

Tribunal de Arbitramento de Sociedad Operadora de Aeropuertos de Centro Norte S.A.- Airplan S.A. Vs.
Agencia Nacional de Infraestructura ANI- y Establecimiento Público Aeropuerto Olaya Herrera (AOH)

Tribunal de Arbitramento de Sociedad Operadora de
Aeropuertos de Centro Norte S.A.- Airplan S.A.

Vs.

Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- y Establecimiento
Público Aeropuerto Olaya Herrera (AOH)

Laudo Arbitral
Bogotá, D.C., 10 de Julio de 2017

Tabla de contenido

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES	5
1.- Partes y representantes.....	5
2.- El contrato origen de las controversias	6
3.- El pacto arbitral.....	6
4.- El trámite del proceso.....	7
4.1.- Tramite inicial	7
4.2.- Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda	8
4.3.- Reforma a la demanda, admisión y traslado.....	9
4.4.- Audiencia de conciliación	9
4.5.- Primera audiencia de trámite	9
4.6.- Instrucción del proceso.....	9
4.7.- Alegatos de conclusión	10
4.8.- Concepto del Ministerio Público	11
4.9. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado	11
5.- Reintegración del Tribunal	11
6.- Término de duración del proceso.	12
7.- La controversia	13
7.1.- Pretensiones	13
7.2.- Hechos de la demanda reformada	16
7.3.- Contestación de la demanda y excepciones.....	16
SEGUNDA PARTE: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	17
1.- Presupuestos procesales.....	17
2.- La competencia del Tribunal	18
3. Legitimación por Pasiva de la ANI.....	21
4. Caducidad.....	25
5.- Pronunciamiento del Tribunal respecto de la excepción de cosa juzgada.....	30
5.1.- Ausencia de cosa juzgada respecto de las pretensiones sobre nulidad de las Resoluciones 3179 de 2011 y 1587 de 2012.....	30

5.2.- Ausencia de cosa juzgada respecto de las pretensiones sobre la compensación tarifaria por derechos de aeródromo.....	31
6.- Pronunciamiento del Tribunal respecto de las pretensiones relativas a la nulidad de las Resoluciones 3179 de 2011 y 1587 de 2012, relacionadas con la imposición de multa al concesionario.....	34
6.1- La controversia	35
6.1.1.- Pretensiones de nulidad de las Resoluciones 3179 de 2011 y 1587 de 2012.	35
6.1.2.- Causales de nulidad invocadas	36
6.1.3.- La posición de las entidades demandadas.	38
6.1.4.- Las alegaciones de las partes.	40
6.1.5.- El concepto de la Señora Agente del Ministerio Público.	40
6.2. Consideraciones del Tribunal.....	42
6.2.1 Análisis del cargo referente a la falta de competencia.	42
6.2.2. Análisis del cargo referente a la infracción de las normas en que debería fundarse el acto administrativo.	48
7. Pronunciamiento del Tribunal sobre las Pretensiones Relacionadas con los Derechos de Aeródromo y la Compensación Tarifaria.	58
7.1.- La Controversia	58
7.1.1.- Las pretensiones sobre los Derechos de Aeródromo.....	58
7. 1.2.- Los hechos que fundamentan estas pretensiones	59
7.1.3.- La posición de las entidades convocadas.....	60
7.1.4.- Las alegaciones de las partes	61
7.1.5.- El concepto de la señora Agente del Ministerio Público.....	61
7.2. Las consideraciones del Tribunal de Arbitramento.....	62
7.2.1. Precisiones previas.....	62
7.2.1.1. La naturaleza contractual de la controversia sometida a la decisión del Tribunal, en cuanto a los derechos de aeródromo y la compensación tarifaria.	63
7.2.1.2. El Laudo Arbitral proferido el 19 de junio de 2013 y la sentencia del Consejo de Estado de 18 de marzo de 2015.....	63
7.2.1.3. La naturaleza de las pretensiones formuladas por AIRPLAN en este proceso: el incumplimiento como fuente de responsabilidad contractual.	63
7.2.2. El Régimen de ingresos del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008: Resoluciones No. 04530 de 21 de septiembre de 2007 y 3558 de 5 de agosto 2008.....	73

7.2.3.- Modificación del régimen de ingresos del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2007, mediante la Resolución No. 3558 de 2008	77
7.2.4.- La excepción propuesta por las convocadas sobre la ausencia de derecho de AIRPLAN para reclamar una compensación tarifaria con fundamento en la preexistencia de la exención de los derechos de aeródromo en la Ley 80 de 1968 y en los Reglamentos Aeronáuticos Colombianos (RAC)78	
7.2.5.- La excepción propuesta por las convocadas sobre ausencia de derecho de AIRPLAN para reclamar los derechos de aeródromo.....	85
7.2.6.- Improcedencia de la excepción de pérdida de vigencia de la Resolución No. 3558 de 2008	85
7.2.7.- Falta de prosperidad de la excepción denominada " <i>Relatividad de las relaciones jurídicas que tiene el administrador, operador y explotador de un aeropuerto con los usuarios del mismo</i> ".....	87
7.2.8.- Configuración de los supuestos para la aplicación de la compensación tarifaria a la que se refiere la cláusula 16 del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008.....	88
7.2.9.- Incumplimiento del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008 por el no pago de la compensación tarifaria contemplada en la cláusula 16 imputable exclusivamente a la AEROCIVIL	89
7.2.10.- Perjuicios causados a AIRPLAN como consecuencia de la expedición de la Resolución No. 3558 de 2008 y del no pago de la compensación tarifaria a la que estaba obligada la AEROCIVIL.....	90
7.2.11.- Conclusión sobre la responsabilidad contractual de la parte convocada, en particular de la ANI, como subrogataria de la AEROCIVIL.....	92
7.2.12.- Cuantificación de los perjuicios reclamados por AIRPLAN	92
8.- Sanción derivada del monto del juramento estimatorio	96
9.- Costas y agencias en derecho	97
TERCERA PARTE: RESOLUCIONES Y CONDENAS.....	97

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., 10 de Julio de 2017

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A.- AIRPLAN S.A., como parte convocante, y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI- y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA (AOH), como partes convocadas, después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, profiere el presente Laudo Arbitral con el cual decide el conflicto planteado en la demanda arbitral y en su contestación, en los siguientes términos

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES

1.- Partes y representantes

1.1.- Parte convocante:

La parte convocante es la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A., en adelante AIRPLAN, sociedad comercial del tipo de las anónimas, constituida mediante documento privado del 6 de marzo de 2008 e inscrita inicialmente en la Cámara de Comercio de Bogotá y, posteriormente, en la Cámara de Comercio de Medellín y representada por Clara Inés Ramírez Restrepo, todo lo cual consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Medellín.

AIRPLAN ha estado representada en el presente trámite por el doctor CARLOS ALBERTO MANZANO RIAÑO.

1.2.- Parte convocada

La parte convocada está integrada por:

a.- La AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-, en adelante la ANI, Agencia Nacional 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, según Decreto 4165 del 3 noviembre de 2011, representada legalmente por su Presidente, LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO.

b.- ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA -AOH-, en adelante el AOH, entidad descentralizada del orden municipal creada por el Acuerdo No. 55 de 1991 del Concejo de Medellín, modificado por el Acuerdo No. 32 de 2001 de la misma Corporación, representada por su Gerente JESÚS ALBERTO SÁNCHEZ RESTREPO.

La ANI y el AOH han estado representadas por el doctor FELIPE PIQUERO VILLEGAS.

2.- El contrato origen de las controversias

De conformidad con la demanda, el contrato que da origen a las controversias es el Contrato de Concesión No. 8000011-OK, celebrado el 13 de marzo de 2008, entre la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL, en adelante la AEROCIVIL y el AOH, como Concedentes, y AIRPLAN, como Concesionario, el cual, según la cláusula tercera, tiene por objeto:

"(...) (i) el otorgamiento por parte de la Aerocivil y a favor del Concesionario de la concesión para la administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento del Aeropuerto Antonio Roldán Betancourt, del Aeropuerto El Caraño, del Aeropuerto José María Córdova, del Aeropuerto Las Brujas y del Aeropuerto Los Garzones, y (ii) el otorgamiento por parte del AOH y a favor del Concesionario de la concesión para la administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento del Aeropuerto Olaya Herrera, a cambio de la remuneración de que trata el Capítulo III (en lo sucesivo la "Concesión")."

La Concesión se otorga de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la ley 80 de 1993 y la ley 105 de 1993.

La administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento de los Aeropuertos entregados a título de Concesión se hará por cuenta y riesgo exclusivo del Concesionario y en los términos y condiciones establecidos en el presente Contrato.

La supervisión y control de la ejecución de la Concesión está a cargo de los Concedentes, quienes la pueden ejercer directamente o a través de uno o varios Interventores."

El mencionado contrato obra a folios 1 a 386 del cuaderno de pruebas No. 1.

Según lo afirmado en la demanda, mediante los Decretos 4164 y 4165 de 2013 se dispuso la subrogación de este Contrato a favor de la ANI, por lo que señala la convocante que *"para todos los efectos las referencias a la AEROCIVIL deben entenderse bajo la óptica de la subrogación del CONTRATO realizada a favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA"*.

3.- El pacto arbitral.

La cláusula compromisoria que dio origen a la convocatoria del Tribunal Arbitral está contenida en la cláusula 86 del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008, que dispone:

"CLÁUSULA 86. ARBITRAMENTO. Sin perjuicio de la aplicación de las cláusulas excepcionales consagradas en la ley 80 de 1993, toda diferencia que no sea posible solucionar amigablemente y que no corresponda a un asunto expresamente asignado a la decisión de los amigables componedores, será dirimida por un tribunal de arbitramento de conformidad con las reglas que adelante se establecen:

(i) El tribunal de arbitramento será designado de común acuerdo entre las partes y, en caso que no se logre acuerdo dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la notificación que le dirija una parte a la otra, la designación total será efectuada por la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo entre los árbitros inscritos en las listas que lleva el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de dicha Cámara.

(ii) El tribunal así constituido se sujetará a lo dispuesto en el decreto 1818 de 1998 y todas las disposiciones y reglamentaciones que los complementen, modifiquen o sustituyan;

(iii) El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, quienes serán ciudadanos colombianos y abogados en ejercicio;

(iv) La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá;

(v) El tribunal decidirá en derecho; y

(vi) El tribunal funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá."

Mediante otrosí No. 2 del 14 de marzo de 2011 las partes convinieron excluir del contrato de concesión la figura de la amigable composición.

4.- El trámite del proceso

4.1.- Tramite inicial

- La demanda arbitral fue presentada el 9 de abril de 2015, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 1 a 117 del cuaderno principal No.1).

Junto con la demanda se presentó una solicitud para que se convocara a un Tribunal Arbitral, en la que se señaló que dicha solicitud se presentaba en la "oportunidad establecida en el Acta No. 005 de fecha 28 de enero de 2.015 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia", en la medida en que en desarrollo de la audiencia inicial practicada en el proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió la convocante ante la jurisdicción contencioso administrativa se declaró probada la excepción de

falta de jurisdicción propuesta por la ANI (folios 118 a 120 del cuaderno principal No. 1).

- El día 31 de julio de 2015, se llevó a cabo audiencia de nombramiento de árbitros, en la que las partes, de común acuerdo, designaron como árbitros principales a los doctores Sergio González Rey, Juan Andrés Carreño y Juan Carlos Galindo Vacha y como suplente al doctor Juan Manuel Charry Urueña (folios No. 181 y 182 del Cuaderno Principal No. 1).

Los doctores Sergio González Rey y Juan Andrés Carreño Cardona aceptaron la designación. El doctor Juan Carlos Galindo no aceptó el encargo, por lo que fue comunicada la designación al doctor Juan Manuel Charry Urueña, quien aceptó.

