023260002007005330.- No. interno: 35.827.-

(...) frente a un número plural de contratos estatales de diversa índole, no existe regulación expresa por cuanto no se encuentran mencionados en el citado artículo 14 ibídem. (...) frente a esos precisos negocios jurídicos, la jurisprudencia de la Sala ha puntualizado: “En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. (...) **los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales. Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa**, por las siguientes razones: De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas-por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales. De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios.”

contrato de arrendamiento perdió su carácter estatal y al igual que cualquier contrato de arrendamiento debe sujetarse en primer lugar a lo pactado y en lo no pactado a las normas civiles y comerciales pertinentes, sin perjuicio de considerar que algunos derechos, entre ellos **el de la renovación o la prórroga, están limitados, por razón de los bienes y servicios de carácter público involucrados, asunto que ha sido objeto de consideración por el Consejo de Estado, y que si bien ha sido objeto de discusión entre las partes, no constituye una materia que haya sido sometida al conocimiento de este Tribunal, tal como se precisará más adelante.**

3.3 LA RELACIÓN CON LA INTERVENTORÍA.

Consideradas por el Tribunal las diversas estipulaciones Contractuales, así como, las interpretaciones de la Interventoría y de la AEROCIVIL, en lo que se refiere a la aplicación de multas, materia a la que se refieren la mayoría de las pretensiones consignadas en la Demanda de Reconvención presentada por la AEROCIVIL, el Tribunal considera fundamental destacar lo pactado al respecto en el Contrato de concesión.

“1.73 Interventor o Interventoría

Será la persona natural o jurídica, Consorcio o Unión Temporal escogida por **Aerocivil** para cumplir las funciones previstas en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** del **Contrato** y demás funciones que le sean asignadas al **Interventor** en el **Contrato** y en sus Apéndices.

Dentro de las diversas funciones que se asignan contractualmente al Interventor obran en el Contrato de Concesión las relativas al que se denomina “Procedimiento para la imposición de multas” que en el presente caso, por considerarlo así el Tribunal reviste especial importancia. Se dispone al respecto:

“63.20 Procedimiento para la imposición de multas

El procedimiento para la imposición de multas, podrá iniciarse, bien por parte del **Interventor** o bien por parte de **Aerocivil**.

63.20.1 Inicio del procedimiento por parte del Interventor

Cuando el **Interventor** verifique que existe un incumplimiento contractual que puede llegar a ser generador de multas en los términos señalados en esta cláusula, informará al **Concesionario** por escrito sobre la existencia del hecho generador de la multa, las pruebas que acrediten su existencia, y las razones por las cuales el hecho señalado implica una vulneración a las estipulaciones del **Contrato de Concesión**. Copia de esta comunicación, será remitida por el **Interventor** a **Aerocivil**.

Si dentro de los diez (10) **Días Hábiles** siguientes al día en que se le haya informado al **Concesionario** lo previsto en el párrafo anterior, no hubiere objeción por escrito, dirigida a **Aerocivil** y al **Interventor**, se entenderá tal silencio como una aceptación por parte del **Concesionario** en cuanto a la existencia del incumplimiento y por lo tanto, **Aerocivil** podrá ordenar a la **Fiduciaria** el traslado del valor de la multa de la **Subcuenta Principal** a la **Subcuenta de Excedentes de Aerocivil**.

Si hubiere objeción por parte del **Concesionario** en los términos señalados en el párrafo anterior, éste deberá dirigirse a **Aerocivil** mediante comunicación escrita en la cual expondrá las razones por las cuales se encuentra en desacuerdo con la comunicación del **Interventor**; de dicha comunicación enviará copia al **Interventor**.

Dentro de los diez (10) **Días** siguientes al recibo de las comunicaciones arriba señaladas, **Aerocivil** indicará por escrito al **Concesionario** si considera que se ha causado o no una multa. **Aerocivil** basará su decisión en (i) la comunicación inicial del **Interventor** al **Concesionario** y (ii) la comunicación del **Concesionario** a **Aerocivil**. Si **Aerocivil** considera necesario, podrá solicitar tanto al **Concesionario** como al **Interventor**, las aclaraciones o la información adicional que considere pertinente. Esta comunicación, en cuanto a las consideraciones de **Aerocivil** sobre la procedencia o improcedencia de la multa, no será considerada para efecto alguno como un acto administrativo.

Una vez comunicadas al **Concesionario** las consideraciones de **Aerocivil** sobre la causación de la multa, éste podrá manifestar, dentro de los diez (10) **Días** siguientes a la recepción de la comunicación, su desacuerdo con el contenido de la misma. En tal caso, las partes estarán en libertad de acudir a los métodos de solución de controversias previstos en el **Contrato** para dirimir la controversia relacionada con la causación de la multa.

Estas estipulaciones permiten concluir que la Interventoría tiene una función de evaluación de los hechos que debe someter a consideración de la AEROCIVIL, para que sea ésta quien decida si hay lugar o no a concurrir ante el juez del Contrato para que decida sobre la aplicación de las multas de apremio pactadas.

3.4 LOS SEÑALAMIENTOS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

El Tribunal llama la atención sobre los diversos conceptos que inclusive la misma Contraloría ha emitido para precisar el alcance de los informes que se emiten en ejercicio del control fiscal. Dentro de ellos destaca el Tribunal el concepto 2007EE24126-07 del 28 de mayo de 2007, en el que la CGR señaló que:

“parte importante del ejercicio de control fiscal es la rendición y conformación de informes. Estos informes no son una creación caprichosa o simplemente subjetiva de los funcionarios de conocimiento, sino que deben estar soportados en elementos de juicio recaudados dentro de las actuaciones ya señaladas. Tampoco tienen dichos informes el carácter de decisiones judiciales. Ahora, los informes no son actos administrativos, no deciden la situación de una persona en particular sino que dan una opinión técnica sobre el estado de una situación respecto a un sujeto de vigilancia y control fiscal, en una vigencia fiscal determinada. Su objeto no es el ejercicio del poder público sobre la conducta de una persona, sino considerar el estado de unas condiciones”.

Igualmente la Oficina Jurídica de la Contraloría ha señalado que:

“El Informe de Auditoría es el documento mediante el cual el equipo de auditoría reporta la evaluación que ha realizado sobre la situación, la gestión y los resultados donde una entidad y los diferentes hallazgos encontrados en el proceso de evaluación de un sujeto de control”.

Esta misma oficina señaló que:

“Si bien es cierto dicho informe se realiza en ejercicio de las funciones de vigilancia y control fiscal otorgadas por la Constitución Política y la Ley a las Contralorías, esto no significa que sea un acto administrativo, pues solo contiene un reporte de la evaluación que ha realizado el grupo auditor, no tiene efectos frente a los administrados, sino que sirve de soporte para el mejoramiento de la gestión fiscal y eventualmente, la concreción de hallazgos disciplinarios, penales o fiscales, que dan lugar al inicio de las acciones correspondientes (Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto 1714 del 2002).”

Las Contralorías Delegadas, incluida la de Infraestructura, han señalado que:

“De las condiciones establecidas por el Consejo de Estado para el acto administrativo, se puede decir que el informe de auditoría cumple con algunas condiciones, en el sentido de que es la expresión de voluntad de la administración en ejercicio de la función

administrativa, en vista de que contiene manifestaciones sobre los resultados de la gestión fiscal de la entidad auditada, por parte de la administración; función que se lleva a cabo por una determinación constitucional del artículo 267 de la Carta, que le asigna a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, es decir, que el dictamen de los informes de auditoría es la aplicación de la función administrativa porque tiene como objetivo el cumplimiento de los fines estatales asignados a la Contraloría de la República.

“Sin embargo en cuanto a la capacidad que tiene el acto administrativo para modificar, extinguir o crear una situación jurídica, el informe de auditoría carece de tal condición, en vista de que las determinaciones o pronunciamientos que haga la Contraloría en el Informe no cambian las situaciones jurídicas de la entidad y sus miembros, toda vez que son opiniones, dictámenes y conceptos sobre la gestión fiscal, que aunque pueden dar lugar a la apertura de acciones penales, administrativas o disciplinarias, así como la apertura de procesos administrativos sancionatorios, estos procesos o investigaciones proceden por fuera del informe de auditoría, por tal razón, no se constituye en sí mismo un acto jurídico que inicie la apertura de estos procesos sino que es un conjunto de observaciones que no convierte a los miembros de la entidad auditada en investigados, es decir que el dictamen que contiene el informe de auditoría no adopta ninguna decisión que tenga la virtualidad de producir efectos jurídicos.¹⁰”

“Conforme al alineamiento fijado por la oficina Jurídica de la CGR mediante Concepto 80112-IE49958 del 12 de diciembre de 2007, no resulta admisible interponer recursos contra actuaciones administrativas (Informe de Auditoría) que no reviste la naturaleza de un acto administrativo propiamente dicho.”

En síntesis, para la Contraloría General de la República, tales informes contienen opiniones, conceptos o dictámenes que no son obligatorios y por lo mismo, llama la atención que la Interventoría no haya realizado análisis alguno sobre lo que dicha entidad señaló respecto del incremento de ingresos como una obligación de OPAÍN, así como de la también obligación, de asumir la explotación comercial directa a partir del vencimiento del plazo del contrato celebrado con AVIANCA.

Sobre la materia este Tribunal, igualmente considera pertinente señalar que en la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el 7 de julio de 2006 (Actor: Martha Lucía Peña

¹⁰ República de Colombia. Contraloría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto No. 80112-IE49958 del 12 de diciembre de 2007.

Ardila. AP 03083. Acción Popular) sobre los Informes de la Contraloría señaló, que estos no constituyen apoyo de las conductas atribuidas en esos informes,

“(…) porque desde el punto de vista de la idoneidad de la prueba son sólo informes de investigaciones que cursan, sin que en éstas se haya definido en forma cierta las conductas atribuidas (...) Se advierte que ese informe da cuenta de actuaciones preparatorias de auscultación y no de conductas irregulares comprobadas. (...) Nuevamente en ese medio de prueba se está en frente de la representación de actos preparatorios en el ejercicio de la competencia del control fiscal (...)”.

3.5 LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL CONTRATISTA.

Se tratará a lo largo del presente capítulo, la regulación de la responsabilidad contractual del contratista, que difiere de aquella derivada de la responsabilidad estatal general, por la mayor extensión de la aplicación del derecho privado a esta materia.

3.5.1 Del incumplimiento del contratista.

Ante todo debe el contratista como colaborador del Estado, buscar el cumplimiento del contrato, ese es su deber primigenio y principal. La diferencia radica principalmente en que como se verá, el debate sancionatorio estatal se predica en una mixtura existente entre el derecho público y el privado, que muchas veces desnaturaliza sus principales instituciones.

En este punto el análisis del incumplimiento del contratista sigue los presupuestos propios del derecho privado, esto es: a) una conducta omisiva o activa del contratista, b) el retraso en el cumplimiento de una obligación o en el objeto contractual, y c) la relación de causalidad existente entre las dos anteriores unida a la ausencia de una causal de justificación de incumplimiento.

En la evolución a que ya se ha hecho referencia, se denota, cómo el incumplimiento del contratista puede tener dos tendencias, una de base indemnizatoria, y otra de base conminatoria.

La primera de ellas, ligada al ejercicio de la cláusula penal pecuniaria y la segunda al pacto derivado de las multas.

En su momento señalaba MARIENHOFF:

“... Multa. Además de la cláusula penal, en un contrato administrativo puede establecerse el derecho de la Administración Pública a aplicar una “multa” o “multas” al cocontratante a raíz de incumplimientos en que ésta incurra. Dicha multa o multas sólo tienen en cuenta el acto mismo del incumplimiento, pero sin tomar en consideración lo atinente a “daños y perjuicios”, los cuales se regularían por la “cláusula penal”. Todo lo atinente a “daños y perjuicios” queda, entonces, excluido del régimen de la “multa”...”¹¹

Dificultades en su aplicación y concepto se presentan. Basta mirar la aplicación de estas medidas en contratos de ejecución instantánea, donde la idea de una “multa” clásica, se desvanece. En tal sentido señalaba en su momento el Consejo de Estado colombiano:

“... frente a los instantáneos, como podría calificarse el de suministro, el asunto es diferente, ya que en estos ordinariamente no se dan incumplimientos parciales o previos, sino que llegada la fecha de entrega de los objetos que deben suministrarse por el contratista y no cumple la obligación correspondiente, entrará en mora. En otras palabras, la multa en dicho contrato parece no tener el alcance de la que se impone, por ejemplo, en el contrato de obra por atrasos en la ejecución y con miras al cumplimiento total convenido, sino que podrá estimarse, prima facie se entiende, como una simple cláusula penal por mora...”¹²

3.5.2 Incumplimiento del objeto contractual.

Bien se ha dicho que el cumplimiento del objeto contractual conjuga el fin principal y último de la teoría del contrato estatal, por cuanto allí se encuentra plasmado el interés general. Por tal razón, el incumplimiento del objeto contractual debe generar la mayor sanción en materia pública, sin embargo, lo que se ha querido

¹¹ MARIENHOFF. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IIIA. op. Cit. Pág. 413.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 4 de marzo de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

con el régimen punitivo y el concepto de “exorbitancia” es precisamente evitar su acaecimiento.

El ideal para el Estado y su contratista es que no haya incumplimiento del objeto, y por ende se ha dotado a la administración contratante, de facultades para sancionarlo.

Sin embargo, aquí adquiere relevancia la diferencia entre la sanción “privada” y la sanción “pública”. La primera de ellas tiene un contenido solamente económico (cláusula penal pecuniaria o tasación de perjuicios en sede judicial) y la segunda un contenido mixto (una posible inhabilidad y además hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria o buscar la tasación de perjuicios en sede judicial)

3.5.3 Incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Un hecho generador de retraso en una obligación contractual, puede llevar a dos momentos en el análisis sancionatorio. Por una parte, en principio, el retraso en la obligación contractual, por motivos imputables al contratista es un tema de “aplicación de multas”, ya que bajo su noción “conminatoria” o “coercitiva”, **lo que se pretende es que el contratista se ponga al día en la mencionada obligación, cesando el “posible daño” al Estado.**

En mejores palabras, el “retraso de la obligación” no implica per se “el incumplimiento del objeto”, siendo éste mucho más genérico y global que la primera, en la medida que el objeto se nutre de la presencia de muchas obligaciones, y solamente hasta que se encuentre avanzado el plazo de ejecución contractual, podrá determinarse si el mismo presenta un retraso de consideración, que amerita el análisis en la imposición de una medida mayor, propiamente pública, como lo sería la caducidad contractual.

3.5.4 Consecuencias del incumplimiento.

Tanto el incumplimiento del objeto contractual, como de las obligaciones contractuales por parte del contratista, aunque parecerían interdependientes, tienen formas y procedimientos diferentes para su tratamiento por parte del Estado. Allí los fundamentos principales de lo uno y de lo otro se encuentran en el derecho privado; el derecho público por su parte, ha modulado, el régimen indemnizatorio correspondiente.

3.6 LAS MULTAS Y LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION.

Las multas como sanciones que decide imponer una entidad estatal deben entenderse regidas por el derecho público y como consecuencia de ello los responsables de la decisión son el representante de la entidad contratante o su delegado, aunque quien finalmente decida no sea la propia entidad sino el juez que, en este caso, se acordó por razón de la fecha en que fue suscrito el contrato.

Lo aquí señalado reviste en el caso de la contratación estatal la sujeción a los principios propios de la actividad sancionadora de la administración, asunto que ha sido objeto de pronunciamientos de las Cortes, tanto para decidir sobre la aplicación de sanciones disciplinarias a los funcionarios y servidores del Estado, como para decidir en segunda instancia asuntos directamente vinculados a la actividad contractual.

Dentro de ésta y antes de hacer referencia a lo que en materia de multas fue pactado en el Contrato de concesión No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, el Tribunal considera que debe destacar el pronunciamiento del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección III Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009) en el que señaló la señalada Corte:

“(…) la Sala analizará los siguientes aspectos: i) en primer lugar, estudiará la potestad sancionatoria de la administración con base en los principios de legalidad y proporcionalidad (…)

....2.1. El principio de legalidad.

El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política -artículo 29- quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. Dispone la norma:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”¹³ (Negrillas fuera del texto)

Este precepto contiene un mandato claro: las autoridades -administrativas o judiciales- tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que es pilar fundamental del derecho sancionador del Estado^{14 15}.

Teniendo en cuenta que los servidores públicos deben adelantar sus funciones con observancia del ordenamiento jurídico, esta obligación **se predica, igualmente, frente al desarrollo de la actividad contractual del Estado, pues para la consecución de los distintos fines dispuestos por la Constitución, es necesario que las conductas públicas se adecuen y ejerzan obedeciendo la ley, esto es, respetando las competencias definidas por la normatividad.**

En este orden de ideas, para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la cláusula penal pecuniaria en los contratos, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, **se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada**

¹³ Respecto al artículo 29 de la Constitución Política, en lo referente al principio de legalidad, la Corte Constitucional ha expuesto: “Esta disposición consagra el principio de legalidad en materia sancionatoria, expresado en la doctrina jurídica con el aforismo latino ‘nullum crimen nulla poena sine lege’, que constituye parte integrante del principio del debido proceso y en virtud del cual tanto las conductas ilícitas como las sanciones correspondientes deben estar determinadas en ley anterior a la ocurrencia de los hechos respectivos.” (Negrillas fuera del texto) (Corte Constitucional. Sentencia C-124 de 2003. M. P. Jaime Araujo Rentería.)

¹⁴ OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Ob. Cit. Pág. 238.

¹⁵ Se debe indicar, además, que cualquier actuación de orden administrativo debe estar regulada, previamente, en el ordenamiento jurídico, tal como lo dispone el artículo 121 de la Constitución Política: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley.”

por la ley y en el contrato mismo, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad.

Sin embargo, el principio de legalidad, en materia contractual, tiene variantes, matices o características que no comparte el común de los procedimientos sancionatorios. Se trata del hecho de que aquel tiene diversas lecturas o aplicaciones: una fuerte y otra débil.

La primera hace alusión a que la falta y la sanción deben estar contempladas en una ley, en sentido formal o material, de manera que la garantía de la legalidad se incrusta en lo más íntimo del principio democrático, pues se exige que una norma con la jerarquía y solemnidad de la ley sea quien desarrolle el *ius puniendi* del Estado. De este tipo es el régimen sancionador penal, disciplinario, fiscal, y en materia contractual aplica para la sanción de caducidad.

La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma -por ejemplo un reglamento- quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos.

Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley -bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley- no las contemplan de manera directa -salvo excepciones¹⁶-. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten.

Obsérvese cómo el “principio de legalidad” -es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley-, en materia contractual **se reduce a la simple “tipicidad” de la conducta** -es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga.

Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes -no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de *ius puniendi sui generis* al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad.

¹⁶ “En este sentido, la Ley 828 de 2003, contempla de forma directa la imposición de multas a efectos de controlar la evasión frente al sistema de seguridad social, (...)”

En todo caso, tampoco cabría decir que como “el contrato es ley para las partes”, entonces se observa rigurosamente el artículo 29 al pie de la letra, pues esta expresión no quiere significar que efectivamente el negocio jurídico sea una Ley, en sentido formal o material, sino que el contrato vincula, como norma jurídica que se dictan las partes.

(...)2.4. El principio de la proporcionalidad.

El ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en el campo contractual - como en cualquier otra área-, exige -como antes se examinó-, la concreción de diversos principios -legalidad, proporcionalidad, tipicidad de la conducta, entre otros-. Únicamente con la observancia y aplicación de cada uno de ellos puede ejercerse esta potestad, en relación con la imposición de multas o de la cláusula penal pecuniaria. (se destaca)

En este sentido, el análisis del principio de proporcionalidad adquiere gran importancia, para efectos de lo que se examina en el presente caso, pues, considerando que la entidad pública -Área Metropolitana de Bucaramanga- impuso e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por el monto total pactado en el contrato -15% del valor total del mismo-, es necesario determinar si dicha decisión se adoptó con base en este principio, considerando, así mismo, que cumplió con los postulados de legalidad.

El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extrasistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano -artículo 36 Código Contencioso Administrativo-¹⁷.

¹⁷ En este sentido, el Consejo de Estado ha expresado: “La jurisprudencia colombiana se ha ocupado de conceptualizar los “principios generales del derecho”, distinguiéndolos de la categoría —que ciertamente les es próxima y con la que suele equipararseles— de las “reglas generales del derecho”. De este modo, en sentencia C- 083 de 1995, la Corte Constitucional expresó, en relación con aquellos:

‘Pero ¿a qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91? A estas alturas, es preciso retomar algunas afirmaciones hechas atrás. Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión?’

‘No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los “principios generales del derecho”, expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Según expresión afortunada de Carrió “pueden ser llamados ‘principios jurídicos’ en cuanto se refieren a aquél (el derecho) pero no en cuanto partes de él’ Y añade: ‘el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter

La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. Al respecto se ha expuesto:

“Así, la vertiente “normativa” o de mandato del principio se refiere a la puesta en práctica del mismo en actos concretos, sean individuales o generales. La naturaleza implícita y explícita del principio de proporcionalidad nos obliga a contar con él en todas las esferas de actuación administrativa discrecional, de forma que su aplicación resulta obligatoria a la hora de poner en marcha cualquier tipo de actividad administrativa. Por ejemplo, la adopción de una orden de derribo trae consigo un juicio de proporcionalidad por parte del órgano administrativo competente, al igual que la ejecución forzosa de la misma. En este sentido podemos hablar de un principio *en el ejercicio de las potestades administrativas*, cuya virtualidad consiste en orientar el buen uso de las mismas.

“En el derecho administrativo, esta vertiente del principio se manifiesta en la resolución del órgano correspondiente. La aplicación del *test* no se suele manifestar de manera expresa -como en el caso del control de proporcionalidad, que llega incluso a caracterizarse por una triple estructura- pero existen supuestos en que la normativa aplicable exige a la Administración la realización de un juicio similar al de

normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor’, o se incorporen al ordenamiento -agrega la Corte- por disposición del legislador’.

“Por su parte, al referirse a las “reglas generales del derecho”, manifestó:

‘c. Las reglas generales de derecho. Se dijo un poco más arriba que cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como *analogía legis*, y se la contrasta con la *analogía juris* en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

‘Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de las cuales comprende la situación *sub judice*) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.

‘Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raíz romana...’

“Siguiendo esta línea de razonamiento, el Consejo de Estado consideró que —a manera de ejemplo— ‘el llamado “principio” del no enriquecimiento sin causa, es una regla general de derecho que, incluso, está consagrada positivamente en el art. 831 del Código de Comercio... ‘ Cosa similar puede sostenerse, por tanto, respecto de la regla general de la proporcionalidad, prevista igualmente de manera expresa en el ordenamiento jurídico positivo en el más atrás comentado artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.” (Sección Tercera. Sentencia de noviembre 30 de 2006. Exp. 13.074.)

proporcionalidad. **La expresión de este razonamiento en el seno de la resolución constituye la aplicación del principio en el ejercicio de las potestades administrativas, susceptible de ulterior control por parte de un órgano jurisdiccional (e incluso de la misma administración en vía recurso).**
(...)

“Una segunda vertiente aplicativa del principio se realiza en el momento de control del ejercicio de las potestades administrativas, y su función es radicalmente distinta aunque vinculada a la primera. **El control jurídico de la actividad administrativa se caracteriza por ser una función negativa (de interdicción) que marca límites a aquella, al mismo tiempo que se encuentra mayoritariamente en manos de los Tribunales.**”¹⁸ (Negrilla fuera del texto)

En este horizonte, se itera, el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: *i*) en primer lugar, sirve de *criterio de acción*, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. *ii*) En segundo lugar, es un *criterio de control*, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa.

Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio *ex-ante* y otro *ex-post*, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria.

Para efectos del análisis propuesto en el caso concreto, es preciso tener presente que el juez tiene la facultad y el deber de realizar el juicio de proporcionalidad frente a la respectiva actuación administrativa, esto es, ante el acto administrativo contractual a través del cual se impuso la cláusula penal pecuniaria.

Teniendo presentes las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, en sentencia de noviembre 30 de 2006, señaló los postulados del principio-regla de proporcionalidad, haciendo énfasis en la importancia que tiene para el ejercicio de las competencias administrativas. Esta providencia expresa:

“Cualquier definición del principio —o, siguiendo la precisión que se acaba de efectuar, de *la regla general*— de proporcionalidad, de manera forzosa, debe poner de presente la necesaria adecuación entre los hechos determinantes del acto administrativo y su contenido, con respecto a los fines que se persiguen mediante la expedición del mismo¹⁹. Los elementos sobre los cuales descansa el principio son, por tanto, el

18 SARMIENTO RAMÍREZ- ESCUDERO, Daniel. El control de proporcionalidad de la actividad administrativa. Editorial Tirant lo blanch. Valencia – España, 2004. Págs. 207 y 208.

19 BRAIBANT, Guy, «Le principe de proportionnalité», en VV.AA., Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le Droit Public, II, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, París, 1974, p. 298; LOPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I., El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo, Instituto García Oviedo (Universidad de Sevilla), Sevilla, 1988, p. 117; FERNÁNDEZ

presupuesto de hecho, los medios y el fin del acto, si bien es cierto que su más específica caracterización se refiere a la relación de adecuación entre medios y fines, entre medida adoptada y objetivos perseguidos²⁰, claro está, partiendo de una correcta constatación de la existencia y una apropiada calificación jurídica de la realidad fáctica sobre la que quiere operarse²¹.

“En su más común acepción, el principio de proporcionalidad en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos se traduce en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquél a los derechos de éstos o, en general, al ámbito de libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda o consecución del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada²². O, del mismo modo, simplemente se afirma que una determinada decisión administrativa es proporcionada cuando se da la relación de adecuación entre medios elegidos y fines perseguidos, además de una relación de equilibrio entre los diferentes intereses puestos en juego²³.”

“Sin embargo, un análisis más detenido del principio que en su sentido amplio se ha descrito, elaborado en primera instancia por la doctrina alemana²⁴, conduce a identificar dentro del mismo tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el *subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia*, por virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas a adoptar por la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el Ordenamiento; el *subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad*, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz y menos limitativa que la misma, capaz de satisfacer el fin de interés público al que se ordena; y, en tercer lugar, el *subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto*, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público que la medida prohija²⁵.”

FARRERES, Gabriel, La subvención: concepto y régimen jurídico, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 713.

20 DE LA CRUZ FERRER, Juan, «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria», Revista de Administración Pública, 116, 1988, p. 101.

21 LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, El principio general de proporcionalidad..., cit., pp. 118-120.

22 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo, Marcial Pons, Madrid, 2.000, p. 25.

23 DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 160.

24 Como ponen de presente, entre otros, BARNÉS VÁSQUEZ, Javier, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», Revista de Administración Pública, 135, 1994, p. 500; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., La ponderación de bienes e intereses..., cit., p. 25.

25 Vid, entre otros, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, La ponderación de bienes e intereses..., cit., p. 25; DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa...*, cit., pp. 160-161; LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, El principio general de proporcionalidad..., cit., 120-124; MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, Tratamiento de la discrecionalidad..., cit., pp. 286-288.

La Corte Constitucional también ha establecido los elementos a tener en cuenta para realizar el juicio de proporcionalidad. Al respecto señala:

“Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.”²⁶

Los anteriores aspectos permiten hacer un análisis riguroso e integral del principio de proporcionalidad frente a las diferentes actuaciones administrativas, entre las cuales se encuentran las decisiones de orden contractual adoptadas a efectos de imponer y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Por tanto, el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general²⁷. (Resaltados fuera de texto)

Pero tratándose del derecho administrativo es conocido que el ámbito del principio de la proporcionalidad tiene especiales matices, pues si bien rige en todo el ordenamiento jurídico, sobre todo en el derecho penal y constitucional, donde ha tenido especial desarrollo, en el derecho administrativo ha tenido su propia dinámica o evolución, sobre todo con ocasión del ejercicio de la potestad discrecional.

En efecto, el artículo 36 CCA. invoca expresamente este principio, con un doble propósito: i) el principal y expreso, como regla de acción que la administración debe tomar en cuenta al momento de dictar un acto discrecional, y ii) el secundario o tácito, como herramienta de control a la administración, por parte del juez.

26 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-421 de 2002.

27 En este sentido, el artículo 36 del CCA -en relación con el principio de proporcionalidad-, dispone lo siguiente: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.” (Negrilla fuera del texto)

Sin embargo, una lectura -pero sobre todo una interpretación- apegada al texto legal indicaría que este principio rige exclusivamente para las decisiones discrecionales, no así para las regladas o para cualquier otra de naturaleza administrativa.

Una lectura con este alcance es equivocada, porque este principio, si bien está contenido expresamente en esa norma, no significa que sólo rija para ese tipo de actos, pues no debe perderse de vista que se trata de un principio, no de una norma positiva, de manera que cuando algunas de estas acuden a él, no lo hacen para *positivizar* su existencia, sino para recordarle al operador jurídico que deben acudir a él.

Desde este punto de vista, resulta claro que la proporcionalidad rige en muchos campos, incluso en el legislativo o en los órganos de control, sólo que su aplicación demanda esfuerzos de concreción en cada ámbito, y en cada supuesto concreto. En tal sentido, al interior de una potestad reglada este principio también puede aplicar, sólo que su espacio de concreción es más restringido que al interior de una potestad discrecional, por razones que resultan apenas obvias.

Tratándose, precisamente, de las potestades regladas, la proporcionalidad ya viene calculada, sólidamente -incluso muy fuertemente-, por el legislador, quien asume la tarea, en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa. No obstante, difícilmente una potestad reglada lo es en tal intensidad que no admita un margen de apreciación del tema, de manera que son esos pequeños o un poco más amplios espacios donde la proporcionalidad vuelve a tomar un impulso y allí hace su aparición una vez más.

No obstante lo anterior, tampoco se puede pensar que la proporcionalidad sólo aplica al interior de la toma de decisiones vertidas en actos administrativos -discrecionales o de otro tipo-, pues este principio también acompaña otras formas de obrar de la administración -y ya se dijo que incluso de otras ramas del poder público-, de modo que las operaciones administrativas, los hechos y otros comportamientos de la administración deben guardar respeto por este límite de la acción pública.

Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado²⁸. Uno de ellos es el de la

28 Al respecto ha señalado la doctrina: "Cierto es que todo cambia: desde el trasfondo punitivo hasta la intervención en la esfera de libertad del ciudadano. Incluso el papel del juez controlador se ve transformado, permitiendo la legislación que éste proceda a un control positivo, capaz de sustituir la decisión adoptada en primer lugar; una situación que en sede administrativa lleva al Tribunal contencioso administrativo a realizar una sustitución de la resolución administrativa en toda regla. Las diferencias saltan a la vista, hasta el punto que podría hablarse de un principio de proporcionalidad sancionador, propio y autónomo de esta esfera tan relevante del Derecho administrativo, con una jurisprudencia abundante y enjundiosa, pero de exclusiva aplicación en dicho ámbito. En definitiva, resulta cuando menos problemático aplicar al control de la discrecionalidad administrativa los criterios de control de proporcionalidad ejercidos por el Tribunal

determinación del monto de la cláusula penal pecuniaria, la cual puede variar, en casos como el *sub iudice*, dependiendo de diversos factores, como el porcentaje de ejecución del contrato.

Sobre estas materias habrá de volver el Tribunal al tratar el tema de la responsabilidad del Contratista estatal, en la medida en que los principios que rigen la facultad sancionatoria del Estado tienen plena aplicación en asuntos contractuales, en tanto sea una entidad estatal quien actúe como contratante, justamente por los fines que se persiguen con la contratación estatal, máxime en los casos de concesiones donde el Estado confía a un particular tareas que implican la atención de intereses de naturaleza pública.

Conviene para el efecto resaltar que para el Tribunal el hecho de que la entidad haya dispuesto que sería el juez del contrato quien finalmente decida sobre la imposición de las multas no implica que allí no exista una manifestación de la administración, ésta en efecto existe solamente que, al tenor de lo señalado por el Consejo de Estado, esa mixtura que acompaña a las sanciones que surgen por virtud de un contrato, no implican ni el ejercicio de una facultad excepcional, ni la expedición de un acto administrativo, sino el desarrollo de una habilitación derivada del derecho privado.



La evolución normativa nacional sobre los contratos del Estado permite aseverar que el asunto tiene antecedentes claros. En efecto, bajo el Decreto 222 de 1983 existieron los contratos administrativos propiamente dichos y los contratos de la administración regulados por el derecho privado, respecto de los cuales se autorizó la inclusión de las cláusulas excepcionales, cuyo ejercicio daba lugar a la expedición de actos administrativos, al paso que las demás decisiones también eran de la administración pero se regían por el derecho privado.



De otra parte y por razón de lo señalado por el Ministerio Público sobre la competencia del Tribunal para decidir sobre las multas, debe destacarse que si

contencioso en un supuesto sancionador.” (SARMIENTO RAMÍREZ- ESCUDERO, Daniel. Ob. Cit. Págs. 257 a 258)

los Tribunales Arbitrales tal como se dispone en el artículo 1º de la Ley 1563 tienen la competencia para decidir sobre las consecuencias económicas de los actos administrativos proferidos en desarrollo de la actividad contractual, con mayor razón existe la competencia, si, como ocurre en este Tribunal, las decisiones deben adoptarse respecto de las consecuencias económicas de decisiones que por razón de la forma y la fecha en que fueron pactados, el Tribunal considera que no tienen tal carácter. Sobre esta materia se consignan precisiones en el presente laudo en donde se obran las razones por las cuales la retroactividad prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no opera en el presente caso, sin perjuicio de la aplicación del artículo 29 de la Constitución Política.



3.6.1 Multas.

La multa ha sido definida como una medida de contenido coercitivo (tradicionalmente) o conminatorio (postura actual), que persigue que el contratista enerve el retraso en una obligación contractual, con la finalidad de evitar un posible incumplimiento del objeto contractual.

Si bien es cierto, se encuentra coincidencia en el concepto de la multa en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, se han presentado notables divergencias, en el ámbito de aplicación así como en su naturaleza, a lo largo de su historia.

Así encontramos las siguientes sentencias que demuestran tal coincidencia:

- Sentencia del 1 de octubre de 1992:

“... Las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica: inducir el cumplimiento del contrato. Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación) que sanciona no ya incumplimientos parciales y salvables, sino incumplimientos graves que muestran que ya el contrato no podrá cumplirse. Este poder exorbitante de imposición de multas tiene un límite temporal obvio: mientras esté vigente el contrato y la medida pueda producir el efecto deseado (el

constreñimiento del contratista), ya que la medida no busca sancionar porque sí, sino sancionar para que el contratista que está incumpliendo se sienta compelido a cumplir....”²⁹

- Sentencia del 30 de octubre de 1997

“... En este orden de ideas la pretendida imposición de multas mediante la resolución impugnada no consulta la razón de ser de su establecimiento, pues sabido se tiene que la función de la multa dentro del contrato es la de intimar o inducir al contratista al cumplimiento y de ninguna manera la de sancionarlo cuando el contrato se encuentra terminado por vencimiento del plazo, salvo la declaración de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en los términos del artículo 72 del Dcto. 222 de 1.983...”³⁰

- Concepto del 14 de diciembre de 2000:

“... Potestad sancionatoria. Existe además en la ley 80 la potestad sancionatoria, la cual tiene fundamento en los artículos 4°.2, 18, 22.1, 31 y 59, se manifiesta según la naturaleza y efectos jurídicos en sanciones coercitivas o multas cuya finalidad es constreñir, coaccionar o apremiar al contratista para obligarlo a dar cumplimiento al contrato....”³¹

- Sentencia del 28 de abril de 2005.

“... Son de naturaleza sancionatoria, pues no tienen la función de reparar los daños causados con el incumplimiento, de ahí que no sea condición para su procedencia la prueba de los perjuicios causados por quien invoca su aplicación. Su función es eminentemente compulsiva, ya que tienen por objeto apremiar al contratista para que ejecute las prestaciones a su cargo, de conformidad con lo acordado en el contrato. Al decir de la doctrina, el objeto primordial de las multas es "actuar en forma compulsiva sobre éste para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus funciones"...”³²

3.6.1.1 **Ámbito de aplicación y efectos.**

29 Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de octubre de 1992. Magistrado Ponente: Carlos Betancur Jaramillo

30 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de octubre de 1997. Magistrado Ponente: Daniel Suárez Hernández.

31 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Concepto del 14 de diciembre de 2000. Consejero Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza.

32 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de abril de 2005. Magistrado Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

Cuando se hace referencia, al retraso en las obligaciones contractuales se establece con claridad que las multas solamente podrán hacerse efectivas durante el plazo de ejecución contractual, quedando por fuera la posibilidad de imponerlas en desarrollo de la etapa de liquidación contractual³³.

Sin embargo el tema no ha sido pacífico por razón de la dificultad en la determinación de cuándo se entiende terminado un contrato estatal. Adquiere aquí relevancia, la diferencia en cuanto al plazo y la vigencia contractual.

Si hablamos de vigencia contractual, tal como en su momento lo hizo el Consejo de Estado colombiano, estaríamos ante la posibilidad de la procedencia de las multas en la etapa de liquidación contractual ello, claramente desnaturalizaría el concepto de la multa.

Mal puede entenderse la liquidación del contrato como una “obligación contractual”; ella obedece a una etapa propia de la extinción del contrato.

Dicha concepción extendió el campo de aplicación de la multa. Así podíamos ver en el terreno jurisprudencial, la procedencia de la multa en etapa de liquidación:

“... La multa es una medida coercitiva para asegurar el cumplimiento de una obligación (art. 1592 C.C.) y como tal debe aplicarse en vigencia del contrato. No después...”³⁴

33 En tal sentido puede consultarse el auto del 4 de junio de 1998, proferido por el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera con ponencia del Magistrado Ricardo Hoyos Duque: “... Es cierto que la reiterada posición de la Sala ha sido la de que los poderes exorbitantes, hoy excepcionales, otorgan a la entidad una competencia también excepcional, que debe ser ejercida dentro de la vigencia del contrato para brindarle seguridad jurídica a la relación contractual, al punto que estarían viciados de nulidad los actos en lo que se ejercitan tales poderes cuando se expidan por fuera del plazo del contrato, que es a la vez el término de vigencia de la competencia de la entidad pública para ejercer directamente sus poderes, puesto que una vez vencidos, será el juez del contrato quien debe calificar los incumplimientos.

Las razones que justificaban la limitación temporal en el ejercicio de las potestades de la entidad contratante siguen teniendo vigencia bajo el actual régimen de contratación administrativa (L. 80/93)...”

34 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 22 de febrero de 1990. Magistrado Ponente: Antonio José de Irisarri.

3.6.1.2 Naturaleza jurídica

No persigue la multa una finalidad indemnizatoria. Tal como ha se ha señalado tiene de manera primordial un carácter conminatorio.

En el derecho colombiano, desde antaño se le otorgaba ésta última característica, y se deslumbraba su ambivalencia entre la sanción pública y la privada:

“... Las multas previstas en el contrato como acto independiente a la declaratoria de caducidad no podían significar sino que dentro de la relación contractual se concedía al Instituto contratante la facultad de imponer multas a los contratistas, bajo dos modalidades distintas: una de carácter administrativo y conminativo aplicable durante la ejecución del contrato con la finalidad de sancionar la mora o el incumplimiento parcial y, la otra, accesoria y consecuencial, a la declaratoria de caducidad, tendiente a la reparación del daño ocasionado con la imposición de la caducidad, pero en ambos casos condicionadas a la vigencia del contrato, ya en forma anterior o concomitante a la terminación según la finalidad perseguida con la imposición de la medida...”³⁵

En desarrollo de lo anterior, surge una interesante diferencia: la multa, no genera la aplicación de la cláusula penal pecuniaria. Se tratan de instituciones independientes, no solamente por sus características, sino también como se ha dicho frente a sus fundamentos y finalidad.

Sin embargo “el hecho” generador de un análisis de multa, puede terminar siendo también generador de un análisis de aplicación de una cláusula penal pecuniaria.

Al respecto señaló el Consejo de Estado colombiano:

“... Teniendo en cuenta que la multa es **una sanción de apremio para que el contratista satisfaga sin más dilación la obligación respectiva, ella resulta improcedente** al terminar el contrato cuando, por el mismo hecho, la prestación contractual se le ha convertido en la obligación de pagar el valor de la cláusula [sic] penal pecuniaria...”³⁶

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de agosto de 1985. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Eduardo Suescún Monroy.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de agosto de 1987. Magistrado Ponente: Antonio José de Irisarri.

3.6.1.3 Aplicación del derecho común.

Si como se ha dicho la multa es en esencia “convencional”, la misma, debe tener como antecedente, el pacto contractual. En ese orden de ideas, la remisión al derecho común y a sus reglas, se ha hecho indispensable, como elemento y parámetro único, para su procedencia. No se trata entonces de una “sanción pública”, en sentido estricto, sino por el contrario se trata de una “sanción privada”, que tiene un carácter económico, pero de la cual no se derivan consecuencias indemnizatorias.

En tal sentido en su momento el Consejo de Estado colombiano, cambió su postura en el año 2005, en una sentencia, que dio aplicación entera al derecho privado, estimando la falta de competencia de la Administración para imponer una multa mediante acto administrativo:

“... Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, **deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal**, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducir las en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente...”³⁷ (Destaca el Tribunal)

37 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Expediente No. 14579. Magistrado Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

Partió este pronunciamiento, del análisis del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el cual solamente se hizo referencia, en lo que a las cláusulas excepcionales al derecho común concierne, a la caducidad contractual en materia sancionatoria, excluyendo de ellas a las multas y la cláusula penal pecuniaria, por cuanto no existe frente a las mismas ninguna “excepcionalidad al derecho común”.

3.6.1.4 Concepción como exorbitancia.

El Consejo de Estado colombiano, comenzó a determinar la naturaleza exorbitante de la multas, desde la vigencia del Decreto ley 150 de 1976, situación ésta que se vio aún más consolidada durante la existencia del Decreto 222 de 1983. En aquella época se consideraba que las multas obedecían a “medidas coercitivas provisionales”, que pertenecían al mundo de la exorbitancia estatal y que, ante todo, servían como preludio a una posible declaratoria de caducidad contractual:

“... Normalmente los poderes exorbitantes de la entidad miran a la correcta ejecución del contrato. Por eso puede imponer multas o sanciones para presionar o impulsar esa ejecución. Puede asimismo por razones de conveniencia pública y buena administración modificar el contrato en ciertos aspectos; o interpretarlo. En este orden de ideas se observa que si las medidas coercitivas provisionales no dan el resultado apetecido y no logran el fin buscado, podrá terminarlo unilateralmente, en especial cuando el incumplimiento de las obligaciones del contratista sea de tal magnitud que haga imposible la ejecución del contrato o cause perjuicios a la entidad pública..... la caducidad, en los contratos de tracto sucesivo no puede declararse después de su vencimiento. Vale decir, que con dicho vencimiento cesa el poder exorbitante de terminación unilateral...”³⁸

Con posterioridad y más recientemente, encontramos un pronunciamiento jurisprudencial, en el cual se retoma el concepto de multa como exorbitancia, a partir del análisis del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, reformativa del estatuto de contratación estatal Ley 80 de 1993. En ella se plantea:

“... De la tesis recogida y ratificada por la sentencia de 20 de octubre de 2005, pareciera derivarse, la comprensión de que se está en frente de una exorbitancia, por la verificación de una manifestación unilateral (imposición de la multa) de la administración

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 1986. Magistrado Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

(entidad pública contratante) que produce unos efectos jurídicos en un sujeto de derecho privado (contratista). ¿Cuáles efectos? Una merma patrimonial; toda vez que la administración contratante haría efectivo el monto de la multa, a través de la retención de unos dineros del saldo por pagar al contratista, o de la garantía por él presentada, o a través del ejercicio de la jurisdicción coactiva. La naturaleza de algo exorbitante, no se puede determinar de manera independiente y aislada. Lo exorbitante lo es, en relación con algo “normal”, debe encontrar un punto de referencia. En el caso que se estudia, la exorbitancia debe predicarse entonces, no de una consideración subjetiva, sino de la confrontación de las capacidades de un contratante (administración pública) de un contrato estatal, de las que tendría otro en el contexto del derecho común. A este derecho (común), no le resultan ajenas, sin embargo, manifestaciones unilaterales con efectos jurídicos, bien sea como consecuencia de su contemplación legal, o del ejercicio de la autonomía de la voluntad. A título de ejemplo pueden citarse los derechos de un padre sobre el hijo y la posibilidad de ejercerlos a través de decisiones unilaterales en ejercicio de la patria potestad (artículo 288 del Código Civil), así como la posibilidad que detenta un mandante frente a su mandatario, con ocasión de la revocación del mandato. Como se verifica, entonces, la simple constatación de unos efectos jurídicos de una manifestación unilateral de la administración pública en la ejecución de un contrato, no convierte a dicha situación en una exorbitancia, pues esta debería significar una situación inviable en el derecho común. Esta situación, que ha sido advertida, de manera específica, para el caso que nos ocupa (imposición unilateral de multas), por algún sector de la doctrina, implica un cuestionamiento y análisis más detallado de la esencia de lo exorbitante como concreción de una prerrogativa pública. Por este motivo, la Sala estima conveniente detenerse en este aspecto, para efectos de ofrecer mayor claridad, como se dijo, al calificativo “exorbitancia” que justamente constituye la razón de ser de la consideración que con esta sentencia se ratifica. Al análisis de la exorbitancia administrativa, le falta entonces, un elemento fundamental: el que ésta constituya una concreción del ejercicio de una prerrogativa pública, es decir de una prerrogativa de un sujeto de derecho (público por regla general y privado excepcionalmente) que debe ser contemplada por el ordenamiento jurídico en virtud de la realización de los fines del Estado que se ve comprometida directamente con su actividad. No basta entonces, se insiste, en la constatación de una manifestación unilateral que produzca efectos jurídicos; esta manifestación debe constituir la concreción de una prerrogativa que el ordenamiento jurídico atribuye únicamente a un sujeto público o a uno privado, en ejercicio de las funciones administrativas, en virtud de la relación de las específicas actividades de estos, con los fines del Estado. Esta consideración, conlleva a un análisis adicional, en el caso que ocupa a la Sala: ¿La imposición unilateral de multas pactadas, por parte de la entidad estatal contratante, constituye entonces una exorbitancia administrativa? La respuesta debe ser afirmativa, en concordancia con lo sostenido por la Sala en la sentencia de 20 de octubre de 2005. Sin duda alguna las multas que se analizan, son contempladas por el estatuto de la contratación estatal, como una capacidad de la entidad frente al contratista privado y no viceversa. Es entonces la naturaleza pública de una de las partes del contrato, la que justifica que en virtud de la función de dirección control y vigilancia, resulten procedentes las multas. La Ley 80 de 1993 como se observó no contempla a la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada. Si en desarrollo de ello, una entidad estatal la impusiera unilateralmente, ésta tendría la posibilidad de recibir

un precio, a través de descuentos o cobros ejecutivos, posibilidad ésta que de manera alguna le resultaría viable al contratista. Se insiste en que esta posibilidad, debe concebirse dentro de la filosofía del rol que le corresponde a la entidad estatal en la ejecución del contrato, para con ello cumplir su objeto, que de una u otra manera guarda relación directa con los fines del Estado. Esta finalidad le ha servido en un caso similar, a la Corte Constitucional, para determinar la exorbitancia de una imposición de multas y la necesidad de la configuración legal de la misma. Es la condición entonces de la entidad estatal en relación con el contrato, entendido como instrumento para el cumplimiento de la función administrativa que le es propia, lo que justificaría la existencia de una prerrogativa pública consistente en la imposición unilateral de una multa, al contratista. Esta prerrogativa, sin embargo, según se anotó, debería estar contemplada en la ley, y en caso de ser así, con su ejercicio se verificaría una evidente exorbitancia administrativa....”

Y más adelante concluye:

“... Como se observa, a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad, un efecto retrospectivo, permitiendo que su imposición pueda hacerse, aún en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado “la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”. Si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley. Vale la pena advertir, que de la aplicación en el tiempo de la disposición transcrita, se deriva una situación bien curiosa, con base en lo sostenido en los numerales anteriores; se trataría de una disposición legal que habilita a las administraciones públicas, para el ejercicio de prerrogativas públicas, a partir del reconocimiento de un contenido contractual que se convino formalmente antes de la entrada en vigencia de ésta, con base en unos efectos retrospectivos contenidos en ella...”³⁹

3.6.1.5 Cláusula penal pecuniaria.

De base indemnizatoria, la cláusula penal en derecho público se aparta de la idea clásica del derecho privado, en la cual la misma puede tener también una naturaleza conminatoria, si así lo pactan las partes.

³⁹Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008. Expediente 21574. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

Encontramos regulaciones similares en torno a la cláusula penal pecuniaria, tanto en el derecho europeo como en el latinoamericano. En desarrollo de lo anterior, la normatividad civil de los distintos países hace referencia a la mencionada institución. Así encontramos el Código Civil alemán⁴⁰, español⁴¹, francés⁴², italiano⁴³, en los primeros de ellos, y por su parte en el derecho latinoamericano, podemos citar el Código Civil argentino⁴⁴, colombiano⁴⁵, boliviano⁴⁶, costarricense⁴⁷, chileno⁴⁸, salvadoreño⁴⁹ y peruano⁵⁰.

3.6.1.5.1 Naturaleza jurídica.

Se ha discutido, de manera progresiva, la naturaleza liquidatoria, coercitiva o penal de la cláusula.

⁴⁰ Parágrafo 339 del libro 2º sección 2º, título cuarto del Código Civil: “Si el deudor promete al acreedor el pago de una suma de dinero como pena para el caso de que no cumpla o no cumpla en forma adecuada su obligación, la pena es realizable si dicho deudor incurre en mora. Si la prestación debida consiste en una omisión, la exigibilidad – de la pena – se produce con el acto en contra.”

Parágrafo 340: “Si el deudor ha prometido la pena para el caso de que no cumpla su obligación, el acreedor puede exigir la pena en que se ha incurrido en lugar del cumplimiento. Si el acreedor declara al deudor que exige la pena, está excluida la prestación al cumplimiento. Si corresponde al acreedor una prestación de indemnización de daños a causa del no cumplimiento, puede exigir la pena en que se ha incurrido como importe mínimo del daño. No está excluido el hacer valer un daño mayor.”

Parágrafo 341: “Si el deudor ha prometido la pena para el caso de que no cumpla su obligación en forma adecuada, especialmente para el caso de que no la cumpla en el tiempo determinado, el acreedor puede exigir la pena en que se ha incurrido además del cumplimiento. Si corresponde al acreedor una prestación de indemnización de daños a causa del cumplimiento no adecuado, se aplican las disposiciones del parágrafo 340, párrafo 2º. Si el acreedor acepta el cumplimiento, sólo puede exigir la pena si se reserva el derecho a ello en la aceptación.”

41 Artículo 1152: “En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta no fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.

42 Artículo 1226: La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar la ejecución de una convención, se obliga a una cosa en caso de inexecución.

43 Artículos 1382 a 1384 del Código Civil.

44 Artículos 652 a 666 del Código Civil.

45 Artículos 1592 a 1601 del Código Civil.

46 Artículos 814 a 824 del Código Civil.

47 Artículos 708 a 714 del Código Civil.

48 Artículos 1535 a 1544 del Código Civil.

49 Artículos 1406 a 1415 del Código Civil

50 Artículo 1512 del Código Civil

En ese orden de ideas y siguiendo a LOBATO, pueden determinarse los siguientes caracteres de la cláusula penal pecuniaria:

“... Así pues, y de lo dicho hasta aquí, podemos señalar como principales caracteres de la cláusula penal o pena convencional los siguientes:

La cláusula penal es una de las medidas de garantía para el aseguramiento de las obligaciones, no una clase de obligación especial.