4.2.- Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda

- Aceptadas las designaciones y surtido el trámite dispuesto por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, el 11 de diciembre de 2015 se realizó audiencia de instalación del Tribunal¹ en la que se designó como Presidente al doctor Juan Andrés Carreño Cardona y como Secretaria a la doctora Alexandra Quintero Fajardo, quien aceptó la designación y tomó posesión de su cargo ante el Presidente del Tribunal. En relación con la designación de la Secretaria también se surtió el trámite dispuesto por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.
- En la audiencia de instalación se inadmitió la demanda y se solicitó al demandante realizar el juramento estimatorio de las pretensiones y la estimación razonada de la cuantía.
- La demanda fue subsanada mediante memorial presentado el 17 de diciembre de 2015.
- Mediante Auto del 14 de enero de 2016 fue admitida la demanda y se ordenó correr traslado de la misma a la parte convocada.
- El auto admisorio de la demanda fue comunicado a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado a través del buzón dispuesto por esa entidad para ese efecto, a las convocadas y a la señora Procuradora 127 Judicial II Administrativa, delegada del Ministerio Público.
- El día 15 de febrero de 2016 se presentó escrito de contestación de la demanda (folios 305 a 319 del Cuaderno Principal No, 1).

¹Folios 292 a 295 del Cuaderno Principal No. 1

- De las excepciones propuestas se corrió traslado a la convocante por el término de cinco (5) días, luego de lo cual se señaló fecha y hora para realizar audiencia de conciliación, para el 25 de abril de 2016.

4.3.- Reforma a la demanda, admisión y traslado

- Antes del inicio de la audiencia de conciliación, la convocante presentó escrito integrado de reforma de la demanda (folios 325 a 374 del Cuaderno Principal No 1), y esta fue admitida mediante auto del 25 de abril de 2016 y se ordenó correr traslado de la misma por el término de 10 días. En este auto se señaló fecha y hora para la realización de audiencia de conciliación, la cual se realizaría una vez surtido el traslado de la demanda reformada y de las excepciones propuestas por las convocadas.
- Las convocadas contestaron la demanda reformada (folios 384 a 400 del Cuaderno Principal No. 1) y de las excepciones propuestas se corrió traslado a la convocante, quien presentó memorial el 19 de mayo de 2016.

4.4.- Audiencia de conciliación

La audiencia de conciliación se surtió el día 31 de mayo de 2016², la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio. En esa misma oportunidad se fijaron los honorarios y gastos del Tribunal, los cuales fueron pagados por las partes en la oportunidad prevista por el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012.

4.5.- Primera audiencia de trámite

La primera audiencia de trámite se realizó el 24 de junio de 2016, en la cual el Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer de las pretensiones de la demanda y su contestación y decretó las pruebas del proceso.

4.6.- Instrucción del proceso

En el proceso fueron decretadas, practicadas e incorporadas las siguientes pruebas:

4.6.1.- Documentales:

Como pruebas documentales aportadas por las partes se incorporaron al proceso las siguientes:

²Acta No. 7 obrante a folios 429 a 436 del Cuaderno Principal No, 1

4.6.1.1.- Los documentos aportados con la demanda inicial (cuadernos de pruebas No. 1, 2, 3, 4, 5 y 6).

4.6.1.1.- Los documentos aportados con la reforma integral a la demanda (cuaderno de pruebas No. 7, folios 1 al 111).

4.6.1.1.- Los aportados al contestar demanda (cuaderno de pruebas No. 8, folios 1 a 511).

4.6.1.1.- Los aportados al contestar la reforma a la demanda (cuaderno de pruebas No. 8, folios 512 y 515)

4.6.2.- Documentales oficios:

Por solicitud de la parte convocada se ofició a la Aeronáutica Civil y a la Notaria 20 de Bogotá, para que remitiera la información a la que se hace referencia en los folios 398 y 399.

La respuesta a estos oficios obra a folios 2 a 157 del Cuaderno de Pruebas No. 9.

4.6.3.- Testimonios:

Por solicitud de las convocadas se decretaron y practicaron los testimonios de:

- Héctor Ulloa Jiménez. Se practicó el 29 de agosto de 2016 y su audio y transcripción obra a folios 178 a 192 del Cuaderno de Pruebas No. 9.
- Sylvia Johanna Vera López. Se practicó el 27 de julio de 2016 y su audio y transcripción obra a folios 162 a 171 del Cuaderno de Pruebas No. 9.

4.6.4.- Dictamen pericial de parte:

La parte demandante presentó dictamen de parte financiero (folios 112 A 137 del cuaderno de pruebas No. 7), elaborado por la sociedad Jega Accouting House Ltda.

El 2 de agosto de 2016 el representante legal de esa compañía, señor Eduardo Jiménez Ramírez, rindió interrogatorio, cuyo audio y transcripción obra a folio 172 a 177 del Cuaderno de Pruebas No. 9.

4.7.- Alegatos de conclusión

Mediante auto del 17 de noviembre de 2016 se declaró concluida la etapa probatoria y se señaló fecha para audiencia de alegatos para el día 6 de diciembre de 2016, fecha que se modificó para el 24 de enero de 2017.

En esa oportunidad, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 132 del C.G.P. se realizó el control de legalidad del proceso, sin que se advirtiera causal de nulidad alguna.

El día 24 de enero de 2017, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos en forma oral. También presentaron escrito contentivo de sus alegaciones, los cuales obran a folios 29 a 76 (parte convocante) y 108 a 145 (parte convocada), del Cuaderno Principal No. 2.

4.8.- Concepto del Ministerio Público

En la misma fecha de alegatos la señora agente del Ministerio Público rindió su concepto (folios 146 a 194 del cuaderno principal No. 2).

4.9. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

El día 18 de enero de 2016, mediante buzón electrónico, se informó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sobre la iniciación del trámite arbitral según lo ordena el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, en concordancia con el artículo 612 del Código General del Proceso (folio 295 del cuaderno principal No. 1).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no se pronunció durante todo el trámite arbitral.

5.- Reintegración del Tribunal

1.- El día 16 de febrero de 2017 el doctor Juan Manuel Charry Urueña, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, realizó una revelación consistente en que coincidía con la ANI en un proceso judicial en el cual él fungía como apoderado de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.

2.- La Secretaria dio traslado de la revelación a las partes y a la señora Agente del Ministerio Público.

3.- Conocida la posición de las partes y de la Procuradora Judicial, mediante auto del 2 de marzo de 2017, el Tribunal dispuso "*relevar al doctor JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA de su condición de árbitro*" y requirió a las partes para que procedieran a la designación de su reemplazo a la mayor brevedad posible.

4.- El día 23 de marzo de 2017, los apoderados de las partes presentaron ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá memorial en el cual comunicaron la designación del doctor Arturo Solarte Rodríguez como árbitro.

5.- El Tribunal quedó reintegrado con el doctor Arturo Solarte Rodríguez, en reemplazo del doctor Juan Manuel Charry, lo cual ocurrió el día 20 de abril de

2017, fecha en la cual venció el término establecido por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, sin pronunciamiento de las partes.

6.- Término de duración del proceso.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 el proceso tiene una duración de 6 meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, al cual se adiciona el tiempo en el que el proceso haya estado suspendido.

El proceso fue objeto de suspensión por el término de 122 días calendario, en la forma que se relaciona a continuación.

Acta en la que consta la suspensión	Término de suspensión	Días suspendidos
Primera de trámite	24 de junio de 2016	
Acta 9	Suspensión del proceso entre el 12 y el 26 de julio	15 días calendario
Acta 11	Suspensión del proceso entre el 3 de agosto y el 28 de agosto	26 días calendario
Acta 12	suspensión entre el 30 de agosto y el 29 de septiembre	32 días calendario
Acta 15	7 de diciembre al 22 de enero de 2017	49 días calendario
Total suspensiones		122 días calendario

Toda vez que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, *"las partes o sus apoderados no podrán solicitar la suspensión del proceso por un tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días"*, para la contabilización del término se tendrá en cuenta el máximo término de suspensión (120 días) y no los 122 días calendario en que estuvo suspendido.

Adicionalmente, como consecuencia del relevo de uno de los árbitros, el proceso se suspendió desde el día siguiente a la expedición del auto que dispuso el relevo (3 de marzo de 2017), hasta la fecha en la cual fue reintegrado el Tribunal por la

aceptación del doctor Arturo Solarte Rodríguez y el traslado de 5 días previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2017 (20 de abril de 2017).

Así las cosas, al término de suspensión por solicitud conjunta de las partes se adicionan 49 días calendario durante los cuales el proceso estuvo suspendido como consecuencia del relevo de uno de los árbitros, para un total de 169 días calendario de suspensión.

El término del proceso inició el 24 de junio de 2016, fecha en la que se realizó la primera audiencia de trámite. Los 6 meses establecidos por el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, vencerían inicialmente el 24 de diciembre de 2016, a los cuales se adicionan los 169 días de suspensión y la prórroga de seis meses acordada por las partes de la que da cuenta el auto No. 22 del 2 de marzo de 2017, por lo que el término del Tribunal se extiende hasta el día 11 de diciembre de 2017.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro de la oportunidad consagrada en la ley.

7.- La controversia

7.1.- Pretensiones

La demanda presentada por AIRPLAN, tal y como fue reformada, contiene las siguientes pretensiones (Folios 236 a 239 del cuaderno principal No. 1):

"1. DECLARATIVA GENERAL:

"1.1. *Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA incumplieron parcialmente el CONTRATO, por los hechos y omisiones que resulten probados en el proceso.*

"2.1. DECLARATIVAS ESPECÍFICAS RELACIONADAS CON LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES No. 3179 Y No. 1587 DE 2.012:

"2.1.1. *Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 3179 de 14 de junio de 2.011 y No. 1587 de 29 de marzo de 2.012 expedidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH, a causa de que la tasación de la multa impuesta mediante los mencionados actos administrativos, fue determinada desconociendo las normas en que deberían fundarse, y además fueron expedidos con falta de competencia, causales de nulidad previstas en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

2.1.1.1 Pretensión subsidiaria a la 2.1.1.: *Que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones No. 3179 de 14 de junio de 2.011 y No. 1587 de 29 de marzo de 2.012 expedidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH, en cuanto a la tasación de la multa, y en consecuencia se tase la multa que se pretende imponer a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. (sic), en los precisos términos que establece el CONTRATO: por la cantidad total y única equivalente a diez salarios mínimos mensuales legales vigentes (10 SMMLV).*

"2.2. DECLARATIVAS ESPECÍFICAS RELACIONADAS CON EL NO PAGO DE DERECHOS DE AERÓDROMO DE SATENA:

"2.2.1. *Que se declare que con la expedición, no consentida por la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. (sic), de la Resolución No. 3558 de 5 de agosto de 2.008, se generó una disminución de los Ingresos Regulados, que debe ser compensada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH, en los términos de la cláusula 16 del CONTRATO.*

"2.2.2. *Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH, incumplieron el CONTRATO al no dar aplicación a las cláusulas 15 y 16 con ocasión de la exención de los Derechos de Aeródromo a cargo de SATENA establecida en la Resolución No. 3558 de 5 de agosto de 2.008 expedida por la AEROCIVIL.*

"3. DE CONDENA ESPECÍFICAS RELACIONADAS CON LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES No. 3179 Y No. 1587:

"3.1. *Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones No. 3179 de 14 de junio de 2.011 y No. 1587 de 29 de marzo de 2.012, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH al restablecimiento de los derechos de la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. -AIRPLAN S.A. (sic), de conformidad con lo probado en el proceso.*

"3.2. *Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH a reintegrar a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. -AIRPLAN S.A. (sic) las sumas pagadas como consecuencia de la multa impuesta mediante las Resoluciones No. 3179 de 14 de junio de 2.011 y No. 1587 de 29 de marzo de 2.012.*

"3.3. *Que en el evento de accederse a la pretensión 2.1.1.1., se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH a reintegrar a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. - AIRPLAN S.A. (sic), las sumas pagadas en exceso debido a la tasación incorrecta de la multa impuesta mediante las Resoluciones No. 3179 de 14 de junio de 2.011 y No. 1587 de 29 de marzo de 2.012.*

"4. DE CONDENA ESPECÍFICAS RELACIONADAS CON LA EXENCIÓN DE DERECHOS DE AERÓDROMO DE SATENA:

"4.1. *Que en el evento de accederse a la pretensión 2.2.1. y/o 2.2.2., se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH, a dar aplicación a la cláusula 16 del CONTRATO, y a pagar a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. -AIRPLAN S.A. (sic) el valor no percibido con ocasión de la exención de los Derechos de Aeródromo de SATENA.*

"5. DE CONDENA COMUNES:

Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH a pagar a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. -AIRPLAN S.A. (sic), todas las sumas de dinero a las que resulte condenada, debidamente actualizadas.

Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH, a pagar a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. -AIRPLAN S.A. (sic), intereses moratorios sobre las sumas de condena hasta su pago efectivo.

Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH a dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH a pagar a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. -AIRPLAN S.A. (sic) las costas del presente proceso, así como las agencias en derecho."

7.2.- Hechos de la demanda reformada

La parte convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda reformada a folios 329 a 356 del Cuaderno Principal N° 1, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

7.3.- Contestación de la demanda y excepciones

Las demanda reformada e integrada en un solo texto fue contestada por el apoderado de las convocadas mediante escrito que obra a folios 384 a 400 del Cuaderno Principal No. 1, en el cual aceptó unos hechos, negó y precisó otros; se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones:

7.3.1.- Caducidad

7.3.2.- Falta de legitimación por pasiva en relación con la Agencia Nacional de Infraestructura

7.3.3.- Cosa Juzgada

7.3.4.- Los concedentes sí tienen competencia para sancionar al concesionario por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

7.3.5.- El concesionario no logró justificar la mora en la que incurrió en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

7.3.6.- La multa impuesta sí tiene el propósito de apremiar al contratista y no viola reglas o principios de proporcionalidad.

7.3.7.- La tasación de la multa es la correcta, de conformidad con el contrato.

7.3.8.- Los árbitros no pueden decidir sobre la validez de los actos administrativos.

7.3.9.- Ausencia de derecho de la sociedad Operadora de Aeropuertos de Centro Norte S.A. para reclamar la compensación tarifaria a la que se refieren sus pretensiones.

7.3.10.- Ausencia de derecho de la Sociedad Operadora de Aeropuertos de Centro Norte S.A. para reclamar los derechos de aeródromo a los que se refieren sus pretensiones.

7.3.11.- Pérdida de vigencia de la Resolución 3558 del 4 de agosto de 2008.

7.3.12.- Relatividad de las relaciones jurídicas que tiene el administrador, operador y explotador de un aeropuerto con los usuarios del mismo.

El fundamento de las anteriores excepciones y las razones de defensa de las convocadas serán estudiados por el Tribunal en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDA PARTE: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- Presupuestos procesales

En forma previa a adoptar la decisión de fondo que resuelva sobre las pretensiones y excepciones formuladas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se encuentran satisfechos los presupuestos procesales, esto es, si se cuenta con los requisitos que deben concurrir en todo proceso para que el juez pueda aplicar el derecho sustantivo y por tanto proferir una decisión de fondo.

Estos presupuestos, corresponden a la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la demanda en forma y la competencia³.

1.1.- En relación con la capacidad para ser parte, se tiene que tanto la convocante, AIRPLAN, persona jurídica de derecho privado, como la ANI y el AOH, entidades de derecho público, son legalmente capaces y han sido debidamente representadas en este proceso.

1.2.- En cuanto a la demanda en forma, se tiene que la demanda arbitral cumple con los requisitos establecidos en los artículos 82 y siguientes del C.G.P., aplicables a las demandas que se presentan ante la justicia arbitral por virtud de lo establecido por el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012.

1.3.- Tal como lo determinó el Tribunal en el Auto No. 9 del 24 de junio de 2016 la cláusula compromisoria contenida en la cláusula 86 del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2.008 es válida y está llamada a producir efectos jurídicos.

1.4.- Asimismo, en virtud de la habilitación concedida por las partes, este Tribunal Arbitral asumió competencia para conocer de las diferencias sometidas a su

³ La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, en sentencia del 15 de julio de 2008. M.P. William Naven Vargas, sobre los presupuestos procesales precisó: “Trátase de elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. No conciernen a la relación jurídica sustancial controvertida, causa petendi, petitum, ni a la legitimación en causa, aptitud o interés específico para deducir, controvertir o soportar la pretensión, cuestiones todas del derecho sustancial (CXXXVIII, 364/65), sino a “los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido del proceso (sentencia del 14 de agosto de 1995 exp. 4268), esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso, en tanto, el derecho de acción es una condición de la providencia favorable de la litis contestatio (LIX, 818; LXXV, 158 y XXVI, 93)”

consideración, planteadas en la reforma a la demanda inicial, así como en las excepciones formuladas por las convocadas.

1.5.- El trámite arbitral se adelantó con observancia de las normas procesales sin que se observe causal de nulidad que lo afecte.

1.6.- Del recuento efectuado en los apartes precedentes, se infiere que la relación procesal se constituyó regularmente y que en su desenvolvimiento no se configuró defecto alguno que pueda invalidar, en todo o en parte, la actuación surtida, por lo cual resulta procedente decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje.

1.7.- Ahora bien, toda vez que la parte convocada ha realizado cuestionamientos a la *competencia del Tribunal*, aspecto que constituye un presupuesto procesal para resolver de fondo la controversia, procede el Tribunal a pronunciarse expresamente sobre este aspecto en los párrafos siguientes.

2.- La competencia del Tribunal

2.1. Posición de las Convocadas

La parte convocada, en su escrito de contestación de demanda, cuestiona la competencia del Tribunal Arbitral, argumentando que sólo los jueces contencioso administrativos están facultados para decidir sobre la validez de los actos administrativos, puesto que la validez de este tipo de actos en el ámbito de la actividad contractual no interesa solamente a las partes del contrato, sino también a los funcionarios que los expidieron y a la sociedad misma, por lo que una cosa es dirimir un conflicto inter partes, y otra, ejercer el control de legalidad sobre decisiones adoptadas unilateralmente por una autoridad pública.

2.2.- Posición de la Convocante

AIRPLAN, no se refiere en extenso a la competencia del Tribunal Arbitral ni en el escrito de la demanda ni en sus alegatos de conclusión. Simplemente, sustenta la competencia del Tribunal de Arbitramento en la cláusula 86 del Contrato de Concesión N° 8000011-OK.

2.3.- Posición del Ministerio Público

El Ministerio Público considera que la excepción no tiene vocación de prosperidad, debido a que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado que los árbitros sí pueden pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos por medio de los cuales las entidades imponen multas a los contratistas, como quiera que no comporta el ejercicio de una facultad exorbitante.

2.4. Pronunciamiento sobre la competencia del Tribunal en la Primera Audiencia de Trámite

En atención a lo establecido por el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal Arbitral se pronunció sobre su competencia en la primera audiencia de trámite, que se llevó a cabo el día 24 de junio de 2016.

En esa oportunidad el Tribunal se declaró competente para conocer de la controversia puesta en su conocimiento por la convocante en la demanda reformada.

En relación con la posibilidad de pronunciarse respecto de los actos administrativos que impusieron multa al contratista, se indicó que el Consejo de Estado, después de proferida la Sentencia C-1436 de 2000 por parte de la Corte Constitucional, ha decantado una extensa jurisprudencia en la que se ha señalado que los únicos actos que se encuentran fuera del ámbito de competencia de un Tribunal Arbitral, son aquellos que sean proferidos en ejercicio de las facultades excepcionales que consagra el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Los demás actos administrativos contractuales, entre ellos los que imponen multas al contratista, están comprendidos dentro de la esfera de la competencia de la jurisdicción arbitral.

Adicionalmente, se precisó que, en el caso concreto, el Tribunal Administrativo de Antioquia, al pronunciarse sobre la demanda que en ejercicio del medio de control de controversias contractuales presentó AIRPLAN, en la que pretendía la nulidad de los actos administrativos sancionatorios aquí impugnados, mediante providencia de 28 de enero de 2015 declaró probada la excepción de falta de jurisdicción, por la estipulación de una cláusula compromisoria en el contrato de concesión, motivo por el cual declaró la nulidad de todo lo actuado y ordenó remitir el expediente al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y conminó a las partes para integrar el respectivo Tribunal de Arbitramento en los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de dicha providencia, decisión que dio origen a la iniciación del trámite arbitral.

Así pues, admitir que el presente asunto no puede ser conocido por un Tribunal de Arbitramento implicaría negar el derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia del Contratista, puesto que éste ya acudió, con anterioridad, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa con el propósito de formular sus pretensiones de nulidad contra las resoluciones sancionatorias 3179 y 1587 de 2012, en donde, como se mencionó, se declaró la Falta de Jurisdicción y se determinó que las mismas debían ser conocidas por la Justicia Arbitral.

El Panel Arbitral concluyó en ese momento, que resultaba claro que era jurídicamente viable conocer de las pretensiones de nulidad de las Resoluciones No. 3179 y 1587 de 2012, contenidas en la demanda.

2.5.- Conclusiones sobre la Competencia del Tribunal

2.5.1.- En esta oportunidad el Tribunal Arbitral ratifica la decisión ya adoptada sobre la competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos contractuales de imposición de multas y por lo tanto rechaza la excepción denominada “*los árbitros no pueden decidir sobre la validez de los actos administrativos*”.

2.5.2.- Tal como se indicó en la primera audiencia de trámite, a partir de la expedición de la sentencia C-1436 de 2000, en la que se declaró la constitucionalidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, los únicos actos administrativos que se encuentran excluidos de la jurisdicción arbitral son los que se profieren en ejercicio de las facultades excepcionales, por lo que los actos por medio de los cuales se imponen multas – que no corresponden a esa categoría– pueden ser revisados por los árbitros para determinar su legalidad en ejercicio de la acción de controversias contractuales, pudiendo, incluso, declarar su nulidad.

Sobre este particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado es hoy uniforme y reiterada, y al respecto ha precisado:

“Así, pues, la Sala precisó que, si bien los ‘poderes excepcionales’ con los cuales cuenta la administración pública en desarrollo de la acción contractual comprenden no sólo el ámbito del ejercicio de las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, sino que abarcan ‘... la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los contratos de derecho público– para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública ...’⁴, lo cierto es que los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la Ley 80 de 1993, aquellos dictados en ejercicio de las potestades consagradas exclusivamente por el artículo 14 (en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 eran los señalados en el artículo 76), pues así lo entendió la Corte Constitucional al pronunciar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, de modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral (...).” (Subrayas fuera de texto)⁵

Así pues, los actos administrativos que están excluidos de la competencia arbitral, son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad, y de reversión que sean dictados como consecuencia de las cláusulas excepcionales presentes en los contratos estatales, tales como los de concesión de bienes del Estado.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 12 de agosto de 2013, C. P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 28730.