Es una obligación accesoria que, en consecuencia, ha de seguir las vicisitudes de la principal.

De entre los distintos caracteres que puede revestir, sobresale como esencial y primordial su función o carácter penal.

El objeto de la obligación penal, si bien suele ser una cantidad de dinero, puede consistir en una prestación de dar, hacer o no hacer.

Su exigibilidad depende del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación garantizada, que actúa como conditio iuris de su exigibilidad...”⁵¹

Si bien es cierto, la aplicación de la cláusula penal en el derecho privado cuenta con las anteriores características, en su desarrollo en el derecho público surgen diferencias; parecería que éste impone los límites que se relacionan a continuación:

En países como el colombiano, en su momento la cláusula penal pecuniaria tornó hacia la exorbitancia, desnaturalizándose el concepto propio del derecho privado. Se confundía el procedimiento de su imposición, con la necesidad de que hubiese pacto contractual, para su procedencia.

En este punto, surge la diferencia entre el origen legal de la cláusula penal y la necesidad del pacto “convencional” para su existencia. En ese orden de ideas, siempre será necesario un acuerdo de voluntades para que la misma surja a la vida jurídica.

51 LOBATO DE BLAS, JESUS MARIA. La cláusula penal en el Derecho Español. Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona, España. 1974. Págs. 105 y ss.

Sobre el tema, señala LOBATO:

“...Son tres las fuentes de la pena convencional: la ley, el contrato y el testamento, las cuales vamos a examinar a continuación:

La ley como fuente de la cláusula penal

Aun cuando pudiera parecer extraño que una figura denominada pena convencional pueda nacer de algo ajeno a la voluntad de las partes, no cabe duda alguna de la posibilidad de su origen legal.

Desde luego, y como se ha dicho anteriormente, no quiere decir esto que la ley determine y precise el contenido de la cláusula penal, sino que lo que determina es la aparición de la misma a la vida jurídica, imponiendo su celebración a las partes.

Así, y además de los supuestos no vigentes en la actualidad que en otro lugar se han señalado, puede verse cómo la reciente Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973 dispone en su Art. 148 no. 2, sobre los Planes Individuales de Mejora que: “Estos contratos quedarán sujetos al ordenamiento jurídico – administrativo, siéndoles de aplicación lo establecido el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado, y concordantes con su Reglamento, y en ellos se incluirá una cláusula penal, aplicable en los supuestos de incumplimiento, cuya cuantía no podrá ser superior al coste de las obras, mejoras y trabajos que hayan dejado de realizarse y que como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios se exigirá en función de la entidad del incumplimiento de que se trate.

El contrato como fuente de la cláusula penal

Desde luego, la fuente por excelencia de la cláusula penal es el acuerdo de las partes, es decir, el contrato. En la mayor parte de los supuestos estará ésta integrada en una cláusula del negocio principal que garantiza (de ahí su nombre), pero no puede olvidarse, como se ha señalado, que puede ser constituida ésta mediante negocio separado, lo que pone más claramente de relieve, si cabe aún, su origen contractual...”⁵²

En el mismo sentido, en el derecho colombiano se incorporó la cláusula penal, según origen legal público, que confundía su aplicación con la exorbitancia, sin que se presentaran todas las características de ésta última. Así el Decreto 222 de 1983 en su artículo 72 señalaba:

⁵² LOBATO DE BLAS, Jesús María. La cláusula penal en el Derecho Español. Op. Cit. Pág. 144 y ss.

“... De la cláusula penal pecuniaria. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento...”

Sin embargo esta norma estableció la necesidad de pacto contractual previo, donde se determinarían las condiciones y elementos para su procedencia.

El tema evolucionó a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, cuando desapareció la regulación pública de la cláusula penal pecuniaria y bajo la lógica en su momento señalada, se remitió al Código Civil colombiano, en lo no regulado de forma específica por dicha normatividad.

3.6.1.5.2 Principio de proporcionalidad en la aplicación de la cláusula penal.

Es claro que en el derecho privado la imposición de la cláusula penal debe hacerse de forma proporcional al incumplimiento presentado, de acuerdo con la fórmula contractual pactada. Así por ejemplo el artículo 867 del Código de Comercio señala:

“... Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte...”

Es lo que se ha entendido en la doctrina española, como la moderación Al respecto, señala LOBATO:

“... El criterio para la moderación de la pena ha de ser, sin duda, como señala ALBALADEJO, el de reducir la pena en proporción a lo que se cumplió, dejando, por tanto, subsistente – podría decirse – la cuantía de la misma que correspondería a lo no cumplido o a aquello en lo que el cumplimiento fue defectuoso...”⁵³

⁵³LOBATO DE BLAS, Jesús María. La cláusula penal en el Derecho Español. Op. Cit. Pág. 185.

3.6.1.5.3 **Ámbito de aplicación. Supuestos.**

Dado el carácter indemnizatorio que es posible atribuir en el derecho privado a la cláusula penal, su aplicación en la responsabilidad por incumplimiento en un contrato estatal y como tal regulado de manera parcial por el derecho público, pero en cualquier caso sujeto a la finalidad pública, procederá como consecuencia del sistema sancionatorio que cada normatividad establezca. En el derecho colombiano, no cuenta con una entidad autónoma, y por ende, su aplicación se ha vinculado a instituciones en las que de alguna manera predomina esa naturaleza. En ese punto es posible identificar dos tendencias; la primera, en la que ésta se vincula con la caducidad contractual - clásica en el ordenamiento mundial-y la segunda, de reciente aparición, en la que se mezclan los enfoques del derecho público y el derecho privado: la declaratoria de incumplimiento.

3.6.2 **La cláusula de multas pactada en el contrato de concesión.**

El debate que fue planteado ante el Tribunal se centra principalmente en la interpretación que ambas partes han realizado de la aplicación de la cláusula 63 del contrato de concesión, que el Tribunal transcribe parcialmente, sin perjuicio de las consideraciones que es necesario efectuar en materia de tipicidad, atendiendo a que en varios de los asuntos que deben resolverse, la AEROCIVIL invoca de manera precisa cuál de los subnumerales ha considerado para la aplicación de la sanción.

Señala la mencionada cláusula:

“... CLAUSULA 63. MULTAS

Si durante la ejecución del **Contrato** se generaran incumplimientos del **Concesionario**, se causarán las multas que se listan a continuación, por las causales expresamente señaladas en esta cláusula y de acuerdo con el procedimiento aquí previsto.

Las multas a las que se refiere la presente cláusula son apremios al **Concesionario** para el cumplimiento de sus obligaciones y, por lo tanto no tienen el carácter de estimación

anticipada de perjuicios, de manera que pueden acumularse con cualquier forma de indemnización, en los términos previstos en el artículo 1600 del Código Civil.

El pago o la deducción de dichas multas no exonerará al **Concesionario** de su obligación de terminar o ejecutar las **Obras de Modernización y Expansión**, de efectuar adecuadamente la **Operación y Explotación Comercial del Área Concesionada**, de realizar las labores de **Mantenimiento**, ni de las demás responsabilidades y obligaciones que emanen de este **Contrato...**”

Para resolver las pretensiones sobre la materia el Tribunal ha considerado lo siguiente:

3.6.2.1 Antecedentes del pacto de la cláusula de multas (Declaración del estructurador del contrato.)

De la serie de pruebas testimoniales realizadas, destaca para efectos del presente punto el Tribunal, aquel rendido por el doctor ALVARO DURÁN, en su calidad de estructurador del proceso.

Ante la pregunta realizada por el apoderado de la ANI, señaló:

“... DR. PIQUERO: Un último tema, en este proceso también está en discusión una serie de multas que aplicó la Aerocivil creo que todas ellas a iniciativa de los distintos interventores, el contrato tiene una regulación muy peculiar en su cláusula 63 sobre las multas ¿Qué recuerda, Álvaro, de por qué se estableció el procedimiento que allí se estableció?

DR. DURÁN: Si, mire, el tema de multas de nuevo a riesgo de que soy abogado no puedo evitarlo, pero el tema de multas en contratos estatales ha tenido y tuvo muchísimas variaciones jurisprudenciales, de opinión jurisprudencial. Cuando empezamos a hacer el contrato estaba el statu quo, el estado del arte de la jurisprudencia era que las multas se podían aplicar como una cláusulas exorbitantes por la capacidad de la administración para dirigir los procesos contractuales, eso fue un par de sentencias de Ricardo Hoyos como ponente si estoy bien, eso iba en contra de la posición del Consejo de Estado hasta antes de esas sentencias que decía que a partir de la ley 80 las multas no eran cláusulas exorbitantes sino que eran estipulaciones que conforme a la autonomía de la voluntad podían ser incorporadas en los contratos.

Así que nosotros creo que las primeras versiones siguiendo la jurisprudencia imperante permitíamos, creo que las multas fueran impuestas por la administración a través de acto administrativo, pero después vino otro cambio de la jurisprudencia, volvió a la posición anterior y dijo que las multas solamente podían ser impuestas por el juez del contrato y esa fue la posición que tuvimos cuando el contrato se cerró, esa era la posición que teníamos.

Naturalmente nosotros lo que hicimos aquí fue establecer las causales de multas porque en eso sí era pacífica la jurisprudencia de que era una estipulación conforme a la autonomía de la voluntad con la naturaleza a una cláusula penal, establecimos las causales de multas, establecimos las condiciones en que la multa se entendía causada y establecimos la forma en que las partes podían evolucionar hacia el reconocimiento mutuo de que la multa efectivamente había tenido lugar o hacia el reconocimiento de que había un conflicto que no estaba de acuerdo el que los hechos causantes de multa hubieran sucedido y llevar a los mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato.

Incluso al principio lo teníamos para el amigable componedor, alguna opinión de la Procuraduría hizo que cambiáramos eso y quitáramos al amigable componedor como posible conocedor y el tema de las multas para que pasara al tribunal de arbitramento. Yo he leído porque esa es mi actividad, he leído laudos arbitrales anteriores y he encontrado que ese fue un procedimiento que no tenía nada de procedimiento, era simplemente que una parte le decía a la otra creo que se ha causado una multa porque creo que ha incumplido, y el otro le contestaba no, no he incumplido por estas razones, y el otro le insistía y entonces terminaban de ponerse de acuerdo iban al tribunal de arbitramento.

Entiendo que con base en eso hay laudos que he leído en donde se han producido multas aplicando, reconociendo que eso pasó entiendo también que hay un concepto de la sala de consulta en donde nos dice que es ineficaz un procedimiento que lo único que tiene es de palabra procedimiento porque era simplemente un cruce de comunicaciones entre las partes para ver si aceptaban o no de mutuo acuerdo que se había causado la multa y se evitaban el pleito y entiendo también que ese concepto dice que a ese contrato se le aplica la ley 1150, me llamó la atención que el concepto no subraya la parte del artículo de la 1150 que dice lo contrario y que por lo tanto a este contrato es una nueva manera de aplicar las multas, pero lo que hicimos en su momento fue una aplicación estricta de la jurisprudencia como estaba, hicimos adendos (sic) para irnos acomodando a los cambios jurisprudenciales y lo que quedó en el contrato fue la última jurisprudencia que había antes de que la licitación se cerrara y repito, era una cosa muy sencilla; causales definidas si se han presentado los hechos oportunidad de que las partes digan si sí o si no, inicio de esa actividad por parte de la interventoría o por parte de la Aerocivil, si está de acuerdo el concesionario en cobro de multas pacíficas sin problema, si no está de acuerdo posibilidad de cualquiera de las dos partes de acudir al tribunal de arbitramento para que el tribunal sea el que decida si se ha causado las multas o no...”

De lo señalado por el estructurador, pueden establecerse los siguientes parámetros que guiaron la redacción de la cláusula sobre multas:

a. Se fundamentaron en la sentencia del 20 de octubre de 2005 ya comentada, en la cual el Consejo de Estado, señaló que no existía competencia por parte de las Entidades dentro de un contrato estatal, para imponer multas mediante acto

administrativo, sino que ella le correspondía de acuerdo con las reglas propias del derecho privado al juez del contrato.

b. No concibieron la multa como ejercicio de una facultad exorbitante a cargo del Estado.

c. Se estableció el concepto de multa “causada”

d. Se señaló un procedimiento, que tenía como finalidad específica la aceptación o no de las partes de la multa causada, para su conocimiento o no por parte de un Tribunal de Arbitraje.

3.6.2.2 La aplicación de las disposiciones sobre multas contenidas en la Ley 1150 de 2007.

Con la vigencia de la Ley 1150 de 2007, reformativa de la Ley 80 de 1993, se incluyó en su artículo 17, una regulación específica en el tema de multas y cláusula penal pecuniaria.

En efecto, señala el artículo:

“... **Artículo 17.** Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas...”

Parte del debate que suscitó su incorporación, fue precisamente la naturaleza y finalidad de la cláusula sobre multas.

3.6.2.2.1 Lo expresado por la Sala de Consulta y Servicio y Civil.

La Sala de Consulta y Servicio Civil frente a la solicitud formulada por la Ministra de Transporte, en relación con el contrato de concesión suscrito por la AEROCIVIL con OPAÍN S.A. emitió un concepto el 10 de octubre de 2013, donde se establecen las siguientes:

“...G. Conclusiones

De las consideraciones expuestas a lo largo de este concepto se extraen las siguientes conclusiones:

El pacto de multas como una medida coercitiva contractual, debe distinguirse de la imposición unilateral de las mismas por parte de la entidad estatal contratante. Ello es así, porque la imposición unilateral es una prerrogativa exorbitante de la Administración en ejercicio de una competencia administrativa que debe estar prevista expresamente en la ley, toda vez que se concreta en una manifestación unilateral de la Administración que produce efectos jurídicos (acto administrativo);

El artículo 17 de la ley 1150 de 2007, confirma y ratifica la validez de los pactos de multas en los contratos estatales celebrados antes de su vigencia y establece un procedimiento para su imposición unilateral por la entidad estatal contratante, es decir, la entidad puede imponer por sí y ante sí la multa, sin necesidad de acudir al juez del contrato;

El artículo 17 de la ley 1150 de 2007 tiene efectos inmediatos y retrospectivos. Significa lo anterior que si en un contrato estatal celebrado antes de la vigencia de esa ley se estipularon multas por incumplimiento del contratista y a favor de la Administración, ese pacto es plenamente válido; igualmente, las multas así pactadas podrán ser impuestas y hacerse efectivas unilateralmente por la entidad estatal contratante;

La competencia para la imposición unilateral de multas es una potestad pública que está sometida al principio de legalidad y el procedimiento para decretar dicha imposición tiene reserva de ley, por lo que de la autonomía de la voluntad está sustraída la faculta de regular tales situaciones.

La cláusula 63.20.2 del contrato de concesión 6000169 OK de 2006 en la que se pacta un procedimiento para la imposición de las multas es ineficaz de pleno derecho por transgredir los literales b) y d) del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993. Por lo tanto no produce efectos jurídicos, y El procedimiento para la imposición unilateral de multas en un contrato estatal se encuentra actualmente establecido en las leyes 1150 de 2007, artículo 17, y 1474 de 2011, artículo 86...”

3.6.2.2.2 Lo expresado por el apoderado de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

En sus alegatos de conclusión, la Agencia Nacional de Infraestructura, se aparta del concepto antes relacionado, y considera que en el presente caso no procede aplicar lo señalado por el párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

En tal sentido, el Tribunal se permite citar en lo pertinente al apoderado de la Agencia Nacional de Infraestructura, quien en el momento de la exposición de los alegatos de conclusión señaló:

“... Es pues claro que la Ley 1150 vino a cerrar el debate jurisprudencial que se abrió luego de la entonces novedosa Ley 80 —que sujetó el contrato estatal al derecho privado— y estableció, con toda claridad, la facultad o competencia de las entidades estatales de imponerles multas a sus contratistas y de declarar el incumplimiento de obligaciones suyas de manera unilateral y mediante la expedición de actos administrativos, regla luego reiterada y precisada, en cuanto al procedimiento, en el artículo 86 de la Ley 1474.

Empero, por decisión expresa del legislador, la regla general de este artículo no resulta aplicable a los “contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley”, a menos que “por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas” (subrayado por el Tribunal).


Y ocurre que, en el caso del Contrato de Concesión 6000169 OK, las partes, si bien pactaron multas para eventos de incumplimiento, jamás pactaron, ni por asomo, que la Aerocivil tuviera la competencia o la facultad de imponerlas de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, y de hacerlas efectivas de manera forzada.

Por el contrario, establecieron un procedimiento que, otorgándole sí al concesionario todas las oportunidades para controvertir los planteamientos del interventor o de la

Aerocivil, según el caso, le permitiera a la Aerocivil establecer de manera preliminar — como contratista y no como autoridad pública— si una determinada multa se ha causado y, por ende, hay lugar a aplicarla, dejando siempre la decisión final sobre la procedencia o no de las multas en manos del juez del contrato (párrafos finales de las cláusulas 63.20.1 y 63.20.2).

En consecuencia, es totalmente claro que el Contrato de Concesión 6000169 OK no es de aquellos en los que la entidad estatal, por virtud de lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150, quedó investida de la facultad o competencia de imponerle al concesionario multas o de declarar el incumplimiento de sus obligaciones de manera unilateral y mediante la expedición de actos administrativos....”

3.6.2.2.3 Lo dispuesto sobre multas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Para el Tribunal resulta claro que en el presente caso no nos encontramos ante la hipótesis prevista en el párrafo transitorio del artículo 17, en la medida en que en efecto en la cláusula 63 del contrato, no se incorporó de forma alguna la facultad para la parte contratante de imponer multas, sino que, siguiendo los antecedentes del contrato atrás referenciado, se consideró la postura jurisprudencial según la cual sería el juez del contrato quien entrara a evaluar la procedencia o no de las mismas. 

Difiere en tal sentido el Tribunal de lo señalado por la Sala de Servicio y Consulta Civil, en cuanto a que el procedimiento allí pactado es ineficaz. Por el contrario, considera que si bien es cierto existen normas imperativas, actualmente de reserva legal para el adelantamiento de los procedimientos sancionatorios incorporados en la Ley 1474 de 2011, el contrato en mención fue de aquellos no contemplados por el párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

3.6.2.3 La interpretación de la cláusula 63 del contrato.

La interpretación contractual tiene como base a su vez la interpretación jurídica, que puede definirse “como la operación a través de la cual se intenta establecer el alcance jurídico de un acto, y el cuerpo de criterios, principios y reglas que rigen

esta operación. En el campo jurídico, la interpretación se refiere exclusivamente a actos jurídicos.”⁵⁴

En desarrollo de lo anterior, la doctrina ha distinguido varios elementos de la interpretación.

En primer lugar encontramos los sujetos, donde algunos autores consideran que los destinatarios de la interpretación son los jueces⁵⁵. Sin embargo, también lo serán las partes⁵⁶, en este caso tanto la Entidad contratante, como su contratista.

El segundo elemento lo constituye el objeto de la interpretación del contrato. Al respecto señala RIVERO Y SERN:

“... Giannini manifiesta que el objeto de la interpretación jurídica es siempre una exteriorización de voluntad; una voluntad manifestada, positiva o negativamente que, en forma de acto jurídico, tiende a producir, directa o indirectamente, efectos jurídicos. Una vez reconocido que el objeto de la interpretación jurídica es exclusivamente la voluntad, el jurista no tiene que añadir nada sobre el particular...”⁵⁷

En lo que respecta a los momentos y funciones de la interpretación, se señalan dos momentos: la fijación de los hechos, y su calificación jurídica⁵⁸.

Por su parte, en lo que concierne a sus funciones se pueden establecer las siguientes:

“... declarativa, que es la que corresponde a la interpretación considerada en sentido estricto; se pretende descubrir, explicar o traducir lo querido con la declaración. Complementaria, que supone salir del estricto ámbito interpretativo y pasar al de la conjetura; para esto se acude a la interpretación objetiva. Reconstructiva, que tiene

⁵⁴ RIVERO Y SERN, Enrique. La interpretación del contrato administrativo. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1971, págs. 7 y ss.

⁵⁵ A favor de esta teoría están Calamandrei, Danz y Santoro Passarelli.

⁵⁶ Consideran esta teoría Scognamiglio, Giannini, Carnelutti y Osti.

⁵⁷ RIVERO Y SERN, Enrique. La interpretación del contrato administrativo. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1971, págs. 7 y ss.

⁵⁸ Según RIVERO Y SERN: “... Estos momentos se distinguen lógicamente, incluso jurídicamente, y se pueden denominar, el primero, reconstrucción del hecho, y el segundo, calificación jurídica. La interpretación jurídica, no obstante, como búsqueda de la consistencia jurídica de un acto, consta de ambos momentos. La sola calificación jurídica de un acto no es suficiente para que pueda hablarse de interpretación. En toda interpretación, existen ambos momentos.

lugar en los casos excepcionales en los cuales, para conseguir en lo principal la validez del negocio, se requiere alterar la regla establecida en la declaración. En estos casos, el intérprete debe investigar si cabe inducir una voluntad favorable al cambio, basándose en la conducta negocial y utilizando, en su caso, las presunciones...”⁵⁹

Por último, en los medios interpretativos puede señalarse siguiendo al citado autor:

“... Para la actividad interpretativa, señala Giannini el Ordenamiento remite a la habilidad y capacidad del intérprete, y los textos legales que directa o indirectamente contemplan la interpretación, dejan un margen de notable entidad a esta actividad que puede llamarse técnica interpretativa. El intérprete utiliza dos tipos de medios interpretativos: los intrínsecos y los extrínsecos. Los primeros pueden deducirse directamente de la exteriorización del acto, como el uso gramatical de las palabras, su conexión sintáctica, su valor lógico, semántico, el sentido tradicional atribuido a algunas expresiones. Los segundos son extraños a la exteriorización del acto; el uso de expresiones propias exclusivamente del declarante, la conexión de aquellas interpretaciones con precedentes declaraciones y exteriorizaciones de sus deseos, sentimiento, voluntad...”⁶⁰

Acudirá entonces el Tribunal al contenido de la cláusula, a la naturaleza del contrato celebrado, así como al desarrollo legal y jurisprudencial, para ahondar en su alcance.

3.6.2.4 Lo pactado en materia de sanciones económicas por el incumplimiento (multas de apremio y penal pecuniaria).

La Demanda de reconvención se encamina básicamente a obtener una declaración sobre la procedencia y causación de multas. Por tal razón el Tribunal consigna en este aparte sus Consideraciones sobre las sanciones económicas en el ámbito de la contratación estatal, así como las relativas al incumplimiento contractual, como supuesto necesario para su aplicación.

59 RIVERO YSERN, Enrique. La interpretación del contrato administrativo. Op. Cit. Págs. 10 y ss.
60Ibíd. págs. 12 y ss.

3.6.2.4.1 Las multas se pactaron a título de apremio.

La cláusula 63 que el Tribunal considera plenamente válida en cuanto a su naturaleza y el procedimiento allí señalado, debe analizarse a la luz de lo que fue pactado entre las partes, pero también bajo los parámetros del interés público que guían este tipo de contratos, en los que debe ser claro que las sanciones, independientemente de su destino presupuestal, **no constituyen una remuneración a la concedente, máxime en casos como el presente, en donde claramente se excluyó su valor indemnizatorio.**

Encuentra el Tribunal que la mencionada cláusula obedece a una naturaleza dual: incorpora elementos propios del derecho privado, donde la libertad negocial primó en el momento de su establecimiento; sin embargo, la serie de multas que fueron llevadas al Tribunal, genera la necesidad de señalar que las mismas deben seguir la finalidad propia de la Ley 80 de 1993, donde el contenido público en el momento de su valoración resulta innegable.

Tenemos entonces, que la incorporación de la expresión multas “causadas”, no puede entenderse como una limitación a la característica pública del contrato celebrado, y **por ende su interpretación debe realizarse según la naturaleza de apremio que las propias partes le dieron, siguiendo los fundamentos de la Ley 80 de 1993.**

3.6.2.4.2 La compaginación de dicha naturaleza con la filosofía propia de la Ley 80 de 1993.

Coincide el Tribunal con lo señalado por la Sala de Servicio y consulta civil, frente a la naturaleza de “apremio” establecida por las partes en la citada cláusula, la cual no se contradice con la filosofía que sobre tales tipos de disposiciones contractuales, vino a resumir la Ley 1150 de 2007. Si bien es cierto, el Tribunal considera que no se aplica la Ley 1150 de 2007 frente al procedimiento establecido, resulta procedente afirmar que lo señalado en el artículo 17 corresponde a un reconocimiento de lo que en su momento quiso la Ley 80 de

1993, en cuanto a la finalidad pública de tales contratos, cual es precisamente el logro del desarrollo adecuado del objeto contractual.

En tal sentido puede leerse el concepto emitido por la Sala de Servicio y Consulta Civil, que al referirse a la cláusula 63 expresó:

“... De la disposición transcrita se extrae lo siguiente para los fines del concepto que se rinde:

Su pacto corresponde a una manifestación de la autonomía de la voluntad que le asiste a las partes, en desarrollo de los artículos 13, 32 y 40 de la ley 80 de 1993;

Se evidencia el carácter conminatorio de las multas pactadas, es decir, son medidas coercitivas que tiene el propósito u objetivo de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, en los términos explicados en el punto B de este concepto;

El ámbito temporal para la imposición de las multas pactadas es el fijado para la ejecución del contrato;

Las multas pactadas corresponden al ejercicio de una potestad unilateral de la entidad concedente. Es claro que esa potestad obra exclusivamente a su favor y en modo alguno el concesionario está facultado para utilizar tales medidas coercitivas en contra de la entidad concedente;

Las multas pueden hacerse efectivas directamente por la Administración, deduciendo su monto, mediante compensación de las sumas adeudadas al contratista.

Los anteriores aspectos permiten señalar que el pacto de multas de EL CONTRATO, se ajusta a las características que la jurisprudencia del Consejo de Estado, y luego la ley 1150 de 2007, establecieron para dichas medidas coercitivas en los contratos estatales a favor de las entidades públicas contratantes...”

El Tribunal reitera que tal como fue pactada la citada cláusula, no se encuentra frente a una facultad de imposición unilateral a cargo de la Entidad, lo que hace que el citado contrato esté exceptuado de lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007. En lo que al artículo 17 concierne, si resulta dicente que **el mismo concepto reconoce que la naturaleza de “apremio” de la cláusula 63 sigue los propósitos señalados por el estatuto de contratación pública.**

A lo anterior debe agregarse que el contrato es enfático en destacar la naturaleza de apremio y en tal caso no procede su aplicación cuando al requerirse el cumplimiento, el Concesionario atiende el llamado que la Administración efectúa a

través de la interventoría, que por supuesto, y así lo manifestó en su testimonio, carece de facultad alguna de decisión al respecto.

Basta observar el testimonio rendido por el Señor CRISANTO GONZALEZ:

“... SR. GONZALEZ: A ver, qué establece el contrato, el concesionario tenía 3 días originalmente...”

DRA. CEDIEL: Exacto, en el cuarto día se causa la...

SR. GONZALEZ: Exacto, se extendió el plazo a 5 días, es decir al sexto día se causa la multa por no entregarse la información, **independiente si hay o no daño**, la cuestión es que se pactó en el contrato, que se tenía que entregar en ese plazo y a partir de ese momento la persona está en extemporaneidad y debería pagar una sanción, eso fue lo que se pactó y como tal nosotros lo que hacemos es que en el contrato se cumpla en las condiciones que fueron pactadas.

Si a nosotros nos dice, modificamos el contrato y ya no son 5 días sino 30 para nosotros el problema cambia de escenario pero seguirá, mientras esté en esas condiciones nosotros tenemos que vigilar porque se cumpla lo que se pactó, si no se quería tener eso no se debió haber pactado o modificarse o qué se yo, **pero el pacto está si en 5 días no se entrega nace una sanción y también nos dice nuestro contrato que si nosotros no evidenciamos el hecho y es otra autoridad la que lo evidencia entonces la sanción nos la aplican a nosotros, eso es lo que dice...**”

Al respecto considera el Tribunal que las obligaciones a cargo del interventor no pueden llegar al extremo de entrar a iniciar procesos sancionatorios sin ningún tipo de análisis frente a los hechos y la conducta del concesionario, por cuanto la consecuencia de una concepción como la antes señalada, podría llevar a absurdos como llegar a decisiones en torno a una caducidad contractual por acumulación de multas, cuando la prestación del servicio se encuentra de conformidad con la finalidad perseguida mediante el proyecto.

3.6.2.4.3 La posibilidad de subsanación del hecho generador de la multa.

En concordancia con lo que acaba de señalarse, si la finalidad que con las multas se persigue, es disuadir al contratista de una conducta contraria al contrato y apremiarlo para que supere la infracción en la que, en criterio de la Entidad, ha

incurrido, el Tribunal analizará los casos sometidos a su conocimiento considerando la conducta desplegada por el Concesionario, análisis en el que también ha considerado el concepto emitido por el Sala de Servicio y Consulta Civil, que en relación con este aspecto señala:

“... Son medidas disuasorias destinadas a superar la infracción de las obligaciones contractuales y, por tanto, su función principal es apremiar al contratista para que dé cumplimiento a las mismas, dado que cuando a un contratista se le aplica una multa por incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación o por cumplirla defectuosamente, las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir, con mayor razón cuando la infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas genera inhabilidad para contratar con el Estado...”

En ese orden de ideas, el Tribunal ha concluido que si la finalidad del apremio es la de disuadir al contratista y compelerlo a que acomode su conducta a los parámetros que en consideración de la Entidad, constituyen un incumplimiento de lo pactado, sería totalmente contrario a dicho objetivo, que se inicie o se anuncie el procedimiento de multas, cuando los hechos generadores de la misma ya han cesado.

En desarrollo de lo anterior considera el Tribunal que las multas cuyo procedimiento se inició una vez el contratista había superado los hechos constitutivos de las mismas, resultan inútiles e incoherentes frente a dicha finalidad.

Igual reflexión merecen aquellas donde los hechos generadores de las multas, fueron subsanados antes de culminar el procedimiento, esto es, antes de que el representante de la entidad estatal comunicara al Concesionario que habría lugar a su aplicación.

Así las cosas, después de analizar lo relativo a las sanciones así dispuestas y considerando la fecha de suscripción del Contrato, el Tribunal concluye:

- a) Que el Contrato se suscribió en vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007.

- b) Que la retroactividad establecida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no es aplicable por no haberse reservado la AEROCIVIL la facultad para imponerlas de manera unilateral.
- c) Que en cualquier caso los principios de la actividad sancionadora del Estado deben ser considerados por razón del interés público que persigue el contrato celebrado.
- d) Que de manera clara señalaron: “Las multas a las que se refiere la presente cláusula son apremios al Concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones y, por lo tanto no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios, de manera que pueden acumularse con cualquier forma de indemnización, en los términos previstos en el artículo 1600 del Código Civil”, a lo cual debe agregarse que ese carácter impone reconocer el cumplimiento cuando este ocurre, como ya se anotó, antes de la decisión de multar, proferida por el representante legal de la entidad estatal y,
- e) Que se pactó una cláusula penal para ser cobrada únicamente en caso de caducidad del contrato, cláusula que el Tribunal entiende pactada como indemnizatoria en ese preciso caso, en la medida en que en caso de incumplimientos que no conduzcan a la caducidad no pactaron una pena pecuniaria, sino la viabilidad de *“acumularse con cualquier forma de indemnización, en los términos previstos en el artículo 1600 del Código Civil.”*

Así las cosas, el Tribunal considera que el carácter de apremio pactado en relación con las multas implica concluir que cuando la conducta activa u omisiva que se pretende sancionar es subsanada antes de iniciar el procedimiento dispuesto para adoptar la decisión administrativa con base en la cual el juez del contrato debe decidir sobre la procedibilidad de la sanción, el juez está llamado a reconocer que habiendo desaparecido el presupuesto fáctico necesario para dicha aplicación no hay lugar a imponerla.

Al respecto considera el Tribunal necesario destacar que la misma interventoría que según el contrato está llamada a iniciar el procedimiento y a recomendar o no la imposición de la multa, desplegó con ocasión de una de las sanciones traídas para decisión, una conducta que evidencia, que la misma considera inaplicables las sanciones en estas circunstancias.

En efecto, con ocasión de lo sucedido frente al procedimiento de multa relativo al Terminal de carga TC1 en cuanto a la ejecución de obras.

1. El interventor técnico, inició el procedimiento de multa el 14 de diciembre de 2012, según comunicación JFA-A&C-0561-12, fundamentado en 2 aspectos, seguridad e higiene industrial y aspectos técnicos en lo relativo a la instalación de la tubería. Se lee en la mencionada comunicación:

“... nos permitimos informarles sobre el inicio del proceso de imposición de apremios establecido en la Cláusula 63.9 del Contrato de Concesión 6000169 OK de 2006, hasta tanto el Concesionario tome las medidas de seguridad, retire las tuberías y los rellenos, se revisen de manera conjunta los trabajos de instalación de tubería, sean corregidos los desperfectos que se encuentren y sea aceptada su ejecución por parte de la Interventoría y la Aerocivil...”

2. El 20 de diciembre de 2012, el interventor según comunicación JFA-A&C-0568-12, reitera el incumplimiento de las obligaciones en seguridad e higiene industrial y se solicita la suspensión de las obras hasta que no se corrijan.

3. Ese mismo día, OPAIN S.A. según comunicación 6318-12, explica al interventor la serie de medidas que en materia de seguridad se han tomado.

4. El interventor el 21 de diciembre de 2012, según comunicación JFA-A&C-0576-12, un día después considera subsanada la situación de la siguiente manera:

“... Verificada en sitio la implementación de las acciones correctivas, la Interventoría Técnica, encuentra que son suficientes y determina levantar la suspensión que por estos aspectos se había generado...”

5. Sin embargo continúa el procedimiento de multa por los **demás aspectos**, de orden técnico en cuanto a la instalación de la tubería.

6. Finalmente la Aerocivil ratifica la procedencia de la multa el 15 de enero de 2013 de acuerdo con el oficio 1070.092.5-2013001346. **No se incluyen, sin embargo, los hechos relativos al incumplimiento de normas de seguridad industrial para efectos de la tasación de la multa, por haber sido precisamente subsanados durante el procedimiento.**

Lo anterior fue confirmado por el apoderado de la Agencia Nacional de Infraestructura en sus alegatos de conclusión:

“... Cabe anotar que es obligación del concesionario *“la implementación”* del *“manual de seguridad e higiene industrial”*, y su *“cumplimiento será vigilado por el interventor”* (cláusula 23 del Contrato de Concesión, con subrayado del suscrito).

Sin embargo, la multa se causó y la aplicó la Aerocivil no por las aludidas deficiencias en materia de seguridad industrial, sino por incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión y de las Especificaciones Técnicas de Diseño (Apéndices D y E)...”⁶¹

En el mismo sentido, puede establecerse lo sucedido con ocasión del procedimiento por la no exclusión del beneficiario de la póliza NB100000076 (amparo patronal):

- Se inició el procedimiento según oficio JAHV-ARC-386-2012 por parte de la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa. el día 16 de julio de 2012, por considerar que se había mantenido como beneficiario de la póliza y no había modificado el valor asegurado.

⁶¹ Página 80.

- Mediante comunicación 20121000031751, fechada 31 de julio de 2012, el concesionario expuso las razones por las cuales consideraba no procedía la multa.
- El 3 de agosto de 2012, de acuerdo con la comunicación 20121000032451 el concesionario remitió el anexo con los ajustes correspondientes, excluyendo como beneficiario al concesionario.
- El 14 de agosto de 2012, la Aeronáutica Civil, según oficio 1070.247.2.2012031384 requirió al interventor, concepto para determinar si continuaba o no con el procedimiento de multa.
- El 14 de agosto de 2012, la interventoría según oficio JAHV ARC-452, se ratificó en la procedencia de la multa.
- El 15 de agosto de 2012 según comunicación 2012031517 la Aeronáutica Civil ratifica la procedencia de la multa.

Como puede verse la propia Entidad, ante el hecho que el concesionario había entrado a subsanar el presunto incumplimiento durante el procedimiento requirió a la propia interventoría con la finalidad de aclarar si continuaba o no con el proceso de multa.

4 LAS CONSIDERACIONES GENERALES Y LOS ASPECTOS PARTICULARES.

Tal como ya se consignó en las CONSIDERACIONES GENERALES, en la demanda presentada por la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional SA, OPAÍN SA, contra la Aeronáutica Civil, subrogada luego por la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, al amparo de la cláusula 66 del contrato 6000169 de "concesión para la operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del aeropuerto internacional el Dorado de Bogotá DC",

en el aparte de Pretensiones se solicita que se accedan a quince pretensiones, asociadas fundamentalmente con la declaratoria que, en los términos de la cláusula 1.22 del contrato de concesión, **AVIANCA no se considere Beneficiario Real (pretensión primera).**

De igual manera se solicita que se declare (i) que las actividades desarrolladas por AVIANCA en el inmueble denominado Puente Aéreo no hacen parte de la explotación comercial prevista en el primer párrafo de la cláusula 1.59 del contrato de concesión (pretensión segunda); (ii) que OPAÍN está obligado a respetar, cumplir y hacer cumplir el contrato de arrendamiento BO Ar 0011-04 celebrado entre la Aeronáutica Civil y AVIANCA (pretensión tercera); (iii) que OPAÍN en virtud de la posición contractual asumida en el contrato de arrendamiento BO Ar 0011-04 tiene la facultad legal de introducir modificaciones o variaciones a lo contratado (pretensión cuarta); (iv) que la contraprestación que recibe AVIANCA por el arriendo de los locales comerciales no hace parte de los ingresos brutos de OPAÍN **ni de un Beneficiario Real de OPAÍN, ni de sus miembros, ni de alguna persona de la cual OPAÍN o sus miembros sean su Beneficiario Real** (pretensión quinta); que la explotación comercial del puente aéreo por AVIANCA no constituye un incumplimiento del contrato de concesión celebrado entre la aeronáutica y OPAÍN (pretensión sexta); que la contraprestación de OPAÍN por concepto de la explotación comercial del Puente Aéreo la constituye únicamente el ingreso o canon que debe pagar mensualmente AVIANCA (pretensión séptima); que la consideración de la interventoría de acrecer los recursos provenientes de los ingresos no regulados no tiene alcance de obligación contractual (pretensión octava).

También se solicita que a partir del 30 de septiembre de 2012, al vencer el término del contrato de arrendamiento entre la AEROCIVIL y AVIANCA, OPAÍN no estaba obligada a suscribir un nuevo contrato de arrendamiento respecto del Puente Aéreo ni a realizar su explotación de manera directa (pretensión novena); que OPAÍN no incumplió el contrato de concesión por no haber dado por terminado el contrato de arrendamiento del Puente Aéreo o por no haberlo modificado, para excluir del mismo la explotación de las áreas y locales comerciales y avisos

publicitarios; que se declare que la instrucción de aumento de los ingresos no regulados del Puente Aéreo no es una obligación contractual del contrato de concesión ni puede considerarse como incluida en el contrato de concesión bajo el concepto de otras obligaciones (pretensión décima primera); que se declare que de conformidad con el contrato de concesión está permitido que terceros desarrollen actividades comerciales en el área concesionada a cambio de una contraprestación a favor del concesionario o de un Beneficiario Real del concesionario o de los miembros del concesionario, sin que tal explotación constituya un incumplimiento del contrato de concesión y sin que el producto pueda o deba considerarse como parte del ingreso bruto (pretensión décima segunda); que se declare que OPAÍN puede celebrar contratos con terceros para el cumplimiento de la obligación de la explotación comercial del área concesionada como el arriendo de área o locales comerciales, con autorización de subarriendo, como se encuentra establecida en la relación jurídica con AVIANCA (pretensión décima tercera); que se declare que no es procedente la imposición de una multa diaria aplicada por la AEROCIVIL a OPAÍN mediante comunicación 1070.092.5-2012047126 del 23 de noviembre de 2012, dejándola sin efectos.

El 23 de mayo de 2013 la Aeronáutica Civil contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, invocando excepciones, al igual que solicitando la práctica de pruebas documentales, exhibición de documentos por parte de terceros, también por parte de OPAÍN y testimonios. De igual manera, en la misma fecha, formuló demanda de reconvención, de cuyas doce pretensiones ocho se vinculan con el contrato de arrendamiento del Terminal Aéreo, la cesión del mismo, tres pretensiones con el incumplimiento de veintitrés obligaciones y las dos pretensiones restantes con la actualización monetaria de la condena y la solicitud de condena frente a OPAÍN.

En lo relativo al Terminal Aéreo, la Aeronáutica como reconviniendo solicita del Tribunal la declaratoria del incumplimiento de las obligaciones que OPAÍN asumió al no haber atendido las instrucciones impartidas por el interventor financiero, contable, tributario y administrativo y el Director General de la AEROCIVIL

(pretensión primera); que OPAÍN ha debido asumir directamente la explotación comercial del Terminal Puente Aéreo (pretensión segunda); que en subsidio de la anterior OPAÍN ha debido exigirle a AVIANCA un precio mayor a aquel que venía percibiendo (pretensión segunda subsidiaria); que OPAÍN como condena debe indemnizar a la AEROCIVIL los daños que ha sufrido y sufrirá como consecuencia de la decisión de OPAÍN de mantener y extender las condiciones pactadas con AVIANCA (pretensión tercera); que se declare que OPAÍN incumplió obligaciones al haber convenido con AVIANCA modificaciones al contrato de arrendamiento que le han impedido a OPAÍN y le impedirán o harán más difícil la restitución de los inmuebles necesarios para la ejecución de las obras de modernización y expansión de la Terminal (pretensión cuarta); que OPAÍN incumplió obligaciones al haber dejado de adoptar oportunamente medidas para lograr la restitución de los inmuebles necesarios para la ejecución de las obras de modernización y expansión (pretensión quinta); también que OPAÍN es responsable por los daños sufridos y que sufrirá AEROCIVIL por la no culminación oportuna de los sub proyectos Demolición Hangar AVIANCA-fase 1 y fase 2 y plataforma hangar AVIANCA - fase 1 y fase 2 (pretensión sexta); que OPAÍN sea condenado a indemnizar a la AEROCIVIL los daños sufridos y que sufrirá como consecuencia de los eventos descritos atrás en la mención a la pretensión sexta; que se declare que OPAÍN ha incumplido obligaciones al haber dejado de pagar multas aplicadas de conformidad con el procedimiento pactado en el contrato, en relación con el contrato No 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006 (pretensión séptima).

Mediante auto No. 31 del 22 de abril de 2015, el Tribunal aprobó " ... el acuerdo parcial puesto en consideración por las partes, en especial aceptar el desistimiento de las pretensiones cuarta, quinta, sexta y séptima de la demanda de reconvención". En tal sentido, la sociedad demandada en reconvención acordó entregar una suma de dinero a la entidad pública demandante en reconvención, es decir, que no hubo por efecto del acuerdo conciliatorio judicial obligación dineraria que tuviese origen en recursos públicos, sino que por el contrario estos se vieron acrecidos.

Corolario de lo anterior, para efectos de la decisión que haya de adoptar el tribunal en el presente laudo, se tiene que de la controversia sometida a su definición son extrañas esas cuatro pretensiones (cuarta, quinta, sexta y séptima) de la demanda de reconvención.

Atendiendo a lo anterior el Tribunal abordará los que considera aspectos particulares de la relación contractual surgida entre OPAÍN y la UAEAC (ANI en este proceso). Se consignan, en consecuencia, consideraciones relacionadas con: (i) el concepto de Beneficiario Real al que se alude en varios apartes contractuales, (ii) la cesión del contrato de arrendamiento; (iii) la relación entre el contrato de arrendamiento y el de concesión y (iv), el alcance de las estipulaciones sobre multas que obran en éste último.

4.1 Sobre la condición de AVIANCA S.A como beneficiario real de OPAÍN.

La primera pretensión de la demanda presentada por la sociedad concesionaria operadora aeroportuaria OPAÍN contra la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil – AEROCIVIL (ANI en este proceso) se dirige a que el Tribunal declare que Avianca NO ES " Beneficiario Real" de los miembros de OPAÍN, en los términos definidos en la cláusula 1.22 del contrato de concesión, que se transcribe a continuación:

"Se entiende por Beneficiario Real cualquier persona o grupo de personas que, directa o indirectamente, por si misma o a través de interpuesta persona, o por combinación con un tercero por virtud de contrato, convenio, acto o negocio jurídico, acción, bonos obligatoriamente convertibles en acciones, tiene capacidad decisoria respecto de otra persona jurídica, independientemente de la naturaleza pública o privada, societaria, civil, cooperativa, o de cualquier otra naturaleza. Para los efectos de esta definición, se entenderá que existe capacidad decisoria cuando se tenga la facultad o el poder para la elección de directivas o administradores, o la capacidad para controlar las decisiones de cualquiera de los órganos directivos o administradores, o cuando se detente la propiedad de la mayoría de las acciones o cuotas de participación en el capital de la persona jurídica, directamente o por interpuesta persona.

Igualmente, conforman un mismo Beneficiario Real los cónyuges o compañeros

permanentes y los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civiles, salvo que se demuestre que actúan con intereses económicos independientes. Las sociedades matrices en todo caso serán consideradas como Beneficiaria Real de sus subordinadas.

Igualmente, una persona o grupo de personas se considera Beneficiario Real de otra persona jurídica, si tiene derecho para hacerse a su propiedad con ocasión del ejercicio de un derecho proveniente de una garantía o de un pacto de recompra o de un negocio fiduciario o cualquier otro pacto que produzca efectos similares, salvo que los mismos no confieran derechos políticos.

Para efectos de esta estipulación, se entiende que conforman un 'grupo de personas' quienes actúen con unidad de propósito, no obstante el desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de las personas que conforman el grupo.

Para todos los efectos del presente Contrato de Concesión, siempre que se refiera al Beneficiario Real del Concesionario, tal estipulación será también aplicable a los Beneficiarios Reales de los miembros del Concesionario" (...)"

Con fundamento en la cláusula transcrita se evidencia la capacidad decisoria, entre una persona y otra, como elemento primordial de la configuración del Beneficiario Real.

En el testimonio rendido por el doctor ÁLVARO MAURICIO DURÁN LEAL, que para el Tribunal tiene el mérito de provenir de quien actuó como asesor en la estructuración del proyecto y en tal virtud refiere bien los antecedentes del mismo, se señala expresamente que al introducir en el contrato la noción de Beneficiario Real se efectuó considerando el alcance que ésta tiene en el mercado de valores. En tal sentido, el doctor Duran indicó textualmente lo siguiente:

“decía entonces que en la medida en que la Aerocivil o la ANI recibe una parte, y esto es esencial dentro del contrato de los ingresos brutos, lo que queríamos es que quedara claro que todos los ingresos que recibiera el concesionario o sus beneficiarios reales desde el punto de vista económico los que hicieran parte de su grupo económico se tenían en consideración para calcular el porcentaje al que la Aerocivil tenía derecho. Es insistencia en el Beneficiario Real tiene su explicación, de tal manera que no importa que los ingresos se recibieran directamente por el concesionario o por algún empresa afiliada al concesionario, se utilizó el concepto de Beneficiario Real usual en el mercado público de valores porque es el más omnicompreensivo y no atiende temas formales legales sino temas económicos de fondo, en tanto ella pasara la Aerocivil tenía derecho a recibir su 46, entiendo que fue la contraprestación que puso OPAÍN y que por eso se ganó la

licitación, eso era la intención para explotación comercial pues son todas las actividades como lo dice la definición por las cuales el concesionario recibe o sus beneficiarios reales reciben una contraprestación económica obviamente en el Aeropuerto"

Durante el trámite arbitral que se resuelve en el presente laudo, en los testimonios se efectuaron, varias referencias al tema del Beneficiario Real, como consecuencia de la pretensión de la demanda de una declaración, por parte del Tribunal, que AVIANCA NO ES Beneficiario Real de OPAÍN. Se dijo anteriormente que el doctor Durán en su testimonio hizo alusión a la regulación del Beneficiario Real e indicó que correspondía a la prevista en el mercado de valores y que la intención de la previsión contractual era que todos los ingresos que recibieran el concesionario y sus beneficiarios reales que hicieran parte de su grupo económico se tuvieran en cuenta para el cálculo del porcentaje al cual la AEROCIVIL tuviese derecho.

De manera específica, entonces, se tiene que establecer si AVIANCA es o no Beneficiario Real de los miembros de OPAÍN; para ello el Tribunal -con fundamento en las consideraciones previas que ilustran el tema del beneficiario legal y que constituyen un referente normativo y regulatorio pertinente y objetivo- debe establecer si en el trámite se acreditaron o no las características requeridas para proceder a declarar o no que AVIANCA es Beneficiario Real de los miembros de OPAÍN

De manera inicial en este aspecto debe indicarse que los énfasis probatorios, a lo largo del trámite, se orientaron en general a aspectos diferentes a la comprobación del carácter de Beneficiario Real de AVIANCA frente a los miembros de OPAÍN. Incluso, resultan relevantes con tal orientación, las manifestaciones hechas durante la audiencia conclusiva de alegaciones, en especial la efectuada por el señor apoderado de la parte convocada, demandante en reconvención.`

Señaló el Apoderado en sus Alegatos:

“Se quedaron unas pretensiones volando, el tema del beneficiario real, o sea, jamás ha pretendido Aerocivil que los terceros arrendatarios de Avianca sean un beneficiario real de Opaín”, (Audible en la versión magnetofónica del alegato de conclusión del apoderado de la convocada, demandante en reconvencción, a la hora, minuto 53, segundo 11.)

En tal sentido, en primer lugar en el trámite no se allegó documento alguno en el que, por ejemplo, para los fines del artículo 30 de la Ley 222 de 1995 se acredite la situación de control en el registro mercantil de tal manera que diese noticia de la misma entre AVIANCA y los miembros de OPAÍN; elemento informativo del cual no se encuentra exenta ni aún la Nación, ni tampoco alguna entidad pública y menos aún los particulares que concurren a celebrar frecuentes contratos de relevancia económica con el Estado.

En segundo lugar, para el Tribunal, de los testimonios recibidos no se infiere una situación de sumisión o subordinación de OPAÍN frente a AVIANCA o que esta tuviese preponderancia o predominio en las decisiones que adoptara la primera. Como que por ejemplo que hubiese coincidencia de directores o administradores o mensajes mandatorios de AVIANCA frente a OPAÍN, con indicaciones precisas en un sentido u otro.

En tercer lugar, frente a lo previsto en el Código de Comercio, no hay evidencia en el trámite de un poder decisorio en las determinaciones tomadas por OPAÍN, ejercido directa o indirectamente por AVIANCA.

Y en cuarto lugar la capacidad de gobierno en OPAÍN no se infiere como dirigida desde AVIANCA.

Cabe agregar que entre OPAÍN y AVIANCA existen varias relaciones contractuales, pero no una sociedad de hecho o derecho que permita cotejar las hipótesis de algunas de las disposiciones legales mencionadas atrás al configurar la figura del beneficiario legal. De análoga manera, en el varias veces citado

testimonio del doctor Durán, en materia del entendimiento de la noción de beneficiario real, se dijo lo siguiente

" doctor Piquero : dentro de ese concepto de ingreso bruto al cual ya se refirió, ¿qué medidas se establecieron, su alguna dentro de la estructuración, para evitar que esos ingresos se redujeran artificialmente por determinadas circunstancias que se dieran durante la ejecución del contrato?

Doctor Durán : Una muy fuerte que creo que no se volvió a adoptar tan radicalmente en los siguientes contratos de concesión aeroportuario que revisaba y fue incluir los ingresos de los beneficiarios reales como parte de los ingresos brutos del concesionario, esa fue la medida radical y muy fuerte porque alguien puede considerar que no hay ningún problema en que el concesionario, los socios del concesionario presten servicio siempre y cuando, y esos no tendrían que ser servicios que hagan parte de los ingresos brutos, siempre y cuando los preste en igualdad de condiciones ... pero en este caso fuimos más allá, ni siquiera permitimos, lo que hicimos fue desincentivar que el concesionario, sus miembros a través de otras compañías que tuvieran algún negocio en el Aeropuerto para evitar, para generar total transparencia y evitar discusiones como las que podrían generarse allí, cortamos de manera radical o intentamos cortar de manera radical eso, de esta forma, así que el único interés que a uno se le ocurría, es posible que haya otros, pero en ese momento el interés que se nos ocurría es que algunos de los concesionarios tratarán de que los ingresos parte de ellos no contabilizados dentro de los ingresos brutos sino como una compañía aparte pero que tuviera los mismos intereses económicos o las mismas personas detrás; por ello la medida radical por la del beneficiario real".

Frente a la condición contractual que se comenta, junto con la explicación de su causa dada por el testigo mencionado, que resulta bastante ilustrativa sobre la severidad buscada respecto de la preeminencia de la capacidad decisoria y del esquema contractual disuasivo en relación con sociedades con comunidad accionaria o con "las mismas personas detrás" conforme a su manifestación, en el trámite arbitral no hubo acreditación de la presencia de unas u otras.

Corolario de lo anterior, el Tribunal en la parte resolutive **habrá de acoger la pretensión primera de la demanda en el sentido que AVIANCA NO ES beneficiaria real de los miembros de OPAÍN.** Y tal consideración, además, orientará las determinaciones que hayan de adoptarse respecto de las restantes pretensiones.

4.2 Sobre el alcance de la explotación comercial concedida.

Ahora bien OPAÍN presenta la Pretensión Segunda como consecencial de la primera y hace referencia expresa al numeral 1.59 del Contrato así:

Que se DECLARE, como consecuencia de lo anterior, que las actividades desarrolladas por AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA en el inmueble denominado "PUENTE AÉREO" (también conocido como "Terminal Puente Aéreo" o "TPA"), no hacen parte de la explotación comercial regulada por el primer párrafo de la cláusula 1.59 del contrato de concesión.

La cláusula 1.59 citada corresponde a lo siguiente:

"1.59. Explotación Comercial o Explotación Comercial del Área Concesionada

Se refiere a la realización de todas aquellas actividades por las cuales el **Concesionario**, un **Beneficiario Real** del **Concesionario** o de los miembros del **Concesionario**, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el **Concesionario** o alguno de sus miembros sea **Beneficiario Real**, reciben cualquier tipo de contraprestación en los términos de este **Contrato**.

Dicha contraprestación puede provenir directamente de los usuarios de los **Servicios Asociados a Ingresos Regulados**, de usuarios de los **Servicios no Asociados a Ingresos Regulados**, de los terceros que desarrollan actividades comerciales en el **Área Concesionada** y/o de cualquier otra persona natural o jurídica que adquiera los bienes o servicios ofrecidos por el **Concesionario**, directamente o a través de un **Beneficiario Real** del **Concesionario** o de los miembros del **Concesionario**, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el **Concesionario** o alguno de sus miembros sea **Beneficiario Real**, en el **Área Concesionada**. (Se subraya)

Entre los actos de **Explotación Comercial** ejercidos por el **Concesionario** o por su **Beneficiario Real** o un **Beneficiario Real** del **Concesionario** o de los miembros del **Concesionario**, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el **Concesionario** o alguno de sus miembros sea **Beneficiario Real** se encuentran aquellos que se listan a continuación, sin que estos constituyan un listado taxativo pues a esta categoría pertenecerán todas aquellas actuaciones que, por su naturaleza, se encuentren dirigidas a la generación de recursos a partir de la venta de servicios o bienes en el **Área Concesionada**.

- a) La generación y cobro de los **Ingresos Regulados**
- b) La celebración y ejecución de los contratos (incluidos los **Contratos Cedidos**) para la **Explotación Comercial** de las áreas comerciales del **Aeropuerto**.

- c) La **Explotación Comercial** de las áreas comerciales del **Aeropuerto** por parte del **Concesionario** de manera directa, o a través de un **Beneficiario Real** del **Concesionario** o de los miembros del **Concesionario**, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el **Concesionario** o alguno de sus miembros sea **Beneficiario Real**.
- d) La celebración de contratos para la publicidad de bienes o servicios de terceros diferentes del **Concesionario**.
- e) La prestación de Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y de Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados a título oneroso a los usuarios del Aeropuerto.
- f) En general, cualquier actividad que suponga la venta de bienes o prestación de servicios y genere algún tipo de contraprestación a favor del **Concesionario** o un **Beneficiario Real** del **Concesionario** o de los miembros del **Concesionario**, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el **Concesionario** o alguno de sus miembros sea **Beneficiario Real**.

No son pocos los documentos que obran como pruebas relativas a la interpretación de la cláusula transcrita, que para el Tribunal no ofrece dificultad alguna, en la medida en que el alcance de la cláusula 1.59 se refiere a la Explotación Comercial concedida a OPAÍN y que para efectos de los ingresos que sirven de base para la remuneración a favor de la AEROCIVIL (ANI en este proceso) incluye la que efectúen los beneficiarios reales de éste como Concesionario.

Llama la atención el Tribunal sobre lo consignado en la letra (b) anterior, en la medida en que de su texto surge con toda claridad que la “ejecución de los contratos cedidos” corresponde a una de las actividades de explotación comercial directa del **CONCESIONARIO**, materia que ha generado diferencias entre las partes, porque la AEROCIVIL, (ANI en este proceso) desconoce esta estipulación y parece interpretar que el arrendamiento celebrado con AVIANCA S.A, - que es uno de los contratos cedidos-, no constituye una actividad de explotación comercial directa, no obstante que de la simple lectura del Contrato de Concesión, como acaba de señalarse, **surge que esta ejecución de los contratos cedidos fue concebida como una de las actividades de Explotación Comercial concedida al Concesionario.**

De lo anterior se deduce con toda claridad que las actividades desarrolladas por AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA en el inmueble denominado "PUENTE AÉREO" (también conocido como "Terminal Puente Aéreo" o "TPA"), **no hacen parte de la explotación comercial regulada por el primer párrafo de la cláusula 1.59 del contrato de concesión, si lo es en cambio el contrato cedido, que genera para el Concesionario el canon de arrendamiento correspondiente. Como consecuencia de lo anterior, la Pretensión Segunda de la demanda instaurada por OPAÍN habrá de prosperar.**

4.3 Sobre los contratos de concesión y arrendamiento.

No obstante que sobre estos negocios jurídicos ya se consideraron varios aspectos, por razón del contenido de las Pretensiones de ambas partes, así como el de las correspondientes excepciones el Tribunal considera importante volver sobre el asunto dentro de los ASPECTOS PARTICULARES de esta controversia.

4.3.1 El Contrato de arrendamiento.

AEROCIVIL y AVIANCA celebraron un contrato de arrendamiento, distinguido como BO Ar 0011-04, respecto del inmueble denominado Terminal Puente Aéreo, el cual fue objeto de modificación, entre otros, el 12 de diciembre de 2005, este último con el objeto de ampliar el área del contrato inicial en 128.055 metros cuadrados aproximadamente y para prorrogar igualmente su vigencia, por tres (3) años y tres (3) meses, a partir del 1 de enero de 2006. Las áreas adicionales estaban ya siendo ocupadas por AVIANCA, en virtud del contrato de arrendamiento BO Ar 0036, este contrato se integró al contrato de arrendamiento BO Ar 0011-04, el cual por tanto en la respectiva relación contractual de arrendamiento constituye el referente objetivo.

AEROCIVIL y OPAÍN celebraron, a su vez, un contrato de concesión para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento, modernización y

expansión del aeropuerto internacional El Dorado, el cual comprendió contratos bajo la modalidad de cesión (cláusula 1.36 del contrato de concesión) y adicionalmente una regulación específica sobre la explotación comercial o explotación comercial del área concesionada, prevista ésta en la cláusula 1.59 del contrato de concesión.

En los términos del contrato de concesión (cláusula 1.36), por parte de AEROCIVIL hubo una cesión de posición contractual en favor del concesionario, es decir, OPAÍN, en los términos de la cláusula 20 de aquel.

Resulta útil precisar, en términos generales, que cada una de las partes, en cualquier contrato, si no hay restricción o si la relación lo permite, puede ceder, a título gratuito u oneroso, total o parcialmente, a un tercero su posición contractual en un contrato cuyos efectos no han concluido todavía. Las partes pueden modificar el contrato materia de la cesión e indicar determinadas condiciones y puede efectuarse mediante un acuerdo entre cedente y cesionario o por un acuerdo entre cedente, cedido y cesionario. Esto resulta importante para el análisis que se hace a lo largo del presente laudo, en tanto la parte cedente es la entidad estatal y no el contratista, porque evidentemente otro sería el tratamiento si quien cede es éste, por existir disposiciones administrativas especiales sobre la materia.

Se tiene, entonces, que AEROCIVIL cedió su posición contractual en favor de OPAÍN en varias relaciones contractuales, comprendiendo el de arrendamiento de la Terminal Puente Aéreo. Y lo hizo en las condiciones vigentes del contrato de arrendamiento, esto es, con prescindencia de agregar condiciones o exigencias específicas, adicionales a las ya pactadas. En tal sentido, el Tribunal entiende que se trató de una cesión de posición contractual simple contenida y derivada del propio contrato de concesión.

El contrato de arrendamiento BO Ar 0011-04, del Terminal Aéreo suscrito el 30 de julio de 2004 entre la AEROCIVIL y AVIANCA por una vigencia de dos años en la cláusula 19 regula la cesión o subarriendo, y precisa además que no hará parte de

ningún establecimiento de comercio. Este contrato ha sido objeto de modificaciones, como la introducida por el anexo de fecha 12 de diciembre de 2005 que extendió la vigencia del contrato por tres años y tres meses adicionales, a partir del 1 de enero de 2006. Con posterioridad a la oportunidad de entrega, en desarrollo de la cláusula 19 del contrato de concesión, el 19 de enero de 2007 se suscribió ya entre OPAÍN y AVIANCA un "contrato modificador" del inicialmente suscrito, es decir, aquel de fecha 30 de julio de 2004.

La controversia traída a decisión del Tribunal se vincula, a partir de las pretensiones de las relaciones jurídico procesales en curso, parcialmente con el contrato de arrendamiento del Terminal Aéreo que es uno de los elementos del contrato de concesión, pues del mismo, entre otras solicitudes, la reconviniendo pretende que haya un incremento de los ingresos, que se explote directamente y, en fin, que se satisfagan las diversas pretensiones contenidas en la demanda de reconvencción del 23 de mayo de 2013. A propósito de lo anterior, el Tribunal señala:

Se mencionó que respecto del contrato de arrendamiento del terminal aéreo hubo una cesión de posición contractual por parte del arrendatario AEROCIVIL en favor de AVIANCA.

Se indicó, igualmente que: 1) puede haber cesión de posición contractual siempre que la relación jurídica lo permita y 2) esa cesión puede ser a título gratuito u oneroso, total o parcial, siempre que los efectos del contrato no hayan aún concluido.

Se destaca ahora, que la cesión puede provenir de mandato legal o de la voluntad de las partes y que éstas, salvo en lo expresamente prohibido y en el caso de los contratos estatales, siempre que exista la debida autorización, pueden modificar el contenido del contrato y así mismo que la cesión puede efectuarse mediante acuerdo entre cedente y cesionario, a lo cual debe adicionarse de una parte, que en la cesión deben definirse las obligaciones o posiciones de las partes y precisarse obligaciones y derechos, así como su vigencia y, de otra, que la cesión

debe seguir un paralelismo de formas con aquella empleada para la celebración del negocio jurídico inicial.

En el caso sometido a decisión del Tribunal se tiene en relación con la cesión de posición contractual que:

- ✓ La cesión proviene de una expresa habilitación contractual prevista desde el contrato inicial contenida en la cláusula décima novena que permitía la cesión del contrato sólo con autorización previa y expresa del arrendador, es decir, la AEROCIVIL; la cesión de posición contractual del arrendador integra los objetos propios del contrato de concesión celebrado entre la AEROCIVIL y OPAÍN, es decir, que no hay duda alguna en relación con la capacidad legal de las partes para ceder la posición contractual: de un lado la AEROCIVIL como arrendador, de otro AVIANCA como arrendataria y por efecto del contrato de concesión, la concesionaria OPAÍN asume la calidad de arrendador frente a AVIANCA. Y además tanto la AEROCIVIL, como OPAÍN y AVIANCA han aceptado dicha cesión.
- ✓ La cesión reviste un carácter oneroso en tanto que existe una contraprestación por el uso y disfrute del Terminal Aéreo; el contrato de arrendamiento hace parte a su vez de los elementos del contrato de concesión, en el cual la contraprestación es de la esencia.
- ✓ La cesión de la posición contractual de AEROCIVIL es total respecto del área del bien inmueble dado en arrendamiento a AVIANCA, es decir, no se registra una exclusión de determinadas áreas, sino que es íntegra respecto del contrato inicial.
- ✓ La cesión de la posición contractual hecha por AEROCIVIL en favor de OPAÍN respecto del contrato de arrendamiento celebrado con AVIANCA constituye un desarrollo necesario para la debida ejecución del contrato de concesión celebrado entre AEROCIVIL y OPAÍN.

- ✓ La cesión de la posición contractual del contrato de arrendamiento si bien voluntaria era necesaria para el cumplimiento, a su vez, del contrato de concesión, regulado por el Estatuto contractual estatal. El asunto de la interrelación entre estos dos contratos es analizado por el Tribunal en otros apartes del presente laudo.
- ✓ En la cesión de la posición contractual del contrato de arrendamiento no hubo una sustitución contractual ni nuevas obligaciones, fundamentalmente se mantuvieron las vigentes del contrato inicial del 30 de julio de 2004.

A partir de las pruebas allegadas al expediente, el Tribunal identifica que en la cesión de la posición contractual que se hizo con ocasión del contrato de concesión por parte de AEROCIVIL a OPAÍN respecto del contrato de arrendamiento, hubo una cesión íntegra, sin que se consignaran limitaciones encaminadas a impedir su prórroga, ni tampoco estipulaciones encaminadas a establecer que debía procederse al incremento de los cánones de arrendamiento, aspectos cruciales en la controversia, sometida a decisión de este Tribunal.

El testigo ÁLVARO MAURICIO DURÁN LEAL, de profesión abogado, quien participó en el diseño completo de la transacción, en su declaración indica, en varios apartes, que el contrato de arrendamiento del cual hubo cesión de posición contractual al estar incluido naturalmente en el denominado "cuarto de datos" era conocido por los oferentes y que los contratos, incluido el de arrendamiento, debían ser respetados y que *"el concesionario podía hacer lo que quisiera obviamente dentro del marco de la ley y cumpliendo con las reglas que el contrato de concesión también establecía"*. Y en materia de prórroga *"era de libertad de las partes, siempre... Que se cumpliera y se respetaran los principios que el contrato de concesión tiene para varios temas..."*.

Lo aquí señalado será tenido en cuenta para resolver, entre otras, la Pretensión Tercera de la demanda de OPAÍN ya transcrita en la que solicita "... Que se declare que OPAÍN S.A. está legalmente obligada a respetar, cumplir y hacer cumplir el contrato de arrendamiento No. BO Ar 0011-04 pactado entre la

AERONAUTICA CIVIL y AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA, incluyendo las estipulaciones pactadas entre ellas relativas a la facultad que aquélla le concedió a ésta, de efectuar la explotación de áreas comerciales del Puente Aéreo, de subarrendar los locales comerciales y de explotar la colocación de avisos publicitarios (cláusulas tercera y décimo novena del contrato de arrendamiento).

4.3.2 Relación entre el contrato de concesión y el contrato de arrendamiento.

El contrato de concesión sobre el cual versa la disputa que resuelve el Tribunal en el presente laudo y se examina en diferentes apartes, para efectos del contrato de arrendamiento del cual hubo una cesión de posición contractual implica una precisión ya varias veces mencionada según la cual, del contrato de concesión hace parte el contrato de arrendamiento, es decir, que uno de los elementos de aquel es justamente éste.

El Tribunal aborda el asunto del conjunto de elementos contractuales de cada relación, algunos comunes o que versan sobre el mismo bien, con los parámetros, de un lado, del vigente contrato de arrendamiento del Terminal Aéreo y de otro, del contrato de concesión, ambas relaciones independientes, si bien con algunos efectos compartidos.

Se tiene, en primer lugar, para este análisis, que existen dos contratos de naturaleza diferente, cuya validez no se encuentra en discusión, es decir, respecto de los dos concurren los requisitos de formación del contrato. Las partes no disputan la existencia o validez de tales contratos, sino los efectos del de concesión en cuanto vinculados con prestaciones económicas del de arrendamiento y así mismo en lo que se refiere a las facultades o potestades que ostenta OPAÍN por virtud de la cesión. Tal consideración -existencia y validez de los contratos- es importante porque no corresponde a una de las pretensiones de las sendas demandas que se examinan, la inicial y la de reconvención y constituye

entonces, punto de partida que delimita la controversia sobre un aspecto de interpretación del contrato de concesión.

Como ya se ha mencionado, el contrato de arrendamiento se cedió sin restricciones y sin condicionamientos adicionales a los ya pactados, como no fuesen los derivados del contrato de concesión de cuyo conjunto de elementos contractuales hace parte. Se trata, por tanto, de un análisis en el cual hay concurrencia de elementos contractuales, pero del cual hay independencia de cada relación contractual, si bien OPAÍN en cada contrato ostenta una calidad diferente, en uno la de concesionario y en el otro la de arrendador por efecto de la cesión de posición contractual que le hizo AEROCIVIL, justamente con ocasión de la concesión.

4.3.3 Contratos relacionados.

Le corresponde al Tribunal, entonces, examinar la relación existente entre los dos contratos y valorar si como consecuencia de tal vínculo o conexión se mantiene la independencia de cada contrato, esto es, la autonomía de las relaciones contractuales o si alguna de las prestaciones asumidas fue objeto de una modificación de tal alcance que haya variado su original contenido

En la doctrina y jurisprudencia se aborda el asunto de los contratos coligados cuando "las vicisitudes de uno, en mayor o menor grado, pueden repercutir en otros, casos en los cuales es deber de los jueces establecer con cuidado y con base en las pruebas recaudadas si, además de las finalidades de cada uno de los contratos celebrados, existe o no un objetivo conjunto y general querido por las partes ...", conforme cita de la sentencia del 6 de octubre de 1999, expediente 5524, CCLXI, volumen I, página 531, citado en la providencia del 1 de junio de 2009, magistrado ponente: William Namén Vargas, ambas de la Corte Suprema de Justicia.

En el debate que se analiza, del contrato de arrendamiento surgen obligaciones

que en su momento AEROCIVIL y luego OPAÍN debían y deben cumplir frente a los arrendatarios. En esa materia conviene señalar que si bien es evidente que en un contrato de concesión el aumento de los ingresos constituye uno de los propósitos contractuales, éste debe alcanzarse con arreglo a lo previsto en el respectivo contrato de concesión que regula las relaciones entre concedente y concesionario; el incremento de los ingresos asociados con una concesión si involucra prestaciones provenientes de contratos, como el de arrendamiento, supone entonces verificar también que de dichos contratos se respeten sus condiciones, de manera que no exista prevalencia propia del contrato estatal que pueda implicar infracciones a los contratos vigentes, de los cuales el concedente hizo cesión de posición contractual, pues si bien hay pluralidad de negocios y contratos cada contrato es independiente con unas prestaciones singulares, con una específica función contractual.

De lo señalado surge necesariamente un cuestionamiento ¿Cómo extender al contrato de arrendamiento cedido por AEROCIVIL a OPAÍN unas instrucciones de aumento de los ingresos impartidas por el interventor del contrato de concesión o por el señor Director de la AEROCIVIL ?. El contrato de concesión naturalmente puede tener como propósito que los ingresos tengan incremento, al paso que el contrato de arrendamiento tiene unas obligaciones fijadas por las partes que concurren al mismo y tiene una regulación concreta en materia de remuneración. En los dos contratos hay coincidencia en OPAÍN como concesionario y como arrendador, pero de ello no se sigue automáticamente que deba modificarse el contrato de arrendamiento con un alcance tal que implique una alteración sustancial de éste. El cuidado o rigor que la providencia de la Corte Suprema de Justicia le señala al juez cuando hay esa confluencia contractual constituye fundamento para delimitar cada contrato con sus límites, potestades y prohibiciones. Y en este caso para señalar, que al preservarse la autonomía e independencia de cada contrato (arrendamiento y concesión) se mantienen las prestaciones asumidas y, que OPAÍN debe proceder en los términos del contrato de arrendamiento del cual AEROCIVIL le cedió la posición contractual, en las mismas condiciones del contrato que le fue cedido, es decir, las condiciones originales, pues **no hubo al momento de la cesión ninguna manifestación**

expresa que le impusiera a OPAÍN una obligación adicional de promover una renegociación del contrato o de provocar una terminación del contrato de arrendamiento.

Para el Tribunal las prestaciones solicitadas por la interventoría o el director de la Aeronáutica de aumentar ingresos o la objeción a la manera cómo se dio continuidad del contrato de arrendamiento, en tanto no obra prueba alguna relativa de la cual pueda deducirse que tales decisiones han impedido u obstruido las obras de Modernización que se adelantan en virtud de la concesión, implican una modificación del contrato, que trasciende un ámbito razonable de interpretación de sus cláusulas. Una modificación de tal envergadura habría de provenir de un acuerdo de las partes, que preserve un paralelismo de formas, o de una variación de las condiciones contractuales originada en acto de la administración contenido en un acto administrativo que interviniese el contrato.

El Tribunal entiende que el concedente al procurar mantener la eficacia del contrato de concesión lo interpretó, con apoyo en la instrucción de la interventoría, de una manera que bien podría revestir la modalidad de modificación o adición, teniendo en cuenta que comprendería aspectos esenciales de la concesión, como el aumento de la contraprestación o la variación de contratos en los cuales el mismo concedente cedió su posición contractual.

Y sin modificación contractual explícita, sin adición específica, se encuentra el Tribunal con que la indicación de aumento de ingresos y de celebración del contrato de arrendamiento proviene de una interpretación o instrucción impartida por la propia administración, en cabeza del señor Director, al propio tiempo que de la interventoría técnica, financiera y administrativa.

Respecto de ello, entonces, hay que indicar, que la Aeronáutica Civil, solicita la modificación de las condiciones que pactó en el contrato de arrendamiento, del cual en oportunidad previa al momento de celebración del contrato hizo una modificación que no comprendió los aspectos por los cuales instruyó luego, durante la ejecución del contrato de concesión, es decir, que en el momento de

organización del contrato el concedente tuvo oportunidad de incluir las condiciones cuya aplicación demanda a partir de un entendimiento con base en las cláusulas vigentes del contrato de concesión.

¿Cuál es la conducta exigible al concesionario OPAÍN o al arrendador OPAÍN, según corresponda en el contrato que se examine? El carácter profesional de quienes concurren a la celebración de los dos contratos impone un análisis de la conducta que habría debido asumir OPAÍN, pues se le reprocha en la demanda de reconvencción que ha debido aumentar los ingresos provenientes del arrendamiento del Terminal Aéreo, proceder a la explotación directa o asumir una renegociación total del contrato, con prescindencia de lo previsto en el artículo 518 del Código de Comercio, asunto éste último, que no es objeto de ninguna de las pretensiones y, en consecuencia respecto del mismo no habrá de pronunciarse este Tribunal, que no obstante reconoce que sobre la materia existen pronunciamientos jurisprudenciales, que se fundamentan en el interés público involucrado y la naturaleza de los inmuebles arrendados. Así las cosas, de nuevo debe precisarse que en la cesión de posición contractual no se consignaron condicionamientos en los sentidos que la parte reconviniendo pretende, con base en los llamados de la Contraloría y las sugerencias de la Interventoría; en tal oportunidad, como ya se ha señalado, la cesión de posición contractual se efectuó de manera simple.

Frente a las cláusulas del contrato de concesión la instrucción de aumento de los ingresos provenientes del contrato de arrendamiento no surge de una específica precisión contenida en el contrato sino de atribuciones de las cuales estarían investidos tanto el señor Director de la AEROCIVIL como el representante de la interventoría. Si bien de estos aspectos hay análisis en otros apartes del presente laudo, cabe indicar lo siguiente:

1. En la actividad concesional del Estado se le reconoce a éste un ámbito amplio de habilitación o capacidad discrecional para delimitar el elemento de contraprestación, incluso se alude a que en los contratos de concesión y en materia de contraprestación la relación que trae la

legislación reviste carácter enunciativo y que hay un espacio en el cual hay capacidad dispositiva de la administración; en el presente caso, el ámbito de habilitación discrecional de la administración o el espacio de capacidad dispositiva está delimitado por referentes objetivos como el contrato de arrendamiento del cual se cedió la posición contractual. Sobre esta relación hay varias menciones y análisis en distintos pasajes de esta providencia. Con ello el Tribunal desea indicar que frente al ámbito discrecional de la administración o del concedente en el contrato de concesión puede haber restricciones asociadas con relaciones jurídicas que convergen respecto del bien objeto del contrato de concesión, como acontece en el caso que se analiza, en el que hay un contrato de arrendamiento del cual hubo cesión de posición contractual con una regulación autónoma y divergente frente a las instrucciones impartidas por el señor Director de la AEROCIVIL y por el representante de la interventoría.

2. En lo atinente a la capacidad del señor Director de la AEROCIVIL y del representante de la interventoría para impartir instrucciones en materia de incrementar los ingresos provenientes del contrato de arrendamiento del Terminal Aéreo, el Tribunal observa del conjunto de documentos contractuales, en especial el contrato de concesión, que no existe una expresa atribución que, a uno y otro, les señale como opción el ejercicio de una potestad de disponer frente al concesionario el acrecimiento en cuanto se vincule, se repite, con el contrato de arrendamiento del Terminal Aéreo, por las varias razones que se han mencionado, principalmente la de independencia y autonomía de las relaciones contractuales que versan sobre el arrendamiento y la explotación del Terminal Aéreo.
3. En adición, en cuanto tiene que ver con el contrato de concesión es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que el concedente tiene un margen amplio de habilitación contractual, que encuentra además un elemento de importancia en la protección del interés público asociado

con un contrato estatal, no obstante lo cual, también concurren para su análisis dos principios, uno el de planeación y otro el de legalidad.

4. La actividad de concesión que desarrolla el Estado, por las varias razones que la inspiran, recogidas en la legislación y en la jurisprudencia, demanda en ese relativo amplio ámbito de habilitación contractual con el cual cuenta la administración, que exista una planeación por parte de la entidad pública concedente que permita la proyección de ingresos, la proyección de las actividades que desarrolladas por el ente concesionario pueden generarle recursos y que la misma proyección o un principio de la misma puedan ser conocidas y valoradas en el evento de una controversia como la que se decide en el presente laudo.

La ausencia de su aducción apareja la imposibilidad de conocer, por efecto del principio de planeación, una estimación razonada de los ingresos esperados por percibir, en lo concerniente a aquellos provenientes del arrendamiento del Terminal Aéreo. Así, el Tribunal estima que no se allegó al trámite comprobación alguna de que, durante el proceso de convocatoria para la celebración del contrato de concesión y con el impacto correspondiente desde la perspectiva de la controversia que se resuelve, se hubiese proyectado un ingreso aproximado derivado de la cesión de la posición contractual y ello corresponde a la naturaleza pura y simple de la cesión.

5. Y esa actividad de concesión que desarrolla el Estado en lo atinente al principio de legalidad halla en el respeto a los contratos celebrados un aspecto de importancia. En tal sentido, a partir de las pruebas recaudadas, el Tribunal reitera que, en conexión con el contrato de arrendamiento del Terminal Aéreo, desde la oportunidad de revelación de información en el denominado "cuarto de datos" como en la misma cesión de posición contractual se indicaban las condiciones del contrato de arrendamiento del terminal aéreo sin que estuviese prevista para ser agregada una obligación de incrementar ingresos. La fuerza obligatoria

del contrato comprende aquellos que son cedidos, incluso cuando conforman la materialidad de la concesión, como acontece en este caso.

Por tanto, el Tribunal considera que OPAÍN, sin perjuicio de lo previsto en la Cláusula 26.1, no estaba obligada a modificar el contrato de arrendamiento que le fuera cedido por la AEROCIVIL ni tampoco a alterar sus condiciones. De igual manera el Tribunal estima que la instrucción de acrecer los ingresos implica una modificación de los términos del contrato de arrendamiento, en adición a la ausencia de característica de beneficiario real.

Atrás se aludió al tema del Beneficiario Real y cómo en los términos del debate planteado, para el Tribunal AVIANCA no es Beneficiario Real de OPAÍN. Esa precisión es útil para el asunto asociado con el cálculo de la contraprestación, pues es ahí donde una eventual determinación de reconocimiento de la característica de Beneficiario Real adquiere relevancia. En efecto, en el testimonio del doctor Durán, varias veces citado a lo largo del presente proveído, se indica lo siguiente

" tal vez aclarar una cosa, la intención yo creo que se lee en la definición es que el concepto de explotación comercial dada la importancia que tenía para de ahí calcular el porcentaje al que tiene derecho la Aerocivil es lo que reciba el concesionario o sus beneficiarios reales por cualquier método o contrato, eso es lo que define que sea parte de los ingresos brutos, es que sea recibido por el concesionario, en esa medida explotación comercial en términos amplios pueden hacer muchos dentro de un aeropuerto, lo hacen las aerolíneas de hecho, las aerolíneas explotan comercialmente en el aeropuerto, lo utilizan para cortarle servicio a sus usuarios y la Aerocivil no reciben una contraprestación por los pasajes que venden las aerolíneas. Lo importante aquí para definir la explotación comercial ya no en el sentido amplio sino en el restringido para calcular la contraprestación es que fuera recursos que recibieran el concesionario o sus beneficiarios reales."

Por tanto, al no ser AVIANCA Beneficiario Real de OPAÍN, por las varias razones invocadas en el presente laudo, el cálculo de la contraprestación ha de tomar en cuenta dicha consideración.

Con tales orientaciones el Tribunal decidirá las pretensiones fundamentalmente contenidas en la demanda de reconvención, respecto de aquellas que persisten

luego del acuerdo conciliatorio judicial aprobado mediante auto 31 del 22 de abril de 2015, en el presente trámite por efecto del cual la Agencia Nacional de Infraestructura recibió una suma de dinero equivalente a TRECE MIL DOSCIENTOS DIECISEIS MILLONES NOVENTA MIL PESOS (\$13.216.090.000,00)

4.4 SOBRE LA DISPONIBILIDAD DE AREAS EN LA TERMINAL 1.

A lo largo del proceso se argumentó por parte de la AEROCIVIL (ANI en el proceso) que en la medida en que a 1 de octubre de 2012 se encontraban finalizadas las obras de la Terminal 1, AVIANCA podía trasladar todas las operaciones que desarrolla en el Terminal Puente Aéreo a este terminal y la no terminación del Contrato de arrendamiento por esta razón constituye un incumplimiento del concesionario que condujo a impedir un aumento de los ingresos derivados de la explotación comercial del puente aéreo, por OPAIN directamente.

En lo relativo a este punto, encuentra el Tribunal que el material probatorio recaudado, demuestra que a la fecha indicada lo señalado no ocurrió, esto es, la totalidad de la operación de AVIANCA, no fue posible trasladarla a la Terminal 1.

- Testimonio de MONICA DEL CARMEN FACIOLINCE:

“... DR. BARRERA: Nos puede explicar, de acuerdo el concepto del 22 de febrero de 2011, que lo motivó, cuál fue el concepto que ustedes profirieron, los alcances?”

SRA. FACIO: Nosotros hicimos un estudio del contrato y de los modificatorios que tenían suscrito en su inicio la Aeronáutica Civil y posteriormente Opaín y lo que hicimos en ese documento fue, luego del análisis, sugerirle a la Aeronáutica Civil que una vez se venciera el plazo del contrato de arrendamiento se lograra incorporar ese contrato a la naturaleza de la concesión y es decir que se lograra que Opaín asumirá la explotación comercial de los locales dado que lo que en principio se había tenido en cuenta para prorrogar el contrato era la imposibilidad de trasladar a Avianca para desarrollar su operación en el antiguo Dorado, en el antiguo terminal, esas fueron las razones o las consideraciones que tomaron en cuenta al momento de ampliar el plazo del contrato.

DR. BARRERA: Para la fecha de ignición de este concepto ya estaba lista la nueva terminal para efectos de traslado?

SRA. FACIO: No.

DR. BARRERA: Y entonces?

SRA. FACIO: Por eso precisamente nosotros lo que hicimos fue adelantarnos en el estudio para que precisamente la Aeronáutica lo analizara, lo valorara si consideraba pertinente pues iniciara con Opaín las gestiones que correspondían para que Opaín procediera a renegociar o a adelantar las gestiones que correspondía con Avianca para lograr si la Aeronáutica así lo consideraba lograr que una vez venciera el contrato asumiera la explotación comercial que no necesariamente asumir la explotación comercial significa que tuvieran que trasladar Avianca, Avianca podía permanecer allí si la imposibilidad era de tipo operacional, podía continuar desarrollando sus actividades operacionales allí pero las negociaciones que se hicieran, en los replanteamientos contractuales que se hiciera pues Opaín asumiera el tema de la explotación comercial de los locales de tal manera directa ella los ingresos derivados de esos arrendamientos.

DR. BARRERA: El contrato de arrendamiento qué incorporaba?

SRA. FACIO: El contrato de arrendamiento toda la edificación que correspondía al puente aéreo con todo lo que comprendía, sus locales, la parte operacional, la parte también de estacionamiento, de parqueaderos y estaba establecido desde la Aeronáutica Civil como una unidad de negocio.

DR. BARRERA: En el momento de vencimiento de ese contrato de arrendamiento había la opción de una prórroga es lo que entendí?

SRA. FACIO: En el momento del vencimiento del contrato si las partes así lo acordaban pues había la posibilidad de una prórroga, había la posibilidad de renegociar.

DR. BARRERA: Y las modificaciones se podían hacer de forma unilateral o todo debería obedecer a un tema de mutuo acuerdo?

SRA. FACIO: Nosotros no planteamos ahí la figura de manejarlo de manera unilateral, nosotros siempre hablamos de la posibilidad de negociarlo de tal manera que el puente aéreo y ese contrato se viera también reflejado todo el objeto de la concesión allí en ese inmueble.

DR. BARRERA: Pero la condición para efectos de tema era que estuvieran las nuevas instalaciones para qué?

SRA. FACIO: Las nuevas instalaciones era el impedimento que en su momento manifestaron en las consideraciones del modificadorio 2 para trasladar Avianca y por tanto continuaba en puente aéreo en las mismas condiciones, lo que nosotros planteamos era que si efectivamente Avianca debería continuar allí pues podría hacerlo

con la intervención de todos los demás factores como la interventoría operativa en lo que corresponde el tema de mantenimiento que entiendo también lo desarrolla Avianca, la interventoría técnica para validar y verificar todo el tema de las obras y nosotros relacionado con el tema de la explotación y de los ingresos que ahí se deriva precisamente la solución es dejarlo allí pero replantear las demás condiciones que tenía el contrato de tal manera que pudiera Opaín asumir la explotación comercial sin afectar el tema de la operación que era la imposibilidad que se manifestaba en su momento...”

- Testimonio JAIRO LAZARO:

... DR. VENEGAS: Usted ha sido muy insistente en que Opaín ha debido, a partir del 1º de octubre de 2012, hacer la explotación directamente, podría ilustrar al Tribunal cuál es el fundamento para esa afirmación?

SR. LAZARO: Claro, como lo he manifestado con fundamento en la recomendación del interventor se habían dado unas condiciones dentro de la ejecución del contrato de concesión y ya las condiciones no eran las mismas y por tal razón al haberse superado, como le digo, que parte de las obras de la terminal 1 estuvieran ya concluidas, había un tema superado de cara a la imposibilidad de garantizar unas áreas al concesionario, al garantizarle esas áreas pues ya no tenía sentido que el contrato siguiera en las mismas condiciones...

DR. BARRERA: El tema de explotación comercial, el tema de Avianca se trata de un contrato que suscribió el concesionario o es un contrato que fue cedido.

SR. LAZARO: Fue un contrato que le fue cedido doctor.

DR. BARRERA: Al día de hoy el plan de obras de modernización y expansión ha sido concluido ?

SR. LAZARO: No señor, está en ejecución.

DR. BARRERA: Bajo autorización de la propia Aeronáutica?

SR. LAZARO: Si, está en ejecución, al hoy está bajo el control de la agencia pero el plan de obras sigue sí señor.

DR. BARRERA: Le reitero la pregunta que le hizo el doctor Alejandro Venegas, cuál sería el fundamento legal para que le explique a este Tribunal para efectos de que esa explotación comercial esté hoy en día en cabeza del concesionario, si se trata de un contrato cedido?

SR. LAZARO: Claro, la cláusula 20 como quiera que se le entregó la explotación se le entregó el contrato de concesión es un contrato genérico de obligaciones de mantenimiento, operación, seguridad y desarrollo del plan de modernización y expansión, en el marco de ese la Aeronáutica le cedió los contratos de arrendamiento

que tenía a la fecha del momento de la celebración del contrato para que el concesionario asumiera la posición contractual que este tenía en estos contratos como arrendador.

DRA. CEDIEL: Asumió o no Opaín la posición contractual que tenía la Aeronáutica en el contrato con Avianca?

SR. LAZARO: La asumió.

DR. BARRERA: Dentro de esa cláusula 26 en el momento de la prórroga de un contrato de arrendamiento como el que está hoy en día allá, era viable modificar el contenido de esas cláusulas por parte del concesionario o tenía que hacerse el tema de la prórroga correspondiente bajo el mutuo acuerdo?

SR. LAZARO: En las prórrogas, porque lo que dice la cláusula 26 es en los contratos cedidos, en los contratos cedidos o... de tal manera que las áreas ocupadas, no, en las prórrogas, no era que finalmente el concesionario vulnerara porque tenía la obligación de respetar los contratos cedidos en los términos y condiciones establecidos, era para las prórrogas.

DRA. CEDIEL: Yo le pregunto como abogado, qué diferencia vio la Aeronáutica entre una prórroga o una renovación del contrato, hubo prórrogas o hubo renovaciones?

SRA. LAZARO: Creo que fueron prórrogas...”

- Testimonio de JULIANA GARCIA:

“... DR. BARRERA: Qué motivó entonces la última prórroga del contrato de arrendamiento de Avianca a septiembre de 2012,... por qué se prorrogó?

SRA. GARCIA: **Primero por no contar con el área que Avianca requería para su traslado** que tenían componentes que sí eran del resorte de Opaín y otros que no lo eran como lo he manifestado a lo largo que pues son temas que exceden las obligaciones de Opaín.

Segundo porque pues en los contratos de arrendamiento dando aplicación a las normas del Código de Comercio se prorroga porque no hubo acuerdo con eso, básicamente esa fue la necesidad o lo que motivó efectivamente la prórroga del contrato de arrendamiento con Avianca...”

Los testimonios transcritos constituyen para el Tribunal elementos fundamentales para decidir sobre el incumplimiento por la no terminación del Contrato de arrendamiento suscrito con AVIANCA y la no asunción directa de la explotación comercial que ésta tiene en virtud del mismo, que según la AEROCIVIL generaría

un aumento de los ingresos derivados de la explotación comercial del puente aéreo.

5 LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES A LA LUZ DE LAS CONSIDERACIONES GENERALES Y PARTICULARES.

5.1 PRETENSIONES DE OPAÍN.

5.1.1 Las Pretensiones Primera y Segunda de la demanda inicial.

Las orientaciones dispuestas en los capítulos precedentes han guiado las decisiones que ya se anticiparon sobre las Pretensiones Primera y Segunda de la demanda de OPAÍN, respecto de las cuales el Tribunal ha señalado que habrán de prosperar y en consecuencia habrá de declararse: (i) **respecto de la Primera que AVIANCA NO ES beneficiaria real de los miembros de OPAÍN** y (ii) **en relación con la Segunda**, también como ya se indicó en las consideraciones anteriores, que las actividades desarrolladas por AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA en el inmueble denominado "PUENTE AÉREO" (también conocido como "Terminal Puente Aéreo" o "TPA"), no hacen parte de la explotación comercial regulada por el primer párrafo de la cláusula 1.59 del contrato de concesión, como si lo es en cambio, el contrato cedido, que genera para el Concesionario el canon de arrendamiento correspondiente.

5.1.2 La Pretensión Tercera de la demanda inicial.

Estas orientaciones constituyen igualmente el criterio con base en el cual el Tribunal habrá de adoptar la decisión que OPAÍN solicita en la Pretensión Tercera relativa a su obligación de respetar el contrato de arrendamiento que le fue cedido y, en particular, su obligación de respetar lo que la UAEC dispuso en relación con los derechos del arrendatario.

Para el efecto es necesario volver sobre lo consignado en la Cláusula 20.1 del Contrato de Concesión y a lo que sobre la materia se dispone en el Contrato de arrendamiento. Se dispone en el primero:

“20.1 Contratos Cedidos

De conformidad con lo señalado en el numeral **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** del presente **Contrato de Concesión**, la cesión de la posición contractual de **Aerocivil** a favor del **Concesionario** producirá efectos a partir de las 12:00 meridiano del **Día Calendario** siguiente a la suscripción del **Acta de Entrega**, siempre que previamente se hayan entregado los contratos respectivos al **Concesionario** y éste haya efectuado la respectiva notificación a las contrapartes, en los términos previstos en los **Contratos Cedidos**, en los términos y condiciones señalados en los numerales **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** y **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** siguientes.

Mediante la suscripción del **Acta de Entrega**, **Aerocivil** cede su posición contractual en los **Contratos Cedidos** al **Concesionario**, en los mismos términos y condiciones suscritos entre las partes originales y desde las 12:00 meridiano del **Día Calendario** siguiente a la suscripción del **Acta de Entrega**. En consecuencia, a partir de esa fecha y hora, el **Concesionario** asumirá la totalidad de los derechos y obligaciones emanadas de los **Contratos Cedidos** a favor de **Aerocivil**, en tanto dichos derechos y obligaciones no estuviesen directamente asociados al carácter de Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, como es el caso de las cláusulas excepcionales al derecho común, cláusulas que dejarán de ser aplicables.

Por la suscripción del **Acta de Entrega**, el **Concesionario** se obliga a dar cumplimiento a los **Contratos Cedidos** de acuerdo con sus términos y condiciones y con la ley. (Subraya el Tribunal)

Por su parte en el Contrato de arrendamiento respecto de las obligaciones a que alude la cláusula transcrita OPAÍN Invoca las cláusulas tercera y Décimo Novena del Contrato de arrendamiento:

“**TERCERA: DESTINACION.** Los inmuebles objeto de arrendamiento en el presente contrato, tienen una destinación de **Servicios Aeroportuarios**; por lo tanto **EL ARRENDATARIO** los destinará única y exclusivamente para la **ATENCIÓN DE VUELOS NACIONALES DE LAS EMPRESAS AVIANCA y SAM, TERMINAL PARA DESPACHO DE PASAJEROS, SUS OFICINAS EMPRESARIALES, EXPLOTACIÓN DE ÁREAS DE LOCALES COMERCIALES, PLATAFORMA PARA AVIONES, PARQUEADERO DE VEHÍCULOS, VÍAS DE ACCESO, HANGAR, TALLER Y BODEGAS.**

PARAGRAFO PRIMERO: En razón de la localización y destinación del inmueble y por motivos de seguridad, le está prohibido expresamente al **ARRENDATARIO:** a) Permitir el acceso interno de personal no autorizado en áreas diferentes a las arrendadas, b) Infringir las normas sobre Reglamentación de Aeródromos o las disposiciones contenidas en el Programa Nacional de Seguridad Aeroportuaria del Aeropuerto Internacional "Eldorado" y demás normas concordantes, c) Permitir el uso de las áreas arrendadas a otras personas naturales o jurídicas, sin perjuicio de los usos necesarios que deban hacer empresas contratistas que apoyan la operación del **ARRENDATARIO** y de los usos autorizados por el sub arrendamiento de las áreas de locales comerciales, d) Toda acción u omisión que por su naturaleza puedan representar o causar algún riesgo de seguridad en las áreas arrendadas, en el aeropuerto, o para la operación aérea. **PARAGRAFO SEGUNDO: Sólo se permiten avisos publicitarios exteriores únicamente con el nombre comercial del ARRENDATARIO con la cual se establece la presente relación contractual”** (Resalta el Tribunal)
(...)

DECIMA NOVENA: CESION O SUBARRIENDO. Al ARRENDATARIO le está prohibido ceder el contrato, subarrendar o permitir el uso total o parcial del inmueble objeto del presente contrato a terceros ni transferir su tenencia sin autorización expresa v previa por parte del ARREN DADOR. En relación con el uso por parte de terceros contratistas que apoyan la operación - el ARRENDATARIO, así como el Sub arrendamiento de los locales comerciales, esta autorización se entiende conferida con la Suscripción de éste contrato en cuanto los mismos hacen parte de la unidad de negocio En todo caso, los contratantes expresamente pactan que este contrato no formará parte integral de ningún establecimiento de comercio y por lo tanto, la enajenación que eventualmente se establezca del establecimiento de comercio, no sólo no transfiere ningún derecho de arrendamiento al adquirente sino que se constituye en una causal suficiente de terminación anticipada del presente contrato, dando lugar a la restitución inmediata del inmueble. El ARRENDATARIO se obliga expresamente a no ceder, a no subarrendar ni permitir el uso por parte de terceros, ni a transferir su tenencia a ningún título, salvo cuando haya autorización del ARRENDADOR. Para los efectos legales, ésta estipulación equivale a la oposición a que se refiere el numeral 3o del Artículo 528 del Código de comercio de tal suerte que la responsabilidad del ARRENDATARIO no cesará con la enajenación del establecimiento de comercio, ni con el aviso de transferencia, ni aún con la inscripción de la enajenación en el Registro Mercantil. Así las cosas, el ARRENDATARIO es responsable por el uso del inmueble y se compromete a indemnizar al ARRENDADOR los perjuicios que su conducta genere y deberá sufragar la totalidad de gastos que demande la restitución del inmueble. “

Del clausulado transcrito surge sin dificultad que en efecto OPAÍN S.A. está legalmente obligada a respetar, cumplir y hacer cumplir el contrato de arrendamiento No. BO Ar 0011-04 pactado entre la AERONAUTICA CIVIL y AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA, incluyendo las estipulaciones pactadas entre ellas las relativas a la facultad que aquélla le

concedió a ésta, de efectuar la explotación de áreas comerciales del Puente Aéreo, de sub arrendar los locales comerciales y de explotar la colocación de avisos publicitarios, explotación esta última que en los términos Parágrafo Tercero del Contrato de arrendamiento cedido, contiene una limitación en lo que se refiere a los avisos publicitarios exteriores, según la cual **“Sólo se permiten avisos publicitarios exteriores únicamente con el nombre comercial del ARRENDATARIO con la cual se establece la presente relación contractual”**

5.1.3 La Pretensión Cuarta de la demanda inicial.

La citada Pretensión se formula así:

Cuarta: Solicito que se DECLARE que OPAÍN S.A., en virtud de la posición contractual asumida en el contrato de arrendamiento BO Ar 0011-04 pactado entre la AERONAUTICA CIVIL y AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA, por efecto de la cesión efectuada en su favor por la AEROCIVIL y de lo estipulado en la Cláusula Tercera del mismo, que permite la explotación de bienes del Estado ("**áreas de locales comerciales, plataforma para aviones, parqueadero de vehículos, vías de acceso, hangar, taller y bodegas**" del Aeropuerto El Dorado), tiene la facultad legal (artículos 14 y 16 de la ley 80 de 1993) de introducir modificaciones o variaciones a lo contratado, para evitar afectaciones graves al servicio público que se debe satisfacer con los bienes concesionados.

La parte Convocante invoca a la Cláusula Tercera del Contrato de Arrendamiento referida ésta a la destinación de los inmuebles respecto de los cuales la UAEAC, reguló lo relativo a la destinación de los inmuebles en los siguientes términos:

“TERCERA: DESTINACION. Los inmuebles objeto de arrendamiento en el presente contrato, tienen una destinación de **Servicios Aeroportuarios**; por lo tanto **EL ARRENDATARIO** los destinará única y exclusivamente para la **ATENCION DE VUELOS NACIONALES DE LAS EMPRESAS AVIANCA y SAM, TERMINAL PARA DESPACHO DE PASAJEROS, SUS OFICINAS EMPRESARIALES, EXPLOTACION DE AREAS DE LOCALES COMERCIALES, PLATAFORMA PARA AVIONES, PARQUEADERO DE VEHICULOS, VÍAS DE ACCESO, HANGAR, TALLER Y BODEGAS.**

PARAGRAFO PRIMERO: En razón de la localización y destinación del inmueble y por motivos de seguridad, le está prohibido expresamente al **ARRENDATARIO:** a) Permitir el acceso interno de personal no autorizado en áreas diferentes a las arrendadas, b) **Infringir las normas sobre Reglamentación de Aeródromos o las disposiciones contenidas** en el Programa Nacional de Seguridad Aeroportuaria del

Aeropuerto Internacional "Eldorado" y demás normas concordantes, c) Permitir el uso de las áreas arrendadas a otras personas naturales o jurídicas, sin perjuicio de los usos necesarios que deban hacer empresas contratistas que apoyan la operación del **ARRENDATARIO** y de los usos autorizados por el sub arrendamiento de las áreas de locales comerciales, d) Toda acción u omisión que por su naturaleza puedan representar o causar algún riesgo de seguridad en las áreas arrendadas, en el aeropuerto, o para la operación aérea. **PARAGRAFO SEGUNDO:** Sólo se permiten avisos publicitarios exteriores únicamente con el nombre comercial del ARRENDATARIO con la cual se establece la presente relación contractual.

Por su parte en la Cláusula Segunda del Contrato de Concesión la Aeronáutica Civil dispuso:

"CLAUSULA 1. OBJETO DEL CONTRATO

El objeto del presente Contrato, es el otorgamiento al Concesionario de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 de 1993, realice por su cuenta y riesgo, la Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Área Concesionada del Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C., bajo el control y vigilancia de Aerocivil.

Aerocivil concede por medio de este Contrato al Concesionario la Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Área Concesionada, por el tiempo de ejecución del Contrato, para que sea destinado a la prestación de los Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y de los Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados, y se obliga a ceder al Concesionario el derecho a percibir los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados, según se definen en el presente Contrato.

El Concesionario, por otra parte, se obliga a llevar a cabo todas las obligaciones previstas en este Contrato, entre otras, la Administración, Modernización y Expansión (incluida la elaboración de los diseños), Operación, Mantenimiento y Explotación Comercial del Área Concesionada del Aeropuerto y el recaudo de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados, de acuerdo con los términos y condiciones previstos en el presente Contrato. Así mismo, el Concesionario se obliga a pagar a Aerocivil una Contraprestación en los plazos y cantidades que se determinan en este mismo Contrato.

La Seguridad Aeroportuaria en el Área Concesionada estará a cargo del Concesionario con el alcance y dentro de los límites previstos en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este mismo Contrato de Concesión.

La Concesión no incluye todos aquellos bienes necesarios para la prestación del servicio de control de tráfico aéreo en ruta ni la responsabilidad por el correcto funcionamiento de

las radioayudas aéreas, incluidas las radioayudas de aproximación y las comunicaciones en el Aeropuerto, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 48 de la Ley 105 de 1993. Aerocivil se reserva el manejo y la responsabilidad por las funciones de control y vigilancia del tráfico aéreo en ruta.