Ahora bien, en relación con la admisión de la competencia para conocer sobre pretensiones relativas a la validez de actos administrativos de imposición de multas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

*"En esta oportunidad se reitera que frente a la validez de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad impone multa al contratista, como quiera que no comporta el ejercicio de una exorbitancia, los árbitros sí pueden pronunciarse, tal como lo ha considerado la Corporación al abordar y rectificar su Jurisprudencia en tan importante punto"*⁶

2.5.3.- El reproche a la competencia del Tribunal Arbitral para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos de imposición de multas que formula la convocada consiste más en una postura crítica respecto de la posibilidad actual de que se ejerza esta competencia por parte de los Tribunales de Arbitramento, que a una oposición a la competencia fundada en las normas legales y en la jurisprudencia vigente, toda vez que admite que el Consejo de Estado, *"partiendo de una interpretación suya de la Sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, les ha reconocido a los tribunales de arbitramento la facultad de decidir sobre la validez de actos administrativos expedidos en el ámbito de la actividad contractual del Estado, distintos de aquellos mediante los cuales se ejercen las denominadas facultades excepcionales o exorbitantes"*, para luego señalar que esto no debería ser así porque la validez de los actos administrativos expedidos en el ámbito de la actividad contractual del Estado *"es un asunto que interesa no solo a las partes del contrato"* sino a los *"funcionarios que los expedieron —quienes pueden, bajo determinados supuestos, ser incluso llamados a responder patrimonialmente por daños derivados del hecho mismo de la anulación"*, a *"otros particulares que participaron en el proceso de selección"* y a la *"sociedad misma"*.

4.- Esa consideración del señor apoderado de las convocadas, no le permite al Tribunal desconocer los precedentes jurisprudenciales vigentes sobre la materia, la habilitación concedida por las partes para resolver sus diferencias a través de la justicia arbitral y la necesidad de garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia de la convocante, quien por una decisión de la jurisdicción contencioso administrativa, debió formular ante un Tribunal de Arbitraje las pretensiones de nulidad de las resoluciones 3179 de 2011 y 1587 de 2012, por medio de las cuales las entidades concedentes, AEROCIVIL y el AOH, impusieron una multa al concesionario.

3. Legitimación por Pasiva de la ANI

3.1.- Posición de las Convocadas

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de julio de 2013, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

Las convocadas, en su escrito de contestación a la reforma a la demanda, consideran que la ANI no tiene legitimación por pasiva, por los siguientes motivos:

3.1.1.- El artículo 2 del Decreto 4164 de 2011 dio como plazo máximo para que la ANI se subrogara en los contratos de concesión aeroportuaria el 31 de diciembre de 2013 y la subrogación en el contrato de concesión objeto de controversia se realizó el 26 de diciembre de 2013.

3.1.2.- La Resolución No. 3179 del 14 de junio de 2011 y la No. 1587 del 29 de marzo de 2012, mediante las cuales se impuso la multa al Contratista y se resolvió el recurso de reposición respectivamente y cuya nulidad se pretende en el presente proceso, fueron expedidas antes de que la ANI tuviera la función de gestor de la concesión, por lo que no tuvo relación con la elaboración o expedición de los actos administrativos demandados.

3.1.3.- Por lo anterior, se considera que la ANI no podía ser llamada a enfrentar un proceso relativo a la validez de unos actos administrativos que no profirió. Adicionalmente señala que el valor de la multa impuesta se pagó a la AEROCIVIL y al AOH y no a la ANI.

3.1.4.- En el mismo sentido, argumenta que para las fechas en las que se dio la discusión sobre el pago de los derechos de aeródromo, por la expedición de la Resolución 3558 de 5 de agosto de 2008, la ANI tampoco tenía la función de gestor de esta concesión, y fue la AEROCIVIL la entidad que, en cumplimiento del Laudo de 19 de junio de 2013, le pagó al concesionario unas sumas de dinero que éste, una vez prosperó el recurso de anulación, le devolvió.

Por lo anterior, afirma que si prosperaran las pretensiones segunda o cuarta principales, serían la AEROCIVIL y el AOH los únicos llamados a cumplir la condena.

3.1.5.- Estos argumentos fueron reiterados por las convocadas, en los mismos términos, en sus alegatos de conclusión. Sin embargo, en esa ocasión manifestaron que en el expediente obra un archivo en medio magnético que la AEROCIVIL allegó como anexo al documento mediante el cual respondió el Oficio No. 1 de 19 de junio de 2016, en donde se encuentran los comprobantes de ingreso de los recursos recaudados por la entidad con ocasión del pago de la multa impuesta; adicionalmente, señalaron que el AOH, en una certificación aportada con la contestación de la reforma de la demanda, afirmó que los recursos recibidos de AIRPLAN por concepto de la multa, fueron registrados en su presupuesto como otros ingresos de la Concesión, e ingresaron a su contabilidad. Por lo que concluye que son esas dos entidades quienes podrían ser condenadas a rembolsar al concesionario tales dineros, como lo solicitó en las pretensiones 3.2 y 3.3 de la demanda.

Adicionalmente, frente a la discusión sobre los derechos de aeródromo, y a la devolución que el concesionario debió hacer a la AEROCIVIL en cumplimiento de la anulación del Laudo de 19 de junio de 2013, considera que la anulación de un acto

administrativo o la imposición de condenas pecuniarias a la autoridad que lo expidió, supone siempre romper la presunción de legalidad que cobija todo acto administrativo, decisiones que no puede adoptar un juez sin la audiencia de la autoridad que profirió dichos actos. Además, menciona que condenas de esta naturaleza, como las pretendidas por el demandante, pueden conducir a que la autoridad deba repetir contra aquellos de sus funcionarios o ex-funcionarios que participaron en la producción del acto administrativo en cuestión, de manera que los ex-funcionarios de la AEROCIVIL que impusieron la multa y dictaron la Resolución 3558 de 2008, mal podrían ser después demandados para resarcir perjuicios con base en una condena impuesta a la ANI.

3.2.- Posición de la Parte Convocante.

AIRPLAN no se refiere a la legitimación por pasiva de la ANI, ni en el escrito de la demanda ni en sus alegatos de conclusión.

3.3.- Posición del Ministerio Público.

La Agente del Ministerio Público afirma en su concepto jurídico que esta excepción no debe prosperar debido a que el artículo primero del Decreto 4164 de 2011 establece lo siguiente:

"Los riesgos asociados a la gestión contractual de los contratos de concesión de las áreas de los aeródromos se entienden transferidos a partir de la subrogación de dichos contratos. En todo caso, para garantizar la debida defensa del Estado, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil prestará el apoyo y acompañamiento necesario al Instituto Nacional de Concesiones (INCO) en los tribunales de arbitramento y procesos judiciales que este asuma."

3.4.- Consideraciones del Tribunal

El Contrato de Concesión N° 8000011-OK fue suscrito, de una parte, por la AEROCIVIL y el AOH, y de la otra, por AIRPLAN, documento que obra en el cuaderno de pruebas No. 1 del expediente.

El Decreto 4164 de 2011, por el cual se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en la Ley 1444 de 2011, artículo 18, literal d), en la parte pertinente de su artículo 1º, señaló:

"Reasígnase parcialmente al Instituto Nacional de Concesiones (INCO) las funciones contempladas en los numerales 7, 9 y 12 del artículo 5º, numeral 5 del artículo 11 y el numeral 2 del artículo 17 del Decreto 260 de 2004, exclusivamente en lo relacionado con la estructuración, celebración y gestión contractual de los proyectos de concesión y de cualquier otro tipo de asociación público-privada referida a las áreas de los aeródromos –

lado aire y lado tierra-, definidas éstas de acuerdo con los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia. ..."

"Parágrafo 1º. Los riesgos asociados a la gestión contractual de los contratos de concesión de las áreas de los aeródromos se entienden transferidos a partir de la subrogación de dichos contratos. En todo caso, para garantizar la debida defensa del Estado, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil prestará el apoyo y acompañamiento necesario al Instituto Nacional de Concesiones (INCO) en los tribunales de arbitramento y procesos judiciales que este asuma."

El Decreto 4165 de 2011, por el cual se modifica la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones respecto del Instituto Nacional de Concesiones (INCO), también dictado en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en la Ley 1444 de 2011, artículo 18, literales e) y f), cambió la naturaleza del Instituto Nacional de Concesiones a Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y en el artículo 27, dispuso:

"En todo caso, la Agencia Nacional de Infraestructura se subrogará en la totalidad de los contratos de concesión asociados a las áreas de aeródromos a más tardar el 31 de diciembre de 2013."

En consecuencia, la ANI se debía subrogar en la totalidad de los contratos de concesión asociados a las áreas de aeródromos antes de 31 de diciembre de 2013. Los riesgos asociados a la gestión contractual se entienden transferidos en virtud de la subrogación de dichos contratos.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en decisión sobre conflicto de competencia de 13 de junio de 2013, Ref: 11001-03-06-000-2013-00346-00, sobre la subrogación de contratos, precisó:

"Téngase en cuenta que la subrogación del contrato implica un cambio en la relación contractual, en donde, para el caso analizado, el Ministerio de Justicia asumirá la legitimación activa o pasiva respecto de los contratos objeto de traspaso. En tal sentido, no parecería tener sentido desde el punto de vista de los principios de eficacia y eficiencia, que tal cambio en la relación contractual se produzca únicamente para la liquidación, como lo señala el Ministerio del Interior."

Por lo tanto, en armonía con lo expuesto por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil y el concepto de la Agente del Ministerio Público en este proceso, para este Tribunal es claro que la ANI, por efecto de la subrogación ordenada en la norma legal, asume los riesgos asociados a la gestión contractual y, por ende, la legitimación pasiva que tenía la AEROCIVIL.

Por lo anterior, se declarará NO probada la excepción de falta de legitimación por pasiva de la ANI.

4. Caducidad

4.1.- Posición de las Convocadas

La ANI y el AOH, en el escrito de contestación a la demanda reformada, manifestaron que la demanda arbitral se presentó cuando ya había vencido el término de caducidad de la acción contencioso administrativa, respecto de las pretensiones relativas a la imposición de la multa.

Argumentaron que los motivos de hecho y de derecho que dieron lugar a este proceso se refieren a la Resolución 3179, expedida el 14 de junio de 2011, y notificada mediante edicto desfijado el 19 de julio del mismo año.

Por lo anterior, concluyen que de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 164, numeral 2, literal j, la caducidad ocurrió el 19 de julio de 2013, es decir, antes de la presentación de esta demanda.

Este argumento fue reiterado por las convocadas, en los mismos términos, en sus alegatos de conclusión.

4.2.- Posición de la Parte Convocante

AIRPLAN, en su alegato de conclusión, manifestó que las convocadas desconocen que contra la Resolución 3179 se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución 1587 de 29 de marzo de 2012.

Menciona que debido a que el 12 de agosto de 2013, AIRPLAN demandó ante la jurisdicción contencioso administrativa los mencionados actos administrativos, no hay duda de que la demanda se presentó dentro de los dos años siguientes a su expedición.

4.3.- Posición del Ministerio Público

La señora Agente del Ministerio Público en su concepto señala que la Resolución No. 1587 de marzo 29 de 2012, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 3179 de 14 de junio de 2011, quedó ejecutoriada el 26 de abril de 2012.

Teniendo en cuenta que la demanda arbitral se presentó el 9 de abril de 2015, estima el Ministerio Público que de conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de la imposición de la multa, debería prosperar la excepción de caducidad, en razón a que transcurrieron más de dos años desde la fecha de ejecutoria de la Resolución No. 1587 de 2012.

4.4.- Consideraciones del Tribunal

4.4.1.- Corresponde al Tribunal determinar cuál es el término de caducidad aplicable al presente asunto y definir, en consecuencia, si la demanda ha sido presentada en tiempo, con el objeto de resolver la excepción de caducidad propuesta por la parte convocada y respaldada por el Ministerio Público en su concepto.

4.4.2.- Al respecto debe precisarse que, de conformidad con lo establecido por el artículo 164 del CPACA, el término de caducidad de la acción de controversias contractuales –a través de la cual se impugnan los actos proferidos con ocasión de la actividad contractual- debe contabilizarse a partir del momento de la liquidación del contrato. Como el contrato de concesión que da origen a la presente controversia se encuentra en ejecución, el término de caducidad aún no ha empezado a correr, razón suficiente para considerar que la demanda ha sido presentada en tiempo.