La Concesión tampoco incluye la responsabilidad que se derive por la Seguridad Aérea en el Aeropuerto, pues ésta estará a cargo de Aerocivil.

La remuneración del Concesionario será aquella que éste perciba como consecuencia de la cesión de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados, en los términos previstos en el presente Contrato. Por lo tanto, no habrá lugar a reconocimientos o pagos adicionales a la cesión del derecho a percibir los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados prevista de manera expresa en el Contrato de Concesión por parte de Aerocivil y a favor del Concesionario.

Las partes reconocen y aceptan que las actividades de Administración, Modernización y Expansión, Operación, Mantenimiento y Explotación Comercial del Aeropuerto suponen la existencia de riesgos que son asumidos por las partes en los términos establecidos en el presente Contrato. En todo caso y salvo pacto expreso en contrario, cada parte asumirá, por su cuenta, los efectos de los riesgos propios de las actividades asignadas a cada una de éstas mediante el Contrato.

En la medida de lo posible, y dentro del marco de la ley y de las estipulaciones de este Contrato, las Partes propenderán por el desarrollo del Aeropuerto como un centro de conexiones (Hub) de tráfico aéreo, que interactúe con aerolíneas estratégicas.” (Subrayamos).

De otra parte y en lo que se refiere a las facultades que por virtud de la cesión del Contrato de Arrendamiento suscrito entre la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL, AEROCIVIL y AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA S.A. "AVIANCA S.A. (hoy AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO AVIANCA S.A.)** tendría la Convocante, debe el Tribunal señalar que la remisión a los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1983 implica considerar que se trata de dos de las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común.

Para el Tribunal la pretensión de la Convocante, tal como fue formulada, no está llamada a prosperar, porque al margen del alcance que pueda tener un contrato de concesión como el suscrito entre OPAÍN y la UAEAC (AEROCIVIL), la entidad estatal cedente –UAEAC -(ANI en este proceso) tampoco cuenta con tales facultades en el caso de los contratos de arrendamiento por ellas celebrados.

En efecto, es claro que por virtud del principio de legalidad, las entidades estatales únicamente cuentan con las potestades que la ley les haya claramente otorgado y, en lo que hace a las referidas cláusulas, es claro que tratándose de contratos de arrendamiento, tales facultades no solamente no fueron otorgadas, sino expresamente prohibidas. Nada diferente es posible concluir de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que al respecto dispone:

ARTICULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1°. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, **podrán, en los casos previstos en el numeral 2°. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.**

En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2°. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

PARAGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2°. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales. (Subrayamos)

Visto lo anterior el Tribunal encuentra además, que la UAEAC -porque no estaba facultada para ello-, no dispuso en el contrato de arrendamiento BO Ar 0011-04, las citadas cláusulas excepcionales y por lo tanto, carece de asidero legal alguno pretender que el CONCESIONARIO, por virtud de la cesión, cuenta con las facultades derivadas de las mismas.

Tal como ya se precisó el contrato de arrendamiento corresponde a uno de los Contratos cedidos y en consecuencia, las facultades del ahora arrendador más que verdaderas potestades corresponden a obligaciones, que comparte con la Autoridad Aeronáutica cedente si se considera lo estipulado, por ejemplo en la Cláusula 26 del contrato de concesión según el cual:

261. "Solicitud de Restitución de los Inmuebles

El **Concesionario** deberá realizar todas las actividades previstas en los **Contratos Cedidos** para lograr la restitución de los inmuebles necesarios para la ejecución de las **Obras de Modernización y Expansión**. En virtud de lo anterior, el **Concesionario** efectuará las comunicaciones que deban ser realizadas a los contratantes de los **Contratos Cedidos**, en el plazo y en la forma prevista en los **Contratos Cedidos** y/o en las normas aplicables, de tal manera que las áreas ocupadas por los inmuebles objeto de los **Contratos Cedidos**, se encuentren disponibles para el cumplimiento de los plazos previstos en el **Cronograma de Obras**. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de realizar cualquier otra actividad prevista en los **Contratos Cedidos** o en la ley aplicable, para obtener la restitución de los inmuebles objeto de los **Contratos Cedidos**.

En aquellos contratos que sean suscritos por el **Concesionario** para la **Operación** o la **Explotación Comercial** del **Área Concesionada**, éste deberá incluir las estipulaciones necesarias para que las áreas objeto de tales contratos se encuentren disponibles para la ejecución de las **Obras de Modernización y Expansión** en los plazos previstos en el **Cronograma de Obras**. La no inclusión de tales estipulaciones, o la adopción de esquemas contractuales que las haga ineficaces o inaplicables, hará responsable al

Concesionario por la demora en la ejecución de las **Obras de Modernización y Expansión** y por lo tanto, se causarán las multas previstas en el numeral **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**, sin perjuicio de las demás sanciones previstas en el presente **Contrato de Concesión**.

26.2 Ocupaciones de Hecho

En el evento que el **Concesionario** haya desplegado todas las actividades previstas en los **Contratos Cedidos** o en los contratos suscritos por éste para la **Operación o Explotación Económica del Área Concesionada**, de conformidad con lo señalado en el numeral 0 anterior, y las áreas requeridas para la ejecución de las **Obras de Modernización y Expansión** continuaran estando ocupadas por terceros diferentes del **Concesionario**, sin título para efectuar tal ocupación y sin que medie dolo o culpa del **Concesionario**, éste deberá notificar a **Aerocivil** de tales hechos, por lo menos dos (2) meses antes del inicio del plazo para la ejecución de las **Obras de Modernización y Expansión** correspondientes, de acuerdo con lo señalado en el **Cronograma de Obras**.

Aerocivil, en su calidad de autoridad aeronáutica nacional, encargada de garantizar el desarrollo aeroportuario de Colombia, **adoptará las medidas que sean pertinentes, a fin de obtener la restitución de los espacios ocupados.**

En el caso que los espacios ocupados no hubieren sido restituidos para el inicio del plazo previsto en el **Cronograma de Obras** para la ejecución de la **Obra de Modernización y Expansión** correspondiente, dicho plazo será suspendido hasta tanto se obtenga la restitución del área correspondiente, sin que ello genere responsabilidad para el **Concesionario** o para **Aerocivil**.”

Así las cosas, **el Tribunal habrá de negar la Pretensión Cuarta, relativa a facultades excepcionales en cabeza de OPAÍN.**

5.1.4 La Pretensión Quinta.

OPAÍN presentó como Quinta Pretensión la siguiente

Quinta: Que se DECLARE que la contraprestación que recibe AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA por la explotación de áreas de locales comerciales del Puente Aéreo y el sub arriendo de sus locales comerciales **no hace parte de los Ingresos Brutos de OPAÍN S.A.**, ni de un Beneficiario Real de OPAÍN, ni de sus miembros, ni de alguna persona de la cual OPAÍN o sus miembros sean su beneficiario real. (Destaca el Tribunal)

En relación con los Ingresos de la Concesión en la Cláusula 1- DEFINICIONES del Contrato de Concesión No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006 se dispuso:

“1.71 Ingreso Bruto

Es la suma de todos los Ingresos Regulados e Ingresos no Regulados causados a favor del Concesionario como consecuencia de la Explotación Comercial del Aeropuerto. También se considerarán Ingreso Bruto los ingresos causados a favor de cualquier Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real, cuando quiera que tales ingresos tengan causa en la prestación de Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y en la prestación de Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados o en la venta de bienes para el Aeropuerto o en el Aeropuerto.

1.72 Ingresos no Regulados

Son aquellos ingresos en dinero –o en especie susceptible de ser valorada en dinero– percibidos por el Concesionario o un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real como contraprestación de los Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados. En general, los Ingresos no Regulados se encuentran constituidos por todos aquellos ingresos percibidos por el Concesionario o un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real, distintos de los Ingresos Regulados.

1.73 Ingresos Regulados

Son aquellos percibidos por el **Concesionario** en aplicación de la **Estructura Tarifaria**.

Los **Ingresos Regulados** corresponden –exclusivamente– a los conceptos previstos en la **Estructura Tarifaria**. Por lo tanto, el **Concesionario** no tendrá autorización de recaudar ningún ingreso que sea sujeto de regulación por parte de **Aerocivil** distinto de los contemplados en dicha **Estructura Tarifaria**, a menos que exista previa autorización por escrito y se haya expedido la resolución correspondiente por parte de **Aerocivil**, con lo cual se entenderá modificada la **Estructura Tarifaria** del **Contrato**, para incluir el nuevo ingreso como parte de los **Ingresos Regulados**. Todo lo anterior, siguiendo el procedimiento previsto en el numeral **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato**.

Las disposiciones transcritas y el análisis y conclusiones que se consignaron en el

Las disposiciones transcritas y el análisis y conclusiones que se consignaron en el aparte relativo al carácter o condición de AVIANCA como NO BENEFICIARIO REAL de OPAÍN permiten concluir sin dificultad alguna que los Ingresos que ella percibe en desarrollo de la actividad comercial que desarrolla en el Puente Aéreo no forman parte de los Ingresos de la Concesión. **En esos términos el Tribunal declarará la prosperidad de la Pretensión Quinta de la demanda inicial.**

5.1.5 La Pretensión Sexta de la demanda inicial.

Sexta: Que se DECLARE que, a la luz del numeral 1.59 de la Cláusula 1 del Contrato de Concesión, la explotación comercial del Puente Aéreo" por AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA no constituye un incumplimiento del contrato de concesión celebrado entre la AEROCIVIL y OPAÍN.

Para despachar la Pretensión Sexta de la demanda presentada por OPAÍN el Tribunal, en concordancia con la misma, encuentra que de una parte que el objeto, esto es las prestaciones a cargo de OPAÍN fueron precisadas en la Cláusula 2. Y así mismo que en el numeral 1.59 de la Cláusula 1 del Contrato de concesión, se precisó el alcance de algunos de los términos utilizados en el Contrato.

En efecto en la Cláusula 1. DEFINICIONES- se indicó:

"Para la adecuada interpretación de este **Contrato**, siempre que los siguientes términos aparezcan en Mayúsculas Iniciales y **negrilla**, tendrán el significado que se les atribuye a continuación. Los términos definidos en singular, incluyen su acepción en plural cuando a ella hubiere lugar, y aquellos definidos en género masculino incluyen su acepción en género femenino cuando a ello hubiere lugar. Los términos que no sean expresamente definidos, deberán entenderse de acuerdo con el sentido que les confiera el lenguaje técnico respectivo o por su significado y sentido naturales y obvios, de conformidad con su uso general." (se destaca)

Dentro de esos términos cuyo significado fue definido se encuentra el de explotación comercial que según lo señalado tiene el significado que allí mismo se consigna así:

"1.59 Explotación Comercial o Explotación Comercial del Área Concesionada

Se refiere a la realización de todas aquellas actividades por las cuales el **Concesionario**, un **Beneficiario Real del Concesionario** o de los miembros del **Concesionario**, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el **Concesionario** o alguno de sus miembros sea **Beneficiario Real**, reciben cualquier tipo de contraprestación en los términos de este Contrato.

Dicha contraprestación puede provenir directamente de los usuarios de los **Servicios Asociados a Ingresos Regulados**, de usuarios de los **Servicios no Asociados a Ingresos Regulados**, de los terceros que desarrollan actividades comerciales en el Área Concesionada y/o de cualquier otra persona natural o jurídica que adquiera los bienes o servicios ofrecidos por el **Concesionario**, directamente o a través de un **Beneficiario Real del Concesionario** o de los miembros del **Concesionario**, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el **Concesionario** o alguno de sus miembros sea **Beneficiario Real**, en el Área Concesionada.

Entre los actos de **Explotación Comercial** ejercidos por el **Concesionario** o por su **Beneficiario Real** o un **Beneficiario Real del Concesionario** o de los miembros del **Concesionario**, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el **Concesionario** o alguno de sus miembros sea **Beneficiario Real** se encuentran aquellos que se listan a continuación, sin que estos constituyan un listado taxativo pues a esta categoría pertenecerán todas aquellas actuaciones que, por su naturaleza, se encuentren dirigidas a la generación de recursos a partir de la venta de servicios o bienes en el Área Concesionada.

- a) La generación y cobro de los **Ingresos Regulados**.
- b) La celebración y **ejecución** de los contratos (incluidos los **Contratos Cedidos**) para la **Explotación Comercial** de las áreas comerciales del Aeropuerto.
- c) La **Explotación Comercial** de las áreas comerciales del **Aeropuerto** por parte del Concesionario de manera directa, o a través de un **Beneficiario Real del Concesionario** o de los miembros del **Concesionario**, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea **Beneficiario Real**.
- d) La celebración de contratos para la publicidad de bienes o servicios de terceros diferentes del **Concesionario**.
- e) La prestación de Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y de Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados a título oneroso a los usuarios del Aeropuerto.
- f) En general, cualquier actividad que suponga la venta de bienes o prestación de servicios y genere algún tipo de contraprestación a favor del **Concesionario** o un **Beneficiario Real del Concesionario** o de los miembros del **Concesionario**, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea **Beneficiario Real**. (Se subraya)

Para despachar esta pretensión y considerando el conjunto de las que fueron formuladas por OPAÍN, el Tribunal ha vuelto sobre los hechos que no tienen

discusión entre las partes y dentro de ellos el que surge del texto mismo en que se define como un acto o actividad de explotación comercial “ b) La celebración y ejecución de los contratos (incluidos los Contratos Cedidos) para la Explotación Comercial de las áreas comerciales del Aeropuerto.

Así mismo, vuelve el Tribunal sobre lo consignado en la Cláusula Tercera del contrato de arrendamiento según la cual:

TERCERA: DESTINACION. Los inmuebles objeto de arrendamiento en el presente contrato, tienen una destinación de **Servicios Aeroportuarios**; por lo tanto **EL ARRENDATARIO** los destinará única y exclusivamente para la **ATENCIÓN DE VUELOS NACIONALES DE LAS EMPRESAS AVIANCA y SAM, TERMINAL PARA DESPACHO DE PASAJEROS, SUS OFICINAS EMPRESARIALES, EXPLOTACION DE AREAS DE LOCALES COMERCIALES, PLATAFORMA PARA AVIONES, PARQUEADERO DE VEHICULOS, VÍAS DE ACCESO, HANGAR, TALLER Y BODEGAS.**

Es claro para el Tribunal, en consecuencia, que **la ejecución del contrato de arrendamiento en su condición de Contrato cedido por la AEROCIVIL** -que dispone entre otras, la explotación comercial del terminal, como una de las formas de destinación autorizadas- no es otra cosa que una de las actividades que desde la celebración del contrato de Concesión se consideraron como parte de la Explotación comercial concedida y como consecuencia de ello OPAÍN en su condición de concesionario y arrendador no ha incurrido en incumplimiento alguno al ejecutarlo y prorrogarlo. **Por lo tanto habrá de prosperar la Pretensión Sexta de la demanda inicial.**

5.1.6 La Pretensión Séptima de la demanda inicial.

La citada pretensión fue formulada en los siguientes términos

“Pretensión Séptima: Que se DECLARE que la contraprestación de OPAÍN S.A. por concepto de la explotación comercial del Puente Aéreo del Aeropuerto la constituye únicamente el ingreso o canon que debe pagar mensualmente AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA, de conformidad con la cláusula séptima del contrato de arrendamiento No. BO Ar 0011-04.

OPAÍN S.A., como surge claramente de su pretensión solicita que se declare que el canon de arrendamiento es lo que debe pagar por la explotación comercial del puente aéreo. Por su parte la ANI señala en su contestación que “la situación jurídica que venía de tiempo atrás debió cambiar el 30 de septiembre de 2012 y porque los acuerdos entre las partes tienen carácter vinculante y deben honrarse de buena fe”.

Al respecto el Tribunal ha tenido en cuenta de manera especial:

a) **Las respuestas de la AEROCIVIL durante el Procedimiento licitatorio.**

Dentro de tales respuestas se destaca la respuesta a la pregunta formulada por el Ingeniero Mario Huertas de Ingeniería y Construcción de Obras Civiles quien preguntó:

“¿Cómo entendería la Aerocivil que se debería realizar la interacción y la coordinación de actividades entre el Concesionario y los titulares de los Contratos cuyo objeto sea el arrendamiento, la concesión u operación del Puente Aéreo?

La AEROCIVIL señaló:

“No existen contratos para la concesión u operación del Puente Aéreo. Una vez suscrito el Contrato de Concesión con quien resulte adjudicatario de la Licitación, **habrá un único operador en el Aeropuerto, siendo éste el Concesionario.** La relación entre el Concesionario y Aéreo estará determinada por las condiciones pactadas en el contrato de arrendamiento BO-AR-0011-04, cuyos derechos y cuyos derechos y obligaciones serán cedidos al Concesionario. Adicionalmente, el Concesionario deberá cumplir con las obligaciones señaladas en el Contrato de Concesión frente al Puente Aéreo, mientras que el arrendatario de éste deberá respetar las decisiones que sean tomadas por el Concesionario como titular del contrato de arrendamiento, como operador de Aeropuerto y como responsable contrato de arrendamiento y en las normas aplicables que obligan al arrendatario.” (Se destaca)

El mismo eventual proponente requirió que se le precisara:

¿Teniendo en cuenta la eventual independencia del arrendatario, concesionario, operador o concesionario del Puente Aéreo ¿cómo se asignarían los riesgos y las responsabilidades, entre el futuro Concesionario y el arrendatario, concesionario u operador del Puente Aéreo en relación con lo siguiente, entre otros: (i) Seguridad

aeroportuaria;(ii) Responsabilidad ambiental;(iii) Procedimientos de operación;(iv) Manejo de los pasajeros;(v) Procedimientos de atención;(vi) Comunicaciones, o (vii) IT, dentro de las terminales.(...?

La AEROCIVIL indicó:

“Tal como se señaló en la respuesta a la pregunta anterior, la relación entre el arrendatario del Puente Aéreo y el Concesionario estará mediada por el Contrato BO-AR-0011-04.

En adición a lo anterior, deberán tenerse en cuenta los siguientes elementos para establecer las condiciones de la relación entre arrendador y arrendatario.

El arrendatario del terminal Puente Aéreo es responsable de ciertas obligaciones en materia de seguridad aeroportuaria, en los términos señalados en la Resolución 892 de 2004.

Entre tales responsabilidades se encuentra el control de acceso a las áreas restringidas, tal y como lo señala el artículo 3.2 de la mencionada Resolución. Adicionalmente, dicho arrendatario deberá someterse a lo dispuesto en el Plan de Seguridad del Aeropuerto y en el Plan de Emergencia y en el Plan de Contingencia que sean elaborados por el Concesionario y aprobados por AEROCIVIL. En todo caso, el incumplimiento de las obligaciones de seguridad aeroportuaria por parte del arrendatario del Puente Aéreo o de cualquier otro arrendatario con acceso áreas restringidas, no causará la responsabilidad del Concesionario, sino la del arrendatario. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento por parte del Concesionario de las labores de inspección y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones de seguridad aeroportuaria de los arrendatarios.

b. En materia ambiental, el arrendatario del Puente Aéreo, al igual que los demás arrendatarios de inmuebles del Aeropuerto, tendrá la obligación de cumplir con lo previsto en el contrato de arrendamiento y en las normas que le sean aplicables. No obstante lo anterior, será el Concesionario el responsable del manejo ambiental del Aeropuerto. En todo caso, de conformidad con lo señalado en la Política Ambiental de Aerocivil, la cual aparece como Título Preliminar de la Parte 11 del RAC, asume los siguientes compromisos y obligaciones en materia ambiental:

- Implanta su política ambiental en cada aeropuerto o instalaciones aeronáuticas, programas específicos de protección ambiental, salud, seguridad y atención de emergencias.
- Identifica y controla cualquier riesgo sobre la salud, la seguridad o el medio que esté relacionado con sus operaciones y servicios.
- Controla todas sus operaciones y las del sector aeronáutico en cuanto al riesgo sobre la salud, la seguridad o el medio ambiente.
- Integra a operadores, usuarios y contratistas a su Sistema de Gestión Ambiental, quienes debe ejecutar sus actividades de acuerdo con las políticas y objetivos ambientales de la Aeronáutica Civil, siendo responsables ante la entidad y autoridades Ambientales de la protección ambiental.

- Comparte con los empleados, el público, los contratistas y proveedores, los usuarios, las entidades públicas, la comunidad científica y otras entidades, la importancia de los riesgos de salud, seguridad o ambientales que involucran sus actividades y operaciones. (...)

Preguntó el mismo eventual Proponente:

¿Cómo se reflejaría en el Pliego de Condiciones y en sus anexos y, en particular, en el Contrato de Concesión, la contraprestación que debiera ser pagada al Concesionario por la realización de obras afines beneficiarían al arrendatario, concesionario u operador del Puente Aéreo, por conceptos tales como el tránsito de los aviones hacia dicho terminal?

La AEROCIVIL le respondió:

El Plan de Modernización y Expansión incluye obras que permiten el desarrollo integrado y coordinado del Aeropuerto, las cuales beneficiarán a todos sus usuarios, dichas obras se encuentran remuneradas por los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados cedidos al Concesionario, entre los cuales se incluye el canon por el arrendamiento del Puente Aéreo. En todo caso, el Concesionario no estará obligado a desarrollar ninguna obra particular para facilitar el tránsito de aeronaves hacia el TPA.

b) **El testimonio del Doctor ALVARO MAURICIO DURÁN** en su calidad de estructurador el contrato de concesión quien sobre la materia declaró:

“(....)”

Decía entonces que en la medida en que la Aerocivil o la ANI recibe una parte, y esto es esencial dentro del contrato de los ingresos brutos, lo que queríamos es que quedara claro que todos los ingresos que recibiera el concesionario o sus beneficiarios reales desde el punto de vista económico los que hicieran parte de su grupo económico se tenían en consideración para calcular el porcentaje al que la Aerocivil tenía derecho.

Esa insistencia en el Beneficiario Real tiene esa explicación de tal manera que no importa que los ingresos se recibieran directamente por el concesionario o por alguna empresa afiliada al concesionario, se utilizó el concepto de Beneficiario Real usual en el mercado público de valores porque es el más omnicomprendivo y no atiende temas formales legales sino temas económicos de fondo, en tanto ello pasara la Aerocivil tenía derecho a recibir su 46, entiendo que fue la contraprestación que puso Opaín y que por eso se ganó la licitación, esa era la intención para explotación comercial pues son todas las actividades como lo dice la definición por las cuales el concesionario recibe o sus beneficiarios reales reciben una contraprestación económica obviamente en el Aeropuerto.

DRA. CEDIEL DE PEÑA: Usted habla de la explotación comercial, lo que recibe directamente Opaín que recibió unos bienes para su explotación económica, ¿qué amplitud tiene eso, me explico, si yo le entrego a usted un establecimiento de comercio o un local, en el momento en que usted lo arrienda está explotándolo comercialmente o no lo está explotando comercialmente o lo vieron de esa manera o cómo lo vieron?

DR. DURÁN: La respuesta es sí y con énfasis, por supuesto que sí, un Aeropuerto funciona normalmente de esa manera, hay actividades que el concesionario hace directamente más bien pocas y la gran mayoría de las actividades las hace con gente especializada en desarrollarlas, por ejemplo un restaurante aunque hay concesionarios en el mundo que prefieren para hacer una integración vertical prefieren tener el negocio también de las hamburguesas, por decir algo, es usual, es lo común que contraten a una cadena de hamburguesas que le arrienden un espacio dentro del Aeropuerto y que lo que reciben entonces sea el arrendamiento porque parte del negocio, el de la venta de comidas propiamente dicho, se queda en el dueño de la franquicia o lo que sea y así con muchísimas actividades dentro del Aeropuerto, por ejemplo la actividad del... o la actividad de servicio a las aeronaves en plataforma etc., esas no las presta normalmente el concesionario sino las prestan terceros que lo que hacen es pagar por tener el derecho a prestar eso.(...) (Subraya el Tribunal)

c) Las disposiciones contractuales sobre la materia

Vuelve el Tribunal sobre lo dispuesto en el numeral 1.59 de la Cláusula 1 del Contrato de Concesión y a lo consagrado en la Cláusula 20 relativa a los contratos cedidos:

1.59 Explotación Comercial o Explotación Comercial del Área Concesionada

Se refiere a la realización de todas aquellas actividades por las cuales el Concesionario, un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real, reciben cualquier tipo de contraprestación en los términos de este Contrato.

Dicha contraprestación puede provenir directamente de los usuarios de los Servicios Asociados a Ingresos Regulados, de usuarios de los Servicios no Asociados a Ingresos Regulados, de los terceros que desarrollan actividades comerciales en el Área Concesionada y/o de cualquier otra persona natural o jurídica que adquiera los bienes o servicios ofrecidos por el Concesionario, directamente o a través de un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real, en el Área Concesionada.

Entre los actos de Explotación Comercial ejercidos por el Concesionario o por su Beneficiario Real o un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real se encuentran aquellos que se listan a continuación, sin que estos constituyan un listado taxativo pues a esta categoría pertenecerán todas aquellas actuaciones que, por su naturaleza, se encuentren dirigidas a la generación de recursos a partir de la venta de servicios o bienes en el Área Concesionada.

- a) La generación y cobro de los Ingresos Regulados
- b) La celebración y ejecución de los contratos (incluidos los Contratos Cedidos) para la Explotación Comercial de las áreas comerciales del Aeropuerto. (se subraya)
- c) La Explotación Comercial de las áreas comerciales del Aeropuerto por parte del Concesionario de manera directa, o a través de un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real.
- d) La celebración de contratos para la publicidad de bienes o servicios de terceros diferentes del Concesionario.
- e) La prestación de Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y de Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados a título oneroso a los usuarios del Aeropuerto.
- f) En general, cualquier actividad que suponga la venta de bienes o prestación de servicios y genere algún tipo de contraprestación a favor del Concesionario o un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real.

Cláusula 20 del Contrato de Concesión:

“20.1 Contratos Cedidos

Mediante la suscripción del Acta de Entrega, Aerocivil cede su posición contractual en los Contratos Cedidos al Concesionario, en los mismos términos y condiciones suscritos entre las partes originales y desde las 12:00 meridiano del Día Calendario siguiente a la suscripción del Acta de Entrega. En consecuencia el Concesionario asumirá la totalidad de los derechos y obligaciones emanadas de los Contratos Cedidos e favor de le Aerocivil, (...)"

“Por la suscripción del Acta de Entrega, el Concesionario se obliga a dar cumplimiento a los contratos cedidos de acuerdo con sus términos y condiciones y con la ley.”

En el contrato de arrendamiento por su parte la AEROCIVIL estipuló desde el año 2004:

“PRIMERA: OBJETO. EL ARRENDADOR entrega en arrendamiento al ARRENDATARIO y este recibe al mismo título, el inmueble denominado Terminal Puente Aéreo ubicado al costado norte de la Avenida Eldorado a la altura de la carrera 108 dentro de los predios que actualmente conforman el Aeropuerto Internacional "Eldorado" de Bogotá D.C.

SEGUNDA: AREA.

“(…)

PARÁGRAFO PRIMERO: El área total de los inmuebles que se entregan a título de arrendamiento por medio del presente contrato integran una sola unidad de negocio e incluyen lote y construcciones, excepto las construcciones del edificio anexo contiguo a la Terminal Puente Aéreo y las construcciones de hangar con sus bodegas, talleres y oficinas, las cuales, por no haber sido construidas por la AEROCIVIL no son propiedad de ésta y por tanto se entregan como lote. Igualmente se entiende incorporado en las áreas de arrendamiento la vía de acceso público interna al Puente Aéreo con sus andenes, la vía de acceso vehicular interna, las áreas de zonas comunes del área comercial de la Terminal, las salas de embarque, las salas de equipaje La zona de seguridad de la calle Foxtrot la cual por razones de la operación aeroportuaria o de seguridad para la normal operación del Aeropuerto Internacional El dorado, no es objeto de explotación comercial bajo este contrato por parte del ARRENDATARIO pero se entrega sin perjuicio del eventual-uso-operativo, que pueda efectuar -la-AEROCIVIL sin afectar el derecho de uso del ARRENDATARIO. PARAGRAFO SEGUNDO Los usos de las áreas comprendidas bajo el presente contrato pueden variar en función de las necesidades operacionales, comerciales y de servicio del terminal y del ARRENDATARIO, siempre y cuando no se desmejore el servido aeronáutico; siendo así el ARRENDATARIO renuncia expresamente ante el ARRENDADOR, autoridad judicial o tribunal de arbitramento a invocar el derecho a la modificación del valor del canon de arrendamiento por cambio en la destinación o de uso de las áreas dentro del terminal Puente Aéreo, salvo que ARRENDADOR disminuya el área objeto el contrato. PARÁGRAFO TERCERO: Con el presente contrato se está entregando para uso exclusivo del ARRENDATARIO la mera tenencia de las áreas objeto del contrato conservando EL " ARRENDADOR todos los- derechos derivados de la propiedad de las mismas, por lo cual la cesación de los efectos contractuales y la restitución del área podrá ser requerida en cualquier momento por el ARRENDADOR para efectos de ampliación, remodelación, implementación o desarrollo del Plan Maestro o cuando se incurra en algunas de las causales previstas en las cláusulas cuarta y vigésima del presente contrato, sin que por ello haya lugar a indemnización alguna y sin perjuicio del derecho que tiene el ARRENDATARIO a obtener del ARRENDADOR la asignación de las áreas requeridas para garantizar su operación.”

Esta última disposición es relevante por haberse dispuesto claramente que “El área total de los inmuebles que se entregan a título de arrendamiento por medio del presente contrato integran una sola unidad de negocio”, disposición de la cual se deduce sin esfuerzo que el ARRENDATARIO recibió el inmueble como una

Unidad de negocio y en consecuencia, los derechos que OPAIN como Concesionario recibe, son los derivados del canon de arrendamiento que AVIANCA, por su parte está obligada a cancelar en la cuantía que pacte con OPAIN como Arrendador

Así las cosas el Tribunal después de valorar las pruebas practicadas y efectuado el análisis e interpretación de las diversas disposiciones contractuales transcritas, incluidas aquellas relativas a la declaración, sobre la condición de AVIANCA como no Beneficiario Real de OPAÍN **habrá de declarar la prosperidad de la Séptima pretensión.**

5.1.7 Las Pretensiones Octava a Décimo Cuarta de la demanda inicial.

Efectuada la interpretación de la demanda el Tribunal encuentra que las Pretensiones Octava a Décima Cuarta de la demanda presentada por OPAÍN versan en su totalidad sobre los derechos y obligaciones relativos a la Explotación Comercial. Se trata en consecuencia, de obtener del Tribunal una interpretación del clausulado que es objeto de diferencias entre las partes, en su mayoría derivadas de las interpretaciones efectuadas por la Contraloría General de la República y acogidas tanto por la Interventoría como por la Dirección de la Aeronáutica Civil. Por esa razón, la decisión sobre tales pretensiones comporta el análisis y la debida integración de las previsiones contractuales sobre el asunto, así como la valoración de las pruebas que respecto de las mismas fueron incorporadas al expediente.

Dichas pretensiones se encaminan a obtener del Tribunal las siguientes declaraciones: (i) Que la consideración incluida como 4.18⁶² en el OTROSI No. 8

62 "4-18.- Que de igual manera, los acuerdos que celebre el Concesionario con Avianca, no podrán de ninguna manera, tener como consecuencia que se reduzcan las especificaciones técnicas de modernización y expansión, de diseño, de mantenimiento, de operación, seguridad, ambientales y demás señaladas en el Contrato de Concesión, sus Apéndices y Otrosíes, y especialmente lo manifestado por la Aero civil en su comunicación No. 1000.2012017269 del 25 de abril de 2012.

del 15 de junio de 2012 celebrado entre OPAÍN y la AEROCIVIL respecto del Contrato de Concesión No. 600169 OK-2006, que hace referencia a la comunicación de la AEROCIVIL No. 1000-2012017269 del 25 de abril de 2012, en la cual solícita que se atienda lo señalado por la Interventoría en la comunicación JAFV-ARC-105-2011, en la cual se refiere a "aumentar los recursos provenientes de los ingresos no regulados del inmueble denominado Puente Aéreo", **no tiene el alcance en constituirse en una obligación contractual a cargo de OPAÍN. (ii)** Que a partir del 30 de septiembre de 2012, al terminarse el plazo contractual de la segunda (2ª) prórroga de contrato de arrendamiento celebrado entre la AEROCIVIL y AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA; **OPAÍN no estaba obligada, en virtud del contrato de concesión No. 600169 OK-2006, a suscribir un nuevo contrato de arrendamiento** sobre el Puente Aéreo ni, en su defecto, a realizar su explotación comercial de manera directa. **(iii)** Que se declare que OPAÍN no incumplió las cláusulas 10, literal gg), ni 63.19 del CONTRATO DE CONCESIÓN, **por no haber terminado el Contrato de Arrendamiento del Puente Aéreo o por no haberlo modificado, para excluir del mismo la explotación de las áreas y locales comerciales y avisos publicitarios. (iv)** Que la instrucción de "aumentar los ingresos provenientes de los ingresos no regulados del Puente Aéreo" **no es una obligación contractual** del Contrato de Concesión, ni puede considerarse como incluida dentro de la Cláusula 63.19 del CONTRATO DE CONCESIÓN bajo el concepto de "otras obligaciones". **(v)** Que de conformidad con lo pactado en la Cláusula 1.59 "Explotación Comercial o Explotación Comercial del Área Concesionada", **está permitido que terceros desarrollen actividades comerciales en el Área Concesionada a cambio de una contra prestación a favor del Concesionario o de un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, sin que tal explotación o actividad comercial de tales terceros constituya un incumplimiento del contrato de concesión y sin que el producto o beneficio que reciban tales terceros pueda o deba considerarse**

como parte del "Ingreso Bruto" pactado en la Cláusula 1.70 del Contrato de Concesión. (vi) Que en virtud de lo estipulado en las cláusulas 1.59, 10 [literales o) y bb)], 12, 82 y 85 del Contrato de Concesión, **OPAÍN está obligada a realizar por su cuenta y riesgo "la Explotación Comercial del Área Concesionada"**, en virtud de lo cual **puede desarrollar y mantener autónoma e independientemente, dentro de los límites de la autonomía de la voluntad y la buena fe convencional, todas las relaciones jurídicas contractuales que considere necesarias con terceros para el cumplimiento de su obligación, en la medida en que no se encuentren prohibidas por la Ley, como el arriendo de áreas o locales comerciales, con autorización de subarriendo, como se encuentra establecida la relación jurídica contractual con AVIANCA en el contrato de arrendamiento BO Ar 0011-04.** (vii) Que se DECLARE que NO es procedente la imposición de una multa diaria de diez (10) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMLMV) a partir del 1 de octubre de 2012, aplicada por la AEROCIVIL a OPAÍN mediante comunicación 1070.092.5-2012047126 del 23 de noviembre de 2012, radicada en OPAÍN el 2012-12-11 con No. 20121100172582, dejándola sin efectos.

Una vez analizado el contenido de las anteriores pretensiones destaca el Tribunal que en el aparte relativo a la pretensión Cuarta concluyó que resultaba claro que **la ejecución del contrato de Arrendamiento en su condición de Contrato cedido por la AEROCIVIL** -que incluye en la cláusula relativa a la destinación, que el Arrendatario debe dar a los inmuebles- la explotación comercial del terminal- no es otra cosa que una de las actividades que desde la celebración del contrato de Concesión se consideraron como parte de la Explotación comercial concedida **y por lo tanto OPAÍN en su condición de concesionario y arrendador no ha incurrido en incumplimiento alguno al ejecutarlo y prorrogarlo.**

Ahora bien, en lo que se refiere a los riesgos asumidos por el Concesionario obran en el Contrato varias disposiciones.

a) En la Cláusula 1 del Contrato se dispone:

“(…) Las partes reconocen y aceptan que las actividades de **Administración, Modernización y Expansión, Operación, Mantenimiento y Explotación Comercial del Aeropuerto** suponen la existencia de riesgos que son asumidos por las partes en los términos establecidos en el presente **Contrato**. En todo caso y salvo pacto expreso en contrario, cada parte asumirá, por su cuenta, los efectos de los riesgos propios de las actividades asignadas a cada una de éstas mediante el **Contrato**.

b) En la **Cláusula Sexta** relativa al valor del Contrato se señala:

“Clausula 6. VALOR EFECTIVO DEL CONTRATO.

El valor efectivo de este **Contrato** corresponderá al valor del **Ingreso Bruto** del **Concesionario** durante el plazo total de vigencia de la **Concesión**.

Para efectos fiscales el valor de este Contrato es indeterminado, pero determinable.

Se entiende que el valor efectivo que recibirá el **Concesionario** de conformidad con lo previsto en la 0 de este **Contrato**, remunera todos los costos y gastos –directos e indirectos– de los suministros y de los trabajos necesarios para cumplir con el objeto del **Contrato** incluyendo todos los estudios, diseños y ensayos que se considere necesario realizar para cumplir adecuadamente con el objeto del **Contrato**, y todas las obligaciones que emanan del mismo, así como los costos de financiación, el retorno del capital, las utilidades del **Concesionario** y los impuestos, tasas y contribuciones que resulten aplicables.

Así mismo, se entiende que el valor efectivo remunera todas las labores complementarias necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, sea que aparezcan o no de manera expresa en este **Contrato** o en los documentos que lo integran como obligaciones a cargo del **Concesionario**, aun cuando estas labores no estén relacionadas de manera directa con la **Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Aeropuerto**.

Dentro de estas labores se incluyen, entre otras, la obligación a cargo del **Concesionario** de elaborar sus propios estudios y diseños para la realización de las **Obras de Modernización y Expansión**, los aportes a la **Subcuenta de Interventoría**, los aportes a la **Subcuenta de Amigable Composición**, el pago de la **Comisión de Éxito**, el pago al ganador del **Concurso Arquitectónico**, todas las obligaciones y actividades a cargo del **Concesionario** durante la **Etapas Previa**, todas las obligaciones y actividades a cargo del **Concesionario** durante la **Etapas de Modernización y Expansión** y durante la **Etapas Final**, los gastos financieros y administrativos —directos e indirectos— y todos los demás que sean requeridos para la cabal ejecución del objeto contratado.

El valor efectivo de este **Contrato** remunera también la asunción de los riesgos comerciales, de demanda, de tráfico, de construcción, ambientales, de operación, administrativos, financieros, tributarios, regulatorios, políticos, de devaluación y todos los demás que se desprenden de las obligaciones del **Concesionario** o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este **Contrato**, salvo por lo expresamente previsto en el mismo a cargo de **Aerocivil**. (...)

En la Cláusula 10 inserta en el Capítulo II– OBLIGACIONES GENERALES Y DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS, se indica:

“Cláusula 10.OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO

El **Concesionario** será responsable de la ejecución completa y oportuna del **Contrato**, de conformidad con lo previsto en este documento, en sus apéndices y en los demás documentos que lo integran. Para tales efectos, el **Concesionario** deberá realizar todas las acciones, a su costa y riesgo, tendientes al cabal cumplimiento de este **Contrato** y tendrá a su cargo incluyendo, pero sin limitarse, las siguientes obligaciones, además de las contenidas en las normas constitucionales, legales o reglamentarias aplicables, en otras cláusulas del presente **Contrato** o en los documentos que lo integran, y las que se desprendan de su naturaleza:

- a) Pagar los derechos correspondientes a la publicación del **Contrato** en los términos del numeral **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato**.
- b) Constituir y mantener las garantías, en los plazos y por los montos establecidos en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato**.
- c) Constituir y mantener el **Fideicomiso** en los términos y las condiciones previstos en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** del presente **Contrato** y efectuar los aportes a las respectivas subcuentas del **Fideicomiso**, en los términos señalados en este **Contrato**.
- d) Asumir, por su cuenta y riesgo, todos los costos y gastos del **Proyecto**, obligándose a obtener y/o aportar la financiación total de los recursos requeridos para la ejecución del **Proyecto**, en los términos de este **Contrato**.
- e) Pagar la **Contraprestación** a la que se refiere la 0 del presente **Contrato**, en los plazos y montos allí especificados.
- f) Recibir los bienes, servicios y contratos previstos en este **Contrato**, en los términos señalados en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** y en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato**.
- g) Pagar la **Comisión de Éxito** en los términos señalados en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato**.
- h) Efectuar los aportes correspondientes a la **Subcuenta de Interventoría** en los términos señalados en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato**.
- i) Pagar el premio del **Concurso Arquitectónico** al ganador de dicho concurso, en los términos señalados en el numeral **¡Error! No se encuentra el origen de la**

referencia. de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato.**

j) Obtener el **Cierre Financiero** en los plazos y condiciones previstos en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato.**

k) Suscribir –conjuntamente con Aerocivil- el Acta de Inicio de Ejecución, el Acta de Entrega, el Acta de Inicio de la Etapa de Modernización y Expansión, las Actas de Verificación, el Acta de Finalización de la Etapa de Modernización y Expansión, el Acta de Terminación, las actas de suspensión y los demás documentos previstos en este Contrato, cuando dicha suscripción deba hacerse de conformidad con lo estipulado en este Contrato.

l) Realizar, por su propia cuenta y riesgo, sus propios estudios y diseños de detalle para la ejecución de las **Obras de Modernización y Expansión** de conformidad con las **Especificaciones Técnicas de Diseño** y con lo dispuesto en el presente **Contrato de Concesión.**

m) Realizar, por su propia cuenta y riesgo, las **Obras de Modernización y Expansión** contempladas en el presente **Contrato de Concesión** y en su **Apéndices**, de conformidad con lo previsto en las **Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión** y en el propio **Contrato de Concesión.** El plazo para su ejecución señalado en el **Cronograma de Obras**, así como la calidad, funcionalidad y estabilidad de las **Obras de Modernización y Expansión**, serán consideradas como obligaciones de resultado en los términos previstos en el presente **Contrato de Concesión.**

n) Realizar, por su propia cuenta y riesgo la Operación del Área Concesionada, prestando directamente o a través de subcontratistas los Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y los Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados, a los Pasajeros, a los Explotadores de Aeronaves y a los demás usuarios del Aeropuerto en los términos señalados en las Especificaciones Técnicas de Operación, en el Contrato de Concesión, y en las normas legales y reglamentarias que resulten aplicables a la Operación del Área Concesionada.

o) Realizar, por su propia cuenta y riesgo, la **Administración** y la **Explotación Comercial** del **Área Concesionada.**

p) Realizar, por su propia cuenta y riesgo, el **Mantenimiento** de los bienes afectos a la **Concesión** de conformidad con lo previsto en este **Contrato** y en las **Especificaciones Técnicas de Mantenimiento.**

q) Mantener la Operación del Área Concesionada en los niveles previstos en el Contrato y en las Especificaciones Técnicas de Operación, aún durante el periodo de construcción de las Obras de Modernización y Expansión.

r) Encargarse de la **Seguridad Aeroportuaria** del **Área Concesionada** en las condiciones previstas en el presente **Contrato**, especialmente en su **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**

s) Coordinar con la **Autoridad Nacional de Seguridad Aeroportuaria** y con las **Autoridades de Seguridad del Aeropuerto**, la adopción de procedimientos y medidas orientadas a garantizar la seguridad de los usuarios del **Aeropuerto**, de los **Pasajeros**, los **Explotadores de Aeronaves**, y de las instalaciones aeronáuticas y aeroportuarias.

t) Aceptar la cesión de las obligaciones relacionadas con el **Área Concesionada** y contenidas en la **Licencia Ambiental** del **Proyecto** en los términos señalados en el

numeral **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** del presente **Contrato**.

u) Tramitar y obtener todas las licencias, concesiones y permisos necesarios para la **Modernización y Expansión del Área Concesionada**, de acuerdo con la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** del presente **Contrato**.

v) Cumplir con todas las obligaciones derivadas de las normas ambientales aplicables, de conformidad con la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato**, incluyendo, sin limitarse las obras, medidas, acciones y/o programas formulados y establecidos en las obligaciones de la **Licencia Ambiental** que le sean cedidas, y cumplir con los términos y obligaciones previstos en los mismos, en los términos señalados en el Apéndice I ("Aspectos Ambientales").

w) Suministrar, proveer, operar y mantener a su cuenta y riesgo, todos los equipos, materiales y personal necesario para la ejecución de este **Contrato**, en las condiciones previstas en el mismo, cumpliendo con las obligaciones derivadas de este **Contrato**.

x) Desarrollar y poner en funcionamiento el Sistema de Gestión de Calidad, de acuerdo con lo señalado en la Ley 872 de 2003 y el Decreto 4110 de 2004, así como en las demás normas que la reglamenten, sustituyan, modifiquen o adicionen. Igualmente deberá establecer, documentar y mantener un Plan de Control de Calidad acogiéndose, como mínimo, a lo dispuesto en las normas de ICONTEC NTC - ISO de la serie 9000, en sus últimas versiones, entendiéndose aplicables aquellas que las complementen, modifiquen o adicionen. Lo anterior no implica necesariamente la obligación para el **Concesionario** de obtener la certificación ISO-9000.

y) Diseñar y ejecutar el programa de higiene y seguridad industrial en los términos de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato**.

z) Elaborar y entregar la **Memoria Técnica de las Obras de Modernización y Expansión**, en los términos de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato**.

aa) Recaudar los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados** cedidos al **Concesionario** por ministerio del presente **Contrato**.

bb) Depositar en el **Fideicomiso**, en las subcuentas correspondientes, según se regula en este **Contrato**, todos los ingresos generados por la prestación de servicios o la venta de bienes en el **Área Concesionada**, cuando los servicios sean prestados o los bienes sean vendidos directamente por el **Concesionario**, o por un **Beneficiario Real** del **Concesionario** o de los miembros del **Concesionario**, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el **Concesionario** o alguno de sus miembros sea **Beneficiario Real**, de conformidad con lo estipulado en el numeral **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato**.

cc) Establecer, a su cuenta y riesgo, las medidas de control con el fin de impedir la evasión y la elusión de los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados**.

dd) Contratar personal no calificado, con domicilio en las localidades del área de influencia del **Aeropuerto**, para las obras de la **Etapa de Modernización y Expansión**,

en los términos y condiciones del numeral **¡Error! No se encuentra el origen de a referencia.** de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** del Contrato.

ee) Indemnizar a terceros y a **Aerocivil** por los perjuicios que le sean imputables y que se causen en desarrollo del **Contrato**.

ff) Atender las instrucciones del **Interventor** de acuerdo con lo establecido en el numeral **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** y suministrar toda la información sobre el **Proyecto**, en las condiciones y términos establecidos en este **Contrato**. Para tales efectos, el **Concesionario** deberá tener en cuenta que el **Interventor** no podrá modificar o adicionar el presente **Contrato**.

gg) Atender las instrucciones dadas por escrito por el Director General de **Aerocivil** o su delegado, en las condiciones y términos establecidos en este **Contrato**.

hh) Suministrar a **Aerocivil**, así como a las autoridades de control y vigilancia del sector que sean competentes, la información que estas entidades requieran sobre el desarrollo del **Proyecto**.

ii) Acatar y cumplir las decisiones tomadas por el **Amigable Componedor** de conformidad con la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** del presente **Contrato**.

jj) Acatar y cumplir las decisiones tomadas por el **Tribunal de Arbitramento** de conformidad con la 0 del presente **Contrato**.

kk) Pagar la cláusula penal pactada en este **Contrato**, cuando ésta se cause de conformidad con lo previsto en el mismo.

ll) Pagar las multas establecidas en este **Contrato**, aceptando la transferencia entre la **Subcuenta Principal** y la **Subcuenta de Excedentes de Aerocivil** cuando se presenten las circunstancias establecidas en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** del presente **Contrato**, previo el cumplimiento del procedimiento fijado en dicha Cláusula.

mm) Entregar el **Área Concesionada** en la **Fecha Efectiva de Terminación del Contrato** y revertir los bienes objeto de la **Concesión** en los términos y condiciones previstos en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato**.

nn) Efectuar los aportes a la **Subcuenta de Amigable Composición**, en los términos señalados en el numeral **¡Error! No se encuentra el origen de la**

referencia de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato**.

oo) Comprometerse a respetar el numeral 3.3.1.3 del **Pliego de Condiciones**, que impide que durante todo el plazo de ejecución del **Contrato de Concesión** el **Concesionario** o sus miembros incluyan en su objeto social la prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros y/o de carga y/o de correo, doméstico y/o internacional.

La Cláusula 55 relativa a la remuneración del Concesionario dispone:

“REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO

La remuneración del **Concesionario** estará compuesta –únicamente– por el recaudo efectivo de los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados** que le han sido cedidos en virtud del presente **Contrato de Concesión**.

La suma resultante del recaudo efectivo de los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados**, remunera integralmente las obligaciones asumidas por el **Concesionario** con ocasión del presente **Contrato de Concesión** y, por lo tanto, la totalidad de las obligaciones de **Administración, Operación, Modernización y Expansión, Explotación Comercial y Mantenimiento**, y el pago de la **Contraprestación a Aerocivil** deberán ser asumidas por el **Concesionario**, sin que se requiera de pagos o compensaciones por parte de **Aerocivil** y a favor del **Concesionario**.

El recaudo efectivo de los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados**, también remunera la asunción de los riesgos a que se refiere de manera expresa la 0 y todos aquellos otros riesgos que por su naturaleza deban ser asumidos por el **Concesionario**. Por lo tanto, el acaecimiento de los riesgos a los que se refiere este **Contrato**, o los efectos negativos o positivos derivados de éstos, no darán lugar a modificación, reducción o adición de la remuneración del **Concesionario**, no afectarán la **Contraprestación a Aerocivil** ni darán lugar a reconocimientos o compensaciones por parte de **Aerocivil** y a favor del **Concesionario**.

Lo previsto en los tres incisos anteriores se entiende sin perjuicio de las compensaciones e indemnizaciones que se causen por el ejercicio –por parte de **Aerocivil**– de las potestades excepcionales al derecho común, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Igualmente, lo previsto en esta cláusula se entiende sin perjuicio de la regulación especial contenida en este **Contrato**, sobre la remuneración a que tendría derecho el **Concesionario** por los siguientes conceptos, siempre que de acuerdo con las estipulaciones que a continuación se citan, se haga necesario hacer pagos al **Concesionario** con recursos distintos de los **Ingresos Regulados** y de los **Ingresos no Regulados**: (i) Reembolsos por concepto de reparaciones necesarias por **Fuerza Mayor o Caso Fortuito** cuando quiera que estos correspondan a riesgos no asegurables en los términos señalados en el numeral **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** e la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**; (ii) **Obras Complementarias**

señaladas en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato**; iii) Pagos de las diferencias por concepto de compensación tarifaria, de acuerdo con lo establecido en los numerales **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**, REF_Ref84647333 \r \h * MERGEFORMAT **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** y **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato**; y (iv) Pagos por concepto de la variación en la legislación en materia de **Seguridad Aeroportuaria**, siempre que tal variación implique costos y gastos superiores al uno por ciento (1%) de los **Ingresos Brutos** del **Concesionario** del semestre inmediatamente anterior y **Aerocivil** elija la opción contenida en el subnumeral **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**2 del numeral **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este **Contrato**.

Este **Contrato de Concesión** no supone una garantía de rentabilidad a favor del **Concesionario** y por lo tanto, el recaudo efectivo de los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados** durante la vigencia del presente **Contrato de Concesión**, se entenderá como la suma suficiente y necesaria para remunerar las inversiones efectuadas por el **Concesionario**, así como los costos financieros, operativos y demás gastos en que hubiere incurrido el **Concesionario** para el desarrollo del **Proyecto**, incluido el pago de la **Contraprestación a Aerocivil**.

Este **Contrato** no supone una garantía de flujo de caja mínimo para el **Concesionario**, pues su remuneración depende del recaudo efectivo de los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados**. Por lo tanto, las variaciones positivas y negativas en el flujo de caja del **Concesionario** serán parte de los riesgos asumidos con ocasión del presente **Contrato**.

De estas disposiciones y del análisis que respecto del Contrato de Concesión y su coligación con el de arrendamiento ha efectuado el Tribunal emergen las siguientes conclusiones en las que de la misma manera se precisa como habrán de decidirse las pretensiones octava a décimo cuarta de la demanda inicial.

5.1.7.1 Sobre la Pretensión Octava de la demanda inicial.

De acuerdo con lo pedido por el demandante el Tribunal habrá de declarar que **OPAÍN no acordó obligación alguna en virtud de la cual pueda exigírsele un incremento de los ingresos** y tal conclusión tampoco es posible deducirla de lo consignado en la Consideración 4.18 del Otrosí 8 cuyo contenido es claro en el sentido de precisar que *“los acuerdos que celebre el Concesionario con Avianca,*

no podrán de ninguna manera, tener como consecuencia que se reduzcan las especificaciones técnicas de modernización y expansión, de diseño, de mantenimiento, de operación, seguridad, ambientales y demás señaladas en el Contrato de Concesión, sus Apéndices y Otrosíes” En consecuencia **la Pretensión Octava habrá de prosperar.**

5.1.7.2 Sobre la pretensión Novena de la demanda inicial.

Con base en las mismas consideraciones relativas al alcance de los contratos de concesión y arrendamiento, para el Tribunal es claro que **OPAÍN no estaba obligada**, en virtud del primero, **a suscribir un nuevo contrato de arrendamiento sobre el Puente Aéreo ni, en su defecto, a realizar su explotación comercial de manera directa**, entendida ésta como la asunción de la explotación que efectúa AVIANCA S.A., entre otras razones porque en el Contrato de concesión claramente se acordó que la ejecución de los contratos cedidos correspondía *per se* a una actividad de explotación. En los anteriores términos el Tribunal **declarará la prosperidad de la Pretensión Novena.**

5.1.7.3 Sobre la pretensión Décima de la demanda inicial.

En concordancia con lo señalado respecto de la Pretensión Novena, y en particular con lo señalado respecto de la capacidad gerencial propia del Concesionario, es claro que si bien OPAÍN se obligó a “gg) Atender las instrucciones dadas por escrito por el Director General de **AEROCIVIL** o su delegado”, éstas al tenor de la misma regla deben impartirse en las condiciones y términos establecidos en este Contrato, lo que no es posible predicar de aquellas que sin un fundamento contractual expreso, generen nuevas obligaciones, como es la relativa a dar por terminado o modificar el Contrato de arrendamiento, en la medida en que de una parte la operación y la explotación le fueron concesionadas y con éstas la habilitación para decidir el esquema de costos y gastos que requiere adoptar y de otra, no obra prueba alguna de que la continuidad del citado contrato haya impedido, obstruido o dificultado las obras de Modernización que OPAÍN está

obligado a ejecutar. Por lo **tanto habrá de prosperar la Pretensión Décima de la demanda inicial.**

5.1.7.4 Sobre la Pretensión Décima Primera.

Ya señaló el Tribunal, que la obligación de incrementar los ingresos no existe en el contrato de Concesión, ni puede considerarse un deber inherente al mismo, en la medida en que si bien es claro que tanto para el CONCEDENTE como para el CONCESIONARIO se trata de una aspiración beneficiosa, es éste último quien tiene a su cargo la asunción de los costos y gastos que tal concesión demanda, así como quien asume los riesgos, incluidos el de la deficiente remuneración, si ello llegare a suceder, por causas no imputables al CONCEDENTE o como consecuencia de los riesgos asumidos por éste que se encuentran consignados entre otros, en la Cláusulas 13 y 86. Así las cosas, no existiendo esa obligación, no es posible predicar incumplimiento alguno, ni por supuesto considerar que procede algún tipo de sanción. Con base en lo anterior el Tribunal declarará que la instrucción de "aumentar los ingresos provenientes de los ingresos no regulados del Puente Aéreo" no es una obligación contractual del Contrato de Concesión, ni puede considerarse como incluida dentro de la Cláusula 63.19 del CONTRATO DE CONCESIÓN bajo el concepto de "otras obligaciones". **En eso términos prospera la Pretensión Décima Primera.**

5.1.7.5 Sobre la Pretensión Décima Segunda de la demanda inicial.

En las consideraciones Generales el Tribunal consignó su posición en relación con la explotación comercial que en su calidad de Concesionario corresponde a OPAÍN. Al respecto **señaló el Tribunal: "que las actividades desarrolladas por AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA en el inmueble denominado "PUENTE AÉREO" (también conocido como "Terminal Puente Aéreo" o "TPA"), no hacen parte de la explotación comercial regulada por el primer párrafo de la cláusula 1.59 del contrato de concesión, si lo es en cambio el contrato cedido**, que genera para el Concesionario el canon de arrendamiento correspondiente.

OPAÍN como convocante formula ahora su pretensión en los siguientes términos:

Décima segunda: Que se DECLARE que, de conformidad con lo pactado en la Cláusula 1.59 "Explotación Comercial o Explotación Comercial del Área Concesionada", está permitido que terceros desarrollen actividades comerciales en el Área Concesionada a cambio de una contra prestación a favor del Concesionario o de un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, sin que tal explotación o actividad comercial de tales terceros constituya un incumplimiento del contrato de concesión y sin que el producto o beneficio que reciban tales terceros pueda o deba considerarse como parte del "Ingreso Bruto" pactado en la Cláusula 1.70 del Contrato de Concesión.

Esta formulación implica, de una parte reiterar que del material probatorio surge con toda claridad que las actividades desarrolladas por AVIANCA no hacen parte de la explotación a que se refiere la Cláusula 1.59 del Contrato de Concesión, de otra, volver sobre lo señalado en el aparte relativo a las relaciones jurídicas implicadas donde se destacó la Cláusula Décima Novena del contrato de arrendamiento en la que se autorizó a la citada aerolínea “ **el uso por parte de terceros contratistas que apoyan su operación, así como el Subarrendamiento de los locales comerciales**”, autorización que se indicó que “se entiende conferida con la Suscripción de éste contrato en cuanto los mismos hacen parte de la unidad de negocio”; para de ello concluir: en primer lugar, que **la Cláusula 1.59, en efecto permite que terceros desarrollen actividades comerciales en el área concesionada** y en segundo lugar destacar además que esos terceros:

- i) Pueden corresponder a categoría de Beneficiarios Reales de OPAÍN, (categoría creada por el Contrato de concesión), caso en el cual sus ingresos forman parte del Ingreso Bruto que se describe en la Cláusula 1.70⁶³ y con base el cual se calcula la remuneración a favor del CONCEDENTE,
o

⁶³ 1.70 Ingreso Bruto.

Es la suma de todos los **Ingresos Regulados e Ingresos no Regulados** causados a favor del **Concesionario** como consecuencia de la **Explotación Comercial del Aeropuerto**. También se considerarán **Ingreso Bruto** los ingresos causados a favor de cualquier **Beneficiario Real** del **Concesionario** o de los miembros del **Concesionario**, o cualquier persona natural o jurídica de la cual

- ii) No tener el carácter de Beneficiarios de OPAÍN, en cuyo caso sus ingresos no forman parte de ese “Ingreso Bruto” al que se refiere la Cláusula 1.70 y en consecuencia, no es posible considerarlos para el cálculo de la remuneración de la CONCEDENTE.

5.1.7.6 Sobre la Pretensión Décima Tercera de la demanda inicial.

No obstante que el Tribunal ya ha consignado su posición respecto del Alcance de los derechos que tiene OPAÍN en su calidad de Concesionario y en particular sobre los que surgen de habersele concedido la explotación comercial del Puente Aéreo, atendiendo a que el Demandante expresamente invoca lo estipulado en las cláusulas 1.59, 10 [literales o) y bb)], 12, 82 y 85 del Contrato de Concesión, para solicitar una declaración sobre la autonomía e independencia que ostenta para *“desarrollar y mantener autónoma e independientemente, dentro de los límites de la autonomía de la voluntad y la buena fe convencional, todas las relaciones jurídicas contractuales que considere necesarias con terceros para el cumplimiento de su obligación, en la medida en que no se encuentren prohibidas por la Ley, como el arriendo de áreas o locales comerciales, con autorización de subarriendo, como se encuentra establecida la relación jurídica contractual con AVIANCA en el contrato de arrendamiento BO Ar 0011-04”*, el Tribunal considera necesario reiterar que del clausulado general del Contrato de Concesión surgen esos derechos que a la postre son el medio para el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

De la misma reitera el Tribunal que:

- (i) OPAÍN asumió los riesgos consignados en la cláusula 12 relativos a la remuneración deficitaria que no sea consecuencia de decisiones o actos de la Concedente o consecuencia del acaecimiento de una de las causas que activan la

el **Concesionario** o alguno de sus miembros sea **Beneficiario Real**, cuando quiera que tales ingresos tengan causa en la prestación de **Servicios Asociados a los Ingresos Regulados** y en la prestación de **Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados** o en la venta de bienes para el Aeropuerto o en el Aeropuerto.

asunción de riesgos de ésta (ANI en este proceso)-consignados éstos últimos en la cláusula 13-y

(ii) OPAIN asumió también los riesgos a que hace referencia la Cláusula 85.

Estas disposiciones son elementos determinantes de esa autonomía que constituye un elemento necesario para el cumplimiento de lo señalado en literal o)⁶⁴ de la Cláusula Décima relativa a las Obligaciones del Concesionario.

De otra parte, la Cláusula 82 sujeta la posibilidad de cesión del Contrato de concesión, a la autorización que otorgue la Concedente y **expresamente autoriza la celebración de subcontratos**⁶⁵

Invoca también la Convocante lo consignado en el literal bb) de la Cláusula 10 según la cual es obligación del Concesionario:

bb) Depositar en el Fideicomiso, en las subcuentas correspondientes, según se regula en este Contrato, todos los ingresos generados por la prestación de servicios o la venta de bienes en el Área Concesionada, cuando los servicios sean prestados o los bienes sean vendidos directamente por el Concesionario, o por un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real, de conformidad con lo estipulado en el numeral **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este Contrato.

Esta disposición que evidencia lo ya señalado sobre cuales ingresos constituyen, en los términos del Contrato de Concesión el “Ingreso Bruto”, entiende el Tribunal que se invoca por OPAÍN con el fin de obtener que se declare, como habrá de

⁶⁴ o) Realizar, por su propia cuenta y riesgo, la Administración y la Explotación Comercial del Área Concesionada.

⁶⁵ Cláusula 82. CESIÓN Y SUBCONTRATOS

“Subcontratos

El **Concesionario** podrá subcontratar parcialmente la ejecución del **Contrato** con personas naturales o jurídicas –particularmente con el Asistente Financiero y los Asistentes Técnicos, de ser el caso– que tengan la idoneidad y capacidad para desarrollar la actividad subcontratada. No obstante lo anterior, el **Concesionario** continuará siendo el responsable ante **Aerocivil** por el cumplimiento de las obligaciones del **Contrato**, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria que le asiste al Asistente Financiero y a los Asistentes Técnicos, en los términos señalados en los **Pliegos de Condiciones**. El **Concesionario** es el único responsable ante **Aerocivil** de la celebración de subcontratos (...).”

hacerlo el Tribunal al resolver otras Pretensiones, que los ingresos que deben depositarse en el Fideicomiso son aquellos derivados de actividades y prestaciones ejecutadas directamente por el Concesionario o por los Beneficiarios Reales del mismo. A partir de los análisis e interpretaciones consignadas en este aparte el Tribunal declarará la prosperidad de la **Pretensión Décima Tercera de la demanda interpuesta por OPAÍN.**

5.1.7.7 Sobre la Pretensión Décima Cuarta de la demanda interpuesta por OPAÍN.

Hace referencia esta pretensión a la declaración de improcedencia que espera de este Tribunal respecto de la imposición de una multa diaria de diez (10) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMLMV) a partir del 1 de octubre de 2012, aplicada por la AEROCIVIL a OPAÍN mediante comunicación 1070.092.5-2012047126 del 23 de noviembre de 2012, radicada en OPAÍN el 2012-12-11 con No. 20121100172582, dejándola sin efectos.

Encuentra el Tribunal que en la comunicación de 1070.092.5-2012047126 del 23 de noviembre de 2012, radicada en OPAÍN el 2012-12-11 con No. 20121100172582 la AEROCIVIL concluye *“que el concesionario OPAÍN S.A, ha incurrido en el incumplimiento de la instrucción impartida por la Aerocivil mediante las comunicaciones Nos. 1070.092.5- 2011044404 de 14 de diciembre de 2011 y 1000-2012017269 de 26 de abril de 2012 que implicaban para el Concesionario que al vencimiento del plazo del Contrato de Arrendamiento No. BO-AR-0011-04 (30 de septiembre de 2012) tenía el deber contractual de aumentar los recursos provenientes de los ingresos no regulados de la Terminal - Puente Aéreo, a fin de aumentar los recursos y cuya inobservancia es motivo de multa, conforme lo previsto en el numeral 63.19 de la Cláusula 63 del Contrato de Concesión, siendo procedente la imposición de una multa diaria al Concesionario OPAÍN S.A. equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), causados desde el día 01 de octubre de 2012, fecha desde la cual se predica el incumplimiento del Concesionario OPAÍN S.A, a la instrucción impartida por la Aerocivil y hasta el día en el cual se ajuste el contrato de Arrendamiento BO-AR-*

11-04 a lo estipulado en el Contrato de Concesión, por estar la misma ajustada a las disposiciones contractuales previstas en el contrato de concesión 6000169-GK-2006, hecho por el cual en sede administrativa se entiende agotada la multa que por medio de este escrito se confirma”.

Considera el Tribunal que lo ya señalado en relación las pruebas que permiten concluir sobre el alcance del Contrato de Concesión, así como lo que de la misma manera ha concluido en relación con el Contrato de Arrendamiento No. BO-Ar-0011-04 es suficiente para decidir la ausencia de fundamento legal o contractual que soporta la “instrucción” que a partir de interpretaciones de la Contraloría General de la República, la Interventoría contable y financiera convirtió en la recomendación con fundamento en la cual la Aeronáutica Civil decidió que debía Opaín incrementar ingresos y terminar o modificar el Contrato de arrendamiento. Interpretación, a partir de la cual concluye que la falta de atención a la citada “instrucción” constituye un incumplimiento contractual sancionable con una multa de *“diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), causados desde el día 01 de octubre de 2012, fecha desde la cual se predica el incumplimiento del Concesionario OPAÍN S.A, a la instrucción impartida”*

Con base en las consideraciones anteriores y las que en otros apartes del presente laudo se consignan en relación con el mismo asunto, el Tribunal declarará, de conformidad con lo pretendido, la improcedencia de la multa ya señalada.

De conformidad con lo señalado, el Tribunal declarará la prosperidad de la Pretensión Décimo Cuarta de la demanda de OPAÍN.

5.2 LAS EXCEPCIONES PRESENTADAS POR LA UAEAC como defensa ante las Pretensiones de la Demanda de OPAÍN.

La Unidad de Aeronáutica –AEROCIVIL- presentó como excepciones:

5.2.1 “Excepción de Obligatoriedad de los compromisos asumidos por OPAÍN.”

Con esta excepción la AEROCIVIL (hoy ANI en este proceso) se opone a las pretensiones de OPAÍN, por considerar que ésta “pretende sustraerse de varios de esos compromisos, sobre la base de: (i) de procurar que el juez del contrato haga interpretaciones de varias de sus estipulaciones en un sentido que ciertamente contraviene el objeto y el propósito del mismo contrato y el marco legal que lo gobierna *”pretende sustraerse de varios de esos compromisos, sobre la base, primero, de procurar que el juez del contrato haga interpretaciones de varias de sus estipulaciones en un sentido que ciertamente contraviene el objeto y el propósito del mismo contrato y el marco legal que lo gobierna”* (ii) desatender las instrucciones que le imparten tanto el interventor financiero, contable, tributario y administrativo como el propio Director General de la Aerocivil y (ii) *“buscar trasladarle a la Aerocivil tareas que claramente le corresponde a aquélla cumplir en virtud de los dispuesto en los artículos 1602 y 1603 del C.C, que deben cumplirse de buena fe”*

Esta excepción por las razones consignadas al resolver las Pretensiones de Opaín no está llamada a prosperar.

5.2.2 “Incumplimiento de varias de las obligaciones contractuales que Opaín asumió por virtud del contrato de concesión,”

La AEROCIVIL (ANI en este proceso) se opone a las pretensiones de OPAÍN señalando que éste pretende sustraerse de atender las instrucciones de los interventores y del Director General de la AEROCIVIL (cláusula 10, ordinales ff y gg); de explotar económicamente el Área Concesionada (cláusulas 1.59, 2, 10 y 61, principalmente); de pagar la contraprestación (cláusulas 1.33, 2, 60 y 61, principalmente); de ejecutar bien y en tiempo las Obras de Modernización y Expansión (cláusulas 1.56, 1.89, 2, 10 y 24 a 28, principalmente); y de mantener y proteger los Bienes de la Concesión (cláusulas 1.80, 2, 10, 42 y 54,

principalmente). Adicionalmente señala que OPAÍN incumplió varias de sus obligaciones al haber desatendido las instrucciones que le impartieron tanto el interventor financiero, contable, tributario y administrativo, como el propio Director General de la AEROCIVIL; al haberle introducido modificaciones al contrato BO-Ar-0011-04 en punto, particularmente, de su duración y de las condiciones para la restitución de las áreas en tenencia de AVIANCA; y al no haber tomado oportunamente acciones adecuadas para obtener la restitución de las áreas requeridas para la ejecución de Obras de Modernización y Expansión.

El Tribunal sobre estas excepciones habrá de declarar que por haber prosperado las Pretensiones de OPAÍN, salvo la Cuarta, relativa a las potestades excepcionales de los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993, que reclama como propias, por virtud de la cesión del Contrato de Arriendo celebrado entre la AEROCIVIL y AVIANCA, **las Excepciones formuladas por la Aeronáutica Civil (ANI en este proceso) serán rechazadas.**

5.3 PRETENSIONES DE LA AERONAUTICA CIVIL (ANI en este proceso).

Las Pretensiones de la AEROCIVIL (ANI en este proceso) se contraen a obtener del Tribunal una serie de declaraciones y en particular, a obtener que se ordene el pago de condenas consistentes en multas que según la misma se habrían causado por incumplimientos que imputa a OPAÍN.

5.3.1 Las Pretensiones Primera y Segunda de la de la Demanda de Reconvencción.

En los capítulos precedentes el Tribunal ya consignó su criterio en relación con instrucciones que la AEROCIVIL impartió a OPAÍN, a partir de consideraciones de la Contraloría General de la República y recomendaciones de la Interventoría, que el Tribunal ha señalado que por su contenido implican una orden de modificar el Contrato de arrendamiento cedido, y, en consecuencia, carecen de soporte contractual y que justamente por razón de la cesión son del resorte de OPAÍN, en tanto no vulneren las limitaciones pactadas tanto en el contrato de arrendamiento,

como en el de concesión. Sobre el punto el Tribunal precisó que *“A partir de las pruebas allegadas al expediente, el Tribunal identifica que en la cesión de la posición contractual que se hizo con ocasión del contrato de concesión por parte de Aerocivil a OPAÍN respecto del contrato de arrendamiento, hubo una cesión íntegra, sin que se consignaran limitaciones encaminadas a impedir su prórroga o renovación, ni tampoco estipulaciones encaminadas a establecer que debía procederse al incremento de los cánones de arrendamiento, aspectos cruciales en la controversia planteada, para su decisión, ante el Tribunal”*.

En lo que se refiere a las Pretensiones que en este aparte se analizan entiende el Tribunal que la Pretensión Primera⁶⁶, tal como fue formulada, hace referencia tanto a la orden de incrementar los ingresos, como la de asumir la explotación comercial que en desarrollo del contrato de arrendamiento fue entregada por la AEROCIVIL a AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA y la Segunda⁶⁷ únicamente a tal asunción. De acuerdo con lo ya señalado, es claro que al no existir fundamento contractual ni legal para atender esa instrucción, no existe una obligación susceptible de ser incumplida. En consecuencia, no se accederá a declarar el incumplimiento pretendido, ni tampoco a señalar que OPAÍN, a partir del 1º de octubre de 2012, ha debido asumir la explotación comercial que por virtud del contrato de arrendamiento ejerce AVIANCA en el Terminal Puente Aéreo **En los anteriores términos no prosperan las Pretensiones Primera y Segunda de la Reconvención.**

5.3.2 La Pretensión Segunda Subsidiaria de la Demanda de Reconvención.

⁶⁶ PRIMERA: Que se declare que Opaín incumplió obligaciones que asumió por virtud del Contrato No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, mediante el cual se le otorgó la "concesión para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C, al no haber atendido las instrucciones que le impartieron el interventor financiero, contable, tributario y administrativo y el Director General de la Aerocivil (cláusula 10, ordinales ff y gg), respecto de la explotación comercial del Terminal Puente Aéreo y las condiciones contractuales pactadas con Avianca en el contrato BO-AR-0011-04.

⁶⁷ SEGUNDA: Que, en consecuencia, se declare que Opaín, a partir del 1o de octubre de 2012, ha debido asumir directamente la explotación comercial del Terminal Puente Aéreo,

Por razón de la decisión que respecto de la Segunda Pretensión habrá de proferirse en los términos señalados, corresponde ahora referirse a la Pretensión Segunda Subsidiaria⁶⁸ respecto de la cual, por razón de la generalidad en que fue formulada la Primera, ya se anticipó que tampoco está llamada a prosperar. Así las cosas **la Pretensión Segunda Subsidiaria de la Reconvención no prosperará.**

5.3.3 La Tercera Pretensión de la Demanda de Reconvención.⁶⁹

La Tercera Pretensión se presenta como consecuencial y hace referencia a los perjuicios derivados de no atender las instrucciones relativas a modificar el contrato de arrendamiento BO-Ar-0011-04. Al respecto es claro de una parte que por no haberse declarado el incumplimiento no habría lugar a condena alguna en materia de perjuicios y de otra que no obra prueba alguna de los mismos. **En tal sentido no prospera la Tercera Pretensión de la Demanda de Reconvención.**

Las pretensiones Cuarta a Séptima fueron conciliadas y el Tribunal, como obra en los antecedentes aprobó lo pactado entre las partes.

5.3.4 Las Pretensiones Octava a Décimo Segunda de la Demanda de Reconvención.

No obstante que la Reconviniente no numeró como Décima Segunda la Pretensión a la condena en costas es claro que se trata de una Pretensión

⁶⁸ **SEGUNDA SUBSIDIARIA:** Que, en consecuencia, se declare que Opaín, a partir del 1 de octubre de 2012, ha debido exigirle a Avianca, por el uso del Terminal Puente Aéreo, un precio mayor al que venía percibiendo hasta ese momento y determinado de conformidad con las condiciones actuales del mercado relativas a la explotación comercial del Terminal Puente Aéreo.

⁶⁹ **TERCERA:** Que, también en consecuencia, se condene a Opaín a indemnizarle a la Aerocivil todos los daños que ésta ha sufrido y sufrirá como consecuencia de la decisión de Opaín de mantener y extender en el tiempo, más allá del 30 de septiembre de 2012, las condiciones pactadas con Avianca en el contrato BO-AR-0011-04.

independiente de la que le precede, por lo tanto para efectos del laudo se tendrá bajo esa numeración.

OCTAVA: Que se declare que Opáin ha incumplido obligaciones que asumió por virtud del Contrato No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, mediante el cual se le otorgó la *"concesión para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.*"* específicamente al haber dejado de pagar multas aplicadas de conformidad con el procedimiento pactado en el contrato (cláusula 10, ordinal 11), no pocas de ellas relativas a situaciones jurídicas definidas ya por el tribunal de arbitramento (cláusula 10, ordinal jj).

NOVENA: Que se declare que Opáin ha incumplido obligaciones que asumió por virtud del Contrato No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, mediante el cual se le otorgó la *"concesión para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C."* específicamente por:

- a. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones de mayo de 2011 (contratos de arrendamiento celebrados por el concesionario);
- b. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones de septiembre de 2011 (contrato de arrendamiento Instituto Distrital de Turismo OP-DC-CA-0214-10);
- c. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de noviembre de 2011 (modificatorios 6 y 7 al contrato de arrendamiento No. OP- COM-AE-09 celebrado con OTCA S.A.S.);
- d. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de enero de 2012(modificadorio 8 al contrato de arrendamiento No. OP- COM-AE-09 celebrado con OTCA S.A.S.);
- e. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de mayo de 2012 (contratos de arrendamiento del Nuevo Terminal de Carga);
- f. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de junio de 2012 (contratos de arrendamiento del Nuevo Terminal de Carga);
- g. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de julio de 2012;
- h. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de agosto de 2012(contratos de arrendamiento del nuevo terminal de carga);
- i. no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de septiembre de 2012 (contratos de arrendamiento del nuevo terminal de carga);

- j. deficiencias en las obras Fase 1 de la nueva terminal de pasajeros TI + T2 Adosada - Terminal 2 - Hito 6;
- k. , deficiencias en los diseños de detalle para la construcción de la Subestación Eléctrica de la Nueva Torre de Control;
- l. la ejecución de obras de la Salida Terminal de Carga TC1 (instalación de tuberías en concreto diámetro 24" red sanitaria) sin el cumplimiento de requisitos mínimos de seguridad y técnicos;
- m. . la ejecución de obras del Módulo 11 - Fase 2 - Nuevo Terminal de Pasajeros sin planos aprobados;
- n. la ejecución de obras de Módulos 14 y 15 de la TI del Nuevo Terminal de Pasajeros - Fase 2 sin planos aprobados;
- o. no corregir, dentro del plazo de 10 días, los errores en la póliza RCE No. P-100000072;
- p. . cobrar un valor mayor al debido a pasajeros por concepto de tasa aeroportuaria internacional;
- q. . el fondeo extemporáneo de la subcuenta Tribunal de Arbitramento;
- r. no corregir, dentro del plazo otorgado por la interventoría, el beneficiario de la póliza NB100000776 (amparo patronal); s. no acatar la instrucción impartida por la interventoría y el Director General de la Aerocivil en relación con la explotación comercial del Terminal Puente Aéreo al momento de la terminación contrato BO-AR-0011-04;
- s. no realizar de manera oportuna y completa la transferencia del 18% del total de los ingresos no regulados, asociados a la explotación comercial y a la publicidad del área comercial de la TI, a la subcuenta de excedentes de la Aerocivil;
- t. no modificar, dentro del término requerido por la Aerocivil, la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 100000296 - Amparo de Contaminación Accidental;
- u. no depositar el valor completo correspondiente al 4% de los Ingresos Regulados y no Regulados durante el Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión; y
- v. infracciones respecto de obligaciones de seguridad aeroportuaria al tener guardas y supervisores de seguridad sin la capacitación requerida y sin el respectivo carné.

DECIMA: Que, en consecuencia, se declare que —como lo establecieron los interventores técnico, operativo, ambiental y de mantenimiento y financiero, contable, tributario y administrativo del contrato de concesión y la Aerocivil— se han causado las multas a las que se refiere la pretensión inmediatamente anterior, en razón de los incumplimientos contractuales señalados.

UNDÉCIMA: Que se condene a Opáin al pago del valor de las multas a las que se hizo referencia en la pretensión inmediatamente anterior, debidamente ajustado de conformidad a la variación experimentada por el índice de precios al consumidor entre el momento en que dichas multas fueron impuestas y el día del pago, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y con los intereses corrientes o de mora a que haya lugar.

DECIMA SEGUNDA: Que se condene a Opaín a pagar las costas y gastos del proceso arbitral, incluidas las agencias en derecho.

5.3.4.1 La pretensión Octava de la Demanda de Reconvención.

La pretensión para el Tribunal no está llamada a prosperar, en la medida en que se refiere del pago de unas multas que no se precisan y respecto de las cuales tampoco se indica si se trata de multas aceptadas por el Concesionario o aún pendientes del procedimiento contractual dispuesto para el efecto. Se refiere también al incumplimiento del pago de unas multas aplicadas por un Tribunal de Arbitramento que aunque tampoco se precisa, este Tribunal entiende referidas al laudo arbitral emitido el 4 de octubre de 2012. En tal sentido, para el Tribunal es claro que éstas corresponden a decisiones en firme que como tal gozan de las características propias de la cosa juzgada, y por ende, no pueden traerse a un nuevo Tribunal pretensiones de incumplimiento, que son propias de la ejecución que sobre tal decisión debió hacer la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil. Por la ausencia de tipicidad y la existencia de cosa juzgada este Tribunal no accederá a la citada pretensión.

5.3.4.2 La Pretensión Novena de la Demanda de Reconvención.

El desarrollo del análisis correspondiente a las multas sometidas a consideración del Tribunal se efectuará por grupos de la siguiente manera:

5.3.4.2.1 Multas relativas a la atención de instrucciones impartidas por la AEROCIVIL.

Sin perjuicio de lo señalado al analizar las Pretensiones Décima Primera y Décima Cuarta de la demanda de OPAIN, el Tribunal considera necesario ahondar en el análisis de los hechos que dieron lugar al inicio del procedimiento tendiente a la causación de las multas y para ello debe evaluar conceptualmente el alcance de

las obligaciones establecidas en el contrato de concesión, en cuanto a instrucciones se refiere, así como las consecuencias de su inobservancia.

Encuentra el Tribunal que en el contrato de concesión, se señalaron una serie de obligaciones a cargo del concesionario consistentes en acatar las instrucciones dadas por el Director de la Aeronáutica Civil, así como por los interventores del contrato.

Así se lee en los literales ff) y gg) de la cláusula 10 del contrato

“... El concesionario será responsable de la ejecución completa y oportuna del Contrato, de conformidad con lo previsto en este documento, en sus apéndices y en los demás documentos que lo integran. Para tales efectos, el Concesionario deberá realizar todas las acciones, a su costa y riesgo, tendientes al cabal cumplimiento de este Contrato y tendrá a su cargo incluyendo, pero sin limitarse, las siguientes obligaciones, además de las contenidas en las normas constitucionales, legales o reglamentarias aplicables, en otras cláusulas del presente Contrato o en los documentos que lo integran, y las que se desprenden de su naturaleza:

...ff) Atender las instrucciones del Interventor de acuerdo con lo establecido en el numeral 77.1 de la CLAUSULA 77 y suministrar toda la información sobre el Proyecto, en las condiciones y términos establecidos en este Contrato. Para tales efectos, el Concesionario deberá tener en cuenta que el Interventor no podrá modificar o adicionar el presente Contrato.

gg) Atender las instrucciones dadas por escrito por el Director General de Aerocivil o su delegado, en las condiciones y términos establecidos en este Contrato...”

Al respecto considera el Tribunal que tales instrucciones deben darse dentro de los límites y alcances del contrato de concesión y deben velar por el cumplimiento adecuado de su objeto. En tal sentido la labor del interventor, sin perjuicio de su deber de vigilancia y control, es la de constituirse en colaborador en la consecución de la finalidad del proyecto.

En ese orden de ideas expresamente **se señaló en la cláusula 10 que a través de la instrucción no se puede modificar ni adicionar el contrato.** En ese sentido ha señalado el Consejo de Estado:

“... El interventor adelanta, básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista...”⁷⁰

Es por ello, que las instrucciones que pueden impartirse están limitadas por el ya referido alcance del contrato que implica la debida ponderación de las actuaciones de quienes están llamados a ejercer la vigilancia y control del negocio jurídico, que por su condición de contratistas tienen el deber de colaborar en el cumplimiento de las finalidades que establece de forma clara el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Bajo estos parámetros volvió el Tribunal a los supuestos relacionados con las multas que la Reconviente considera aplicables por el incumplimiento de la “obligación” de acatar las instrucciones que le impartieron el interventor financiero, contable, tributario y administrativo y el Director General de la Aeronáutica Civil, para que a partir el 1 de octubre de 2012, adoptara unas determinadas medidas con el fin de aumentar los recursos provenientes de los ingresos no regulados del inmueble denominado puente aéreo

A partir de lo anterior, el Tribunal reitera que la pretensión sancionatoria no tiene vocación de prosperar por las razones que fueron expuestas al indicar cómo habrán de decidirse las pretensiones sexta, séptima, octava, novena, décima undécima, duodécima, décima tercera y décima cuarta de la demanda de OPAIN, así como de las pretensiones primera, segunda, segunda subsidiaria y tercera de la demanda de reconvención.

5.3.4.2.2 Conductas Subsanadas antes del inicio del procedimiento.

Tal como fue expuesto por el Tribunal no tienen vocación de prosperidad las multas, cuando los hechos que en criterio de la interventoría dan lugar a las

⁷⁰Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Expediente 24266.

mismas, desaparecieron con anterioridad al inicio del procedimiento dispuesto para su aplicación. En esta parte se consignan las conductas respecto de las cuales se solicita declaración del Tribunal y que, de acuerdo con las pruebas aportadas fueron subsanadas antes del inicio del procedimiento o antes de su culminación:

5.3.4.2.1.1 No entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones de mayo de 2011

De acuerdo con lo establecido en el expediente, se encuentra la siguiente relación de comunicaciones:

- El 1 de junio de 2011 según oficio No. JAHV-ARC-281-2011, la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa le solicitó al concesionario emitir las novedades y actualizaciones que presenten los contratos de arrendamiento.
- El 9 de junio de 2011 (Oficio 20114000001005) el concesionario presentó las correspondientes novedades.
- El 25 de agosto de 2011 según oficio No. JAHV ARC 418-2011 la interventoría solicitó aclaraciones al concesionario, específicamente en cuanto a que no se había incluido la información relacionada con el contrato de arrendamiento con Beumer Group Colombia.
- El 31 de agosto de 2011, de acuerdo con el oficio 20114100058281, el concesionario remitió a la interventoría la documentación requerida.
- El 8 de septiembre, mediante oficio JAHV -ARC- 445-2011 rad. OPAÍN 20111100027512 del 08/09/2011 la Interventoría dio inicio al procedimiento de multa.

Los argumentos expuestos pueden resumirse así:

- i) Incumplimiento de obligación contenida en la cláusula 124 del otrosí No. 3, por la no entrega de Información completa relacionada con las novedades y actualizaciones de los contratos de arrendamiento del aeropuerto el Dorado.
- ii) OPAÍN no entregó dentro del plazo previsto en el contrato y el indicado por el interventor, la información relacionada con el Contrato BEUMER GROUP COLOMBIA suscrito el 4/05/11 (Cto. PO-DC-CA-0282-11)
- iii) El concesionario se retardó en responder 56 días hábiles.
- iv) El incumplimiento se presentó entre el 10/06/11 y el 1/09/11. Lo anterior equivale a 168smlmv, que corresponde a: \$89.980.800.oo

Como surge de la prueba documental aportada, la interventoría dio inicio al procedimiento de multa, una vez habían desaparecido los hechos constitutivos del presunto retraso. También encuentra el Tribunal que solamente hasta el 25 de agosto de 2011, es decir, cerca de 46 días después de que el concesionario había entregado la información, la interventoría hizo el requerimiento de la información adicional, que fue entregada dentro del plazo de 5 días hábiles determinado en el contrato.(Otrosí No. 3 cláusula 14)

Así las cosas de conformidad con las consideraciones efectuadas, el Tribunal estima que la naturaleza de apremio pactada en relación con las multas, resulta contraria al inicio de procedimientos, cuando las posibles causas han desaparecido. **Por tal motivo la multa a la que se hace referencia en este numeral no será impuesta por el Tribunal. Esta decisión implica de la misma manera que en lo que se refiere a esta parte, la pretensión Novena no está llamada a prosperar.**

5.3.4.2.2.1.2 No entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones de septiembre de 2011.

De acuerdo con lo establecido en el expediente se encuentra la siguiente relación de comunicaciones:

- El 4 de octubre de 2011 según oficio No. JAHV-ARC-489-2011, la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa le solicitó al concesionario emitir las novedades y actualizaciones que presenten los contratos de arrendamiento del mes de septiembre.
- El 11 de octubre de 2011 (Oficio 20114100063351) el concesionario presentó las correspondientes novedades.
- Según oficio No. JAHV ARC 509-2011 la interventoría solicitó aclaraciones al concesionario, específicamente en cuanto a que no se había incluido la información relacionada con el contrato de arrendamiento OP-DC-CA-2014-10 suscrito con el Instituto Distrital de Turismo.
- El 25 de octubre de 2011, de acuerdo con el oficio 201141000065021, el concesionario remitió la documentación requerida por la interventoría.
- Mediante oficio JAHV –ARC-528-2011 del 31 de octubre de 2011, la interventoría inició el procedimiento de aplicación de la multa.

Evidentemente la interventoría dio inicio al procedimiento de multa, cuando los hechos constitutivos del presunto atraso ya habían desaparecido.

Se reitera, de conformidad con las consideraciones efectuadas, que el Tribunal considera que la naturaleza de apremio de la multa que se pactó no puede conducir a que se inicien procedimientos, cuando las posibles causas han desaparecido. **Por tal motivo esta multa no será impuesta por el Tribunal y en lo que se refiere a esta parte, la pretensión Novena no está llamada a prosperar.**

5.3.4.2.2.1.3 No entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de noviembre de 2011.

De acuerdo con lo establecido en el expediente, se encuentra la siguiente relación de comunicaciones:

- El 1 de diciembre de 2011 según oficio No. JAVH-ARC-589-2011, la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa le solicitó al concesionario emitir las novedades y actualizaciones que presenten los contratos de arrendamiento del mes de noviembre.
- El 9 de diciembre de 2011 (Oficio 20114100071951) el concesionario presentó las correspondientes novedades.
- Según oficios No. JAHV ARC 0068 – 2012 y ARC 0090-2012 la interventoría solicitó aclaraciones al concesionario, específicamente en cuanto a que no se había incluido la información relacionada con el modificatorio 6 al contrato de arrendamiento OP- COM –AE -09 suscrito con OTCA S.A.S.
- El 22 de febrero de 2012, de acuerdo con el oficio 2012500008471, OPAÍN remitió la documentación requerida por la interventoría, sin algunos de los modificatorios correspondientes.
- El 24 de febrero de 2012, la interventoría mediante oficio JAHV-ARC-111-2012, solicitó copia de todos los modificatorios al citado contrato de arrendamiento, específicamente entre enero de 2011 y enero de 2012.
- El 28 de febrero de 2012 de acuerdo con la comunicación 20124100009081, OPAÍN remitió la información.
- Mediante oficio JAHV –ARC-134-2012 del 8 de marzo de 2012, la interventoría inició el procedimiento de aplicación de la multa.

Las fechas evidencian que la interventoría dio inicio al procedimiento de multa cuando habían desaparecido los hechos constitutivos del presunto retraso.

Reitera el Tribunal que la naturaleza de “apremio” que fue pactada implica que no hay lugar a la imposición de una multa cuando los fundamentos de hecho de la misma han desaparecido. De acuerdo con lo anterior, **esta multa no será impuesta por el Tribunal y en lo que se refiere a esta parte, la pretensión Novena no está llamada a prosperar.**

5.3.4.2.2.1.4 No entregar oportunamente las “Novedades y actualizaciones del mes de noviembre de 2011 (modificatorio No. 7 al contrato de arrendamiento No. QP-CQM-AE-09 celebrado con QTCA SAS,)”

De acuerdo con lo establecido en el expediente, se encuentra la siguiente relación de comunicaciones:

- El 1 de diciembre de 2011 según oficio No. JAVH-ARC-589-2011, la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa le solicitó al concesionario emitir las novedades y actualizaciones que presenten los contratos de arrendamiento del mes de noviembre.
- El 9 de diciembre de 2011 (Oficio 20114100071951) el concesionario presentó las correspondientes novedades.
- El 13 de febrero de 2012 según oficios No. JAHV ARC 0068 – 2012 y ARC 0090-2012 la interventoría solicitó aclaraciones al concesionario, específicamente en cuanto a que no se había incluido la información relacionada con el modificatorio 7 al contrato de arrendamiento OP- COM – AE-09 suscrito con OTCA S.A.S.
- El 22 de febrero de 2012, de acuerdo con el oficio 2012500008471, el concesionario remitió la documentación requerida por la interventoría.
- Mediante oficio JAHV –ARC-134-2012 del 8 de marzo de 2012, la interventoría inició el procedimiento de aplicación de la multa.

También en este caso, la interventoría dio inicio al procedimiento de multa, una vez habían desaparecido los hechos constitutivos del presunto retraso. **Por tal motivo esta multa no será impuesta por el Tribunal y en lo que se refiere a esta parte, la pretensión Novena no está llamada a prosperar.**

Refuerza lo anterior que se iniciaron 2 procesos de multas por los mismos hechos (entrega de información del mes de noviembre) y bajo las mismas comunicaciones.

5.3.4.2.2.1.5 No entregar oportunamente las “Novedades y actualizaciones del mes de enero de 2012 (modificadorio No. 8 al contrato de arrendamiento No. QP CQM-AE-09 celebrado con OTCA S.A.S)”

En el expediente obra lo siguiente:

- El 1 de febrero de 2012 según oficio No. JAVH-ARC-589-2011, la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa le solicitó al concesionario emitir las novedades y actualizaciones que presenten los contratos de arrendamiento del mes de enero.
- El 6 de febrero de 2012 (Oficio 20124100005761) el concesionario presentó las correspondientes novedades.
- Según oficios No. JAHV ARC 111 – 2012 y ARC 0090-20 la interventoría solicitó aclaraciones al concesionario, específicamente en cuanto a la no inclusión de la información relacionada con el modificadorio 8 al contrato de arrendamiento OP- COM –AE -09 suscrito con OTCA S.A.S.
- El 28 de febrero de 2012, de acuerdo con el oficio 20124100009081, el concesionario remitió la copia del Otrosí No 6 de fecha 2 de noviembre de 2011, remitió nuevamente el Otrosí No 7 de fecha 15 de noviembre de 2011 y el otrosí No 8 de fecha 24 de enero de 2012.
- Mediante oficio JAHV –ARC-134-2012 del 8 de marzo de 2012, la interventoría inició el procedimiento de aplicación de la multa.

También en relación con la solicitud de esta información, la interventoría dio inicio al procedimiento de multa, una vez habían desaparecido los hechos constitutivos del presunto retraso. **Por tal motivo la multa a la que se refiere este aparte no será impuesta por el Tribunal y en lo que se refiere a ella la pretensión Novena no está llamada a prosperar.**

5.3.4.2.2.1.6 No entregar oportunamente las “Novedades mes de mayo de 2012 (contratos de arrendamiento del Nuevo Terminal de Carga)”

De acuerdo con lo establecido en el expediente, se encuentra la siguiente relación de comunicaciones:

- El 5 de junio de 2012 según oficio No. JAVH-ARC-299-2012, la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa le solicitó al concesionario remitir las novedades y actualizaciones que presenten los contratos de arrendamiento suscritos por OTCA del mes de mayo.
- El concesionario realizó solicitud de ampliación del plazo.
- El 19 de junio de 2012 (Oficio 20124100024401) el concesionario presentó las correspondientes novedades.
- La interventoría, requirió la información relacionada con los contratos de subarriendo celebrados con OTCA S.A.S datados 25 de mayo y 30 de mayo de 2012.
- El 9 de julio de 2012, de acuerdo con el oficio 2012410008221, el concesionario remitió la documentación requerida por la interventoría
- Mediante oficio JAHV –ARC-391-2012 del 17 de julio de 2012, la interventoría inició el procedimiento de aplicación de la multa.

Una vez más la interventoría dio inicio al procedimiento de multa, una vez habían desaparecido los hechos constitutivos del presunto retraso.

De acuerdo con lo ya señalado, **esta multa no será impuesta por el Tribunal y por lo tanto en lo que se refiere a esta parte de la pretensión Novena no está llamada a prosperar.**

5.3.4.2.2.1.7 No entregar oportunamente las “Novedades y actualizaciones del mes de junio de 2012 (contratos de arrendamiento del Nuevo Terminal de Carga)”

De acuerdo con lo establecido en el expediente, se encuentra la siguiente relación de comunicaciones:

- El 3 de julio 2012 según oficio No. JAHV-ARC-357-2012, la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa le solicitó al concesionario remitir las novedades y actualizaciones que presenten los contratos de arrendamiento del mes de junio de 2012.
- El 9 de julio de 2012 (Oficio 20124100028221) el concesionario presentó las correspondientes novedades.
- Según oficios No. JAHV ARC 462 - 2012 la interventoría solicitó aclaraciones al concesionario, específicamente en cuanto a que no se había incluido la información relacionada con el contrato de subarrendamiento No. 061 del 12 de junio de 2012.
- El concesionario solicitó ampliación del plazo de entrega de la información
- El 7 de septiembre de 2012 de acuerdo con la comunicación 20124100038261, OPAÍN remitió la información.
- Mediante oficio JAHV –ARC-513-2012 del 19 de septiembre de 2012, la interventoría inició el procedimiento de aplicación de la multa.

La interventoría dio inicio al procedimiento de multa, una vez habían desaparecido los hechos constitutivos del presunto retraso.

Reitera el Tribunal el carácter de apremio de la multa pactada, no es congruente con su aplicación, cuando el presunto incumplimiento ha cesado. Por tal motivo, **esta multa no será impuesta por el Tribunal y en lo que hace a esta parte la Pretensión Novena no habrá de prosperar**

5.3.4.2.2.1.8 No entregar oportunamente las “Novedades v actualizaciones del mes de agosto de 2012 (contratos de arrendamiento del nuevo terminal de carga)”

De acuerdo con lo establecido en el expediente:

- El 3 de septiembre de 2012 según oficio No. JAVH-ARC-534-2012, la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa le solicitó al concesionario emitir las novedades y actualizaciones que presenten los contratos de arrendamiento del mes de agosto celebrados por OTCA
- El 12 de septiembre de 2012 (Oficio 20124100039121) el concesionario presentó las correspondientes novedades.
- Según oficio No. JAHV ARC 614-2012 la interventoría solicitó aclaraciones al concesionario, específicamente en cuanto a que no se había incluido la información relacionada con el contrato de subarriendo No. 0061 suscrito entre OTCA S.A.S. y CV Cargo S.A. Servientrega S.A.
- El 8 de noviembre de 2012, de acuerdo con el oficio 0124100050391, el concesionario remitió la documentación requerida por la interventoría.
- El 29 de noviembre de 2012, la interventoría mediante oficio JAHV-ARC-674-2012, inició el procedimiento de aplicación de la multa.

En este caso también la interventoría dio inicio al procedimiento de multa, una vez habían desaparecido los hechos constitutivos del presunto retraso.

El Tribunal en consonancia con lo ya señalado al respecto no impondrá esta multa. Tal decisión implica que esta parte de la Pretensión Novena no habrá prosperar.

5.3.4.2.2.1.9 No entregar oportunamente las “Novedades y actualizaciones del mes de septiembre de 2012 (contratos de arrendamiento del nuevo terminal de carga)”

En el expediente obran documentos que acreditan que:

- El 1 de octubre de 2012 según oficio No. JAVH-ARC-534-2012, la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa le solicitó al concesionario remitir las novedades y actualizaciones que presenten los

contratos de subarriendo del mes de septiembre de 2012 celebrados por OTCA S.A.S

- El 5 de octubre de 2012 (Oficio 20124100044051) el concesionario presentó las correspondientes novedades.
- El 31 de octubre de 2012 según oficio No. JAHV ARC 614 – 2012 la interventoría solicitó aclaraciones al concesionario, específicamente frente a los avances en el proceso de preconstitución del contrato de arrendamiento No. 74-168-95, suscrito entre OPAÍN y Súper Destinos Viajes Superior, así como la gestión realizada para legalizar la terminación de los contratos de mandato, suscritos con Central Parking System de Colombia y el envío del acta de entrega del contrato de arrendamiento No. 0063 suscrito entre OTCA S.A.S y Carguex.
- El 8 de noviembre de 2012, de acuerdo con el oficio 20124100050391, el concesionario remitió la documentación requerida por la interventoría,
- Mediante oficio JAHV –ARC-674-2012 del 29 de noviembre de 2012, la interventoría inició el procedimiento de aplicación de la multa.

Evidentemente la interventoría dio inicio al procedimiento de multa, una vez habían desaparecido los hechos constitutivos del presunto retraso, por tal razón el Tribunal no impondrá la multa a la que se refiere el presente numeral y, **en lo que hace a lo que esta representa respecto de la Pretensión Novena habrá de declarar la no prosperidad de la misma.**

5.3.4.2.2.1.10 Cobrar un valor mayor al debido a pasajeros por concepto de tasa aeroportuaria internacional.

De acuerdo con lo establecido en el expediente, se encuentra la siguiente relación de comunicaciones:

- El 14 de enero de 2011 según oficio 20115000000191, el concesionario le remitió a la AEROCIVIL, en cumplimiento de lo establecido en la cláusula 56.3 del contrato, le remitió a la AEROCIVIL, las tarifas indexadas de Tasa Aeroportuaria Internacional. según oficio No. JAVH-ARC-534-2012.
- Tanto la interventoría como la AEROCIVIL, estuvieron conformes según oficios JAHV-ARC-0034-2011 y 1070.092-2011001984, fechados 17 y 18 de enero de 2011, respectivamente.
- El 30 de noviembre de 2011 mediante oficio JAHV-ARC-0580-2011 el interventor financiero, contable, tributario y administrativo le solicitó al concesionario información financiera relativa a los cobros de tasas aeroportuarias, incluyendo planillas, informes físicos debidamente diligenciados y los demás documentos.
- El 5 de diciembre de 2011, mediante comunicación 20115000071041, dio contestación al requerimiento
- El 10 de enero de 2012, el interventor según oficio JAHV-ARC-0015-2012, formuló observaciones respecto del cobro de tasas aeroportuarias internacionales, informando que el concesionario había realizado cobros superiores a la tarifa autorizada en el período comprendido entre el 28 y el 30 de noviembre de 2011. El mencionado cobro se extendió durante parte del mes de diciembre, situación que fue informada por el interventor al concesionario según oficio JAHV-ARC-0025-2012, fechado 12 de enero.
- El concesionario realizó notas crédito, para remediar dicha situación.
- El 12 de enero de 2012, el interventor solicitó al concesionario de acuerdo con el oficio JAHV-ARC-026-2012, hacer los ajustes necesarios para revertir las notas crédito.
- Mediante oficio JAHV –ARC-050-2012 del 25 de enero de 2012, la interventoría inició el procedimiento de aplicación de la multa.

Es claro que la interventoría dio inicio al procedimiento de multa, una vez habían desaparecido los hechos constitutivos del presunto retraso y de acuerdo con la posición asumida por el Tribunal para estos casos, **no habrá de proceder la imposición de esta multa**. No obstante que ello resulta suficiente para decidir, el Tribunal resalta que en los documentos contractuales se hace referencia a la

Resolución 0546 de 2005 relativa al Recaudo de tasas, acto administrativo que en su artículo 12 señala que “ En todo caso se autoriza al Concesionario para celebrar convenios de recaudo de las tasas con las aerolíneas, de acuerdo con las disposiciones de esta resolución y del citado contrato.”, previsión que en lo que se refiere a la devolución que mediante notas crédito remitidas a la aerolínea, se hizo por el Concesionario, el Tribunal considera que corresponde a una conducta ajustada al contrato en razón a que si fue autorizado, -de acuerdo con la estipulación contractual que se transcribe,- que el Concesionario celebrara con las Aerolíneas convenios de recaudo, resulta ajustado al contrato que éste emitiera las notas crédito y las haya remitido a quien realizó el cobro para que éste, que es quien tiene el contacto directo con los pasajeros realizara las devoluciones.