4.4.3.- En efecto, de conformidad con el literal j) del artículo 164 del CPACA, en las controversias relativas a contratos, *"el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento"*, pero cuando se trate de contratos que requieran liquidación, este término se contará a partir del momento en que se suscriba el acta de liquidación si es bilateral, se produzca la ejecutoria del acto que liquide el contrato unilateralmente, o venza el término dispuesto por la ley para efectuar la liquidación.

4.4.4.- En aplicación de la anterior regla legal, la jurisprudencia ha señalado que cuando se trata de contratos que requieren liquidación, el término se contabiliza a partir de ésta, respecto de todas las controversias que se deriven del mismo, habida cuenta del carácter inescindible del negocio jurídico.

Así las cosas, el término para demandar la nulidad de los actos contractuales solo empieza a correr una vez se produce la liquidación o expira el término para realizarla, independientemente de que los actos hayan sido proferidos con anterioridad.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 12 de noviembre de 2014⁷, con ocasión de una demanda contractual promovida contra unos actos administrativos proferidos con anterioridad a la liquidación del contrato, precisó:

"Se encuentra probado en el presente proceso que la entidad demandada, mediante Resoluciones 6463 del 12 de noviembre de 1996 declaró el incumplimiento del contrato 4241 del 27 de julio de 1995, cuyo recurso interpuesto por el demandante fue resuelto desfavorablemente en la Resolución número 0408 del 4 de febrero de 1997, lo cual, en principio, implicaría efectuar el conteo de la caducidad a partir del momento en el cual esta decisión adquirió firmeza, como equivocadamente lo hizo el Tribunal Administrativo a quo; sin embargo, para computar el término de

7 C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp 28625.

caducidad de la acción, se deben seguir la orientación y las reglas que sobre la materia regula el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época de interposición de la presente demanda.

"La Sala ya ha precisado desde tiempo atrás la forma de computar el plazo para el ejercicio de la acción contractual; en tal sentido ha sido reiterada la jurisprudencia en señalar que todas las acciones que a bien tenga promover el contratista con ocasión de la ejecución del contrato, debe formularlas a más tardar dentro de los dos años siguientes a su terminación o a su liquidación si ésta era necesaria, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad de la acción"⁸.

"Así, en sentencia del 22 de junio de 1995, expediente No. 9.965 señaló:

'(...) Pretender que el término de caducidad corra en forma independiente para cada pago que se haga en la ejecución del contrato, afectaría la relación entre los contratantes, dado que atenta la confianza que debe existir entre ellos para que pueda lograrse la satisfactoria ejecución del contrato. Esta finalidad no se lograría si el contratista, inclusive durante la ejecución misma del contrato se ve obligado a estar demandando a la administración contratante por cada pago que reciba y con el cual no está de acuerdo.

'En la ejecución de los contratos estatales debe darse especial importancia a la confiabilidad que los contratantes se ofrecen y que les permite conciliar, en el momento de la liquidación final, los conflictos que entre ellos se presenten. Es apenas razonable que el contratista, a quien le interesa mantener una buena relación con la contratante, espere a terminar la relación contractual, para decidir si demanda o no, a la administración'.⁹

"En auto del 8 de junio del mismo año, expediente No. 10.684, la Sala había señalado:

'La interpretación hecha por el Tribunal desconoce por completo la noción del ejercicio de las acciones contractuales, dado que el negocio jurídico es un todo inescindible respecto del cual habrán de tenerse de presente fenómenos tales como su terminación y

8 Ver, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de octubre de 1999, Expediente 10.929, C.P. Ricardo Hoyos Duque; Sentencia del 13 de julio de 2000, Expediente 12.513, C.P. María Elena Giraldo; Sentencia del 1 de agosto de 2000, Expediente 11.816, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Sentencia del 30 de agosto de 2000, Expediente 16.256, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sentencia del 22 de febrero de 2001, Expediente 13.682, C.P. Ricardo Hoyos Duque; Sentencia del 16 de septiembre de 2004, Expediente 19.113, C.P. María Elena Giraldo.

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de junio de 1995, Expediente 9965, C.P. Daniel Suárez Hernández.

liquidación para aplicarles la drástica figura de la caducidad de las acciones respectivas.

"En materia contractual habrá que distinguir los negocios que requieren de una etapa posterior a su vigencia para liquidarlos, de aquellos otros que no necesitan de la misma. En éstos, vale decir, para los cuales no hay etapa posterior a su extinción, cualquier reclamación judicial deberá llevarse a cabo dentro de los dos años siguientes a su fenecimiento. Para los contratos, respecto de los cuales se impone el trámite adicional de liquidación, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse desde cuando se concluya el trabajo de liquidación, o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se hubiere efectuado, bien sea de manera conjunta por las partes o unilateralmente por la administración.

"La Sala reitera su punto de vista sentado en oportunidades anteriores en el sentido de que los pagos periódicos que deba efectuar la administración como consecuencia de un contrato, no pueden ser mirados como hechos aislados para aplicarles exegéticamente el concepto de caducidad de la acción, sino que deberá aplicarse la solución consignada en el párrafo inmediatamente anterior de esta providencia. Dicho de otra manera no puede imponérsele al contratista la dura e ilógica tarea de estar presentando demandas sucesivas por los incumplimientos periódicos imputables a la administración, pues ello no se compadece con la lógica, con la cordialidad y armonía que debe reinar entre las partes ni con la seriedad y consideración debida a la administración de justicia. (...)."¹⁰

"Bajo esta perspectiva, la Sala, en el caso que examina, tendrá en cuenta, para el cálculo de la caducidad de la acción contractual, la fecha en la cual adquirió firmeza la liquidación del contrato 4241 del 27 de julio de 1995."

Idéntico razonamiento ha realizado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en relación con las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, actualmente vigente, como se desprende del siguiente fragmento:

"Esa Corporación ha señalado que "se confirma la jurisprudencia acerca del cómputo del término de caducidad de la acción contractual en tratándose de contratos sometidos a liquidación, la cual se ha aplicado reiteradamente, con apoyo en la interpretación sistemática e integradora acerca de los plazos de liquidación contractual y legalmente previstos en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, sustituido por el artículo 11 de la Ley

10 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 8 de junio de 1995, Expediente 10.634, citado en la Sentencia del 22 de junio de 1995, Expediente 9965 del 22 de junio de 1995, C.P. Daniel Suárez Hernández.

1150 de 2007, en concordancia con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, por manera que el cómputo de caducidad de la acción contractual, empieza a correr a partir del vencimiento del término contractual o legalmente establecido para liquidar el contrato estatal, lo cual vino a confirmarse y consolidarse con la norma legal que invocó explícitamente tales plazos para efectos de la oportunidad de ejercer la acción, aplicable para los procesos iniciados a partir del 2 de julio de 2012, cual es el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011⁴¹

4.4.5.- Así las cosas, es claro que en el presente asunto la acción de controversias contractuales a través de la cual se impugnan los actos proferidos en ejecución del contrato no ha caducado.

4.4.6.- No obstante lo anterior, si en gracia de discusión se admitiera que el término para demandar los actos contractuales transcurre desde su notificación independientemente de que el contrato que les da origen haya sido liquidado o no, es claro que en el presente asunto la demanda fue presentada en el término de dos años contado a partir de la ejecutoria de la Resolución No. 01587 del 29 de marzo de 2012, mediante la cual se confirmó la Resolución No. 03179 del 14 de junio de 2011, que se produjo el **26 de abril de 2012** según constancia de ejecutoria que obra a folio 541 (anverso) del cuaderno de pruebas No. 3, en la medida en que la demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia se presentó el **12 de agosto de 2013**¹² y dicha Corporación en el auto por medio del cual declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción proferido en audiencia realizada el 28 de enero de 2015 ordenó *"REMITIR el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, Departamento de Cundinamarca"* con la previsión de que ***"para todos los efectos, se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda ante esta jurisdicción, esto es, el 12 de agosto de 2013"***¹³.

La advertencia hecha por el Tribunal Administrativo observa lo señalado por el artículo 168 del CPACA, según el cual en *"caso de falta de jurisdicción o de competencia, mediante decisión motivada el Juez ordenará remitir el expediente al competente, en caso de que existiere, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión."* (Se subraya)

4.4.7.- En atención a lo expuesto el Tribunal declarará que la excepción de caducidad propuesta por las demandadas en relación con las pretensiones relativas a las multas, no tiene vocación de prosperidad. Por las mismas consideraciones, es evidente que las pretensiones relativas a los derechos de aeródromo también han sido formuladas en término.

11 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Radicación número 88001-23-15-000-2001-00005-01(31755).

12 Folio 2 del cuaderno de pruebas No. 2

13 Folio 360 adverso del cuaderno de pruebas No. 2

5.- Pronunciamiento del Tribunal respecto de la excepción de cosa juzgada

5.1.- Ausencia de cosa juzgada respecto de las pretensiones sobre nulidad de las Resoluciones 3179 de 2011 y 1587 de 2012

En la contestación de la demanda reformada, la parte convocada propuso la excepción de cosa juzgada respecto de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se declaró y confirmó la multa, con fundamento en los siguientes argumentos:

*"(...) en el año 2012 el concesionario promovió otro proceso arbitral tendiente a demostrar, entre otras cosas, que, **para el momento en el cual le fue impuesta la multa** a la cual se refiere este proceso, él había "ya cumplido con sus obligaciones relativas a la etapa de adecuación y modernización prevista en el CONTRATO DE CONCESIÓN No. 8000011-OK DEL 23 DE MARZO DE 2008" (pretensión segunda principal de la demanda con la que se promovió el proceso que concluyó con el laudo de 13 de junio de 2014).*

(...) En el laudo, que se dictó el 13 de junio de 2014 y está hoy ejecutoriado, el tribunal de arbitramento decidió:

"Primero, Negar por las razones expuestas las pretensiones de la demanda arbitral interpuesta por la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTA S.A. – AIRPLAN S.A. contra la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA como subrogataria de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA, de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia".

Es claro pues que la controversia sobre si, para la fecha de imposición de la multa, el concesionario había o no cumplido todas las obligaciones a su cargo cuyo plazo de entrega se cumplía en esa misma fecha, ya había sido con anterioridad planteada por la parte demandante y fue definida ya por el juez del contrato, de suerte que en relación con ella también hay cosa juzgada.

Si bien al reformar su demanda la demandante en buena medida parece haber dejado de lado los argumentos que dicen relación a estos temas, lo cierto es que el planteamiento de que la multa no debió haber sido impuesta, por no haberse dado el incumplimiento que con ella se sancionó, sigue apareciendo como parte de la causa petendi (hechos 9, 12, 14 y 19 de la demanda reformada)."

Se encuentra debidamente acreditado que, efectivamente, un Tribunal Arbitral anterior decidió la siguiente pretensión formulada por AIRPLAN, contra los mismos convocados en el presente asunto:

"Que se declare que para la fecha de la expedición de la Resolución N° 01587 del 29 de marzo de 2012, mediante la cual se confirma una multa impuesta al Concesionario, éste ya había cumplido con sus obligaciones relativas a la etapa de adecuación y modernización prevista en el CONTRATO DE CONCESION N° 8000011-OK del 23 de marzo de 2008."

De lo anterior se tiene que, aunque se trata de las mismas partes y del mismo contrato estatal, existe una clara diferencia entre la pretensión estudiada y decidida –en el sentido de denegarla– por Tribunal Arbitral anterior, mediante Laudo del 13 de junio de 2014, y las pretensiones contenidas en la demanda reformada en el asunto que ahora nos ocupa.

En efecto, mientras que en la primera oportunidad se solicitó declarar que para la fecha de la expedición de la Resolución N° 01587 de 2012 –mediante la cual las convocadas resolvieron recurso de reposición–, el Concesionario ya había cumplido sus obligaciones relativas a la etapa de adecuación y modernización, las pretensiones que aquí se estudian dicen relación con la **declaratoria de nulidad** de las Resoluciones N° 3179 de 14 de junio de 2011 y N° 1587 de 29 de marzo de 2012 expedidas por AEROCIVIL y AOH y el consecuente restablecimiento del derecho.