Se agrega a lo anterior, que no obra en el expediente referencia alguna a la citada Resolución, ni tampoco referencias al procedimiento que el interventor CRISANTO GONZÁLEZ señala que fue omitido.

5.3.4.2.2.1.11 El fondeo extemporáneo de la subcuenta del Tribunal de Arbitramento.

De acuerdo con las comunicaciones que obran en el Expediente:

- El 15 de enero de 2012 la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa mediante oficio JAHV – ARC – 0040 – 2011, le solicitó al Gerente Técnico de Administración y Pagos del Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. el cuadro contentivo de los recursos de Tribunal de Arbitramento a 31 de enero de 2012.
- La mencionada solicitud fue reiterada según oficio JAHV-ARC-0040-2011 el 23 de enero de 2012.
- El Gerente Técnico de Administración y Pagos del Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. mediante comunicaciones 20127000004101 y 20127000008501 dio respuesta a la comunicación del interventor el 30 de enero y el 22 de

febrero, remitiendo la información sobre el fondeo de la subcuenta Tribunal de Arbitramento.

- El 13 de marzo de 2012, la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa solicitó mediante oficio JAHV-ARC-0148-2012, complementar la información.
- El 21 de marzo de 2012, OPAÍN S.A., según comunicación 20127000012131, entregó la información correspondiente.
- Según lo establecido en el oficio JAHV-ARC-0213-2012, la interventoría señaló que el respectivo aporte a la subcuenta debió hacerse no el 11 de enero de 2012, sino el 6 de enero de 2012 y por ende dio inicio del procedimiento de multa.
- Según consta en las pruebas aportadas “Con comunicación 20127000012131 de fecha 21 de Marzo de 2012, la Fiduciaria BANCOLOMBIA, respondió a la anterior solicitud, informando que el día 6 de enero de 2012 OPAÍN instruyó a la Fiduciaria para realizar el fondeo a la Subcuenta Tribunal de Arbitramento, mediante la Orden de Operación No. 12401 y .el cálculo realizado según lo detalla el Contrato, y además que en revisión de las ordenes de operación detectó el error operativo frente a la intención inequívoca de OPAÍN de Fondear la Subcuenta Tribunal de Arbitramento y procedió a realizar lo propio de tal manera que se pudiera retrotraer para proceder con su aplicación el 6 de enero de 2012, indicando igualmente, que el fondeo a la Subcuenta Tribunal de Arbitramento se dio con fecha 6 de enero de 2012, instante desde el cual manifestó, se registraron los rendimientos correspondientes en la subcuenta en comento.

Como puede determinarse, la interventoría no solamente inició al procedimiento de multa, cuando las dudas sobre la fecha de la operación habían desaparecido, sino hizo caso omiso de la información proveniente de la Fiduciaria que finalmente es quien realiza los movimientos ordenados por los fideicomitentes.

De acuerdo con las consideraciones ya consignadas, el Tribunal estima que el carácter de apremio que claramente se atribuye a las multas pactadas debe conducir a declarar improcedente la aplicación de las mismas en todos los casos

en los que el procedimiento se inicie, cuando las causas aducidas han desaparecido, máxime si las presuntas causas no pueden imputarse al Concesionario, como ocurrió en el presente caso. **Por tal motivo la multa relativa al fondeo tardío de la subcuenta del Tribunal de Arbitramento no será impuesta por el Tribunal y en lo que hace a la Pretensión Novena, por esta causa no habrá de prosperar.**

5.3.4.2.2.1.12 No realizar de manera oportuna y completa la transferencia del 18% del total de los ingresos no regulados, asociados a la explotación comercial y a la publicidad del área comercial de la T1, a la subcuenta de excedentes de la AEROCIVIL.

En relación con este asunto se encuentra en el expediente la siguiente relación de comunicaciones:

- El 24 de octubre de 2012 según oficio No. JAVH-ARC-061-2012, la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa le solicitó al concesionario información sobre el traslado del 18% de los ingresos asociados a la explotación comercial y a la publicidad del área comercial de la Terminal 1, a la subcuenta de excedentes de la AEROCIVIL.
- El 31 de octubre de 2012 (Oficio 20125000049061) el concesionario dio respuesta.
- La interventoría una vez analizada la respuesta, el 27 de diciembre de 2012, mediante oficio JAHV-ARC-0757-2012, comunicó al concesionario, que al no haber realizado la transferencia completa y de manera oportuna de los recursos a la Subcuenta de excedentes de la AEROCIVIL y al haber efectuado una compensación entre la Subcuenta Principal y la Subcuenta de Excedentes, procedía la multa.
- La discusión en el presente caso, tiene como causa, la obligación consignada en el otrosí 7 del contrato de concesión relativa a la obligación del concesionario de trasladar a la subcuenta de excedentes de AEROCIVIL, el 18% de la totalidad de los ingresos No regulados asociados

a la explotación comercial y a la publicidad. Dicha transferencia según lo pactado debe hacerse dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de cada recaudo.

- En el presente caso y de acuerdo con lo señalado en la demanda de reconvención y su contestación, un local de AVESCO (Kokoriko) fue objeto de controversia en el plano de deslinde de la Terminal 1, y por ello, se consignó hasta el 25 de septiembre de 2012, de forma incompleta el citado 18% a la subcuenta de excedentes de la Aeronáutica Civil, “nutriendo en exceso la Subcuenta Principal”, tal como lo señaló el Apoderado de la Aeronáutica en sus Alegatos.
- El concesionario hizo el traslado del exceso de la Subcuenta principal a la Subcuenta de excedentes, extemporáneamente.

De acuerdo con los documentos remitidos, el inicio del procedimiento de multa ocurrió una vez habían desaparecido los hechos constitutivos del aducido retraso.

Así las cosas de conformidad con las consideraciones ya consignadas, el Tribunal considera que el carácter de apremio pactado en relación con las multas, impide el inicio de procedimientos encaminados a su imposición, en aquellos casos en que las causas aducidas han desaparecido. **Por tal motivo la multa relativa al traslado extemporáneo del 18% de los ingresos, no será impuesta por el Tribunal.**

5.3.4.2.2.1.13 No modificar, dentro del término requerido por la AEROCIVIL, la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 100000296 - Amparo de Contaminación Accidental.

En la demanda de reconvención se señala que OPAÍN no atendió, oportunamente y en debida forma, la instrucción del Jefe de la Oficina de Comercialización e Inversión de la AEROCIVIL de realizar las correcciones a la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual (amparo de contaminación accidental) dentro de los plazos previstos por el Contrato de Concesión.

Se encuentra probado que:

- El 28 de septiembre de 2012, el interventor financiero, contable, tributario y administrativo, según oficio JAHV-ARC-528-2012, requirió al concesionario copia de la póliza P-100000296, relativa al amparo de contaminación accidental.
- OPAÍN dio contestación el 1 de octubre de 2012, según comunicación 20121000042931.
- Según oficio JAHV-ARC-0591-2012 del 19 de octubre de 2012, la interventoría comunicó a la AEROCIVIL, que en su concepto el anexo 7, certificado No. 4267432 de la póliza contenía falencias.
- De acuerdo con lo anterior el 2 de noviembre de 2012, la Aeronáutica Civil, requirió al concesionario para que modificara la póliza, según oficio 1070.092.5-12012043880, en cuanto al valor asegurado y el beneficiario de la póliza (Debería ser solamente la AEROCIVIL y terceros y no OPAÍN).
- OPAÍN corrigió el valor asegurado el 14 de noviembre de 2012, de acuerdo con la comunicación 20121000051321.
- El 19 de noviembre de 2012 de acuerdo con el oficio JAHV-ARC-652-2012, el interventor reiteró el requerimiento de ajustar el tema de beneficiarios.
- El 6 de diciembre, de acuerdo con el oficio JAHV-ARC-695-2012, hizo un nuevo requerimiento.
- El 17 de diciembre de 2012, el concesionario corrigió la póliza, según comunicación 20121000056991.
- El 14 de enero de 2013, el interventor financiero, contable, tributario y administrativo inició el procedimiento de multa, según oficio JAHV-ARC-032-2013.

Se evidencia que la interventoría dio inicio al procedimiento de multa, una vez habían desaparecido los hechos constitutivos del presunto retraso.

Reitera el Tribunal que el carácter de apremio pactado en relación con las multas, impide el inicio de procedimientos encaminados a su imposición, en aquellos

casos en que las causas aducidas han desaparecido. **Por tal motivo la multa relativa a No modificar, dentro del término requerido por la AEROCIVIL, la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 10000296 - Amparo de Contaminación Accidental, no será impuesta por el Tribunal.**

5.3.4.2.2.1.14 Ejecución de obras de la Salida Terminal de Carga TC1 sin el cumplimiento de requisitos mínimos de seguridad y técnicos.

En criterio de la interventoría, OPAÍN al acometer la instalación de tuberías en concreto de diámetro 24" de la red sanitaria, en desarrollo del Plan Maestro de redes, no adoptó las medidas mínimas de seguridad a las cuales se había obligado en virtud del contrato de concesión.

El 14 de diciembre de 2012, el interventor técnico según oficio JFA-A&C 0568-2012, le informó al concesionario que se había apartado de las Especificaciones Técnicas de Diseño (Apéndices D y E), al no haber tomado las medidas de seguridad y al no retirar las tuberías y los rellenos de la salida del Terminal de Carga TC1 y que, debía aplicársele la multa correspondiente.

La discusión parte de dos retrasos: el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Diseño (Apéndices D y E), y deficiencias en materia de seguridad industrial. La segunda de ellas quedó subsanada según reconocimiento que hizo la propia interventoría y la AEROCIVIL, según oficio 1070.092.5-2013001346 del 15 de enero de 2013, mediante el cual se ratificó en la multa:

“... en este aspecto es válido señalar que efectivamente se dio el cumplimiento del concesionario el cual fue advertido por el interventor técnico en las comunicaciones cruzadas sobre el particular, máxime cuando quiera que el mismo concesionario en comunicación No. 20123000057831 le indicó a la interventoría que había corregido las anomalías relacionadas con las consideraciones técnicas, con las cuales el concesionario adelantaba las obras sin el cumplimiento total de los requisitos contractuales previstos en las especificaciones técnicas de modernización y expansión contenidas en el Apéndice D E del Contrato de Concesión 60001690K-2006, tal y como lo informó la interventoría técnica en su comunicación JFA-A&C-0006-13...”

Frente a la primera de ellas, señaló la interventoría, en el oficio JFA –A &C-0561-12:

“... El concesionario viene ejecutando la instalación de la tubería en concreto de diámetro 24’ de la red sanitaria de aguas negras AN, entre los pozos 27N a 28N y en la zona de la glorieta No. 1 de acceso a CATAM, en condiciones anti Técnicas, que no permiten la ejecución ni el recibo de estas actividades, debido a que el concesionario procedió a ejecutar la instalación de las tuberías, cuando las zanjas se encontraban colmadas de aguas... Adicionalmente, el proceso constructivo no fue el adecuado pues debido al nivel que presentaba el agua, no se puede garantizar que las actividades previas para la colocación de la tubería, quedaran bien instaladas...”

De acuerdo con lo anterior, la AEROCIVIL procedió a mantener su postura frente a la imposición de la multa,

OPAÍN retiró la tubería y la instaló de nuevo.

Según lo informado por el interventor en el cuadro solicitado por el Tribunal, los motivos que dieron lugar al inicio del procedimiento desaparecieron el 21 de diciembre de 2012.

Como puede determinarse, la interventoría dio inicio al procedimiento de multa, una vez habían desaparecido los hechos constitutivos de la presunta falta.

Atendiendo a que el Tribunal ha considerado que el carácter de apremio claramente atribuido a las multas pactadas en el Contrato de concesión no es congruente con el inicio de procedimientos para sancionar al contratista, cuando las presuntas faltas han desaparecido, **la multa relativa a la Ejecución de obras de la Salida Terminal de Carga TC1 sin el cumplimiento de requisitos mínimos de seguridad y técnicos, no será impuesta.**

5.3.4.2.3 Conductas subsanadas durante el procedimiento.

5.3.4.2.3.1 No corregir dentro del plazo otorgado por la interventoría el beneficiario de la póliza NB10000076 (amparo patronal).

Encuentra el Tribunal que los hechos constitutivos del presunto incumplimiento, desaparecieron con anterioridad a que la Entidad concedente ratificara el procedimiento de multa.

En tal sentido obran los siguientes hechos

- Se inició el procedimiento según oficio JAHV-ARC-386-2012 por parte de la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa. el día 16 de julio de 2012, por considerar que se había mantenido como beneficiario de la póliza y no había modificado el valor asegurado.
- Mediante comunicación 20121000031751, fechada 31 de julio de 2012, el concesionario expuso las razones por las cuales consideraba no procedía la multa.
- El 3 de agosto de 2012, de acuerdo con la comunicación 20121000032451 el concesionario remitió el anexo con los ajustes correspondientes, excluyendo como beneficiario al concesionario.
- El 14 de agosto de 2012, la Aeronáutica Civil, según oficio 1070.247.2.2012031384 requirió al interventor, concepto para determinar si continuaba con el procedimiento de multa.
- El 14 de agosto de 2012, la interventoría según oficio JAHV ARC-452, se ratificó en la procedencia de la multa.
- El 15 de agosto de 2012 según comunicación 2012031517 la Aeronáutica Civil ratifica la procedencia de la multa.

Como puede determinarse, la Entidad finalizó el procedimiento, una vez habían desaparecido los hechos constitutivos del presunto retraso.

Tal como pudo señalarse en las partes considerativas, el Tribunal considera que la naturaleza pactada de apremio de la multa, no puede llevar a que se inicien o continúen procedimientos, cuando las posibles causas han desaparecido o cuando se tratan de asuntos accesorios. **Por tal motivo la multa en comento, no será impuesta por el Tribunal.**

5.3.4.2.3.2 No entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de julio de 2012.

De acuerdo con lo establecido en el expediente, se encuentra la siguiente relación de comunicaciones:

- El 1 de agosto de 2012 según oficio No. JAVH-ARC-421-2012, la interventoría financiera, contable, tributaria y administrativa le solicitó al concesionario emitir las novedades y actualizaciones que presenten los contratos de subarrendamiento del mes de julio celebrados por OTCA S.A.S.
- El 17 de agosto de 2012 (Oficio 20124100033061) el concesionario presentó las correspondientes novedades.
- El 22 de agosto de 2012 según oficio No. JAHV-ARC-462-12 la interventoría solicitó aclaraciones al concesionario, específicamente en cuanto a que no se había incluido la información relacionada con los contratos de subarriendo No. 0060 y 0061.
- El 7 de septiembre de 2012, de acuerdo con el oficio 20124100038621, el concesionario remitió la documentación requerida por la interventoría.

- Mediante oficio JAHV -ARC- 616-12- del 1 de noviembre de 2012 se solicitó al concesionario la remisión de novedades y actualizaciones para que presente los contratos de arrendamiento y/o explotación comercial celebrados por OTCA en virtud del contrato OP-COM- AE-09 correspondientes al mes de octubre de 2012.
- El concesionario mediante comunicación 20124100050921 del 12 de noviembre de 2012 envió el contrato de subarriendo No. 60 suscrito entre OTCA y AEROSERVICIOS AEROPORTUARIOS el 10 de octubre de 2012.
- La interventoría mediante oficio JAHV ARC 739-12 del 19 de noviembre de 2012 realizó observaciones y solicitó al concesionario la remisión del acta de entrega del contrato. El concesionario respondió mediante comunicación 2013410000591 del 4 de enero de 2013 y remitió la copia del acta de entrega del contrato.
- A raíz de algunas inconsistencias, la interventoría solicitó, mediante oficio JAHV-ARC-068-2013 del 29/01/13 confirmar si el acta enviada corresponde al Contrato de subarrendamiento No. 60.
- El Concesionario contestó el 7 de febrero de 2013 mediante comunicación 201341000006391 en la que manifestó que el acta fue presentada por OTCA.

Se inició el procedimiento de multa de acuerdo con los siguientes hechos:

1. Mediante oficio JAHV-ARC-513-2011 del 19 de septiembre de 2012. Rad OPAÍN 20121100097762 del 20 de septiembre de 2012, la interventoría, dio inicio al procedimiento de multa.
2. OPAÍN en desarrollo de lo establecido en la cláusula 63.20 del contrato presentó sus objeciones en la Comunicación 2013022418 rad. OPAÍN 20131000015311.

3. Mediante Oficio 1070.092.5-2013009641 del 7 de marzo de 2013, radicado OPAÍN. 20131100079682, la AEROCIVIL se ratificó en los argumentos tendientes a la causación de la multa

De acuerdo con lo anterior, la Entidad finalizó el procedimiento, una vez habían desaparecido los hechos constitutivos del presunto retraso.

Tal como pudo señalarse en las partes considerativas, el Tribunal considera que la naturaleza pactada de apremio de la multa, no puede llevar a que se inicien o continúen procedimientos, cuando las posibles causas han desaparecido o cuando se tratan de asuntos accesorios. En efecto, de lo antes narrado, se denota que se inició el procedimiento de multa y en su desarrollo se siguieron haciendo requerimientos extemporáneos, para después de forma improcedente, sumar dicho término a la tasación de la multa.

Analizado lo anterior es claro en primer lugar que el procedimiento finalizó, cuando OPAÍN ya había satisfecho lo solicitado por la Interventoría, de la misma manera el Tribunal encuentra que varias multas corresponden a “Actualizaciones y Novedades” que aparentemente cada mes deben ser reportadas a la Interventoría, pero cuyo contenido en efecto, no está consignado en ningún documento contractual, asunto que tratándose de sanciones tiene una especial relevancia por razón de la tipicidad exigible de la falta que se imputa, máxime en un contrato donde se dedica una amplia regulación al asunto de las sanciones aplicables y donde el término “Información” quedó librado a lo que la Interventoría o la AEROCIVIL consideraran necesario conocer. **Por tal motivo la multa en comento, no será impuesta por el Tribunal.**

5.3.4.2.4 Conductas subsanadas con posterioridad al agotamiento del procedimiento pactado y que no son procedentes por otras razones.

5.3.4.2.4.1 Deficiencias en las obras Fase 1 de la nueva terminal de pasajeros T1 + T2 Adosada- Terminal 2 – Hito 6

De acuerdo con lo establecido en el expediente:

- El 30 de julio de 2012, según oficio JFA A&C -0414-2012 el interventor técnico le informó al concesionario que algunas de las obras ejecutadas en el terminal de pasajeros T2 no cumplían a cabalidad con las Especificaciones Técnicas de Diseño contenidas en el Apéndice E del contrato de concesión. Al respecto, le señaló un plazo de 30 días para que corrigiera.
- Los presuntos incumplimientos hacían referencia a: detalles en las pinturas de los muros, ajustes y nivelación de cielos rasos, ensamble de marcos de puertas y dilataciones, detalles menores de barandas y pasamanos, nivelación de aparatos eléctricos, detalles menores de enchapes de muros y detalles de guarda escobas, vinílicos y aseo general de la obra.
- Consideró la interventoría que los mencionados detalles no fueron corregidos y por ende comunicó al contratista su decisión de iniciar procedimiento de multa.
- El 3 de agosto de 2012, OPAÍN objetó los planteamientos del interventor técnico según comunicación 20121000032281.
- La AEROCIVIL solicitó al interventor, según oficio 1070-247.1-2012032051 del 17 de agosto de 2012, su pronunciamiento para continuar con el trámite.
- El interventor según oficio JFA-A&C-0435-12 del 17 de agosto de 2012 se ratificó.
- La AEROCIVIL el 21 de agosto de 2012, según oficio 1070.092.5-201232379 consideró procedente la aplicación de la multa.

Considera el Tribunal que en el presente caso, los mencionados detalles, no tienen la envergadura para constituirse en causas de un incumplimiento. En efecto, tal como fue reconocido por el propio interventor en su prueba testimonial, se trataron de “detalles menores”, los cuales resultan propios de una obra de estas proporciones. Ante la pregunta realizada, reconoció que la terminal quedó

operativa, y por ende, si ello fue así, no ve el Tribunal por qué determinados ajustes, relacionados con detalles menores, sean objeto de un procedimiento de multa.

En tal sentido, la Interventoría a través del señor DIAZ GRANADOS señaló en su declaración:

“...la Terminal de pasajeros a pesar que quedó operativa, es más entró a una operación, hubo unos detalles menores y así lo expresamos nosotros en nuestro oficio cuando iniciamos los procedimientos sancionatorios que no impedían el recibo completo físico de la edificación, había unos detalles en pisos, en cielos rasos, en muros, menores pero que había que hacerlos, había que corregirlos y el contrato no prevé en ninguna parte que se pueda trasladar esos detalles menores en un plazo determinado...”

Efectuada la valoración de las pruebas, el Tribunal encuentra que la misma Interventoría reconoce que las falencias de la obra correspondían a “detalles menores” que no impidieron el recibo completo de la misma. Lo anterior para el Tribunal es suficiente para señalar que no habrá lugar a imponer esta multa y como consecuencia de ello, **en lo que se refiere a esta sanción la Pretensión Novena no habrá de prosperar.**

5.3.4.2.5 Conductas No Subsanaadas o Subsanaadas con posterioridad a La Finalización del Procedimiento y que el Tribunal declarará Procedentes.

5.3.4.2.5.1 Deficiencias en los diseños de detalle para la construcción de la Subestación Eléctrica de la Nueva Torre de Control.

El 7 de diciembre de 2012 el interventor técnico según oficio JFA – A&C - 0551-12, le informó al concesionario que los diseños de detalle de la Subestación eléctrica de la Nueva Torre de Control no cumplieron con los requerimientos técnicos aplicables y en consecuencia OPAIN había incumplido sus obligaciones contractuales previstas en:

- (i) la cláusula 21 del contrato de concesión,
- (ii) su Apéndice D,
- (iii) el acuerdo noveno del otrosí número 7,
- (iv) el artículo 288 de la FAA, en la parte 14 de los reglamentos aeronáuticos de Colombia y
- (v) en la figura 2.1. Capítulo, del documento 9157 de OACI.

El concesionario objetó la causación de la multa, según comunicación 20121000059231 y explicó sus razones.

Mediante oficio JFA – A&C – 0004 – 13, el interventor revisó los argumentos del concesionario y se ratificó.

El 14 de enero de 2013, la AEROCIVIL consideró procedente la aplicación de la multa, según oficio 1070.092.5-2013001355. Como parte de su argumentación señaló:

“...El incumplimiento de esos estándares, implica que la observancia e inclusión en los diseños de la totalidad de especificaciones que deben ser tenidas en cuenta por el Concesionario, según lo previsto en la Cláusula 21 del Contrato de Concesión, no se da y por lo tanto, los diseños entregados en tiempo, no se entregan completos, generando así la causación de la multa...”

OPAÍN efectuó la entrega a todas las exigencias contractuales el 1 de febrero de 2013, según el cuadro entregado al Tribunal por el interventor.

Del análisis de los elementos probatorios allegados al expediente, no encontró el Tribunal una causal justificativa por parte del concesionario en la entrega tardía de los correspondientes ajustes a los diseños, ni obran pruebas que permitan concluir que no se requerían, por lo que considera procedente la multa. **En tal sentido tasaré la multa correspondiente desde la finalización del procedimiento es decir el 14 de enero de 2013 hasta el 1 de febrero de 2013, fecha en la cual el concesionario subsanó el correspondiente requerimiento.**

5.3.4.2.6 Decisiones de la AEROCIVIL que vulneran los presupuestos de razonabilidad y tipicidad para su procedencia.

5.3.4.2.6.1 No corregir oportunamente los errores de la póliza RCE No. P-100000072.

En lo relativo al tema de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual, el Tribunal estima necesario indicar que durante el trámite no se allegaron, por ninguna de las partes, documentos que permitiesen establecer cuáles fueron las garantías aprobadas antes del inicio del contrato, cuáles fueron las coberturas que se pactaron en ellas, ni tampoco de las renovaciones que de las mismas se hubieren otorgado. Aunque la Interventoría y también la AEROCIVIL hacen referencia a ellas en varias comunicaciones, lo que obra en el expediente son una serie de anexos modificatorios, salvo en lo que se refiere a una póliza a la que se hará referencia más adelante,

De igual manera encuentra el Tribunal que ambas partes indistintamente durante el procedimiento de sanción y también en el proceso arbitral y en las pruebas allegadas, se refieren, como equivalentes, al seguro de aviación, al seguro de responsabilidad civil extracontractual y al seguro de responsabilidad civil extracontractual aeronáutica y así mismo se hace referencia a un acuerdo al que se habría llegado al inicio del Contrato en el que con la presencia de los estructuradores de la concesión y la aseguradora se habría establecido cuál sería la forma más adecuada para asegurar los amparos requeridos.

De análoga forma durante el procedimiento se observa que los anexos expedidos por las aseguradoras tienen diferentes numeraciones y fueron emitidos en conexión con el seguro de aviación, cuando podrían corresponder al seguro de responsabilidad civil extracontractual. Igual sucede con las copias de los certificados de cobro de prima. En lo que se refiere al amparo patronal se vincula al seguro de aviación, aunque la AEROCIVIL lo exige vinculado al seguro de responsabilidad civil extracontractual, según la denominación legal que en lo que

se refiere a los contratos estatales obra en las normas que regularon la materia desde antes de la expedición de la ley 1150 de 2007. La entidad aseguradora por su parte alude al seguro de responsabilidad civil aeroportuario.

Sin perjuicio de las anteriores observaciones que denotan una situación de compleja comprensión respecto del tema debatido, el Tribunal tiene como premisa que el requerimiento hecho en su oportunidad por la interventoría consistió en el ajuste del Anexo 29 – por el cual se habría renovado el contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual y no obra en el expediente- a lo dispuesto en el Decreto 4828 de 2008 (modificado por el Decreto 490 de 2009).

En efecto en las pruebas obra la comunicación de fecha 12 de mayo de 2011, identificada como JAHV-ARC-250- 2011, dirigida al Doctor JUAN ALBERTO PULIDO ARANGO, Gerente General Concesionario OPAIN S.A. y radicada en OPAÍN el 13 de mayo siguiente (Asunto: Imposición de Multa por presunta violación de las Cláusulas 7, numeral 7.2 y 10 literal gg), en concordancia con la Cláusula 63.19 del Contrato de Concesión 6000169 OK de 2006) en la que la citada firma de Interventoría señala:

“Por medio del presente nos permitimos informar que la Interventoría Financiera, Contable, Tributaria y Administrativa para la Concesión de la Administración, Operación, Explotación Comercial, Mantenimiento, Modernización y Expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá D.C., considera procedente iniciar el proceso de imposición de multa conforme a lo estipulado en la Cláusula 63 numeral 63.20.1, en ejercicio de la facultad contenida en el literal m) numeral 77.1 de la cláusula 77 del Contrato de Concesión No. 60001690K del 12 de septiembre de 2006, teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES

1. El Concesionario OPAIN mediante comunicación No. 20101000002081 del **19 de octubre de 2010**, remitió a la Aerocivil y a esta Interventoría la copia **del Anexo No. 29 Certificado No. 8001681**, mediante el cual renovó la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. P-100000072.
2. La Interventoría Financiera, una vez revisado el documento, mediante oficio No. JAHV-ARC-572-10 del 28 de octubre de 2010, planteó las siguientes observaciones respecto al contenido de la garantía: **a) Conforme al numeral 8.2 de la cláusula 8 del Contrato de Concesión, a) no se identificó expresamente el objeto de la garantía, b) No se incluyó el amparo de Responsabilidad Civil Patronal conforme a lo estipulado en el numeral 16.2 del artículo 16 del Decreto 4828 de 2008. c) Los beneficiarios deben ser la Entidad Contratante y los Terceros Afectados, no**

obstante se incluyó como beneficiario a OPAIN S.A. d) Dentro de los amparos no se evidencia el lucro cesante, conforme a lo estipulado en el Decreto 4828 de 2008.

3. Como consecuencia de lo anterior, la Sociedad Concesionaria el **04 de noviembre de 2010**, a través del oficio No. 20101000002241, sobre las observaciones planteadas argumentó, entre otras cosas:- "(...) - mediante acta del 31 de octubre de 2006 suscrita entre la U.A.E. de la Aeronáutica Civil, Mundial de Seguros S.A., Durán & Osorio Abogados y Opáin, las partes precisaron el contenido de la póliza en mención, así como el alcance de las coberturas de la misma. - La cláusula 8, numeral 8.2 del Contrato de Concesión no hace referencia alguna a la necesidad de incluir expresamente la identificación del objeto de la póliza en la misma. - El Amparo de Responsabilidad Civil Patronal no es objeto de cobertura en la póliza aeronáutica. - El hecho de que la póliza incluya como beneficiario a OPAIN no contraría lo dispuesto en el artículo 16 numeral 16.1 del Decreto 4828 de 2008. - Este asunto ya habla sido objeto de pronunciamiento por parte de la Aerocivil en el concepto emitido por la Directora Administrativa de dicha Entidad,(...) concluyó lo siguiente respecto a este asunto: "Por lo tanto ni el contrato, ni la ley impiden que el contratista sea beneficiario de la póliza (...)- Dado que el texto de la póliza de Responsabilidad de Aeropuertos es estándar a este tipo de póliza en el mundo, no es posible definir expresamente el cubrimiento del lucro cesante (...)."

4. La Aeronáutica Civil, el **04 de noviembre de 2011**, mediante la comunicación No. 1070.092.5-2010035529, teniendo en cuenta lo planteado por esta Interventoría en el oficio No. JAHV-ARC-572-10, le informa al Concesionario **que no aprueba el Anexo 29 de la póliza referida.**

5. La Interventoría Financiera le informó a la Aerocivil mediante oficio No. JAHV- ARC-593-2010 del **09 de noviembre de 2010**, que la garantía se encontraba ajustada al Contrato de Concesión, respecto a los valores y vigencias, sin embargo, persisten las observaciones planteadas en la comunicación No. JAHV- ARC-572-10 del 28 de octubre de 2010. De igual manera recordamos que pese a las observaciones referidas en el numeral 2 de este documento, las cuales se han expuesto con ocasión de la expedición de las vigencias anteriores de la Garantía, la Aerocivil ha procedido ha (sic) aprobar la póliza.

6. La Aeronáutica Civil mediante oficio No. 1070.092.5-2011002345 del 20 de enero de 2011, radicado en Opáin el 10 de febrero del mismo año, informó al Concesionario que **no aprobaba el anexo 29 certificado No.8001681**, hasta que no se atienda lo señalado en la cláusula 8 del Contrato de Concesión, el Artículo 16 del Decreto 4828 de 2008, y lo señalado por la Interventoría mediante oficio No. JAHV-ARC-572-10 del 28 de octubre de 2010; para lo cual otorgó un término de diez días hábiles contados a partir la fecha de radicación del oficio. (...)"

Surge de esta comunicación que se habría expedido por la compañía aseguradora un Anexo No 29 mediante el cual se habría renovado la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. P-100000072. Dicho Anexo no obra en el expediente, no obstante ser el documento que motivó los requerimientos de

ajuste y resultar necesario para decidir la Pretensión de la AEROCIVIL (ANI en este proceso).

Evidentemente, si como se indica en el oficio de la Interventoría mediante éste se **renovó** la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual sería exigible que su contenido atendiera lo indicado en el Decreto 4828 de 2008, para la fecha modificado por el Decreto 490 de 2009. Si por el contrario, el Anexo No 29 es simplemente modificadorio de una garantía de responsabilidad civil expedida antes de la entrada en vigencia del citado Decreto los ajustes no serían exigibles⁷¹ porque así se dispone en los artículos 28⁷² y 29⁷³ que claramente se refieren de una parte, a las pólizas “que se contraten” -expresión que es suficiente para deducir de la misma que únicamente aplica a las garantías que a partir de su vigencia sean contratadas y, de otra, que el citado Decreto rige a partir de su vigencia, sin que se exprese en forma alguna una aplicación retroactiva.

Ahora bien, cabe resaltar que en la cláusula 7.2 del Contrato de Concesión se acordó:

71 Sobre el alcance de la renovación que en nuestro derecho común surgió a partir de la regulación del contrato de arrendamiento la Corte Suprema se ha pronunciado para indicar que esta corresponde a un nuevo contrato (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL-Magistrado Ponente: - CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE-Bogotá, D. C., veintisiete (27) de abril de dos mil diez (2010). REF.: 11001-3103-003-2006-00728-01.

72 Artículo 28. Modificado por el Decreto 490 de 2009, artículo 1º. Obligación de adecuar las pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil a las normas de este decreto: Los representantes legales de las compañías aseguradoras están en la obligación de adecuar los clausulados de sus pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil a las disposiciones de este decreto. Para tal efecto deberán depositar ante la Superintendencia Financiera, dentro de los ciento veinte (120) días calendario siguientes a la fecha de entrada en vigencia de esta norma, los clausulados correspondientes. No será admisible la utilización de anexos o cláusulas contractuales que contravengan o que pretendan dejar sin efecto las disposiciones de este decreto, las cuales de llegar a emplearse se tendrán por no escritas, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda surgir por ello para los representantes legales de las compañías de seguros.

Durante el lapso de ciento veinte (120) días calendario a que se refiere el inciso anterior, las pólizas de seguro que se contraten mantendrán los clausulados que hasta la fecha de expedición de este decreto vienen rigiendo, salvo en lo que se refiere a las exclusiones previstas en el artículo 15.2 de este decreto, las cuales rigen a partir de la fecha y serán las únicas admisibles, por lo cual deberán incorporarse a las pólizas por vía de anexo. Vencido ese plazo, no serán admisibles pólizas que no se adecuen a las disposiciones de este decreto.

73 Artículo 29. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga los artículos 16, 17, 18 y 19 del Decreto 679 de 1994, el Decreto 280 de 2002, y el Decreto 2790 de 2002, y las demás disposiciones que le sean contrarias.

“(…) Lo dispuesto en el inciso anterior no obsta para que, en cualquier momento de la ejecución del **Contrato** (hasta el **Día** de la liquidación del mismo) en que **Aerocivil** advierta que la **Garantía Única de Cumplimiento** o las demás garantías a que se refiere la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** del presente **Contrato no cumplen con lo exigido en la mencionada ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia. de este Contrato, pueda exigir al Concesionario la corrección, ampliación o adecuación de dichas garantías,** en un plazo máximo de diez (10) **Días** contados desde el requerimiento de **Aerocivil**, so pena de incumplimiento grave del **Concesionario** de su obligación de mantener, adicionar o adecuar la **Garantía Única de Cumplimiento.**

Esta estipulación establece una facultad de la AEROCIVIL según la cual puede exigir, correcciones, ampliaciones o adecuaciones cuando éstas no se ajusten a la cláusula 8; no obstante, el Tribunal reitera de una parte, que no se allegaron pruebas que permitan precisar qué pólizas se expidieron y aprobaron al inicio del Contrato, ni tampoco las “renovaciones” que respecto de éstas se hubiere obtenido OPAÍN y, en consecuencia, no es posible concluir si en efecto aquellas o éstos *“no cumplen con lo exigido en la cláusula 8 del contrato,* condición que habilita a la entidad para solicitar los ajustes, correcciones o modificaciones y que se invoca en varias comunicaciones de la Interventoría para solicitarlas.

Aunque lo ya señalado es suficiente para decidir que la multa que la AEROCIVIL (ANI para este proceso), pretende que sea aplicada por no haber OPAÍN allegado en unos tiempos determinados los documentos modificatorios de la garantía de responsabilidad civil extracontractual, no habrá de prosperar por no haberse allegado la prueba de la renovación aludida, fundamental para verificar que no cumple con lo exigido en la cláusula 8 y las disposiciones del Decreto 4828 de 2008 (modificado para la época por el Decreto 490 de 2009), – el Tribunal analizará los asuntos que fueron discutidos durante el procedimiento sancionatorio, considerando que según la AEROCIVIL se trata del cumplimiento de una obligación prevista en el contrato que se concreta en la entrega de unos anexos y no de una discusión sobre el alcance o naturaleza del contrato de seguro, respecto de lo cual el Tribunal estima útil efectuar algunas consideraciones.

La interventoría considera necesaria la imposición de una multa frente a lo que considera incumplimiento de las obligaciones contractuales, entre otras razones, por la inclusión de OPAÍN como beneficiario del contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual, pero también por la ausencia de inclusión del amparo de responsabilidad civil patronal en el contrato de seguro, y al propio tiempo la no inclusión de la cobertura de lucro cesante y una observación en relación con el objeto de la garantía. El Tribunal observa que lo relativo al objeto de la garantía y al lucro fue subsanado y por lo tanto, contraerá su análisis entonces a los temas de beneficiario del contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual y al amparo patronal.

Al respecto se tiene lo siguiente

1 - En documento proveniente de JAHV Mc Gregor SA, se indica lo siguiente, en relación con la inclusión de OPAÍN como beneficiario del contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual y la inclusión del amparo de responsabilidad patronal:

" en tal sentido, si revisamos los términos y condiciones previstas en el contrato de concesión respecto a la póliza multirriesgo, tenemos que en la cláusula 9 riesgos asegurables se indicó 'el concesionario asumirá la carga, a su costa y riesgo de asegurar los daños causados por fuerza mayor o caso fortuito que puedan presentarse en las obras, bienes y equipos incluidos en el proyecto para lo cual celebrará los contratos de seguros correspondientes. Él concesionario asegurará dichas obras o bienes o equipos contra todo riesgo', es decir, que aquellos giran en torno a los imprevistos que deben ampararse y el tipo de bienes a incluirse en la garantía, pero no se establecen formalidades respecto a los asegurados y beneficiarios de esta póliza.

Así las cosas, tal y como lo hemos manifestado en varias oportunidades, respecto a los asegurados y/o beneficiarios en la póliza multirriesgo, no existe una regulación de tipo contractual ni legal (título III garantías decreto 1510 de 2013) que permita establecer la improcedencia expresa de la inclusión de los beneficiarios y asegurados atrás indicados, es decir, que frente al tema no existen 'condiciones y términos' previstos en el contrato de concesión que soporten un eventual incumplimiento del concesionario que permita considerar a esta Interventoría el inicio de un proceso de multa. Cabe advertir de igual manera que la instrucción impartida por la Entidad solamente giró en torno a los asegurados adicionales, dejando a un lado el tema de los beneficiarios.

En este punto, procede recordar frente al tema de los asegurados y beneficiarios en las pólizas constituidas por el concesionario, que la Aeronáutica Civil con ocasión de la instrucción impartida el 19 de abril de 2012, para corregir el beneficiario de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. NB-10000776 (vigencia 2011-2012), soportada tanto en el contrato de concesión como en lo previsto en el decreto 4828 de 2008, considero procedente la imposición de la multa prevista en el numeral 63.19 de la cláusula 63 del contrato de concesión, situación que si bien comprende el tema de los beneficiarios en una garantía, difiere de lo desarrollado en este documento por cuanto frente a las pólizas de responsabilidad civil extracontractual existe regulación legal y contractual al respecto que permita endilgar un presunto incumbe el concesionario a las condiciones y términos previstos en el contrato de concesión, esto es, el numeral 8.2 de la cláusula 8"

2 - La interventoría reprocha también, y lo erige como causal de sanción, el hecho de la ausencia de inclusión de la responsabilidad civil patronal dentro del contrato de seguro de responsabilidad civil. A su vez, la Aeronáutica Civil lo acoge como motivo de eventual incumplimiento por parte de OPAÍN.

3 - A juicio de la interventoría es menester la iniciación de un proceso sancionatorio por la inclusión de OPAÍN como beneficiario de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, y para ello encuentra también apoyo en una opinión de la dirección administrativa de la aeronáutica civil de fecha noviembre 29 de 2013, la cual concluye que "no sólo no tiene interés asegurable, sino que son totalmente ajenos al contrato de seguro multirriesgo, motivo por el cual no pueden figurar en él ni como asegurados ni como beneficiarios".

4- En relación con la ausencia de inclusión del amparo de responsabilidad civil patronal en la póliza de seguro de aviación, la Interventoría señala que la misma constituye una infracción a las disposiciones legales aplicables. Y respecto de la ausencia de precisión en relación con la identificación de la garantía o la extensión al lucro cesante solicita aclaraciones, como se hizo en comunicación del 28 de octubre de 2010.

5 - Se ha acreditado en el trámite que a partir de las instrucciones impartidas por la interventoría, se allegó un anexo emitido por la entidad aseguradora identificado

como certificado 8001908, anexo 32, vinculado con la póliza 100000072, de fecha 25 de febrero de 2011, en el cual se incorporan modificaciones derivadas de las indicaciones de la interventoría y de la Aeronáutica Civil. En el mismo se precisó, de un lado, que el objeto de la cobertura de vinculaba con la actividad de la concesión y, de otro, que comprendía el lucro cesante. En adición, se indica que tales precisiones comprenden " desde el inicio " de la vigencia de la póliza.

6 - En el testimonio rendido por el señor CRISANTO GONZÁLEZ, Director de la Interventoría, se alude al tema del beneficiario en el seguro de responsabilidad civil extracontractual, y en la versión escrita del alegato de conclusión el señor apoderado de la demandada y demandante en reconvencción menciona este testimonio como pertinente frente al asunto en cuestión, al propio tiempo lo hizo en su exposición el señor apoderado de la demandante y demandada en reconvencción.

De manera específica el señor González indicó lo siguiente:

"Doctor **Piquero**: Voy a pasar por un par de situaciones más que se van presentando unas que no tiene mucha conexión unas con otras que voy a pasar primero por ellas para luego quedarme en las que tienen más relación la una con la otra. Hay unas dificultades que se han presentado con la póliza de responsabilidad civil extracontractual en términos de amparos, en términos de su beneficiario, que es lo que pasa con esa póliza por que se está generando tanta discusión en relación con que quede esa póliza cubriendo los amparos que debe estar llamada a cubrir, según el contrato.

Señor González: frente al incumplimiento con el Estado, el contrato mismo dice quién es el beneficiario, si aparece un tercero tenemos que decir que no estamos frente al cumplimiento del contrato, siempre puede decir, no, desde el punto de vista de seguros puede ser válido, pero desde el punto de vista contractual uno tiene una obligación y la obligación se debe cumplir conforme la hemos pactado porque o si no para que se hace un contrato si no es para cumplir la obligación que está dada, nosotros no juzgamos que el hecho no sea permitido desde el punto de vista contractual lo que decimos es que no se está cumpliendo de cara al contrato la obligación que en él no aparece"

El Tribunal encuentra que según los documentos remitidos OPAÍN satisfizo parcialmente los requerimientos correspondientes a lucro cesante y al objeto de la

póliza, mediante anexo que fue entregado el 25 de febrero de 2011 que precisa además que su eficacia contractual comprende desde el inicio de la póliza. En lo que se refiere a su exclusión como beneficiario y a la cobertura del amparo patronal, obra una comunicación de la aseguradora según la cual el 20 de junio de 2011 el concesionario habría allegado el anexo amparo patronal NB, " concepto Patronal.", según se menciona en el oficio que OPAÍN remite a la Aeronáutica el 22 de junio, distinguido con el número 201100001111.

Al respecto, entonces, el Tribunal debe indicar lo siguiente:

a) Sobre OPAÍN como Beneficiario del contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual.

(i) OPAIN satisfizo el requerimiento mediante la aducción de un anexo aclaratorio en el cual se anuló la calidad de beneficiario respecto de OPAÍN, en el seguro de responsabilidad civil extracontractual. Se trata, por tanto, de un hecho que fue superado y que por lo demás, admite varias interpretaciones disímiles frente a aquella considerada por la Interventoría que dio curso a la iniciación de un procedimiento sancionatorio.

Cabe precisar que conforme al artículo 16 del decreto 4828 de 2008 que reguló el sistema de cobertura de los contratos con la administración y respecto del cual el Tribunal ya consignó que de acuerdo con sus disposiciones no aplica para pólizas otorgadas antes de su entrada en vigencia, se prevé en materia de asegurados y beneficiarios del seguro de responsabilidad civil extracontractual lo siguiente:

"16.1

....

En ellas tendrán la calidad de asegurados la entidad contratante y el contratista, limitado ello únicamente a los daños producidos por el contratista con ocasión de la ejecución del contrato amparado, y serán beneficiarios tanto la entidad contratante como los terceros que puedan resultar afectados por la responsabilidad extracontractual del contratista o sus subcontratistas. "

Observa el Tribunal que obran pruebas que evidencian, de un lado, que hubo una anulación de la calidad de OPAÍN como beneficiario y de otro, que cualquier eventual tardanza en la aducción del anexo no sólo aconteció respecto de OPAÍN sino también en relación con otros partícipes del proceso asociado al contrato de concesión, entre ellos la misma Interventoría, que se vio obligada a solicitar plazo para la entrega de las pólizas que le fueron exigidas en su calidad de contratista

En tal sentido en el expediente hay evidencia de tales demoras en acreditar o presentar un determinado anexo. Y ello debe considerarse en el sentido de que la emisión del documento proviene de un garante de la responsabilidad que es distinto a la parte que lo solicita, uno es el proveedor del servicio asegurador y otro el tomador del seguro. Con esa orientación el testigo González, indica que puede ser válido desde la perspectiva del seguro, pero no desde su abordaje, como interventor de las garantías del contrato de concesión. Tomando en consideración tal situación propia de la práctica aseguradora, se señalan unos plazos para allegar los anexos, los cuales en la dinámica de ejecución del contrato de concesión pueden estimarse como razonables.

Al respecto el Tribunal estima necesario indicar, tal como lo ha hecho en otros acápite del presente laudo:

(i) que un proceso de tantas y variadas relaciones negócias que concurren al fin del contrato estatal de concesión hay contratos relacionados, como lo es el del garante de la responsabilidad civil de la concesión, pero también se ha precisado que cada relación mantiene su autonomía e independencia contractual. De manera que no existe una preeminencia de un contrato respecto de otro y que un contrato por ser de garantía no muta su naturaleza en el contrato que garantiza o, dicho de otra forma, no por ser de garantía, en este caso de la responsabilidad civil, pierde su identidad contractual.

(ii) que sea que corresponda al carácter consensual genérico del contrato de seguro, o sea que se privilegie un atributo de solemnidad cuando se esté frente a una entidad estatal, lo cierto es que en el contrato de seguro hay documentos,

como los anexos que dan continuidad al contrato, al delimitarlo y que mantienen su eficacia contractual sin alteraciones.

(iii) que en el seguro de responsabilidad civil el beneficiario en rigor corresponde a aquel que sufre el perjuicio, es decir, un tercero indeterminado al momento de la celebración del contrato, denominado víctima por el artículo 1127 del código de comercio, a partir de la reforma introducida por la Ley 45 de 1990. Por eso los terceros damnificados tienen acción directa en contra del asegurador. Luego el beneficiario, en un seguro de responsabilidad civil, es el damnificado o víctima a quien el asegurado le cause daño o lesiones o, en general, una afectación, sin perjuicio de las prestaciones que le correspondan al asegurado, cuya responsabilidad justamente se asegura. Con esa perspectiva, entonces, el beneficiario es el damnificado. Se trata entonces, de un seguro por cuenta de un tercero determinable al momento del acaecimiento de la responsabilidad, es decir, del surgimiento de una deuda a cargo del asegurado.

(iv) que la observación de la interventoría se orienta, a partir de la transcripción anteriormente consignada, a la calidad de OPAÍN como beneficiario, principalmente en el seguro de responsabilidad civil.

(v) que la operación asociada con el contrato de concesión le corresponde a OPAÍN, como concesionario y, en tal virtud, la capacidad de generación de daño frente a terceros indeterminados la puede tener OPAÍN, en desarrollo del objeto de la concesión y

(vi) que OPAÍN hubiese figurado temporalmente como beneficiario de la póliza de seguro de responsabilidad civil resultaba, de un lado, una circunstancia que podía enmendarse, si así se requería, y, de otro, que no habría podido alegar como damnificado o víctima su propia actuación.

Cabe precisar, además, que en el contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual del cual es tomador y asegurado OPAÍN-y que es objeto de reparo por la interventoría y causa de la iniciación del procedimiento sancionatorio-

, en la cubierta de la póliza, que conforme a la legislación aplicable a las entidades de seguros hace explícita las condiciones positivas y negativas de la cobertura, se indicaba lo siguiente:

"Nota. Beneficiario. Terceros afectados y la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil y adicionalmente Opaín como beneficiario si para efectos del siniestro puede ser considerado como terceros. En este sentido se excluye cualquier tipo de responsabilidad civil de naturaleza contractual."

Significa lo anterior, a juicio del Tribunal que en su calidad de juez de los procedimientos sancionatorios, debe precisar que evidentemente el seguro analizado excluye cualquier cobertura de origen contractual, extraña al contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual, y que en un siniestro OPAÍN podría ser tomado como tercero.

Contraído el análisis del Tribunal como juez del procedimiento sancionatorio en lo atinente a la inclusión de OPAÍN como beneficiario del seguro de responsabilidad civil extracontractual, debe señalar, en adición a lo mencionado en otros apartes, que la naturaleza legal del seguro de responsabilidad civil es la protección de terceros y que cualquier extensión o ampliación de la cobertura que pretenda amparar los actos propios del tomador o asegurado resulta contraria al mandato legal, que justamente tiene como propósito brindar protección a terceros o damnificados, pero ello no impide que puedan las partes del contrato de seguro, asegurador y tomador, arribar al entendimiento que en una actividad de contornos tan amplios como la responsabilidad civil asociada con la gestión aeroportuaria el tomador pueda ser considerado como un tercero, por hechos adversos que le fueren causados o irrogados por otros partícipes o concurrentes en la tarea de gestión aeroportuaria. La descalificación a priori de una estipulación en tal sentido, ya suprimida, en el caso sometido a decisión del Tribunal dista de la aplicación de la utilidad o de la interpretación efectiva prevista en la legislación colombiana, entre otras en el artículo 1620 del Código Civil y de la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia en algunas sentencias, la primera en tema relativamente parejo al aquí debatido en providencia del 28 de febrero de 2005, expediente 7504, de la cual fue ponente Carlos Ignacio Jaramillo y en la misma

orientación, con diferente temática, segunda sentencia del 13 de mayo de 2014, referencia 5851.

En tal sentido es pertinente citar de la misma manera, la manifestación coincidente con la utilidad o la interpretación efectiva efectuada en el oficio del 12 de noviembre de 2009, dirigido a Luz Ángela Rodríguez Cepeda, Jefe de Comercialización e Inversión de la Aeronáutica Civil con referencia "solicitud concepto póliza de responsabilidad extracontractual, contrato de concesión 80001690K-2006" mediante el cual se da respuesta a la comunicación 1070.516.5-200903692, suscrito por María del Amparo Pérez Corredor, Directora Administrativa de la Aeronáutica Civil, quien señala haciendo referencia al decreto 4828 de 2008:

" ... Ni el contrato ni la ley impiden que el contratista sea beneficiario de la póliza, por cuanto al tener la póliza dos beneficiarios el daño no será necesariamente más grande"

Ahora bien, conforme a la narración hecha por el señor Director de la interventoría en el informe atrás transcrito, se allegan unos contratos de seguros de los cuales, a su juicio, hay disparidad con aquello que corresponde a la obligación contractual en materia del régimen de seguros y garantías previsto en el contrato de concesión.

Se efectúa una glosa expresa en relación con el seguro de responsabilidad civil, en cuanto la presencia de OPAÍN como beneficiario, al propio tiempo que respecto de los otros contratos de seguros contratados en la modalidad "multirriesgo", no se hace lo mismo. El concesionario allega el anexo aclaratorio y por tanto, el yerro que se le endilga a la manera cómo figura OPAÍN en el seguro de responsabilidad civil debe considerarse una situación rebasada. El problema, según las comunicaciones de la Interventoría y la AEROCIVIL, estriba en que se allegó tardíamente frente a los términos fijados para su entrega, pero ya indicó el Tribunal que **el Anexo 29 objeto de los reparos no se allegó al expediente** y que tampoco obran en el expediente, las garantías otorgadas antes de la entrada en vigencia del Decreto 4828 de 2008 modificado, entre otros, por el Decreto 490

de 2009, elementos necesarios para poder concluir que en efecto no cumplieron con lo dispuesto en la cláusula 8 del Contrato de Concesión, condición necesaria para la habilitación que fue dispuesta para que la AEROCIVIL según la cláusula 7.2 del mismo contrato, exija modificaciones, ajustes o aclaraciones de las pólizas otorgadas.

Al respecto es importante considerar, que conforme al numeral 2 del artículo 1048 del Código de Comercio, un anexo que hace parte integrante del contrato de seguro, tiene como propósito precisar o delimitar las circunstancias modales de asunción de compromiso por parte del asegurador y puede atender diversos fines, como ampliación de vigencia o de objetos asegurados o de personas que derivan o no beneficio del contrato de seguro. Se dispone que " los anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza" hacen parte integrante de la misma.

En este caso se advierte que los anexos allegados, dentro de los cuales no se encuentra el No. 29, son modificatorios.

Por ello, el Tribunal observa que constituye un hecho superado y de manera sustantiva una previsión contractual que no le dio acción nunca acción ni derecho a OPAÍN, pues habría significado auto demandarse por un hecho propio, esto es, concurrirían las calidades de damnificado o tercero (que no lo es) y de causante del daño, como operador de la concesión y asegurado en el seguro de responsabilidad civil. La anomalía se contrae a la extemporaneidad en la entrega del anexo.

Para concluir parcialmente, entonces, el Tribunal como juez de la controversia suscitada respecto de la orden de exclusión de OPAÍN como beneficiario en el contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual, que constituye fundamento para el procedimiento sancionatorio, **que de haberse probado que este contrato de seguro formaba parte de los celebrados antes del inicio del contrato y que en efecto se renovó mediante el Anexo No 29 –que una vez más se echa de menos en el expediente-, la exigencia eventualmente habría**

podido considerarse si dicha exclusión y la entrega del anexo no se hubieran efectuado y entregado en la oportunidad requerida.

b) Sobre el amparo patronal.

En lo que se refiere a la inclusión de la cobertura de amparo patronal en el seguro de responsabilidad civil extracontractual es claro que en lo que se refiere a la inclusión expresa de su cobertura la misma se dispone en el Decreto 4828 de 2008 y en consecuencia respecto de la solicitud de su incorporación debe considerarse lo que ya se ha señalado en relación con el contrato original y la renovación del mismo.

Respecto de la solicitud de aclaración para incorporar, el amparo patronal, sin embargo, no es claro, si la exigencia surge respecto del contrato de seguro de responsabilidad aeronáutica, o seguro de aviación, o se efectúa respecto de éste y también en relación con la garantía de responsabilidad civil extracontractual propia de los contratos estatales, pues en los documentos allegados al expediente se habla indistintamente de ambos.

Sobre la cobertura de responsabilidad civil patronal, que constituye fundamento de sanción, el tribunal estima lo siguiente

1 - La controversia alrededor de la existencia del amparo patronal estriba fundamentalmente en que a juicio de la interventoría es necesaria hacer explícita su cobertura mediante la emisión de un anexo o el señalamiento expreso dentro de los riesgos asegurados del contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual vinculado con la gestión aeroportuaria, si bien también en la documentación examinada por el Tribunal se alude como equivalente a la póliza de aviación. Y cabe agregar que luego se anuncia la existencia y entrega del anexo.

2 - Mientras que para la interventoría es menester acreditar un anexo expreso en tal sentido, para OPAÍN concurren dos circunstancias que la eximen de atender tal requerimiento: la primera la aprobación que hizo la Aeronáutica de las coberturas

presentadas por OPAÍN en encuentro llevado a cabo el 31 de octubre de 2006 y la segunda que ante la exigencia de acreditar dicho amparo patronal, las entidades aseguradoras han manifestado la imposibilidad de incorporarlo en el contrato de seguro o póliza de aviación. No obstante lo cual se informa, por parte de OPAÍN, la consecución del anexo y su entrega a AEROCIVIL.

Durante el trámite del proceso arbitral se allegaron varios documentos que comprueban los términos de la discusión como los informes de la interventoría que dan curso a la iniciación del procedimiento sancionatorio, las determinaciones de la Aeronáutica Civil para emprenderlo y copia de algunos anexos que el Tribunal considera relativos a los contratos de referencia que debe valorar como juez del contrato para efectos sancionatorios.

Con tal orientación el Tribunal indica, lo primero, que en dicha documentación no observa un anexo específico de amparo patronal, si bien se anuncia, y, por ende, constituye materia central de su labor hermenéutica a fin de establecer si ha debido o no allegarse el anexo materia de controversia. Y con base en ello determinar si hay o no procedencia, corrección o acierto en el procedimiento sancionatorio. Lo segundo que debe indicar, en congruencia con lo señalado en otros apartes del presente laudo, es que las multas pactadas son de apremio y deben aplicarse guardando el debido proceso.

De manera específica se tiene lo siguiente:

Obra en el expediente el Anexo 8 vinculado a la póliza 1000000296, certificado 4267475, expedido el 13 de noviembre de 2012. El riesgo asegurado es el amparo de los perjuicios patrimoniales que cause el tomador, es decir, OPAÍN con ocasión de una responsabilidad civil extracontractual y tiene como amparo adicional la contaminación.

También obran los certificados o anexos vinculados, como:

- i) El emitido el 25 de febrero de 2011 que precisa el objeto de la concesión como el referente del riesgo asegurado e incluye el lucro cesante.
- ii) El vinculado con la póliza 100000072, anexo 50, certificado 8002929, que excluye a OPAÍN como beneficiario del seguro de responsabilidad civil extracontractual y precisa como asegurado a OPAÍN, vinculado con el seguro de aviación.
- iii) El anexo vinculado con la póliza 100000072, anexo 51, certificado 8002976 que excluye como beneficiario a OPAÍN, asociado éste con el seguro de aviación.
- iv) El anexo vinculado con la póliza 100000072, anexo 51, certificado 8002976 que aclara al asegurado e incluye al consorcio constructor nuevo dorado, como integrante de la nómina de asegurado, conexo al seguro de aviación, y.
- y) El certificado 8001922, anexo 33, que hace referencia a la tasa de cambio y describe riesgos y valores asegurados, también referente al seguro de aviación.

Similares anexos se encuentran con numeración distinta, del 30 al 33, también asociados al seguro de aviación, adjuntos a la información contenida en el medio magnético correspondiente aportado durante el proceso, "archivo RCE 0072", en las páginas finales 70 a 73.

En el numeral 10 de la comunicación de fecha 12 de mayo de 2011 dirigida por la interventoría a OPAÍN se hace referencia a anexos distinguidos con los números 30 a 33 que también se mencionan en comunicación de OPAÍN dirigida a la Aeronáutica fechada el 22 de junio de 2011:

"para su información anexamos copia del comunicado 20110000050021, de fecha 20 de junio de 2011, por medio del cual Opaín, con un sentido de colaboración, remitió a Aerocivil y la interventoría, copia simple de amparo No. 1000000776 por concepto patronal"

Se observa en síntesis, entonces que se informa sobre la emisión de un anexo de amparo patronal y por ello es crucial el tema de la posibilidad de su emisión, al

constituir la causa del procedimiento sancionatorio y haber OPAÍN señalado en su defensa la aprobación del año 2006 por parte de Aeronáutica del sistema de cobertura y la previa afirmación, el 2 de marzo de 2011, de la aseguradora sobre la imposibilidad de emisión del anexo como integrante del seguro correspondiente, que según los documentos y comunicaciones señalados se habría superado con la información del 22 de junio de 2011.

Frente a tal situación en general, entonces el Tribunal estima necesario, en cumplimiento de su labor como juez, acudir a la interpretación más razonable para dilucidar el origen de la controversia y actuar con la justicia que demanda el tema. materia que ha sido objeto de pronunciamientos judiciales entre ellos de la Corte Suprema de Justicia, que en la sentencia del 21 de febrero de 2012, se refiere a la resolución judicial para indicar que *"... deba valorarse completo, pleno e íntegro el contrato y en su conjunto prestacional, tanto más que lo excesivo o el desequilibrio prestacional no deriva de una condición aislada, sino del complejo tejido contractual, según prudente, juiciosa o razonable ponderación por el juzgador del marco fáctico..."*.

La interpretación más razonable demanda apreciar la conducta concreta de la persona, bajo la condición que actúe de buena fe, tomando en consideración la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso junto con los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera, como se prevé en el derecho de contratos, al abordar los principios. Esa valoración concreta, se encuentra en decisiones de la Corte Constitucional, que ha señalado: "que la autonomía que la Carta reconoce que la interpretación legal o judicial tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de sus respectivos resultados...", sentencia C-301 de 1993. La labor interpretativa de los jueces está referida a la observancia del criterio de la razonabilidad, conforme lo señala también la Corte Constitucional en la sentencia C-530 de 1993. En idéntico sentido, se pronuncia la Corte Suprema de Justicia en providencia del 16 de diciembre de 2010.

Se trata, entonces, de ponderar con objetividad las circunstancias concretas. De suerte tal que en el caso sometido a decisión del Tribunal se registra la aprobación del sistema de cobertura por parte de la Aeronáutica Civil respecto del esquema

presentado por OPAÍN hecha en el año 2006; también la exigencia sobreviniente del decreto 4828 de 2008 respecto de la necesidad de acreditación del amparo patronal, la imposibilidad de presentarlo por parte de OPAÍN por la razón invocada por la aseguradora el 2 de marzo de 2011 y concluye con la iniciación del procedimiento sancionatorio del cual este Tribunal es juez, sin perjuicio de considerar que finalmente, el 22 de junio de 2011, OPAÍN informa sobre la consecución del amparo y su entrega a la AEROCIVIL

En esa tarea judicial la ponderación con razonabilidad, como lo señalan las providencias atrás reseñadas, impone de una parte, valorar las pruebas que hayan sido aportadas y de la misma manera analizar las circunstancias temporales como que, frente al sistema de cobertura, el 31 de octubre de 2006 se impartió aprobación y al propio tiempo -a partir de la vigencia del decreto 4828 de 2008- el amparo patronal en el seguro de responsabilidad civil extracontractual se constituyó en exigencia legal, para las pólizas que a partir del mismo se contrataran y cuya omisión condujo a que se confirmara la procedencia de la sanción el 13 de junio de 2011. Se observa igualmente que en el lapso comprendido entre 2008 al 2011, es decir, tres años, el requerimiento del amparo patronal fue en la etapa final materia de discusión por presunta infracción.

De análoga manera se advierte que las prácticas del comercio a las cuales se hizo mención precedentemente señalan, de un lado, que el profesional de la actividad aseguradora en comunicación del 2 de marzo de 2011 indicó la imposibilidad de emitir un anexo de amparo patronal en conexión con el seguro de responsabilidad civil aeronáutica. Esa circunstancia modal debe ponderarse. Como también que se informó por OPAÍN el 22 de junio de 2011 la expedición y entrega del anexo patronal, como quedó atrás transcrito. Así, el asegurador habría transitado de una manifestación de imposibilidad de emisión del anexo a una situación de capacidad para asumir la contingencia respectiva.

Por tanto, la apreciación concreta de las circunstancias indica que si en efecto lo exigido surgió con ocasión de una renovación de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, habría bastado la entrega oportuna del anexo de amparo

patronal, que se anuncia en comunicación de 22 de junio de 2011. El Tribunal registra que el anexo de amparo patronal evidentemente correspondía al seguro de responsabilidad civil extracontractual, al cual por lo demás lo adscribía la legislación aplicable y no al seguro de aviación, como lo manifestó OPAÍN. La certificación de imposibilidad de emisión hecha el 2 de marzo de 2011 por una compañía de seguros se refería al seguro de responsabilidad aeronáutica.

Como conclusión el Tribunal observa, entonces, que si en efecto hubo una renovación, OPAÍN habría incurrido en incumplimiento al no haber satisfecho oportunamente las indicaciones relativas a los anexos modificatorios de la exclusión de OPAÍN como beneficiario del seguro de responsabilidad civil extracontractual y del amparo patronal. Como se indicó, varias consideraciones pueden hacerse en torno al requerimiento de la exclusión de OPAÍN como beneficiario en el seguro de responsabilidad civil extracontractual, pero el Tribunal entiende que el debate sometido a su decisión no versa sobre la naturaleza del seguro de responsabilidad civil extracontractual, frente a la opción que el contratista pueda revestir la calidad de beneficiario de dicho seguro, de lo cual no hubo por lo demás comprobaciones o alegaciones sino, en los términos del contrato de concesión objeto de la controversia, el cumplimiento o no de una indicación que se le hizo al concesionario, a partir de las previsiones contractuales y habiéndose surtido etapas del procedimiento sancionatorio.

Corolario de lo anterior, es que de haberse probado la renovación de la garantía de responsabilidad civil extracontractual el Tribunal tendría que declarar próspera la multa por la no aducción oportuna de los anexos correspondientes vinculados al contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual. No obstante **la ausencia de la prueba conduce necesariamente a la decisión contraria. Por tal razón no habrá de prosperar la Pretensión Novena en lo que a esta multa se refiere.**

En esta materia el Tribunal concluye destacando que es claro que dos pretensiones la “r” y la “ö” se encaminan a obtener sanciones por temas relativos

al amparo patronal y claro también que OPAÍN entregó anexo relativo a dicho amparo el 3 de agosto 2012 y el 15 de agosto, satisfizo la exigencia.

5.3.4.2.6.2 Incumplimiento de obligaciones de carácter operativo, ambiental o de mantenimiento, específicamente de seguridad aeroportuaria, al tener el concesionario guardas y supervisores de seguridad sin la capacitación requerida y sin el respectivo carné.

Encuentra el Tribunal que la misma hace referencia a dos hipótesis, la primera de ella atinente a la presencia de 7 guardas sin carné, de un total de 40 en concepto de la interventoría: y 103 en concepto de la Aeronáutica Civil sin el curso de capacitación, originada en parte por el cambio de compañía y la falta de disponibilidad de cupos en el CEA.

Frente al material probatorio recaudado se centrará el análisis del mismo, en la prueba testimonial rendida por la Directora del Interventor Consorcio Operador Aeroportuario. Observa con preocupación el Tribunal, la serie de contradicciones en que incurrió la testigo, en su declaración. Sin embargo pueden concluirse de su declaración los siguientes aspectos:

En lo que concierne a la ausencia de *carnetización* y el tema de capacitación aseveró:

“DR. BARRERA: Y cómo era la metodología para la capacitación?

SRA. FERNANDEZ: Cuando una persona quiere ingresar a áreas restringidas Opain tiene establecido todo un procedimiento en donde se le pide por qué va a entrar, usted a qué empresa o a qué compañía pertenece, por qué necesita entrar a áreas restringidas, cuáles son sus funciones, básicamente se les...

DR. BARRERA: De pronto no me entendió, metodología frente al CEA, cómo era el procedimiento para la capacitación?

SRA. FERNANDEZ: Ah la capacitación en el CEA, pensé que para el carné así le entendí doctor, no, para tener el curso básico que es el resultado el cual estamos aquí discutiendo, la Aeronáutica Civil a través de su Centro de Estudios Aeronáuticos tiene establecidos unos cursos, una programación de cursos y un contenido de curso en donde le dictan a las personas que así lo soliciten previas unas inscripciones les dicta el curso de seguridad.

O sea, el procedimiento es que ese se solicita con una antelación el querer asistir al curso de seguridad básica, recurrente o para supervisores de acuerdo a la programación que hace anualmente el CEA, ellos tienen una programación, no es que todos los días se dicte es de acuerdo a los docentes que están en el momento porque ellos son itinerantes, ellos dictan capacitaciones en todo el país entonces anualmente el CEA saca un libretto en donde indica este año voy a dictar tantos cursos de seguridad básica, tanto cursos de seguridad operacional, tantos cursos de las diferentes áreas que tienen que ver con las funciones aeronáuticas.

DR. BARRERA: Y en ese período cuántos cursos dictó?

SRA. FERNANDEZ: No, no lo se doctor pero lo que sí está claro, quiero anticiparte a su pregunta, es que cuando Opain contrata la nueva compañía era deber de Opain indicarle, o en el pliego o en la forma como ellos invitan es una entidad privada ellos pueden contratar a sus contratista como lo consideren y ha debido pedir dentro de unos requisitos, señores para ustedes poder venir a prestar los servicios de vigilancia en el aeropuerto el personal que ustedes contraten debe tener el curso básico de seguridad que lo expide el CEA, y habían personas porque de hecho las 300-400 personas que hacían parte del S.O.S la anterior compañía lo poseían.

Fue como una falta de previsión cambiar tan rápido la compañía sin tener en cuenta que ese curso solamente lo dicta el CEA, era un curso especializado en el CEA, entonces antes de cambiar la compañía ha debido decirles, ojo, señor ustedes cumplen con este requisito o si no, usted por favor se cambia de compañía pero trate de ingresar la mayoría de guardas que estaban en la otra que poseen el curso, si son personas idóneas y capaces de funcionar.

DR. BARRERA: Usted afirmó que este tema era una obligación de medios.

SRA. FERNANDEZ: Si señor.

DR. BARRERA: En este tema sería una obligación de resultado?

SRA. FERNANDEZ: No, es una obligación de medio. Opain tiene que poner todos los medios que estén a su alcance para que una cosa tan complicada como es la seguridad se cumpla, si desafortunadamente se dan hechos como los que han ocurrido que se ponga una bomba en una avión o explote, sí pero tiene el contratista que demostrar que puso todo el cuidado para que la seguridad no se viera desprotegida que fue lo que en este caso sucedió, pues gracias a Dios no ha ocurrido nada pero pudo ocurrir porque estaba ingresando a un terminal recién inaugurado una cantidad de personal que no tenía ni idea qué era trabajar en un aeropuerto porque por primera vez ingresaba al mismo y de eso se da uno cuenta cuando no tenían el curso que generalmente todos los que estaban en la anterior compañía, creo yo o no creo yo, estoy segura conocían el aeropuerto y sus funciones.

DRA. CEDIEL: Qué razones adujo Opaín para el cambio de la compañía de...?

SRA. FERNANDEZ: Que el CEA no les había dado el curso, que una vez ingresa la compañía y desde luego a los 10 días cuando recibe esa visita de la autoridad aeronáutica y después la nuestra donde le evidencian que no tienen los cursos inmediatamente dice, ah no tengo los cursos del personal porque es que CEA no me ha dictado los cursos y en efecto o tenía la capacidad, no estaba preparado el CEA para tener que capacitar a 380 guarda en ese momento porque su capacidad es de 25 personas mensual yo creo, esto no lo puedo decir con exactitud porque no me sé la programación del CEA ni para ese momento tampoco lo recuerdo pero lo que sí se es que el CEA por colaborar después a Opaín después de que Opaín muy angustiado le dice mire, estoy antes este problema, tengo 380 guardas sin capacitar por favor deme cupo y el CEA parece que les abrió unos cupos extras y les estaba capacitando de 25 en 25 personas.

... DR. VENEGAS: Y frente al tema de carnetización?

SRA. FERNANDEZ: No, ese requisito sí se cumplió inmediatamente porque cuando la Aeronáutica Civil encuentra un gran número, creo que 40 sin carné, cuando nosotros fuimos, muy rápidamente puesto que no pasaron muchos días ya solamente uno estaba sin carné y en la actualidad todos y cada uno tienen carné y lo verificamos permanentemente...”

“... DR. VENEGAS: Y la capacitación es exclusivamente del CEA o lo podía hacer..?

SRA. FERNANDEZ: Sí, desafortunadamente en el tema de seguridad aeroportuaria solamente el CEA es el competente para dictar este curso.

DR. VENEGAS: Recuerda qué capacidad de prestación de ese servicio de capacitación tiene el CEA?

SRA. FERNANDEZ: Sí, por la fecha que venimos nosotros hablando 25 cupos les estaba dando.

DR. VENEGAS: 25 cupos en qué período?

SRA. FERNANDEZ: Yo no puedo decir...

DR. VENEGAS: Bimestral, semestral?

SRA. FERNANDEZ: No, esto era como, cada vez que estaba programado el curso les daban un cupo de 25, o sea, es difícil yo entiendo.

DR. VENEGAS: Pero, con qué frecuencia, con qué frecuencia?

SRA. FERNANDEZ: Yo diría que unos 15 días?... no, no lo tenemos y yo no puedo decir acá sino la verdad y nada más que la verdad como no lo se no lo digo.

DR. VENEGAS: Dentro de la descripción que usted hizo en la primera respuesta a la pregunta que le formuló el doctor Piquero usted mencionó que su función también consistía en verificar todos estos episodios, si entendí bien, de inseguridad, que no hubiese interferencia ilícita, le pregunto si durante estos 9 meses noviembre de 2012 a julio de 2013 cuántos episodios se presentaron?

SRA. FERNANDEZ: No afortunadamente ninguno.

DR. VENEGAS: Ninguno?

SRA. FERNANDEZ: Ninguno y tal vez paquetes dejados ahí extraños inmediatamente se verifican y no son positivos, pero sí hemos tenido conocimiento pero no en ese período, el más reciente que conozco es una granada dejada en un baño pero desactivada la cual se controló.

DR. VENEGAS: Pero en ese período?

SRA. FERNANDEZ: En ese período no lo recuerdo, creo que no, no, e incidentes que hayan impactado la seguridad como tal no, serían de público conocimiento.

DR. BARRERA: Explíqueme un tema usted ha dicho que ha tenido capacidad el CEA para 25 personas, ustedes verificaron la disponibilidad frente a esos cursos en ese período en los cuales se impusieron las multas?

SRA. FERNANDEZ: Pues no doctor...

DR. BARRERA: O parte del tema es que no estaban

SRA. FERNANDEZ: No doctor porque nosotros partimos de la base de que los guardas no han debido llegar a pedir capacitación, los guardas para cumplir su función han debido llegar capacitados porque ya estaban en sitio, no era dable el que ellos ingresaran sin lo básico que tenían que vigilar, entonces el que tuvieran o no cupo para nosotros no era...

DR. BARRERA: Cuántos vigilantes tiene el aeropuerto?

SRA. FERNANDEZ: En este momento 700 más o menos, alrededor de 700 porque la verdad y nada más que la verdad pero alrededor de 700, para esa fecha como era solamente el muelle internacional eran 380.

DR. BARRERA: Pero explíqueme cómo entran unos guardas supeditados a una capacitación que no se tiene clara la programación?

SRA. FERNANDEZ: Precisamente es deber de Opaín una vez decide o quiere contratar una nueva compañía poner como requisito específico que tienen que tener una capacitación básica en seguridad aeroportuaria y seguramente le dirá a su contratista este curso es difícil solamente se dicta en el CEA, luego una vez usted, porque el CEA le da capacitación a todas las personas que quieren tener ese curso pero de acuerdo a la programación.

O sea una empresa de vigilancia que quiere trabajar en el aeropuerto sabe que para entrar al aeropuerto debe contar con un curso específico que solamente dicta el CEA previamente la compañía de vigilancia si quiere prestar sus servicios, y debe y quiere cumplir con los requisitos que exige Opaín o así lo exigía la Aeronáutica sabe que no puede llegar a allá a ofrecer sus servicios sin el curso básico, está claro para las compañías de vigilancia, ellas se conocen en el medio que para trabajar en el aeropuerto tienen que tener un requisito adicional que se le exige a cualquier guardia de seguridad en otras compañías..”

Como puede verse, se trata de una obligación de medio, más no de resultado, y por ende, encuentra el Tribunal que según lo comentado por la propia directora de la interventoría, el contratista entró a subsanar de forma inmediata las deficiencias en cuanto a la carnetización.

Similar reflexión merece el tema de capacitación, por cuanto, tal como puede verse de la prueba testimonial recaudada, pueden señalarse dos causas frente a este tema: Por un lado el cambio de compañía realizado por OPAIN de S.O.S a VISE, sin que estuvieran la totalidad de guardas de seguridad capacitados, y por la otra, la ausencia de capacidad del CEA, para atender el volumen de guardas que requerían dicha capacitación.

Encuentra el Tribunal que la entidad demandante en reconvención, no estuvo en capacidad probatoria para establecer la ausencia de responsabilidad a cargo del CEA⁷⁴, por la ausencia de capacitación de los vigilantes correspondientes. Por el contrario, de la prueba testimonial recaudada se logró establecer que aunque existió disponibilidad por parte del concesionario para la realización de la capacitación correspondiente, no existió la capacidad del CEA para atender el volumen de vigilantes.

Por tal motivo, el Tribunal declarará **como no procedente la multa y en lo que se refiere a la Pretensión Novena, no está llamada a prosperar en lo que concierne a esta sanción.**

⁷⁴ Regulado en el artículo 57 de la Ley 105 de 1993: "... **Artículo 57º.- Centro de Estudios Aeronáuticos.** El Centro de Estudios Aeronáuticos - CEA -, funcionará de acuerdo con la naturaleza jurídica de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y su régimen académico se ajustará a lo previsto en el artículo 137 de la Ley 30 de 1992, para efecto de impartir capacitación a nivel profesional que de lugar al otorgamiento de títulos técnicos, universitarios y de especialización..."

5.3.4.2.6.3 Ejecución de obras del Módulo 11 – Fase 2 – Nuevo Terminal de Pasajeros sin planos aprobados.

- El 12 de diciembre de 2012 el interventor técnico según oficio JFA- A&C - 0002-13, informó al concesionario que éste ejecutó las obras del módulo 11 de la Fase II, en unos términos distintos de los que aparecían en los estudios, diseños y planos aprobados y sin haber adelantado previamente el procedimiento contractual para la modificación de los mismos.
- El concesionario a través del oficio 20121000059121 del 28 de diciembre de 2012, planteó su desacuerdo frente al inicio del procedimiento de multa.
- OPAÍN objetó la causación el inicio del procedimiento sancionatorio, por las siguientes razones:
 -
 - i). Porque el inicio de la imposición del apremio (cláusula 63,9) no tiene en cuenta el cumplimiento de las obligaciones por parte de OPAÍN,” en relación con la entrega de los Diseños de Detalle...Sobre las obras de modernización y expansión, y por ende carece de un hecho generador. Sostiene OPAÍN que la multa es improcedente si se tiene en cuenta que desde el 30 de noviembre remitió (oficio 2013000044151) los diseños de detalle de la nueva terminal T1+T2 adosadas, que los mismos fueron aprobados por la AEROCIVIL mediante oficio 1070-092.5-2011021737, que la interventoría igualmente otorgo su opinión respecto de los mismos en Comunicación JFA- A&C 0176-11 y que OPAÍN ha cumplido con el procedimiento contractual de la concesión previsto en la cláusula 21.2.
 - ii) Es improcedente la aplicación de la multa de la cláusula 63.9 ya que ésta contempla el incumplimiento de las especificaciones Técnicas de modernización y expansión de las especificaciones técnicas de diseño. Y este no es el caso, si se tiene en cuenta que la interventoría ha señalado que el procedimiento sancionatorio se inicia a raíz de que OPAÍN ha iniciado obras sin la aprobación de AEROCIVIL. Por lo tanto siendo los

procesos sancionatorios de aplicación restrictiva no hay lugar a la aplicación de multa por este concepto.

iii) la eventual imposición de multa contraría el principio de proporcionalidad, toda vez que OPAÍN cumplió con sus obligaciones.

iv) Las partes deberían intentar solucionar este desacuerdo de manera directa para ahorrar tiempo y costos

- La interventoría mediante oficio JFA-A&C 0002-13 del 2 de enero de 2013 (rad. AEROCIVIL 2013000700 del 4 de enero de 2013) ratificó su posición en el sentido de confirmar que OPAÍN incumplió el contrato, pues realizó las obras e inicio las actividades constructivas que en este oficio se enumeran, sin aprobación previa de los planos por parte de AEROCIVIL. Aclara, a raíz de lo señalado por OPAÍN, que el proceso sancionatorio no se inició por la entrega inoportuna de los diseños de detalle de la T1, sino por ejecutar las obras con planos diferentes a los aprobados. Además, en algunos casos, si bien OPAÍN ha solicitado la modificación de sus propios diseños, tal solicitud la ha hecho de forma tardía y ha empezado la misma, lo que evidentemente permite afirmar que la obra se ejecuta por fuera del marco de la autorización impartida

- La AEROCIVIL mediante oficio No. 1070092.5-2013001111 del 15/01/13. Rad. OPAÍN 20131100015182 del 15/01/13 se ratificó sobre la procedencia de la multa señalando que:

i) Está demostrado que OPAÍN ejecutó obras distintas a las aprobadas en los diseños de detalle por AEROCIVIL, haciendo modificaciones internas a sus diseños en contravía con el procedimiento exigido en la cláusula 21.2, disposición que exige aprobación expresa de AEROCIVIL de los diseños, así como de los ajustes o modificaciones que realice a los mismos en la etapa de modernización y expansión. Lo anterior es suficiente para concluir que existe incumplimiento al ejecutar las obras con diseños diferentes a los aprobados y que por ende se probó la existencia del hecho generador de la multa.

ii) OPAÍN Incumplió las especificaciones técnicas de diseños, por: a) cambiar sus propios diseños de detalle y ejecutar las obras con planos y especificaciones diferentes a las aprobadas, b) no entregar los planos de taller y no surtir las exigencias de la cláusula 21, c) por construir algunas obras del módulo 11 con planos y especificaciones diferentes a las aprobadas por autoridad.

iii) no se viola el principio de proporcionalidad, por el contrario se dan las condiciones de que trata la cláusula 69.3 para aplicar la multa. Dicha disposición prevé que se causa multa diaria de 20 SMLMV hasta que el concesionario demuestre que tomó las medidas para corregir el incumplimiento.

iv) el hecho de que la interventoría no haya cuantificado la multa al iniciar el procedimiento no implica violación de las garantías del concesionario, en la medida en que el quantum corresponde a la decisión. Asimismo porque el valor de la misma está establecido en la cláusula 63.9 del Contrato en la que se fija en 20 SMLMV. La multa se aplica a partir del 18 de octubre de 2012 fecha en la que la interventoría evidenció el inicio de las actividades en el módulo 11 T1 sin el cumplimiento de los requisitos contractuales, hasta la fecha en que OPAÍN demuestre que ha tomado las medidas para corregir los incumplimientos

De conformidad con los hechos consignados en las comunicaciones que se surtieron a lo largo del procedimiento se establece que la multa fue considerada procedente por parte del interventor y de la Aeronáutica Civil, de acuerdo con lo señalado por la cláusula 63.9 del contrato. Encuentra sin embargo el Tribunal, que los hechos que dieron lugar a su iniciación no corresponden al supuesto establecido por la citada cláusula.

En efecto, establece la cláusula 63.9:

“63.9 Multa por incumplimiento en las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión o en las Especificaciones Técnicas de Diseño.

Si durante la ejecución de las Obras de Modernización y Expansión el Concesionario incumple las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión contenidas en el Apéndice D del presente Contrato, o las Especificaciones Técnicas de Diseño contenidas en el Apéndice E, cuando fueren aplicables, se causará una multa diaria de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV). Estas multas se causarán hasta cuando el Concesionario demuestre que ha tomado las medidas necesarias y suficientes para corregir el incumplimiento respectivo a satisfacción del Interventor y de Aerocivil. Si transcurren más de seis (6) meses sin que se hayan tomado las medidas a que se refiere este numeral, o si hubiere transcurrido el plazo fijado por el Interventor o por Aerocivil al Concesionario sin que se hayan obtenido los resultados exigidos por el Interventor, Aerocivil podrá iniciar el procedimiento que se describe en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de este Contrato. Esta misma multa se causará, si vencido el plazo para remediar desperfectos en las Obras de Modernización y Expansión con origen en fallos en su ejecución, pero que permanecieron ocultos al momento de la suscripción del Acta de Verificación, el Concesionario no hubiere adecuado tales Obras de Modernización y Expansión a las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión contenidas en el Apéndice D del presente Contrato, o a las Especificaciones Técnicas de Diseño contenidas en el Apéndice E, según corresponda...”

Al respecto, el Tribunal encuentra demostrado y reconocido por la propia interventoría que el concesionario entregó los diseños detallados correspondientes y que estos fueron aprobados por la interventoría según las reglas establecidas en la cláusula 21.2 del contrato de concesión.

Se argumenta en el presente caso, para efectos de proceder con la multa, el hecho que el concesionario realizó obras en la T1, bajo cambios en diseños no aprobados por la interventoría.

Sin embargo, lo que generó la imposición de la multa fue la falta de autorización por parte de la interventoría a los **ajustes** realizados al diseño, según los elementos preceptuados por la cláusula 21.2. del contrato y no el incumplimiento de las especificaciones técnicas.

En ella se establece:

“... Una vez presentados y aprobados los estudios y diseños a nivel de detalle en los términos de este numeral, se entenderá que los estudios, diseños, planos, mapas y demás elementos que los compongan son propios del Concesionario y por tanto la responsabilidad de los mismos será asumido en su totalidad por el Concesionario.

La aprobación expresa o tácita, por parte de Aerocivil de los diseños a nivel de detalle presentados por el Concesionario, no servirá de excusa al Concesionario para el no cumplimiento de los resultados requeridos en las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión y en las Especificaciones Técnicas de Diseño, o para el no cumplimiento de cualquier otra de sus obligaciones bajo este Contrato. En consecuencia deberá adecuar en cualquier momento sus propios estudios y diseños de detalle, a su costo y bajo su responsabilidad, con el objeto de obtener los resultados previstos en el presente Contrato, considerando que el Concesionario mantiene siempre la obligación de entregar las Obras de Modernización y Expansión en los términos y condiciones establecidos en este Contrato, especialmente en lo que a los resultados señalados en las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión y en las Especificaciones Técnicas de Diseño se refiere.

Sin perjuicio de lo anterior, cualquier ajuste y/o modificación que realice el **Concesionario** durante la **Etapa de Modernización y Expansión** a sus propios estudios y diseños de detalle, en los términos del párrafo anterior, deberá ser aprobado por **Aerocivil** dentro de los veinticinco (25) **Días Hábiles** siguientes a la solicitud, aprobación con la cual se entenderá otorgado el permiso a que se refiere el artículo 1821 del Código de Comercio. Lo anterior salvo cuando la modificación, según concepto escrito del **Interventor**, no afecte las especificaciones previstas en este **Contrato** ni los Reglamentos Aeronáuticos aplicables en Colombia.

Si **Aerocivil** no se pronuncia dentro de los veinticinco (25) **Días Hábiles** siguientes a la solicitud para aprobar los ajustes y/o modificaciones de que trata el párrafo anterior, se entenderán aprobadas las modificaciones a los diseños de detalle presentadas por el **Concesionario** para el hito correspondiente, con los efectos previstos en la presente cláusula. Sin embargo, para que tal aprobación produzca efectos, el **Concesionario** deberá notificar por escrito a **Aerocivil** que, en desarrollo de lo previsto en este **Contrato**, se entiende otorgada la aprobación de los ajustes y/o modificaciones a los estudios y diseños presentados a **Aerocivil**...” (El subrayado fuera de texto)

Para el Tribunal, la cláusula en sí misma es contradictoria, en tanto establece que a partir de la aprobación de los diseños de detalle el riesgo total es del contratista, pero sujeta el cambio, a una aprobación tácita o expresa de la AEROCIVIL. En este punto pone de relieve el Tribunal que sería improcedente por ejemplo que ante una aprobación tácita de la AEROCIVIL, posteriormente el propio concesionario alegara que pudiera entregar una obra que no cumpliera con las especificaciones técnicas, bajo el entendido de que el cambio en el diseño fue consentido por la Entidad.

En el presente caso por el contrario, lo que se encuentra probado es que el concesionario no realizó el trámite de aprobación del cambio de los diseños por parte de la interventoría, pero ello no necesariamente significa que existió un incumplimiento de las especificaciones técnicas, por cuanto finalmente la obra fue aprobada por ella misma.

Si ello es así, **adolece el citado procedimiento del requisito de tipicidad y razonabilidad, propio de cualquier esquema sancionatorio público**, por cuanto los hechos que generaron el presunto incumplimiento no corresponden a la hipótesis reglada en el contrato.

5.3.4.2.6.4 Ejecución de obras de Módulos 14 y 15 de la T1 del Nuevo Terminal de Pasajeros – Fase 2 sin planos aprobados.

Por tener su fuente en los mismos hechos narrados al analizar el caso inmediatamente precedente, el Tribunal aplicará igual reflexión a la utilizada para este procedimiento y decidirá en el mismo sentido, **Por tal motivo, el Tribunal declarará como no procedente la multa y en lo que se refiere a la Pretensión Novena, no está llamada a prosperar en lo que concierne a esta sanción.**

A manera de recapitulación del criterio del Tribunal en relación con el ejercicio de la capacidad del concedente, con el apoyo de la interventoría, en relación con las multas debe indicarse lo siguiente:

El derecho contractual sancionador, asociado con los contratos estatales, en el contrato de concesión que sirve de fundamento para el examen de la controversia sometida prevé un procedimiento que, como se ha señalado en otros apartes, reviste característica de apremio, esto es, de compeler a que se haga algo. No se trata, entonces, y resulta útil recabar en ello, de un ejercicio que concluya en un carácter de automaticidad en el cual la labor del juez suponga un cotejo puro y simple de una conducta frente a la hipótesis de incumplimiento y comprobada la concomitancia entre una y otra deba, sin más, decretar la sanción. El

procedimiento sancionatorio previsto en el contrato con carácter de apremio implica, a juicio del Tribunal, un intercambio de opiniones, entre concedente, concesionario e interventor entre otros, orientado a determinar el verdadero alcance de una conducta ejecutada con ocasión del contrato, ámbito que brinda la garantía del debido proceso y la oportunidad de defensa. Ello, a diferencia de otras situaciones propias del derecho administrativo sancionador derivadas de situaciones legales o reglamentarias como las regulaciones del encaje de los operadores del sistema bancario o las sanciones imponibles por la Dian o aquellas que impone el Invima, en las cuales hay un ejercicio objetivo de verificación simple entre la conducta y la sanción. Incluso en las tasaciones anticipadas de perjuicios como la cláusula penal también hay un ejercicio de proporcionalidad.

El derecho contractual sancionador, vinculado con los contratos estatales, demanda una aplicación del criterio de razonabilidad que pondere las circunstancias concretas en las cuales se produce una determinada conducta, tanto más en un contrato de concesión como el analizado en torno al cual concurren varios otros contratos o situaciones, algunos ajenos a la voluntad del concesionario e incluso del concedente, como por ejemplo la capacitación dada por el CEA a los vigilantes o la conformación de los anexos modificatorios del contrato de seguro, entre otras varias circunstancias asociadas con las multas traídas a decisión del Tribunal en la demanda de reconvención.

En seguimiento de tales orientaciones, el derecho contractual sancionador de los contratos estatales tiene que ponderar también que el ejercicio del procedimiento de las multas tome en consideración los elementos extrínsecos incidentes en la producción de la conducta y que se haga con una interpretación, de los resultados contractuales, que resulte útil o contribuya al buen sentido, es decir, que resulte razonable.

De igual manera, el Tribunal registra que, en general, en los contratos hay incumplimientos de las obligaciones sin trascendencia, otros subsanables y algunos graves. De manera específica, en el caso analizado, algunos

incumplimientos fueron subsanados durante el procedimiento de apremio, en cumplimiento del propósito de compeler a hacer algo, en este proceso uno de estos incumplimientos amerita la imposición de una sanción e igualmente una se aprecia como cierta pero carente de relevancia

5.3.4.2.6.5 No depositar el valor completo correspondiente al 4% de los Ingresos Regulados y de los Ingresos no Regulados durante el período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión.

Una vez analizado el contenido del procedimiento de multa iniciado por la Aeronáutica Civil, se encuentran los siguientes antecedentes según lo narrado por el Apoderado de la Agencia Nacional de Infraestructura:

1. En los antecedentes que obran sobre el tema, el laudo del 4 de octubre de 2012, declaró que la cláusula 24 del contrato de concesión es oponible al concesionario.
2. La discusión básicamente se ha centrado en la aplicación de la citada cláusula. Ella señala: "... Independientemente de la causa que diera origen al Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión, imputable o no al Concesionario o a AEROCIVIL, o debida a Fuerza Mayor o Caso Fortuito, el cuatro por ciento (4%) de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados que se causen durante ese período, serán depositados en la Subcuenta de Excedentes de AEROCIVIL durante la totalidad del Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión...".
3. El 8 de octubre de 2012 el interventor financiero, contable, tributario y administrativo le solicitó a la Fiduciaria Bancolombia, mediante oficio JHV-ARC-0559-2012 un informe ejecutivo a 30 de septiembre de 2012 del Fideicomiso OPAIN - Aeropuerto el Dorado.
4. La Fiduciaria Bancolombia le dio respuesta el 14 de octubre de 2012 (comunicación C303700300-0661).

5. Luego del estudio de la información remitida por Fiduciaria Bancolombia, el 8 de noviembre de 2012 el interventor financiero, contable, tributario y administrativo a través del oficio JAHV-ARC-0635-2012 solicitó a OPAÍN y a Fiduciaria Bancolombia información más precisa sobre los valores registrados en los estados financieros, específicamente por concepto del 4% de los Ingresos Regulados y de los Ingresos no Regulados causados durante el Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión y sobre las sumas de dinero trasladadas a la Subcuenta Excedentes de AEROCIVIL, con corte a 8 de noviembre de 2012 .
6. El 15 de noviembre de 2012 OPAÍN le respondió, y ese mismo día, le solicitó definir un mecanismo para el cálculo de dicho 4% (comunicaciones 20121200051641 y 20121200051651).
7. El 16 de noviembre de 2012 el interventor financiero, contable, tributario y administrativo les solicitó a OPAÍN y Fiduciaria Bancolombia un informe total de ingresos y diferidos del período del 1° de septiembre al 31 de octubre de 2012 indicados en el informe que había remitido Fiduciaria Bancolombia el 14 de noviembre de 2012 (oficio JAHV-ARC-0649-2012).
8. El 20 de noviembre de 2012 el interventor financiero, contable, tributario y administrativo les solicitó a OPAÍN y a la Fiduciaria Bancolombia información específica sobre el registro contable CC3171 de la cuenta 725959505005 (oficio JAHV-ARC-0661-2012).
9. El 22 de noviembre de 2012 Fiduciaria Bancolombia le dio respuesta (comunicación C-303700300-0677), mientras que el concesionario lo hizo el 23 de noviembre del mismo año (comunicación 20125000053251).
10. El concesionario propuso luego, el 13 de diciembre de 2012, la modificación del Contrato de Concesión, modificar el ordinal e) de su cláusula 61.3.3 (comunicación 20121000056881).
11. El 18 de diciembre de 2012, el interventor financiero, contable, tributario y administrativo les solicitó al concesionario y a Fiduciaria Bancolombia los soportes del movimiento de la cuenta “711150511080 P.OPAIN 031-56991855 EXC AEROC” en el mes de noviembre de 2012, así como los

soportes del recaudo del 4%, detallando a qué mes corresponde y a qué facturas aplica el recaudo que se indica en el documento IG 0007845 (oficio JAHV-ARC-0732-2012).

12. El 21 de diciembre de 2012 le respondieron Fiduciaria Bancolombia (comunicación C303700300-737) y OPAÍN (20125000058231).
13. El 18 de enero de 2013, mediante oficio JAHV-ARC-0046-2013, el interventor financiero, contable, tributario y administrativo les solicitó a OPAÍN y a la Fiduciaria Bancolombia un ajuste en los estados financieros del fideicomiso en relación con el saldo del pasivo de la cuenta de código “7259505005 VALOR CONTRAPRESTACIÓN”, en cuanto se observaba una diferencia entre el valor de los ingresos causados reportados al concesionario y el saldo de la mencionada cuenta.
14. El concesionario respondió esta solicitud el 25 de enero de 2013 (comunicación 20135000004281).
15. El 31 de enero de 2013 la AEROCIVIL le solicitó al interventor financiero, contable, tributario y administrativo que se pronunciara respecto de la propuesta de modificación del contrato formulada por OPAÍN (oficio 1070.247.2-2013004292), lo cual hizo el 12 de febrero de 2013 (oficio JAHV-ARC-0111-2013).
16. Finalmente, luego de hacer una evaluación completa de la situación, el 22 de marzo de 2013 el interventor financiero, contable, tributario y administrativo le dio aviso al concesionario que había incumplido las obligaciones contractuales a su cargo, por no depositar de manera completa el 4% de los Ingresos Regulados y de los Ingresos no Regulados oficio y que, en consecuencia, debía aplicársele la correspondiente multa (JAHV-ARC-0201-2013).
17. El 23 de abril de 2013, según oficio 1070.092.5-2013016678, la Aeronáutica Civil, ratificó la imposición de la multa.

Una vez analizado el contenido de los respectivos antecedentes, encuentra el Tribunal la falta de claridad en la serie de hechos que generaron la supuesta situación de incumplimiento por parte del contratista.

Sin embargo, centrará su decisión el Tribunal en los argumentos expuestos por la AEROCIVIL en el momento de la ratificación del procedimiento y que básicamente se resumen en los siguientes aspectos:

“... Así mismo, quedó demostrado que mediante comunicación 20121200051651 de 15 de noviembre de 2012, el Gerente de OPAIN S.A. solicitó a la Aerocivil **“la implementación de mecanismo para el pago del 4% a que hace referencia la Cláusula 24 del Contrato de Concesión y literal e) de la Cláusula 61.3.3. del mismo”** y proponiendo dos fórmulas, la primera que se permita pagar dicho 4% junto con la contraprestación semestral y la segunda que se permita pagar 10 días después de terminado el mes contable, donde hay certeza de los Ingresos regulados y no regulados causados, recaudados y conciliados. De dicha comunicación se corrió traslado a la Interventoría Financiera para su pronunciamiento, la que se pronunció según comunicación JAHV-ARC-0750-2012 del 24 de diciembre de 2012, dejando claro, que el cuatro por ciento (4%) de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados que se causen durante la totalidad del Período de Extensión de la Etapa de modernización y expansión, y que deben ser depositados en la Subcuenta de Excedentes de la Aerocivil, no pueden disminuir los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados causados por el concesionario y por ende no pueden disminuir los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados causados por el Concesionario y por ende no pueden disminuir los Ingresos Brutos base para la liquidación de la contraprestación del (46,16%) a girar a la Aerocivil.

Una vez la interventoría examinó la información financiera con corte a 30 de noviembre de 2012, la cual fue obtenida mediante la comunicación 20127000002361 del 16 de enero de 2013, solicitó al Concesionario en comunicación JAHV-ARC-0046-2013 de 18 de enero de 2013, realizar el ajuste al saldo del pasivo a 31 de diciembre de 2012, correspondiente a la contraprestación a girar a la Aerocivil y específicamente en lo referente a la disminución de los ingresos causados por la Concesión con el 4% ante lo cual OPAIN S.A. en comunicación 20135000004281 de 25 de enero de 2013 manifestó a la Interventoría su desacuerdo con la posición asumida frente al pago del 4% y le solicitó reconsiderar lo expuesto en su comunicación...”

Como puede verse nos encontramos ante la iniciación de un procedimiento de multa cuyo hecho principal es el descuento que ha venido haciendo OPAIN S.A., del 4% de los ingresos regulados y no regulados, para efectos de establecer la contraprestación del 46.16%.

En tal sentido pasará el Tribunal a analizar las correspondientes normas, con la finalidad de dilucidar la procedencia o no de la multa.

Señala la cláusula 24 del contrato de concesión:

“... CLAUSULA 24. PLAZO DE LA ETAPA DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN

La **Etapa de Modernización y Expansión** tiene una duración estimada de sesenta (60) meses, contados a partir del momento de la suscripción del **Acta de Inicio de la Etapa de Modernización y Expansión**. Sin embargo, el plazo efectivo de la **Etapa de Modernización y Expansión**, será aquel que efectivamente transcurra entre la suscripción del **Acta de Inicio de la Etapa de Modernización y Expansión** y la suscripción del **Acta de Finalización de la Etapa de Modernización y Expansión**.

Independientemente de la causa que diera origen al **Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión**, imputable o no al **Concesionario** o a **Aerocivil**, o debida a **Fuerza Mayor** o **Caso Fortuito**, el cuatro por ciento (4%) de los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados** que se causen durante ese período, serán depositados en la **Subcuenta de Excedentes de Aerocivil** durante la totalidad del **Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión**.

Por lo tanto, si por cualquier causa, imputable al **Concesionario**, a **Aerocivil** o constitutiva de **Fuerza Mayor** o **Caso Fortuito**, se produjera un **Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión**, el cuatro por ciento (4%) de los **Ingresos Regulados** y de los **Ingresos no Regulados**, no hará parte de la remuneración del **Concesionario** y será depositado directa y definitivamente en la **Subcuenta de Excedentes de Aerocivil**. Estas sumas no serán transferidas a la **Subcuenta Principal**, ni aún en el evento de terminarse la totalidad de las **Obras de Modernización y Expansión** y suscribirse el **Acta de Finalización de la Etapa de Modernización y Expansión**.

Lo anterior, sin perjuicio de las consecuencias de eventuales incumplimientos para las partes, en especial, de ser el caso, de las sanciones que puedan llegar a ser aplicadas al **Concesionario** como consecuencia del incumplimiento del **Cronograma de Obras**, de conformidad con lo establecido en el numeral **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** y en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** del presente **Contrato** y de las facultades de **Aerocivil** contenidas en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** y en la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**.

La disminución de los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados** del **Concesionario** durante el **Periodo de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión**, no podrá ser asumida, interpretada o utilizada como exención, sustitución, extinción o novación de las obligaciones del **Concesionario** y por lo tanto éste continuará con la obligación de entregar a **Aerocivil** las **Obras de Modernización y Expansión** en las condiciones y calidades previstas en el presente **Contrato de Concesión**.

Durante la **Etap**a de **Modernización y Exp**ansión las partes cumplirán las obligaciones que para esta **Etap**a de **Modernización y Exp**ansión se establecen de manera especial en el presente capítulo, sin perjuicio del cumplimiento de todas aquellas obligaciones que, sin encontrarse contenidas en el presente capítulo resulten aplicables durante la **Etap**a de **Modernización y Exp**ansión de acuerdo con los términos establecidos en el presente **Contrato**.

Durante la **Etap**a de **Modernización y Exp**ansión el **Concesionario** deberá ejecutar todas las actividades de **Administración, Operación, Explotación Comercial, Modernización y Exp**ansión y **Mantenimiento** que resulten aplicables de conformidad con lo establecido en el presente **Contrato**...”

Por su parte señalan las cláusulas 60.1 y 60.2:

“60. CONTRAPRESTACIÓN.

60.1 Cálculo de los Pagos Semestrales

El **Concesionario** pagará en **Pesos** a **Aerocivil**, por concepto de **Pago Semestral**, la suma que resulte superior entre las dos siguientes:

- a) El CUARENTA Y SEIS PUNTO DIECISÉIS por ciento (46.16%) (porcentaje establecido por el **Concesionario** en su **Propuesta**) del **Ingreso Bruto** correspondiente a cada semestre calendario (1 de enero a 30 de junio y 1 de Julio a 31 de diciembre).
- b) La sumatoria de: i) el equivalente en **Pesos** –a la **TRM** del **Día** anterior a la fecha en que deba hacerse el **Pago Semestral** correspondiente – de UN MILLON DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL **Dólares** (US\$1.292.000.00) constantes de diciembre de 2005, más ii) la suma de TRES MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES de **Pesos** (COL\$3.146'.000.000.00) constantes de Diciembre de 2005. Las sumas establecidas en este literal deberán actualizarse entre Diciembre de 2005 y la finalización de cada semestre calendario, para lo cual se tendrá en cuenta la variación entre el **IPC** o **IPCEU** (según corresponda) de Noviembre de 2005 y el **IPC** o **IPCEU** (según corresponda) del último mes del semestre calendario correspondiente a cada **Pago Semestral**.