De lo expuesto se desprende que se trata de pretensiones con contenido y alcance totalmente diferentes y, en ese sentido, concluye el Tribunal que no se presenta identidad de objeto entre los dos procesos, lo cual lleva a concluir que no prospera la excepción de cosa juzgada planteada por la parte convocada en cuanto a este aspecto de la controversia.

5.2.- Ausencia de cosa juzgada respecto de las pretensiones sobre la compensación tarifaria por derechos de aeródromo

En la contestación de la reforma a la demanda, las convocadas formularon la excepción de cosa juzgada en cuanto a las reclamaciones por concepto de derechos de aeródromo, con fundamento en que en el trámite arbitral que culminó con el laudo proferido el 19 de junio de 2013, AIRPLAN solicitó como pretensión cuarta principal que se declarara que la AEROCIVIL y el AOH, incumplieron el Contrato de Concesión No 8000011-OK del 13 de marzo de 2008 al impedir y/o prohibir a la convocante obtener el recaudo correspondiente a los derechos de aeródromo que debía pagar la Empresa Industrial y Comercial del Estado Servicios Aéreos a Territorios Nacionales – SATENA, cuando utilizara los aeropuertos dados en concesión en operaciones comerciales, e indican que respecto de esta pretensión el Tribunal de Arbitramento resolvió, en el numeral tercero de la parte resolutive, declarar que las concedentes no incurrieron en las conductas y

abstenciones que a título de incumplimiento contractual se le imputan en la pretensión segunda del Grupo B.

Concluye el apoderado de la ANI y el AOH que, en consecuencia, *"en relación con la discusión sobre el pretendido incumplimiento de los concedentes en relación con la pretendida prohibición para el recaudo de derechos de aeródromo (numeral 4.2 de la demanda reformada), existe también cosa juzgada."*

Sin embargo, observa este panel arbitral que las pretensiones del Grupo B que fueron negadas en el numeral 3º del laudo ya mencionado, se referían al recaudo de las tasas aeroportuarias internacionales y no a la controversia suscitada respecto del pago de derechos de aeródromo por parte de SATENA. Por el contrario, las pretensiones que estaban relacionadas con los derechos de aeródromo eran las del Grupo C, frente a las cuales el Tribunal de Arbitramento que decidió la controversia en el laudo de 19 de junio de 2013 se pronunció como sigue:

"Cuarto: Declarar 1. Que las aeronaves de propiedad de Estados extranjeros en operación comercial deben pagar a la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA, identificada por sus siglas OACN SA y/o AIRPLAN SA los Derechos de Aeródromo que se causen en los Aeropuertos concesionados y 2. Que sin perjuicio de lo que se resuelve al decidir la Pretensión Cuarta Principal del Grupo C, las aeronaves de propiedad del Estado colombiano, están exentas del pago de los Derechos de Aeródromo, a partir del 5 de agosto de 2008, de conformidad con la Resolución 3558 de 2008. En consecuencia, la Pretensión Primera del Grupo C prospera de manera parcial.

"Quinto: Declarar que sin perjuicio de lo que se resuelve al decidir la Pretensión Cuarta Principal del Grupo C, la Empresa Industrial Comercial del Estado Servicios Aéreos a Territorios Nacionales - Satena (y/o Satena SA) a partir del 5 de agosto de 2008, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 3558 de 2008 está exenta del pago de los Derechos de Aeródromo por el uso de los Aeropuertos de la Concesión (Aeropuertos José María Córdova (Rionegro), Olaya Herrera (Medellín), Los Garzones (Montería), El Caraño (Quibdó), Antonio Roldán Betancourt (Carepa) Las Brujas (Corozal). En consecuencia, la Pretensión Segunda del Grupo C prospera de manera parcial.

"Sexto: Declarar que, sin perjuicio de lo que resuelve al decidir la Pretensión Cuarta Principal del Grupo C, la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA, identificada por sus siglas OACN S.A. y/o AIRPLAN SA, desde la celebración del Contrato de Concesión No. 8000011-0K y hasta el 5 de agosto de 2008 tuvo derecho al recaudo de los Derechos de Aeródromo por el uso que de los Aeropuertos de la Concesión (Aeropuertos José María Córdova (Rionegro), Olaya Herrera (Medellín), Los Garzones (Montería), El Caraño (Quibdó), Antonio Roldán Betancourt

(Carepa) y Las Brujas (Corozal), efectuó la Empresa Industrial Comercial del Estado Servicios Aéreos a Territorios Nacionales - Satena (y/o Satena SA) en operación comercial. En consecuencia, la Pretensión Tercera del Grupo C prospera de manera parcial.

"Séptimo: Declarar 1. Que las Concedentes Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil AEROCIVIL y el Establecimiento Público Aeropuerto Olaya Herrera AOH incumplieron el Contrato de Concesión No 8000011-oK hasta el 5 de agosto de 2008 por no haber dispuesto lo necesario para que la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A., identificada por sus siglas OACN S.A. y/o AIRPLAN SA pudiera efectuar el recaudo de los Derechos de Aeródromo que por el uso de los Aeropuertos de la Concesión (Aeropuertos José María Córdoba (Rionegro), Olaya Herrera (Medellín), Los Garzones (Montería), El Caraño (Quibdó), Antonio Roldán Betancourt (Carepa) y Las Brujas (Corozal) debía pagar la Empresa Industrial Comercial del Estado Servicios Aéreos a Territorios Nacionales - Satena (y/o Satena SA) y

"2. Que a partir de la publicación de la Resolución 3558 de 5 de agosto de 2008, la retribución que por estos Derechos de Aeródromo habría obtenido la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA, identificada por sus siglas OACN SA y/o AIRPLAN SA debe ser pagada por la la (sic) Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil AEROCIVIL, de conformidad con lo pactado en la cláusula 16 del Contrato de Concesión. En consecuencia, la Pretensión Cuarta del Grupo C prospera.

"Octavo: Condenar: 1. A la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil AEROCIVIL y al Establecimiento Público Aeropuerto Olaya Herrera al pago de la suma de VEINTIUN MILLONES QUINIENOS VEINTIDOS MILQUINIENOS SETENTA y NUEVE (\$21.522.579) correspondientes a la suma que la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA, identificada por sus siglas OACN SA y/o AIRPLAN SA habría percibido de la Empresa Industrial Comercial del Estado Servicios Aéreos a Territorios Nacionales - Satena (y/o Satena SA) en operación comercial, por Derechos de Aeródromo en el mes de julio de 2008.

"2. A la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil AEROCIVIL a pagar a la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA, identificada por sus siglas OACN SA y/o AIRPLAN SA, la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CIENTO VEINTITRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$2.475.123.281) correspondientes a la suma actualizada que ésta sociedad habría percibido de la Empresa Industrial Comercial del Estado Servicios Aéreos a Territorios Nacionales - Satena (y/o Satena S.A.) en operación comercial, por Derechos de Aeródromo desde el mes de agosto de 2008 hasta mayo de 2013.

"Los pagos 1 y 2 anteriores, se pagarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y deberán

efectuarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria del Laudo, a partir de esta fecha devengarán intereses moratorios a la tasa del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera, más la tercera parte de dicha tasa, según lo pactado para las obligaciones denominadas en pesos, en la cláusula ciento cuatro(104) del Contrato de Concesión No 8000011-0K del 13 de marzo de 2007.

"3. A la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil AEROCIVIL, al pago de las sumas que la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A identificada por sus siglas OACN SA y/o AIRPLAN SA habría percibido de la Empresa Industrial Comercial del Estado Servicios Aéreos a Territorios Nacionales - Satena (y/o Satena SA). en operación comercial, por Derechos de Aeródromo a partir de la ejecutoria del Laudo y mientras se mantenga la exención dispuesta en la Resolución 3558 de 2008. Este pago deberá efectuarse en los términos dispuestos en la cláusula 16 del Contrato de Concesión 8000011- OK.

"Como consecuencia de las anteriores condenas, prosperan las Pretensiones Quinta, Sexta, Séptima y Octava Principales del Grupo C.

"(...)"¹⁴

En relación con las determinaciones anteriormente transcritas del Laudo Arbitral proferido el 19 de junio de 2013 se debe tener presente que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 19 de marzo de 2015, con ponencia del Magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera¹⁵, declaró fundado el recurso de anulación formulado por la AEROCIVIL y AOH, en particular en cuanto al numeral 2 del ordinal séptimo, y los numerales 2 y 3 del ordinal octavo, ya transcritos.

En consecuencia, es evidente que no se configura la cosa juzgada a la que aluden las convocadas en relación con las pretensiones sobre la compensación tarifaria por derechos de aeródromo, comoquiera que la decisión judicial invocada (el laudo de 19 de junio de 2013), en el aparte citado en la contestación de la reforma a la demanda, numeral 3º de la parte resolutive, hace referencia a una decisión relativa a un grupo de pretensiones (el Grupo B) que no estaba relacionado con el tema atinente a los derechos de aeródromo, sino que se refería a otro aspecto de la controversia que fue objeto de decisión en dicha oportunidad.

6.- Pronunciamiento del Tribunal respecto de las pretensiones relativas a la nulidad de las Resoluciones 3179 de 2011 y 1587 de 2012, relacionadas con la imposición de multa al concesionario

14 Tribunal de Arbitraje de SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A. vs. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA –AOH. Laudo de 19 de junio de 2013. Árbitros: Martha C. Cediel de Peña (Presidente), Catalina Arbeláez Bolaño y César Negret Mosquera.

15 Radicación 110010326000201300107 01.

6.1- La controversia

6.1.1.- Pretensiones de nulidad de las Resoluciones 3179 de 2011 y 1587 de 2012.

En el texto de la reforma de la demanda, AIRPLAN formuló las siguientes pretensiones (Folios 236 a 239 del cuaderno principal No. 1) relativas a la nulidad de las Resoluciones 3179 de 2011 y 1587 de 2012:

"(...) 2.1. DECLARATIVAS ESPECÍFICAS RELACIONADAS CON LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES No. 3179 Y No. 1587 DE 2012:

"2.1.1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 3179 de 14 de junio de 2011 y No. 1587 de 29 de marzo de 2012 expedidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH, a causa de que la tasación de la multa impuesta mediante los mencionados actos administrativos, fue determinada desconociendo las normas en que deberían fundarse, y además fueron expedidos con falta de competencia, causales de nulidad previstas en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

"2.1.1.1. Pretensión subsidiaria a la 2.1.1.: Que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones No. 3179 de 14 de junio de 2011 y No. 1587 de 29 de marzo de 2012 expedidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH, en cuanto a la tasación de la multa, y en consecuencia se tase la multa que se pretende imponer a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. (sic), en los precisos términos que establece el CONTRATO: por la cantidad total y única equivalente a diez salarios mínimos mensuales legales vigentes (10 SMMLV).

"(...)

"3. DE CONDENA ESPECÍFICAS RELACIONADAS CON LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES No. 3179 Y No. 1587:

"3.1. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones No. 3179 de 14 de junio de 2011 y No. 1587 de 29 de marzo de 2012, se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH al restablecimiento de los derechos de la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. -AIRPLAN S.A. (sic), de conformidad con lo probado en el proceso.

"3.2. *Que se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH a reintegrar a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. -AIRPLAN S.A. (sic) las sumas pagadas como consecuencia de la multa impuesta mediante las Resoluciones No. 3179 de 14 de junio de 2011 y No. 1587 de 29 de marzo de 2012.*

"3.3. *Que en el evento de accederse a la pretensión 2.1.1.1., se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH a reintegrar a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. - AIRPLAN S.A. (sic), las sumas pagadas en exceso debido a la tasación incorrecta de la multa impuesta mediante las Resoluciones No. 3179 de 14 de junio de 2011 y No. 1587 de 29 de marzo de 2012."*

6.1.2.- Causales de nulidad invocadas

6.1.2.1. "Falta de competencia para la expedición del acto administrativo cuya nulidad se demanda por parte de los sujetos que lo dictan."

Al respecto se señala, en la reforma de la demanda, que "el acto demandado fue creado por dos entidades públicas", a saber: la AEROCIVIL y el AOH, y ninguna norma consagra que dicho acto administrativo "requiera para su formación el concurso de las voluntades de tales entidades públicas".

Indica la actora que la competencia debe tener como "fuente -directa o indirecta- una norma jurídica consagrada en el ordenamiento positivo: la Constitución Política, la Ley o el Reglamento. El ejercicio de las potestades que así se establecen para los órganos de la Administración, puede hacerse directamente por su original titular o, por quien sea delegado para ese ejercicio con base en instrumentos jurídicos como la descentralización, la delegación o la desconcentración."

En ese sentido, argumenta la convocante que el acto administrativo impugnado "resulta afectado en cuanto a su validez por incompetencia de quien lo expide, como pasa a explicarse:

- *La AEROCIVIL carece de competencia, en razón de la materia, para imponer sanciones de naturaleza contractual, en el marco del CONTRATO a que se contrae este asunto, respecto de un bien que no es de su propiedad, que no administra a título válido alguno, del que no es su guardián jurídico o material y, sobre todo, que NO ha entregado en concesión al CONCESIONARIO. En efecto, con base en la decisión que se adopta en el acto administrativo demandado, la AEROCIVIL sanciona con multa al CONCESIONARIO por hechos que tienen que ver con el aeropuerto Olaya Herrera, el cual no ha sido*

entregado en concesión al CONCESIONARIO por esa entidad, tal como expresamente consta en el texto del CONTRATO.

- *El AOH carece de competencia, en razón de la materia, para imponer sanciones de naturaleza contractual, en el marco del contrato de concesión a que se contrae este asunto, respecto de unos bienes que no son de su propiedad, que no administra a título válido alguno, de los que no es su guardián jurídico o material y, sobre todo, que NO ha entregado en concesión al CONCESIONARIO. En efecto, con base en la decisión que se adopta en el acto administrativo demandado, el AOH sanciona con multa al CONCESIONARIO por hechos que tienen que ver con los aeropuertos José María Córdova y El Caraño, los cuales no han sido entregados en concesión al CONCESIONARIO por esa entidad, tal como expresamente consta en el texto del CONTRATO.*
- *El AOH carece de competencia, en razón del territorio, para imponer sanciones de naturaleza contractual, en el marco del contrato de concesión a que se contrae este asunto, respecto de unos bienes que, además de lo anterior, están ubicados por fuera del espacio territorial donde puede ejercer sus competencias, que no es otro que el Municipio de Medellín, en tanto y en cuanto que es un establecimiento público adscrito a esta entidad territorial. En efecto, con base en la decisión que se adopta en el acto administrativo demandado, el AOH sanciona con multa al CONCESIONARIO por hechos que tienen que ver con los aeropuertos José María Córdova y El Caraño, los cuales están ubicados en los municipios de Rionegro y Quibdó, respectivamente, tal como expresamente consta en el texto del CONTRATO."*

6.1.2.2.- "Configuración del vicio de infracción de las normas en que debería fundarse el acto administrativo."

En relación con esta causal, sostiene la parte demandante que "la AEROCIVIL y el AOH interpretaron en las Resoluciones No. 3179 y No. 1587 que el incumplimiento en el cronograma de adecuación y modernización le acarrearía al CONCESIONARIO 'una multa diaria de 10 SMMLV, de conformidad con lo señalado en la cláusula 83 y 83.1 (...)', forzoso es concluir que las Resoluciones No. 3179 y No. 1587 entendieron erróneamente las disposiciones normativas que regulaban la tasación de multas en el CONTRATO y por tanto procedieron a dar aplicación a una interpretación particular e incorrecta del clausulado contractual. Debido a lo anterior, al pretender implementarse una multa desconociendo el texto contractual, se omitió por los CONCEDENTES lo expresado con claridad en el CONTRATO, y por tanto dichos actos administrativos incurren en el vicio de infracción a las normas en que debían fundarse."

En esa dirección, se afirma en la demanda integrada con su respectiva reforma que las Resoluciones No. 3179 y No. 1587 incurren en el vicio invalidante al "imponer una multa con una tasación diferente a la establecida en el CONTRATO, debido a una interpretación equivocada del acuerdo de voluntades y desconociendo a su vez la literalidad del mismo." Por otra parte, manifiesta la convocante "que los CONCEDENTES actuaron desconociendo el principio de la

buena fe, debido a que en la resolución demandada se invoca como sustento de algunas argumentaciones que se exponen como fundamento de la decisión adoptada, el concepto jurídico que fue emitido, por petición de la AEROCIVIL, por el Abogado Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Sin embargo, en los actos administrativos que se impugnan ante la justicia arbitral, tal concepto se acoge y aplica, a conveniencia, sin que se diga o exprese las razones para tal modo de actuar, en tanto que, se sirve de aquello que perjudica al CONCESIONARIO, pero se ignora aquello que lo puede favorecer. Es lo que ocurre exactamente con respecto al tema de la tasación de la multa."

Igualmente, sostiene que la cláusula 83, inciso quinto, "*deja a salvo, a modo de excepción, una situación que, sin duda alguna, implica que no sea posible imponer multas por cada día transcurrido entre la fecha prevista para el cumplimiento de las obligaciones contractuales del CONCESIONARIO: '(...) salvo que expresamente se establezca lo contrario. (...)'. Y, en el caso que analizamos, precisamente, en el propio CONTRATO se establece, expresamente, lo contrario. Porque en la tabla de la cláusula 83.1, expresamente se dice que, por el incumplimiento del cronograma de actividades, se impone una multa por valor de 10 SMMLV; es decir, en este caso, se establece que no es ese valor por cada día de atraso, expresamente se dispone lo contrario."* En ese sentido, acude a lo dispuesto en el artículo 1624 del Código Civil y considera que la norma contenida en el artículo 1618 del mismo cuerpo normativo no resulta aplicable al caso concreto, pues –afirma– "*no existen documentos o evidencias que demuestren o indiquen que la redacción de la cláusula obedeció a un error de edición."*

6.1.3.- La posición de las entidades demandadas.

En el escrito contentivo de la contestación de la demanda reformada (folios 384 a 400 del Cuaderno Principal No. 1), la parte convocada se opuso a las pretensiones atrás transcritas, con fundamento en las excepciones que a continuación se sintetizan.

6.1.3.1.- "Los concedentes sí tienen competencia para sancionar al concesionario por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales."

Afirma la parte convocada, que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y el Establecimiento Público Aeropuerto Olaya Herrera tienen competencia para sancionar al contratista por incumplimiento de sus obligaciones, puesto que conjuntamente celebraron como concedentes el contrato y entregaron en concesión a la demandante la totalidad de los aeropuertos.

Sostiene que fue "*por virtud del convenio interadministrativo que la demandante citó ampliamente en los hechos de su demanda que se acudió a la fórmula arriba anota (sic), la cual no solo se plasmó con toda claridad en los pliegos de condiciones, en el acto administrativo de adjudicación y en el propio contrato —sin reparo alguno de parte del concesionario—, sino que ha sido la regla general*

durante toda la ejecución contractual, en la cual son ambos, conjuntamente, los que han fungido como concedentes e interlocutores permanentes del concesionario."

6.1.3.1.- "El concesionario no logró justificar la mora en la que incurrió en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales."

Asevera la parte accionada que "desde que concurrió a la licitación el entonces oferente ha debido verificar cuidadosamente el estado de los bienes que le habrían de ser entregados —muy particularmente de aquellos que demandaban intervenciones—, lo cual evidentemente no hizo en el caso de las Franjas de Pista del aeropuerto El Caraño.

"Y tampoco lo hizo ni al preparar y formular su oferta económica —visiblemente más favorable que las de otros oferentes que muy posiblemente sí estimaron con cuidado el alcance y por ende el costo de los trabajos que habrían de estar a su cargo—, ni al suscribir sin reparo el contrato, ni aún al elaborar y presentar los estudios y diseños correspondientes a esta obra.

"Por otra parte, el concesionario inició estos trabajos ya bien entrado el plazo que tenía para ejecutarlos, por razones que los concedentes naturalmente desconocen.

"Finalmente, la ejecución de los trabajos resultó errática y llena de fallas de carácter tanto administrativo como técnico, lo cual muy seguramente redundó en mayores tiempos y costos que los que él mismo previó, y condujo, adicionalmente, a considerables fallas de estabilidad que aún no han sido solucionadas.

"Cabe agregar que sobre todos estos puntos existe ya cosa juzgada, como que fueron planteados con anterioridad por el concesionario ante el juez del contrato y decididos por éste mediante laudo de 13 de junio de 2014, el cual está hoy ejecutoriado."

6.1.3.3.- "La multa impuesta sí tiene el propósito de apremiar al contratista y no viola reglas o principios de proporcionalidad."

Se afirma en la contestación de la demanda integrada con su respectiva reforma, que tanto para la fecha de iniciación del proceso sancionatorio, como para la de expedición del acto administrativo, estaban sin recibir varias de las obras previstas para el primer año y sobre ese punto existe ya cosa juzgada.

En relación con la proporcionalidad de la multa impuesta, asegura que su valor resulta inferior al valor del impacto económico "que representaron los atrasos en el Plan de Adecuación y Modernización, esto es, tanto como para la puesta en marcha del Aeropuerto El Cataño (sic) como para las actividades mismas de su operación."

Señala que las actividades de nivelación y compactación habían alcanzado un avance del 30% y 10% respectivamente, *"lo que a su vez se traducía en un atraso de 10 meses frente al cronograma previsto para los 12 meses que debía durar (...) Y, como ya quedó definido por el juez del contrato en laudo anterior que está ya ejecutoriado, ocurre que todos esos atrasos se generaron por cuenta de fallas del concesionario."*

Finalmente, indica la convocada que *"la multa que se impuso resultaba completamente adecuada a sus propios fines, esto es, apremiar al concesionario para que cumpliera con sus obligaciones contractuales, y más específicamente, para que se sujetara a los tiempos previstos en los cronogramas de obra sobre los cuales dio su consentimiento al suscribir el contrato."*

6.1.3.4.- "La tasación de la multa es la correcta, de conformidad con el contrato."

Sobre el particular, sostiene la parte demandada que *"el concesionario cuestiona la tasación de la multa partiendo de una falla de redacción de un aparte de la estipulación contractual correspondiente. Sin embargo, la lectura de la estipulación contractual completa, y en el contexto del contrato, muestra que se trata solo de eso, de una falla de redacción, y no del verdadero sentido de la cláusula sobre multas."*

6.1.4.- Las alegaciones de las partes.

Al presentar los alegatos de conclusión, las partes reiteraron los argumentos previamente expuestos.

6.1.5.- El concepto de la Señora Agente del Ministerio Público.

La Señora Agente del Ministerio Público concluyó en su concepto que **"AIRPLAN no logró probar los cargos de nulidad por falta de competencia y violación de normas en que deberían fundarse los actos administrativos mediante los cuales se impuso multa y posteriormente se confirmó"**. Como fundamento de su concepto, expuso los siguientes argumentos:

6.1.5.1- En relación con el cargo de falta de competencia para expedir los actos impugnados, manifiesta el Ministerio Público que *"no son de recibo las argumentaciones de la convocante, en primer lugar, porque todos los aeropuertos fueron entregados a AIRPLAN y en segundo lugar porque las convocadas tenían a su cargo la supervisión y el control de la concesión y ello las faculta para imponer sanciones en caso de incumplimiento. En consecuencia, solicita al Tribunal declarar la prosperidad de la excepción y no probado el cargo de nulidad por falta de competencia propuesto por la convocante."*

6.1.5.2.- De otra parte, indicó la vista fiscal que la cláusula 83 del Contrato de Concesión supone la existencia de varios elementos:

- La multa se puede aplicar desde el momento en que cada obligación se hace exigible. Vale decir, las concedentes tienen un límite temporal para la imposición, que se activa una vez la prestación se hace exigible para el acreedor.
- La multa se impone hasta tanto cese el incumplimiento.
- La multa se impone por un monto diario equivalente a un número de Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de las obligaciones.

Las multas, de acuerdo con la disposición en comento, *"se causarán a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación y hasta tanto cese el respectivo incumplimiento"*, de acuerdo a la tabla que obra en el numeral 83.1. que describe las infracciones que dan lugar a la imposición de multas. *"Ese cuadro además determina el efecto económico expresado en SMMLV por cada una de las infracciones, en particular, por la infracción denominada 'Por no cumplir con el cronograma de actividades del Plan de Adecuación y Modernización', delimitando con claridad lo que resultaba aplicable en cada evento que activaba la imposición de la medida conminatoria."*

Así las cosas, señala la Señora Procuradora:

"Así las cosas, no le asiste razón al concesionario cuando propone como cargo de nulidad la infracción de normas en las que debería fundarse el acto administrativo explicando que la AEROCIVIL y el AOH al expedir las Resoluciones Nos, 3179 y 1587 hicieron una interpretación errónea de la cláusula 83 y 83.1 del contrato al señalar que el incumplimiento en el cronograma de adecuación y modernización le acarrearía al Concesionario una multa diaria de 10 SMLMV, ya que en la tabla de la cláusula 83.1 expresamente se señala que por el incumplimiento del cronograma de actividades se impone una multa de 10 SMLMV pero no por cada día de atraso."

Continúa señalando:

"Sobre el tema traigo a colación la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio del 10 de septiembre de 2014, en la que se expuso:

"1. La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las

entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración.

"2. La obligación que nace de la multa es el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de pagar una suma de dinero es distinta (adicional) de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero además, si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa.

"Por tanto, las multas y su cumplimiento no pueden ser neutras o favorables al contratista, pues conllevan implícita una consecuencia desfavorable para él, derivada de la situación de incumplimiento en que se ha puesto. Si no fuera así, la multa no cumpliría su función de apremio, pues al contratista le podría ser indiferente cumplir o no sus obligaciones para con la Administración."

"Tesis del Consejo de Estado que es acogida por la Agencia del Ministerio Público porque no tendría sentido aplicar para el incumplimiento una multa irrisoria como lo pretende el convocante de 10 SMLMV por una sola vez."

6.2. Consideraciones del Tribunal.

Para el estudio de las pretensiones de nulidad de las Resoluciones N° 3179 de 14 de junio de 2011 y N° 1587 de 29 de marzo de 2012, expedidas por la AEROCIVIL y el AOH, el Tribunal abordará, en primer lugar, i) el análisis del cargo referente a la falta de competencia; y, posteriormente, ii) el análisis del cargo referente a la infracción de las normas en que debería fundarse el acto administrativo.

6.2.1 Análisis del cargo referente a la falta de competencia.

Tal como se destacó anteriormente, la parte actora considera que las resoluciones impugnadas se encuentran viciadas de nulidad, toda vez que, tanto la AEROCIVIL como el AOH carecían de competencia para su expedición, asunto que pasa a estudiarse.

6.2.1.1. Aparece debidamente acreditado en el expediente que el día 13 de marzo de 2008 se suscribió el Contrato de Concesión N° 8000011-OK, entre la AEROCIVIL y el AOH, de una parte, y de otra, AIRPLAN.

En el cuerpo de las consideraciones del referido contrato estatal, se afirma que:

"mediante la Resolución 4975 del 12 de octubre de 2007, la Aerocivil ordenó la apertura de la Licitación Pública 7000132-0L de 2007, cuyo objeto fue la selección de un Adjudicatario que celebrará con la Aerocivil y el AOH un Contrato de Concesión para la administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento de los Aeropuertos."

"una vez cumplidos los trámites legales correspondientes, la Licitación fue adjudicada al Concesionario mediante la Resolución 0829 del 3 de marzo de 2008 de la Aerocivil."

El objeto del contrato se estipuló así:

"(i) el otorgamiento por parte de la Aerocivil y a favor del Concesionario de la concesión para la administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento del Aeropuerto Antonio Roldán Betancourt, del Aeropuerto El Caraño, del Aeropuerto José María Córdova, del Aeropuerto Las Brujas y del Aeropuerto Los Garzones, y (ii) el otorgamiento por parte del AOH y a favor del Concesionario de la concesión para la administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento del Aeropuerto Olaya Herrera, cambio de la remuneración de que trata el Capítulo 111".¹⁶

En cuanto a su duración, las partes pactaron que

"[e]l término de ejecución del Contrato se extiende desde la fecha de suscripción del Acta de Inicio de Ejecución y hasta la fecha en que ocurra uno cualquiera de los siguientes hechos, el que ocurra primero: (i) que los Ingresos Regulados Generados sean iguales a los Ingresos Regulados Esperados, siempre y cuando para tal momento ya hayan transcurrido quince (15) años contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio de Ejecución o (ii) que hayan transcurrido veinticinco (25) años contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio de Ejecución independientemente de si, para ese momento, los Ingresos Regulados Generados no han igualado el valor de los Ingresos Regulados Esperados. Si los Ingresos Regulados Generados igualan a los Ingresos Regulados Esperados antes de transcurridos quince (15) años contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio de Ejecución, la duración de la ejecución del Contrato será, en todo caso, de quince (15) años contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio de Ejecución y durante este plazo el Concesionario deberá ejecutar todas las obligaciones a su cargo bajo el presente Contrato de Concesión."¹⁷

16 Cláusula 3ª.

17 Cláusula 7ª.

6.2.1.2. La Resolución 3179 de 2011 fue proferida el 14 de junio de 2011, por el director de la AEROCIVIL y la directora del AOH. Mediante este acto administrativo se impuso multa a AIRPLAN.

La Resolución 1587 del 29 de marzo de 2012, fue, igualmente, expedida tanto por el director general de la AEROCIVIL, como por la directora del AOH, y mediante este acto administrativo se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por AIRPLAN, y por la Compañía de Seguros SEGUREXPO – SEGUROS DE CREDITO Y CUMPLIMIENTO.

Se tiene así que, tanto el acto administrativo definitivo, como el que resolvió los recursos interpuestos en sede administrativa, fueron proferidos por los directores de las entidades estatales que obran en calidad de contratantes – concedentes en el Contrato de Concesión N° 8000011-OK.

En este negocio jurídico aparece expresamente estipulado el respectivo régimen sancionatorio, de cuyo contenido se destaca lo siguiente:

i. En la Cláusula 83, determinaron las partes que si el Concesionario *"no cumple con cualquiera de las especificaciones, requisitos, obligaciones y responsabilidades que le han sido impuestos y que ha aceptado asumir en el presente Contrato se aplicará al Concesionario la multa correspondiente a partir de la fecha en que cada obligación se hace exigible."*

ii. En la Cláusula 83.1 se incorporó una tabla en la que se señalan las infracciones que generan la imposición de las multas y, seguidamente, se lee: *"si pasaren más de sesenta (60) días de imposición de multas, sin que el Concesionario haya cumplido con la obligación respectiva, los Concedentes podrán declarar la caducidad del Contrato."*

iii. En la Cláusula 83.3 se pactó el procedimiento para la imposición de las multas, y allí se señaló, expresamente, que de no presentarse *"objeción escrita por parte del Concesionario respecto de la procedencia de la multa, o respecto a su tasación o cuantificación (...) los **Concedentes procederán a decretar la imposición de la multa.**"*(Se resalta).

iv. En la misma cláusula se afirma que, en caso de presentarse objeción por parte del concesionario, *"los **Concedentes podrán declarar la ocurrencia de incumplimiento y la imposición de la multa** mediante (sic) o emitir una comunicación escrita al Concesionario indicado que se ha desistido de imponer la multa y las razones que sustentan tal proceder."*(Se resalta).

De lo anterior se desprende que i) las mismas partes del Contrato de Concesión 8000011-OK, establecieron en su contenido que **los Concedentes**, esto es, la AEROCIVIL y el AOH, contaban con la facultad –expresa– de decretar la imposición de multas; y ii) efectivamente, fueron **los Concedentes** quienes profirieron, en desarrollo de la facultad expresamente contenida en el contrato, las resoluciones impugnadas mediante las cuales se impuso y confirmó la multa.

Teniendo en consideración todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal considera que, en consecuencia, el cargo relacionado con la falta de competencia para expedir los actos administrativos objeto de impugnación no tiene vocación de prosperidad.

6.2.1.3. En adición a lo anteriormente expuesto, resulta importante tener en cuenta que la Ley 1150 de 2007¹⁸, vigente para la época de celebración del contrato que nos ocupa, estableció que en desarrollo del derecho al debido proceso 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.*"¹⁹

Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido:

"[E]l orden jurídico atribuye a la Administración potestades de naturaleza sancionatoria que persiguen asegurar que se cumplan las obligaciones que emanan del contrato estatal.

"En efecto, la Administración no solo tiene un poder de dirección y control en la ejecución del contrato, sino también con fundamento en el ius puniendi del Estado ciertas potestades sancionatorias que operan frente al incumplimiento de las obligaciones en que incurra el contratista y que se concretan en la adopción de medidas extintivas que comportan la terminación anormal y anticipada del contrato (como ocurre con el decreto de caducidad del mismo), o sin que impliquen su extinción, de medidas coercitivas y apremiantes (como sucede con la imposición de multas), para compeler y conminar al contratista a realizar y ejecutar las prestaciones del contrato y evitar así su incumplimiento total, de manera que no se trastorne o perturbe la prestación de los servicios o se impida la obtención de los bienes y obras objeto del mismo.

"La ley dota entonces a la Administración de una serie de facultades para constreñir al contratista, castigarlo ante el incumplimiento de sus obligaciones o incluso separarlo de la ejecución del contrato mediante la ruptura del vínculo (caducidad) en caso de ser necesario para la prestación regular, continua y eficiente del objeto contractual y en procura de la satisfacción sin interrupciones y demoras del interés público perseguido con su celebración.

"Así pues, en aras de lograr la ejecución del contrato de acuerdo con las exigencias materiales, técnicas y financieras pactadas, el

18 Cfr. Numeral 1.3. del Pliego de Condiciones.

19 Ley 1150 de 2007, art. 17.

contratista se encuentra sujeto al poder sancionatorio o coercitivo de la Administración, cuyo ejercicio en todo caso no puede alterar el equilibrio contractual ni las garantías constitucionales que le asisten a aquel (legalidad, tipicidad de la conducta, proporcionalidad, igualdad, etc.).

"En el ejercicio genérico de ese poder sancionatorio en materia contractual se han identificado varios tipos de sanciones a saber: (i) pecuniarias, como la efectividad de las cláusulas penales; (ii) rescisorias, que le permiten a la administración sancionar a su contratista y poner fin al contrato en razón del incumplimiento total y grave de las obligaciones a cargo de este último, como el decreto de la caducidad del contrato y (iii) coercitivas o compulsorias, que tienen por objeto que el contrato se pueda cumplir dentro del término y en las condiciones pactadas, como la imposición de multas.

"Por regla general las multas tienen una finalidad de constreñimiento, coerción o coacción para presionar, compeler o apremiar en forma legítima al contratista a dar cumplimiento al contrato, cuando quiera que se verifique la inobservancia por parte de este en el desarrollo de las obligaciones a su cargo, o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos. No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo²⁰, sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual.

*"Es decir, **las multas cumplen una función sancionatoria y no indemnizatoria**, pues no tienen como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad ante el