60.2 Cálculo de los Pagos Semestrales para períodos parciales.

Para determinar el **Pago Semestral** para los períodos parciales comprendidos entre la fecha de suscripción del **Acta de Entrega** y el vencimiento del primer semestre calendario, y entre la terminación del último semestre calendario completo y la **Fecha Efectiva de Terminación del Contrato**, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- i. Para efectos de definir el valor correspondiente al literal a) del numeral 0 anterior, se utilizarán como base los **Ingresos Brutos** causados en dichos períodos parciales, y
- ii. Para efectos de definir el valor correspondiente al literal b) del numeral 0 anterior, se aplicará –a cada uno de los componentes en **Pesos** y en **Dólares**– un valor proporcional

que refleje la relación entre el número de **Días Calendario** efectivamente transcurridos dentro del período parcial respectivo y el número de **Días Calendario** que conforman el semestre calendario correspondiente (1 de enero a 30 de junio y 1 de Julio a 31 de diciembre)..."

Encuentra el Tribunal que la etapa de modernización y expansión obedeció a un plazo estimado de 60 meses, sin embargo, se trató de un término variable según las circunstancias de un contrato de esta complejidad.

Dicho plazo estimado, tuvo como finalidad, en criterio del Tribunal, establecer estímulos al concesionario para que en caso que se lograra ese plazo inicial, no tuviera afectación alguna sobre su remuneración.

Sin embargo, las partes consintieron que cualquiera fuere la causa (inclusive por situaciones de fuerza mayor), si dicho término se extendiere más allá de esos 60 meses, habría lugar a la aplicación de lo pactado, esto es, que el 4% de los ingresos regulados y no regulados "NO HARAN PARTE DE LA REMUNERACION DEL CONCESIONARIO."

En dicho sentido, considera el Tribunal que precisamente si existe dicha consecuencia, no resulta válida la interpretación dada por la interventoría, en el sentido que debe realizarse el cálculo de la contraprestación del 46.16% incluyendo dicho 4%.

Debe tenerse en cuenta que la sumatoria de dicho 4% (que no hace parte de la remuneración del concesionario) y el cálculo del 46.16% sobre los ingresos restantes (En este caso sobre el 96% de los ingresos), en cualquier caso resulta favorable para los intereses de la AEROCIVIL. En desarrollo de lo anterior, es claro para el Tribunal que el traslado de dicho 4% como suma que no hace parte de la remuneración del concesionario, no constituye un estímulo ni mucho menos un beneficio para él.

Lo que no puede establecerse es que si fue voluntad de las partes, señalar que dicho 4% no haría parte de la remuneración del concesionario, se pretenda desestimar el contenido de dicho pacto por parte de la interventoría. Tal como tuvo oportunidad de establecerlo el Tribunal, uno de los mecanismos de interpretación del contrato, es precisamente dicha voluntad, y no encuentra el Tribunal que la misma haya sido objeto de modificación expresa por las partes.

Recuerda el Tribunal que según lo señalado en el contrato de concesión, la interventoría no puede entrar a modificar el mismo a través de instrucciones; si ello fuera así, nos encontraríamos ante una decisión viciada de nulidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal **considera improcedente la multa y así lo decidirá. En relación con la Pretensión Novena de la cual forma parte esta sanción, la citada pretensión, en consecuencia, no prospera.**

5.3.4.3 Pretensión Décima.

“**DECIMA:** Que, en consecuencia, se declare que —como lo establecieron los interventores técnico, operativo, ambiental y de mantenimiento y financiero, contable, tributario y administrativo del contrato de concesión y la Aerocivil— se han causado las multas a las que se refiere la pretensión inmediatamente anterior, en razón de los incumplimientos contractuales señalados.”

Por las razones que ya se consignaron respecto de la Pretensión Novena y atendiendo a que la Décima se formula como consecencial de ella, **el Tribunal declarará la prosperidad parcial de la Pretensión Décima de la Demanda de Reconvención.**

5.3.4.4 Pretensión Decima Primera.

UNDÉCIMA: Que se condene a OPAÍN al pago del valor de las multas a las que se hizo referencia en la pretensión inmediatamente anterior, debidamente ajustado de conformidad a la variación experimentada por el índice de precios al consumidor entre el momento en que dichas multas fueron impuestas y el día del

pago, de conformidad, con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, (Artículo 283 del CGP) y con los intereses corrientes o de mora a que haya lugar.

Atendiendo a que el Tribunal únicamente ha considerado procedente la multa relativa a deficiencias en los diseños de detalle para la construcción de la Subestación Eléctrica de la Nueva Torre de Control, la condena que se solicita será decretada por un valor de \$112'005.000 de acuerdo con el siguiente cálculo:

Fecha inicial	Fecha final	Días Calendario	SMLLV	Q	Total MULTA
14-ene-2013	01-feb-2013	19 días	589.500	10	\$112'005.000

Debe el Tribunal señalar que por estar las multas pactadas en SMLMV la actualización se realiza al efectuar el cálculo correspondiente.

Los intereses moratorios se causarán transcurridos 5 días hábiles contados a partir de la ejecutoria del presente laudo.

5.4 LAS EXCEPCIONES DE OPAIN RESPECTO DE LA DEMANDA DE RECONVENCION.

Al contestar la demanda de Reconvención OPAÍN presentó las siguientes excepciones que en su alegato solicita que el Tribunal declare su prosperidad.

En la contestación bajo el Capítulo IV EXCEPCIONES consigna:

5.4.1 “1ª.Excepción de “INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES (JURAMENTO ESTIMATORIO)”

Señala el demandante que la demanda de la AEROCIVIL (ANI en este proceso) no obra el juramento estimatorio exigido por la ley.

Al respecto el Tribunal encuentra:

1. que en el presente caso si bien en su pretensión tercera hace referencia a indemnizaciones, nada se reclama bajo ese concepto en dicha pretensión. Así mismo y en particular al referirse a la pretendida obligación de atender la instrucción de dar por terminado el contrato hace referencia a indemnizaciones por daños cuya cuantía solamente fue estimada en escrito presentado el 18 de junio de 2013.

2. Las demás pretensiones de condena no corresponden a indemnizaciones, sino a “multas” que claramente el contrato señala que no son indemnizatorias.

3. Atendiendo a que de acuerdo con el Artículo 82 del CGP el juramento estimatorio constituye un requisito de la demanda “7... cuando ello sea necesario”, y

4. que tal necesidad se establece en el artículo 206 del CGP que indica:

“Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación

El Tribunal considera que no se dieron los elementos necesarios para aplicar las consecuencias derivadas de esta institución y así habrá de concluirlo en la parte correspondiente a las decisiones.

5.4.2 “2ª. Excepción de “CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL IMPUTABLE A OPAIN”

OPAIN señala:

- que ha cumplido, en la medida de sus posibilidades,

- que esas posibilidades sean visto limitadas por la intervención de la AEROCIVIL y la Interventoría en los aspectos del desarrollo del programa de la Concesión, no con la finalidad de hacer una revisión del cumplimiento del objeto del contrato y de colaborar en su ejecución, sino con carácter de intervención directa en las competencias propias de OPAÍN.
- que todos los objetos principales del contrato están satisfactoria y exitosamente cumplidos.
- que los supuestos incumplimientos contractuales que se le endilgan durante la ejecución del Contrato son inexistentes.
 - que Las imputaciones de AEROCIVIL desconocen: (i) la realidad en la ejecución de la obra, (ii) la ocurrencia de hechos imprevistos y/o provenientes de terceros, por cuyos efectos no se puede imputar responsabilidad al OPAIN, y (iii) los sustanciales y reiterados incumplimientos legales y contractuales en que incurrió AEROCIVIL durante la etapa precontractual y contractual.

Al resolver sobre esta excepción el Tribunal habrá de considerar su prosperidad parcial, en la medida en que una pretensión de la demanda de Reconvención relativa a incumplimiento habrá de prosperar.

5.4.3 “3ª.- EXCEPCIÓN DE “INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL”

OPAIN sustenta esta excepción señalando que la AEROCIVIL sostiene en la Demanda de Reconvención, que OPAIN incumplió el Contrato y que, en consecuencia, debe indemnizar a AEROCIVIL por los perjuicios que dicho incumplimiento le generaron; no obstante, en este proceso arbitral OPAIN demostrará a cabalidad que en este caso no se encuentran reunidos los

elementos que tanto la legislación como la jurisprudencia han establecido para efectos de la configuración de la responsabilidad civil.

Respecto de esta excepción en concordancia con lo que se indicó respecto de la primera excepción el Tribunal habrá de declarar su prosperidad en razón de que las Pretensiones encaminadas a la reclamación de indemnizaciones no habrán de prosperar.

5.4.4 “4ª.- EXCEPCIÓN DE “A OPAIN NO LE SON IMPUTABLES LOS HECHOS CAUSANTES DE LOS RETRASOS QUE SE PRESENTARON EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, TODA VEZ QUE DICHOS HECHOS SE PRODUJERON POR INCUMPLIMIENTOS LEGALES Y CONTRACTUALES DE AEROCIVIL, POR HECHOS IMPREVISTOS O POR HECHOS PROVENIENTES DE TERCEROS, POR CUYOS EFECTOS NO SE PUEDE IMPUTAR RESPONSABILIDAD A OPAIN”

Precisa OPAIN que “Los señalados atrasos o incumplimientos que se le endilgan a OPAIN, tienen origen en incumplimientos legales y contractuales de AEROCIVIL, en especial, el incumplimiento de su deber de planeación y de colaboración, o por hechos imprevistos que ocurrieron durante la ejecución del Contrato, o por hechos derivados de actuaciones de terceros, por cuyos efectos no es posible atribuir ninguna responsabilidad al OPAIN.

Esta excepción está llamada a prosperar de manera parcial, en la medida en las decisiones que se adoptan en relación con una de las pretensiones de la demanda de reconvención surge de un incumplimientos imputable a OPAÍN

5.4.5 “5ª.- EXCEPCIÓN DE “INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LOS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES ATRIBUIDOS AL OPAIN E INEXISTENCIA DEL SUPUESTO DAÑO ALEGADO POR AEROCIVIL”

Señala OPAIN que demostrará que los supuestos incumplimientos de carácter contractual que AEROCIVIL le atribuye OPAIN, no son los causantes del supuesto daño que AEROCIVIL pretende reclamar mediante la Demanda de Reconvención, que es, por demás, inexistente. Por el contrario, de haberse causado algún daño, el mismo sería provocado por la propia AEROCIVIL, con sus incumplimientos legales y contractuales.

Atendiendo a que (i) en la demanda de reconvención la AEROCIVIL (ANI en este proceso) únicamente reclama indemnización por “daños” derivados de los pretendidos incumplimientos de OPAÍN al no haber atendido instrucciones encaminadas a la terminación del contrato de arrendamiento y la asunción de la explotación comercial que hoy ejecuta AVIANCA y (ii) en relación con éstos daños el Tribunal habrá de declarar que no prosperan las correspondientes pretensiones, **la excepción 5ª habrá de prosperar.**

5.4.6 “6ª. EXCEPCIÓN DE “INEXISTENCIA DE DAÑO INDEMNIZABLE”

OPAÍN indica que hace consistir este medio exceptivo en que al no ser cierto el daño al patrimonio de la demandante de reconvención, tampoco son ciertos los perjuicios reclamados, ni menos los cálculos para estimar la cuantía de los mismos.

De conformidad con lo expresado en los apartes anteriores el Tribunal declarará la prosperidad de esta excepción.

5.4.7 “7ª.- EXCEPCIÓN DE “LIBERTAD DE OPERACIÓN”

Indica OPAÍN que “La naturaleza del contrato de Concesión radica precisamente en el hecho que deja en un tercero la operación integral de un servicio o proyecto; esto implica que la contratante delega su posición y terceriza en otro el desarrollo del mismo”. Señala igualmente que “Hoy por hoy, la AEROCIVIL y la Interventoría, obviando estas condiciones, han intervenido de tal forma que han perturbado la

libertad de operación de OPAIN, haciéndose coadministradores del mismo contrato.”

La excepción habrá de prosperar, por encontrar el Tribunal que en los casos sometidos a su consideración, en efecto, la imposición de multas por no atender instrucciones que carecen de sustento contractual, comportan una violación de la libertad de operación que tiene el Concesionario, cuyo alcance debe entenderse limitado según lo establecido en la ley o en el mismo contrato. **Bajo esta premisa la Excepción Séptima habrá de prosperar**

5.4.8 “8ª.- EXCEPCIÓN DE “CONTRATO DE CONCESIÓN SIN SUBORDINACIÓN NUGATORIA DE LA SOLIDARIDAD”.

Argumenta OPAÍN que “La Concesión, por naturaleza, no puede estar subordinada,, a las decisiones de los Contratantes o de la misma AEROCIVIL sobre aspectos propios de la Concesión, toda vez que son intervenciones que afectan a OPAIN, pues éste tiene el derecho a su revisión, no obstante, la modificación constante del contrato por parte de la Interventoría o la Contratante los coloca en un marco solidario y corresponsables de cualquier defecto o daño a tercero, así como del mismo incumplimiento del contrato, pues asumen una posición de parte contractual al volverse subordinados de sus propios actos, y desnaturalizar la condición de la Concesión.”

Analizado el argumento de OPAÍN el Tribunal concluye que resulta totalmente confuso y por tal razón no puede declararse que tiene fuerza suficiente para enervar las pretensiones, **en consecuencia no habrá lugar a declarar su prosperidad.**

5.4.9 “9ª.- EXCEPCIÓN DE “VIOLACIÓN DE LOS TOPES DEL RIESGO PREVISTO””

Señala OPAIN:

Como le es claro al H. Tribunal de Arbitramento por el análisis del contrato, existió una clara y evidente cesión del riesgo previsto en cabeza de OPAIN, en donde la Aerocivil dejó en sus manos un alto nivel de responsabilidad expresa, al poner en su cabeza la responsabilidad absoluta de todos los aspectos relacionados con la concesión del Aeropuerto El Dorado⁷⁵. No obstante, es contundente que la cesión del riesgo tiene que ser, como se mencionó, previsto, y que la Contratante y su Interventor han sobrepasado sus cargas negociales, poniendo en riesgo de forma adicional a OPAIN al buscar intervenir de forma directa en las decisiones que le son propias; llevando más allá sus funciones y multiplicando de forma exponencial la asunción inicial del riesgo por parte del Contratista.

Cada una de las ordenes o intervenciones en donde OPAIN ha estado en desacuerdo con su contratante o su interventor, lo excusan de los efectos adversos que sobre el resultado del objeto parcial o total pueda tener en desenvolvimiento final del contrato, o las responsabilidades derivadas por afectaciones a terceros.

Para OPAÍN las ordenes e intervenciones tienen el valor que es viable atribuir a una argumentación; no obstante es claro, en lo que hace referencia a las materias sometidas al conocimiento del Tribunal, que no obran pruebas de intervenciones que se hayan convertido en órdenes de obligatorio cumplimiento por OPAÍN.

En efecto, es claro que la AEROCIVIL ha enviado comunicaciones sobre el criterio que como concedente tiene de cómo deben desarrollarse algunas actividades, en particular las relativas a la explotación comercial; no obstante es claro igualmente, que al respecto no ha hecho uso de su potestad unilateral de modificar el contrato y, en consecuencia, no puede el Tribunal considerar que el riesgo que

⁷⁵ CLAUSULA 12.- RIESGOS QUE ASUME EL CONCESIONARIO

A partir de la fecha de suscripción del Contrato, el Concesionario asume los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación, además de aquellos que se desprendan de otras cláusulas o estipulaciones de este Contrato, sus anexos y sus Apéndices o que se deriven de la naturaleza de este Contrato.

(...)

En general, los efectos, favorables o desfavorables, de las variaciones de los componentes económicos y técnicos necesarios para cumplir con las obligaciones del Concesionario necesarias para la cabal ejecución de este Contrato, relacionadas con la consecución de la financiación, la elaboración de sus propios estudios y diseños, la contratación de personal, las labores administrativas, los procedimientos constructivos utilizados, los equipos y materiales requeridos, el manejo ambiental y social que de acuerdo con la cesión parcial de las obligaciones contenidas en la Licencia Ambiental le corresponda al Concesionario, las condiciones macroeconómicas del país, y el marco político y jurídico de Colombia, entre otros.

contractualmente corresponde asumir se haya incrementado por las conductas que son objeto de las controversias que este Tribunal debe resolver. Como consecuencia de lo anterior, **la Excepción 9ª. no habrá de prosperar** .

5.4.10 “10ª.- EXCEPCIÒN DE APLICACIÒN PREFERENTE DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÒN PÙBLICA (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) Y DEL ESTATUTO ANTICORRUPCIÒN (Ley 1474 de 2011), CON RELACIÒN A LA CLÁUSULA 63 “MULTAS”.

OPAÍN señala que hace “consistir esta excepción en que, en caso de conflicto u oposición entre lo estipulado en la cláusula 63 del Contrato de Concesión, con relación a la sanción contractual de “multas” por incumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión, y lo dispuesto por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) y por el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), deben preferirse las normas legales, en virtud de lo cual el “debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales⁷⁶”, de manera que la AEROCIVIL quedó facultada para “imponer las multas que hayan sido pactadas”, “con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones”, con la condición de que tales multas se impongan “sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista”.

A continuación incorpora referencias a las normas que sobre multas han sido dispuestas en las Leyes 1150 de 2007 y 1450 de 2011 para enfatizar en el debido proceso y en las consecuencias que en relación con las multas tiene la corrección de la conducta durante el procedimiento.

Al respecto el Tribunal, de acuerdo con las consideraciones efectuadas en relación con la no aplicación del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 habrá de declarar la no prosperidad de la excepción 10ª.

⁷⁶ Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007

5.4.11 11ª.- EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE TIPICIDAD, RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS MULTAS APLICADAS POR LA AEROCIVIL

Señala OPAIN:

Hago consistir esta excepción en que algunas de las multas impuestas no se encuentran “tipificadas” como aquellas obligaciones cuyo incumplimiento podría dar lugar a la imposición de una multa; como que ninguna responde a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben gobernar las sanciones contractuales.

En efecto, se le quiere imponer a OPAIN una multa por \$850.050.000 por “deficiencias” en las obras de las Terminales de Pasajeros (Hito 6), deficiencias consistentes en detalles menores de pintura, nivelación y ajustes de cielos rasos, aseo general y, en fin, por remates normales, esperados y producidos en todo tipo de obra pública. No son incumplimientos de “especificaciones técnicas”, como la tipifica la AEROCIVIL y los \$850 millones de sanción superan cientos de veces el valor de la obligación.

En este punto es prudente advertir y llamar la atención con relación a lo siguiente:

- El artículo 867 del Código de Comercio establece que la pena no puede ser superior al monto de la obligación⁷⁷.
- No existe en la lista de obligaciones de la cláusula 63 una referida a la que fuera el objeto de la multa, siendo improcedente e inaceptable que la AEROCIVIL interprete y acomode su calificación de lo ocurrido al incumplimiento de una obligación que no corresponde. La Corte Constitucional enseña que *“las normas que imponen sanciones o que establecen límites a los derechos son de interpretación restrictiva. Las reglas que el interprete pretenda derivar de una disposición jurídica, al margen de este principio hermenéutico, carecerán de todo valor jurídico”*⁷⁸.

Dicho lo anterior, la ausencia de tipicidad puede predicarse igual excepción para el supuesto incumplimiento de los diseños de detalle de la subestación eléctrica de la Nueva Torre de Control, del supuesto incumplimiento de las especificaciones técnicas en la ejecución de las obras de instalación de tuberías sanitarias y de la ejecución de obras sin planos aprobados.

Ahora bien, con relación a la violación de las normas y principios que disponen la proporcionalidad de la pena, independientemente del cumplimiento de la obligación o de

77 “Artículo 867.- (...) “Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella”

78 Sentencia C-273 de 1999, MP. Eduardo Cifuentes.

su inexistencia, ninguna de las multas guarda la más mínima relación con lo que fuera el objeto y monto de la obligación.

Los anteriores elementos jurídicos de valor, sumados al grado o nivel de importancia o incidencia en el contexto general de las obligaciones ejecutadas para cumplir con el objeto contratado, la inexistencia de daño perjuicio alguno, las respuestas diligentes y oportunas de OPAIN a los requerimientos y, en general, a lo que ha sido su cumplimiento y comportamiento contractual en la ejecución del objeto y la satisfacción de los intereses generales, hacen que las multas sean todas contrarias a los principios de razonabilidad y racionalidad, las hacen injustas e inequitativas.

Por haber el Tribunal concluido que en efecto algunas de las multas resultan improcedentes por no haber considerado la AEROCIVIL el principio de tipicidad exigible de quien tiene que valorar una conducta y confrontarla con la norma que la exige o la prohíbe la excepción décima segunda habrá de prosperar parcialmente.

5.4.12 12ª.- EXCEPCIÓN DE “INDEBIDA E ILEGAL INTERPRETACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO”

Señala OPAIN:

“No cabe duda de que las multas relacionadas con la explotación comercial del Terminal Puente Aéreo, las que tienen que ver con las modificaciones de la Póliza de Responsabilidad Civil y la no realización oportuna y completa de la transferencia del 18% del total de los ingresos no regulados, inclusive el supuesto no depósito del 4% adicional de los ingresos durante la extensión de la etapa de Modernización, han surgido como una diferencia de interpretación de las normas del contrato, que la interventoría y la AEROCIVIL han resuelto por la vía de la multa por no acoger o aplicar lo que fuera su interpretación.

Adicionalmente, como tal interpretación de la forma de cumplir las obligaciones se ha efectuado sin consultar los artículos 15, 23 y 28 de la ley 80 de 1993, a saber:

“ARTÍCULO 15. DE LA INTERPRETACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.”

“ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las

mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

“ARTÍCULO 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”

De ahí que las exigencias de cumplir las obligaciones como las entendía la interventoría, rechazando la comprensión que tuvo OPAIN respecto del tema, bajo la imposición de una multa, constituyó un procedimiento y una conducta ilegal de la AEROCIVIL respecto de los mecanismos y normas de interpretación del contrato.

Las consideraciones y las declaraciones que el Tribunal consignó y anticipó en relación con pretensiones relativas a las multas a las que se refiere OPAÍN al formular esta excepción, son suficientes para considerar que **la excepción 12º no habrá de prosperar**

5.4.13 13ª.- EXCEPCIÓN DE “INCUMPLIMIENTO DE LA AEROCIVIL POR VIOLACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS CON LA INTERVENTORÍA”

Señala OPAIN:

La cláusula 77.2 del Contrato de Concesión establece:

Controversias entre el Interventor y el Concesionario

Cuando existan diferencias entre el Interventor y el Concesionario, éstas serán dirimidas, en principio, por Aerocivil. Para ello, tanto el Interventor como el Concesionario enviarán, dentro de los cinco (5) Días siguientes a que se suscite la controversia, sendos documentos en los cuales expresen el contenido de la discrepancia y las razones de su posición. Aerocivil, definirá el punto en un plazo máximo de treinta (30) Días, salvo cuando el contenido de la controversia exija un término superior, el cual, en todo caso, será comunicado por Aerocivil al Interventor y al Concesionario. Sin embargo, si el dictamen de Aerocivil no es aceptable para el Concesionario, éste podrá acudir a los mecanismos de solución de controversias previstos en este Contrato.

Entre la Interventoría y OPAIN se presentaron diferencias relacionadas con la explotación comercial del Terminal Puente Aéreo, con las modificaciones de la Póliza de Responsabilidad Civil, con la no realización oportuna y completa de la transferencia del

18% del total de los ingresos no regulados y con el supuesto no depósito del 4% adicional de los ingresos durante la extensión de la etapa de Modernización, pero la AEROCIVIL no se estuvo a lo pactado en la cláusula 77.2 del Contrato, para esperar que el concesionario OPAIN acudiera a los mecanismos de solución de controversias, sino que aplicó las multas por esos conceptos.

La excepción 13º no habrá de prosperar en la medida en que las multas objeto de su excepción no fueron aplicadas por la AEROCIVIL, tan claro es ello que es este Tribunal quien decidirá sobre su procedencia. **De acuerdo con lo anterior la excepción 13º no habrá de ser acogida por el Tribunal que declarará su no prosperidad.**

5.4.14 “14ª.- EXCEPCION DE INCUMPLIMIENTO DE LA AEROCIVIL EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA 63.18 “MULTA POR INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE INFORMACIÓN AL INTERVENTOR” DE CONFORMIDAD CON LO ESTIPULADO””.

Señala OPAIN:

Con independencia de la inexistencia del incumplimiento de las obligaciones de entregar información relacionada con el objeto del contrato y del cumplimiento de las instrucciones del interventor, así como de las demás excepciones, hago constar esta excepción en lo siguiente:

“63.18.- Multa por incumplimiento en la entrega de información al Interventor.

Si el Concesionario no entregare la información completa que le solicite el Interventor, siempre y cuando ésta se relacione con el objeto del presente Contrato, dentro de los plazos y en los términos de cada requerimiento y se negare a corregir dicho incumplimiento, se causará diaria de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV). Estas multas se causarán hasta cuando el Concesionario demuestre que ha corregido el incumplimiento respectivo a satisfacción del Interventor. Cuando transcurran más de treinta (30) Días Calendario sin que se haya subsanado el incumplimiento, Aerocivil podrá iniciar el procedimiento que se describe en la Cláusula 68 de este Contrato.” (He subrayado)

Es absolutamente claro, sin lugar a interpretación alguna⁷⁹, que la multa solo procede para el caso en el que OPAIN se hubiere negado a entregar la información completa que solicitara el interventor. En la relación de multas de la Demanda de Reconvención, como está acreditado en los hechos de la Demanda, en la referencia respecto de los mismos de esta contestación, inclusive en los textos de los documentos de la AEROCIVIL que dan cuenta de su imposición, en absolutamente todos los casos se entregó la información solicitada sin que OPAIN se hubiera negado, aunque no se tratara, como ocurrió en varios casos, con información relacionada con el objeto del contrato.

Es absolutamente claro, sin lugar a interpretación alguna⁸⁰, que la multa solo procede para el caso en el que OPAIN se hubiere negado a entregar la información completa que solicitara el interventor. En la relación de multas de la Demanda de Reconvención, como está acreditado en los hechos de la Demanda, en la referencia respecto de los mismos de esta contestación, inclusive en los textos de los documentos de la AEROCIVIL que dan cuenta de su imposición, en absolutamente todos los casos se entregó la información solicitada sin que OPAIN se hubiera negado, aunque no se tratara, como ocurrió en varios casos, con información relacionada con el objeto del contrato.

El Tribunal ha valorado a partir de los documentos y testimonios recibidos, la conducta desplegada por OPAÍN cada vez que la Aeronáutica le requirió información y en efecto debe señalar que no se evidencian conductas encaminadas a oponerse a lo solicitado, aún en aquellos donde evidentemente por tratarse de información de terceros, no le sería exigible e igualmente cuando no obstante, no haberse dispuesto que debía entregar una determinada información periódicamente, se ha visto en la necesidad de desplegar una labor administrativa permanente para atender tales requerimientos. **Por estas razones la Excepción 14ª está llamada a prosperar.**

5.4.15 15ª.- EXCEPCION DE “AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE COLABORACIÓN DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO”

Señala OPAIN:

En este proceso arbitral, OPAIN demostrará que AEROCIVIL incumplió el deber de colaboración durante el desarrollo del Contrato, como quiera que no tuvo plena disposición, ni la conducta necesaria para el logro de los objetivos pactados, en lo que a

⁷⁹ En todo caso, si fuera necesaria alguna interpretación la regla aplicable es que las estipulaciones contractuales ambiguas deben interpretarse en contra de quien la redactó.

⁸⁰ En todo caso, si fuera necesaria alguna interpretación la regla aplicable es que las estipulaciones contractuales ambiguas deben interpretarse en contra de quien la redactó.

AEROCIVIL competía, para efectos de que OPAIN pudiera cumplir con las obligaciones a su cargo, de conformidad con lo establecido en el Contrato, el cual ella misma redactó y confeccionó económica y técnicamente. AEROCIVIL no solo no colaboró en la ejecución del Contrato, sino que se ha dedicado, de un lado, a hacer más gravosa la posición de OPAIN y de otro, a imponerle cargas contractuales no previstas dentro del mismo. AEROCIVIL dificultó en extremo y en determinados casos, obstaculizó el cumplimiento por parte de OPAIN de las obligaciones a su cargo.

OPAIN demostrará, también, que AEROCIVIL incumplió el mencionado deber, al adoptar una conducta arbitraria, injusta y temeraria que se evidenció en la imposición de multas carentes de todo fundamento fáctico y legal,

Sobre el particular, la doctrina foránea ha señalado:

“Mientras en las relaciones propias de los derechos reales la buena fe impone no ocupar o dañar la cosa ajena, y, por tanto, es condición de un comportamiento correcto, en las relaciones obligacionales se requiere un comportamiento positivo de cooperación y la bona fides consiste en observar una conducta que conduzca al cumplimiento positivo de la expectativa de la contraparte”⁸¹.

(He subrayado)

Analizado por el Tribunal que la mayoría de las pretensiones relativas a la imposición de multas no habrán de prosperar, por las razones que en cada caso se precisan **debe declarar que la excepción 15 está llamada a prosperar.**

5.4.16 16ª.- EXCEPCIÓN DE “AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE REALIZAR LOS MEJORES ESFUERZOS DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO”

Precisa OPAIN:

“En este proceso OPAIN demostrará que AEROCIVIL, en cumplimiento del principio de la buena fe y específicamente del principio de la buena fe en la ejecución del Contrato, estaba obligado a la realización de sus mejores esfuerzos en función del logro de los objetivos del Contrato. En efecto, AEROCIVIL tenía a su cargo el deber de realizar su mejor esfuerzo, es decir, actuar conforme lo haría una persona razonable en las circunstancias que rodearon y afectaron la ejecución del Contrato.

OPAIN demostrará que AEROCIVIL, durante el desarrollo del CONTRATO se limitó a dar un cumplimiento formal y literal de sus obligaciones, y no realizó ningún esfuerzo para que OPAIN, no obstante los diversos inconvenientes presentes en la obra y ajenos

⁸¹ Rezzónico, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Pág. 482.

a su responsabilidad, pudiera cumplir con sus obligaciones de forma oportuna, y de acuerdo con lo presupuestado en el Contrato.

Una vez más valoradas las pruebas que se allegaron y los testimonios que se recibieron para probar los hechos que sustentan las Pretensiones de la reconvencción, en particular las relativas a multas, encuentra el Tribunal que en efecto, la Aeronáutica Civil en muchos de los casos, incluidos aquellos en que existieron opiniones de la Contraloría, no desplegó la actividad necesaria para obtener claridad sobre lo que ésta y la Interventoría opinaron o recomendaron sobre varios de los asuntos que han surgido a lo largo del contrato; por el contrario, se limitó a una aplicación textual de lo pactado, conducta que evidentemente no es la que se espera de quien tiene el deber de vigilar y controlar una concesión y asegurar primordialmente la debida prestación del servicio. Por esta razón **habrá de prosperar la Excepción 16ª**.

5.4.17 17ª.- EXCEPCIÓN: AEROCIVIL INCURRIÓ EN UNA CONDUCTA DESPROPORCIONADA, INJUSTIFICADA E ILEGAL AL SANCIONAR AL OPAIN POR INCUMPLIMIENTOS INEXISTENTES, NO OBSTANTE QUE SE ENCONTRABA EN ESTADO DE INCUMPLIMIENTO

Manifiesta el Concesionario:

En este proceso OPAIN probará que AEROCIVIL incurrió en una conducta desproporcionada, injustificada e ilegal al sancionar a OPAIN por incumplimientos que son inexistentes.

Así mismo, OPAIN probará que para la fecha en que AEROCIVIL sancionó a OPAIN, AEROCIVIL se encontraba en incumplimiento, de lo cual se desprende que AEROCIVIL, desconociendo su propio incumplimiento, que fue una de las causas de los diversos inconvenientes que tuvo que afrontar OPAIN en la ejecución del Contrato, no se encontraba legitimada para sancionar al OPAIN.

Habiendo señalado el Tribunal al consignar sus consideraciones en relación con la excepción 15 presentada por OPAÍN para su defensa respecto de lo pretendido por la Aeronáutica en la demanda de reconvencción debe concluir de igual manera que analizado por el Tribunal que la mayoría de las pretensiones relativas a la imposición de multas no habrán de prosperar, por las razones que en cada caso

se precisan **debe declarar que la excepción 17 está llamada a prosperar parcialmente.**

5.4.18 18ª.- EXCEPCIÓN LA INTERVENTORÍA INCURRIÓ EN UNA CONDUCTA PARCIALIZADA Y ABUSIVA AL HABER RECOMENDADO A AEROCIVIL SANCIONAR A OPAIN POR INCUMPLIMIENTOS INEXISTENTES Y DESCONOCER LOS INCUMPLIMIENTOS DE AEROCIVIL.

Manifiesta el Concesionario:

En el presente proceso arbitral OPAIN demostrará que durante la ejecución del Contrato la Interventoría, de manera sistemática y abierta e incurriendo en una conducta parcializada, contraria a los deberes y obligaciones inherentes a su cargo, desconoció los sustanciales incumplimientos legales y contractuales en que incurrió AEROCIVIL, los cuales afectaron la ejecución del Contrato.

De igual manera, OPAIN probará que la Interventoría actuó abusivamente al recomendarle a AEROCIVIL sancionar el OPAIN por incumplimientos inexistentes.

Habiendo señalado el Tribunal que la AEROCIVIL no analizó con la debida diligencia lo que la Contraloría y la Interventoría en varios de los casos le recomendaron, debe ahora señalar que igualmente encuentra el Tribunal que la Interventoría ha actuado también de una manera poco razonable y en particular que no parece, en muchos de ellos considerar, que una concesión de servicio público implica aprovechar las ventajas tanto económicas, como de gestión que un experto en la operación de aeropuertos puede ofrecer y que en ese sentido su deber de vigilancia debe estar enfocado a asegurar que ese servicio se preste de la mejor manera y que si bien le corresponde iniciar un procedimiento sancionatorio cuando existan incumplimientos, ello debe estar soportado en la afectación que tal conducta implica en la prestación de ese servicio. No obstante lo anterior, considera el Tribunal que lo señalado no alcanza a configurar la conducta arbitraria y abusiva que OPAÍN le imputa. **Así las cosas la excepción 18ª habrá de prosperar parcialmente**

5.4.19 19ª.- EXCEPCIÓN: AEROCIVIL Y LA INTERVENTORÍA INCURRIERON EN UNA CONDUCTA ABUSIVA DE LA POSICIÓN DOMINANTE CONTRACTUAL.

OPAIN señala:

En el presente proceso arbitral OPAIN demostrará que AEROCIVIL y la Interventoría incurrieron en una conducta abusiva de la posición dominante contractual al haber sancionado a OPAIN y sin haber reparado en los incumplimientos legales y contractuales de AEROCIVIL durante la etapa precontractual y contractual, entre otros aspectos.

Si bien el Tribunal ha señalado que la AEROCIVIL y la Interventoría han omitido el deber de considerar lo que en estricto rigor significa la concesión de un servicio público, ello no implica que pueda el Tribunal que ha actuado con abuso de posición dominante, por tal razón la pretensión 19 no habrá de prosperar.

5.4.20 20ª.- EXCEPCIÓN: AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE PLANEACIÓN

Manifiesta OPAIN:

En el presente proceso arbitral, OPAIN probará que AEROCIVIL incumplió de forma grave el deber de planeación a su cargo. En efecto durante el desarrollo del Contrato, debido a la negligencia e ineficiencia de AEROCIVIL, se presentaron sustanciales y diversos problemas que perjudicaron a OPAIN en materia grave, todo ello derivado de omitir aprobar en tiempo los planos correspondientes a los Módulos 11- Fase 2 y 14 y 15 de la T1, Nuevo Terminal de Pasajeros. AEROCIVIL desconoció el deber legal de planificar adecuadamente el proyecto, como tampoco planificó correctamente las obligaciones de gestionar la restitución y demolición de los hangares.

Para el Tribunal la materia objeto de la presente excepción fue conciliada en consecuencia no habrá de prosperar.

5.4.21 21ª.- EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

Manifiesta OPAIN:

En el improbable evento en que el Tribunal Arbitral encuentre probado que OPAIN incurrió en incumplimientos contractuales, OPAIN propone la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), como quiera que las demoras en que

incurrió OPAIN en la ejecución de determinadas actividades de la obra, lo cual repercutió en el plazo de ejecución previsto del Contrato, se produjeron por los incumplimientos legales y contractuales de AEROCIVIL.

No encuentra el Tribunal en el material probatorio nada de lo cual pueda concluir que la Aerocivil haya sido causante de demoras en la obra, ni que le sea imputable de manera clara una conducta que haya conducido a la imposibilidad de ejecución dentro del plazo establecido. En consecuencia el Tribunal no declarará la prosperidad de la excepción 21.

6 COSTAS Y GASTOS.

En lo que se refiere al pago de costas y gastos del Proceso, el Tribunal considera que habiéndose declarado la prosperidad de la pretensiones de OPAÍN, salvo en lo que se refiere a la Décimo Cuarta, y que únicamente prosperó una de las 23 multas a que se refiere la Pretensión Novena corresponde a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA asumir el 70% de los gastos y costas del proceso en los que incurrió OPAÍN, para lo cual el Tribunal procede a realizar la siguiente liquidación:

Dentro de la liquidación de costas se incluirán, a título de expensas, los dineros que OPAÍN invirtió en el presente proceso y cuyo pago se encuentra acreditado en el expediente, así:

- Honorarios de los árbitros (50%) (IVA Incluido): \$812.252.880,00.
- Honorarios del Secretario (50%) (IVA Incluido): \$135.375.480,00.
- Gastos de Administración del Centro de Arbitraje (50%): \$135.375.480,00.
- Otros gastos (50%): \$2.059.820,00
- Suma pagada a la perito ANA MATILDE CEPEDA: \$50.817.000,00.
- Suma pagada al perito INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI: \$25.846.355,00

Las anteriores sumas, que corresponden a las que se encuentran acreditadas en el proceso y ascienden a la suma de MIL CIENTO SESENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS VEINTISIETE MIL QUINCE PESOS (\$1.161.727.015,00). De conformidad con las consideraciones expuestas el Tribunal condenará a la ANI a pagar a la el 70% de dicha suma. Este porcentaje implica que corresponde a la Convocada (ANI) pagar OCHOCIENTOS TRECE MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS (\$813.208.910,00).

En relación con las agencias en derecho, atendiendo los criterios establecidos al efecto en el numeral 3º del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil (norma que igualmente está en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso), en concordancia con lo previsto por los Acuerdos 1887 y 2222 de 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fija por tal concepto, la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS DOCE MIL PESOS (\$466.812.000,00), equivalente al honorario de uno de los árbitros

En consecuencia, la condena en costas en el presente asunto, que habrá de imponerse a favor de la convocante y en contra de la convocada, asciende a la suma de MIL DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES VEINTE MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS (\$1.280.020.910,00)

7 PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para resolver las controversias patrimoniales surgidas entre la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A. (OPAÍN S.A.)**, parte convocante y reconvenida y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA AERONAUTICA CIVIL-AEROCIVIL (AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA en este proceso)**, parte convocada y reconviniente, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley, con el voto unánime de sus integrantes,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar no probada la objeción por error grave respecto del dictamen pericial rendido por el INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI, formulada por la parte convocada,

SEGUNDO.- Denegar por las razones contenidas en la parte motiva de esta providencia, la tacha de sospecha formulada al testigo JAIRO LÁZARO ORTIZ.

TERCERO.- Declarar que AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA (NIT 890.100.577-6), no es un “Beneficiario Real” de OPAÍN S.A., ni es un “Beneficiario Real” de los miembros de OPAÍN S.A., en los términos definidos por las cláusulas 1.22 del contrato de concesión.

CUARTO.- Declarar, como consecuencia de lo dispuesto en el numeral anterior, que las actividades desarrolladas por AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA en el inmueble denominado “PUENTE AÉREO” (también conocido como “Terminal Puente Aéreo” o “TPA”), no hacen parte de la explotación comercial regulada por el primer párrafo de la cláusula 1.59 del contrato de concesión.

QUINTO.- Declarar que OPAÍN S.A. está legalmente obligada a respetar, cumplir y hacer cumplir el contrato de arrendamiento No. BO AR 0011-04 pactado entre la AERONAUTICA CIVIL y AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA, incluyendo las estipulaciones pactadas entre ellas relativas a la facultad que aquella le concedió a ésta, de efectuar la explotación de áreas comerciales del Puente Aéreo, de sub arrendar los locales comerciales y de explotar la colocación de avisos publicitarios (cláusulas tercera y décimo novena del contrato de arrendamiento).

SEXTO.- Declarar que OPAIN S.A. no tiene la facultad legal (artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993) de introducir variaciones o modificaciones a lo contratado, para evitar afectaciones graves del servicio público que se deben satisfacer con los bienes concesionados.

SEPTIMO.- Declarar que la contraprestación que recibe AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA por la explotación de áreas de locales comerciales del Puente Aéreo y el sub arriendo de sus locales comerciales no hace parte de los Ingresos Brutos de OPAÍN S.A., ni de un beneficiario real de OPAÍN, ni de sus miembros, ni de alguna persona de la cual OPAÍN o sus miembros sean su beneficiario real.

OCTAVO.- Declarar que, a la luz del numeral 1.59 de la Cláusula 1 del Contrato de Concesión, la explotación comercial del “Puente Aéreo” por AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA no constituye un incumplimiento del contrato de concesión celebrado entre la AEROCIVIL y OPAÍN.

NOVENO.-Declarar que la contraprestación de OPAÍN S.A. por concepto de la explotación comercial del Puente Aéreo del Aeropuerto la constituye únicamente el ingreso o canon que debe pagar mensualmente AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA, de conformidad con la cláusula séptima del contrato de arrendamiento No. BO Ar 0011-04.

DÉCIMO.-Declarar que la consideración incluida como 4.18 en el OTROSI No. 8 del 15 de junio de 2012 celebrado entre OPAÍN y la AEROCIVIL respecto del Contrato de Concesión No. 600169 OK-2006, que hace referencia a la comunicación de la AEROCIVIL No. 1000-2012017269 del 25 de abril de 2012, en la cual solicita que se atienda lo señalado por la interventoría en la comunicación JAFV-ARC-105-2011, en la cual se refiere a “aumentar los recursos provenientes de los ingresos no regulados del inmueble denominado Puente Aéreo”, no tiene el alcance en constituirse en una obligación contractual a cargo de OPAÍN.

DÉCIMO PRIMERO. Declarar que a partir del 30 de septiembre de 2012, al terminarse el plazo contractual de la segunda (2ª) prórroga del plazo del contrato de arrendamiento celebrado entre la AEROCIVIL y AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA; OPAÍN no estaba obligada, en virtud del contrato de concesión No. 600169 OK-2006, a suscribir un nuevo contrato de arrendamiento sobre el Puente Aéreo ni, en su defecto, a realizar su explotación comercial de manera directa.

DÉCIMO SEGUNDO.- Declarar que OPAÍN no incumplió las cláusulas 10, literal gg), ni 63.19 del CONTRATO DE CONCESIÓN, por no haber terminado el Contrato de Arrendamiento del Puente Aéreo o por no haberlo modificado, para excluir del mismo la explotación de las áreas y locales comerciales y avisos publicitarios.

DÉCIMO TERCERO.- Declarar que la instrucción de “aumentar los ingresos provenientes de los ingresos no regulados del Puente Aéreo” no es una obligación contractual del Contrato de Concesión, ni puede considerarse como incluida dentro de la Cláusula 63.19 del CONTRATO DE CONCESIÓN bajo el concepto de “otras obligaciones”.

DÉCIMO CUARTO.-Declarar que, de conformidad con lo pactado en la Cláusula 1.59 “Explotación Comercial o Explotación Comercial del Área Concesionada”, está permitido que terceros desarrollen actividades comerciales en el Área Concesionada a cambio de una contraprestación a favor del Concesionario o de un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, sin que tal explotación o actividad comercial de tales terceros constituya un incumplimiento del contrato de concesión y sin que el producto o beneficio que reciban tales terceros pueda o deba considerarse como parte del “Ingreso Bruto” pactado en la Cláusula 1.70 del Contrato de Concesión.

DÉCIMO QUINTO.- Declarar que, en virtud de lo estipulado en las cláusulas 1.59, 10 [literales o) y bb)], 12, 82 y 85 del Contrato de Concesión, OPAÍN está obligada

a realizar por su cuenta y riesgo “la Explotación Comercial del Área Concesionada”, en virtud de lo cual puede desarrollar y mantener autónoma e independientemente, dentro de los límites de la autonomía de la voluntad y la buena fe convencional, todas las relaciones jurídicas contractuales que considere necesarias con terceros para el cumplimiento de su obligación, en la medida en que no se encuentren prohibidas por la Ley, como el arriendo de áreas o locales comerciales, con autorización de subarriendo, como se encuentra establecida la relación jurídica contractual con AVIANCA en el contrato de arrendamiento BO Ar 0011-04.

DÉCIMO SEXTO.- Declarar que no es procedente la imposición de una multa diaria de diez (10) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMLMV) a partir del 1 de octubre de 2012, aplicada por la AEROCIVIL a OPAÍN mediante comunicación 1070.092.5-2012047126 del 23 de noviembre de 2012, radicada en OPAÍN el 2012-12-11 con No. 20121100172582.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Denegar por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo, las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda, denominadas Obligatoriedad de los compromisos asumidos por OPAÍN e incumplimiento de varias de las obligaciones contractuales que OPAÍN asumió por virtud del contrato de concesión.

DÉCIMO OCTAVO.- Denegar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, las pretensiones primera, segunda, segunda subsidiaria y tercera de la demanda de reconvención.

DÉCIMO NOVENO.- Por haber sido desistidas en virtud de la conciliación parcial celebrada por las partes en el proceso, abstenerse de resolver sobre las pretensiones cuarta, quinta, sexta y séptima de la demanda de reconvención.

VIGÉSIMO.- Denegar la pretensión octava de la demanda de reconvención por las razones contenidas en la parte motiva del presente laudo.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Declarar la prosperidad parcial de las excepciones denominadas: CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL”; “INEXISTENCIA

DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL IMPUTABLE A OPAIN”; “A OPAIN NO LE SON IMPUTABLES LOS HECHOS CAUSANTES DE LOS RETRASOS QUE SE PRESENTARON EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO”, “TODA VEZ QUE DICHS HECHOS SE PRODUJERON POR INCUMPLIMIENTOS LEGALES Y CONTRACTUALES DE AEROCIVIL, POR HECHOS IMPREVISTOS O POR HECHOS PROVENIENTES DE TERCEROS”, “POR CUYOS EFECTOS NO SE PUEDE IMPUTAR RESPONSABILIDAD A OPAIN”; “EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE TIPICIDAD, RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS MULTAS APLICADAS POR LA AEROCIVIL”; “AEROCIVIL INCURRIÓ EN UNA CONDUCTA DESPROPORCIONADA, INJUSTIFICADA E ILEGAL AL SANCIONAR AL OPAIN POR INCUMPLIMIENTOS INEXISTENTES”, “NO OBSTANTE QUE SE ENCONTRABA EN ESTADO DE INCUMPLIMIENTO”; “LA INTERVENTORÍA INCURRIÓ EN UNA CONDUCTA PARCIALIZADA Y ABUSIVA AL HABER RECOMENDADO A AEROCIVIL SANCIONAR A OPAIN POR INCUMPLIMIENTOS INEXISTENTES Y DESCONOCER LOS INCUMPLIMIENTOS DE AEROCIVIL.”; la prosperidad total de las excepciones denominadas “INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL”; “INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LOS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES ATRIBUIDOS AL OPAIN E INEXISTENCIA DEL SUPUESTO DAÑO ALEGADO POR AEROCIVIL; INEXISTENCIA DE DAÑO INDEMNIZABLE”; LIBERTAD DE OPERACIÓN”; “EXCEPCION DE INCUMPLIMIENTO DE LA AEROCIVIL EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA 63.18 “MULTA POR INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE INFORMACIÓN AL INTERVENTOR” DE CONFORMIDAD CON LO ESTIPULADO; “AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE COLABORACIÓN DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO; AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE REALIZAR LOS MEJORES ESFUERZOS DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO”, y denegar las excepciones denominadas “CONTRATO DE CONCESIÓN SIN SUBORDINACIÓN NUGATORIA DE LA SOLIDARIDAD”; “VIOLACIÓN DE LOS TOPES DEL RIESGO PREVISTO”; “EXCEPCIÓN DE APLICACIÓN PREFERENTE DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) Y DEL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN (Ley 1474 de 2011)”, “CON

RELACION A LA CLÁUSULA 63 “MULTAS”.; “INDEBIDA E ILEGAL INTERPRETACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO”; “INCUMPLIMIENTO DE LA AEROCIVIL POR VIOLACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SOLUCION DE CONTROVERSAS CON LA INTERVENTORÍA”.; “AEROCIVIL Y LA INTERVENTORÍA INCURRIERON EN UNA CONDUCTA ABUSIVA DE LA POSICIÓN DOMINANTE CONTRACTUAL.”; “AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE PLANEACIÓN;EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO”, por lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Denegar la pretensión novena en sus literales a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, l, m, n, o, p, q, r, s, t, u, v, w, de la demanda de reconvención por las razones establecidas en la parte motiva de esta providencia.

VIGÉSIMO TERCERO.- Declarar que la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A** ha incumplido obligaciones que asumió por virtud del Contrato No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, mediante el cual se le otorgó la *“concesión para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.”*, por deficiencias en los diseños de detalle para la construcción de la Subestación Eléctrica de la Nueva Torre de Control.

VIGÉSIMO CUARTO.- Declarar que en consecuencia la multa por deficiencias en los diseños de detalle para la construcción de la Subestación Eléctrica de la Nueva Torre de Control es procedente de acuerdo con el análisis consignado en la parte motiva de este laudo.

VIGÉSIMO QUINTO.- Condenar a la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A** al pago de la suma de CIENTO DOCE MILLONES CINCO MIL PESOS MCTE. (\$112.005.000,00), como valor de la multa por deficiencias en los diseños de detalle para la construcción de la Subestación Eléctrica de la Nueva Torre de Control. Los intereses moratorios se causarán transcurridos 5 días hábiles

contados a partir de la ejecutoria del presente laudo, intereses que se causarán a la tasa comercial establecida en la ley equivalente a 1.5 veces el interés bancario corriente.

VIGÉSIMO SEXTO.- Condenar a la convocada **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** a pagar a favor de la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A.**, por concepto de costas, incluidas las agencias en derecho, la suma de MIL DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES VEINTE MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS (\$1.280.020.910,00), de conformidad con la liquidación realizada en la parte motiva de este laudo, los cuales deberán pagarse dentro de los 5 días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Procédase por la Presidencia del Tribunal a elaborar y presentar a las partes la cuenta final de gastos, ordenando la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar a las partes.

VIGÉSIMO OCTAVO.- Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas de esta providencia con destino a cada una de las partes, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al Ministerio Público y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

VIGÉSIMO NOVENO.- Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una vez se encuentre en firme esta providencia.

La anterior decisión se notifica en audiencia.

MARTHA CEDIEL DE PEÑA
Árbitro-Presidente

WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Árbitro

ALEJANDRO VENEGAS FRANCO
Árbitro

CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario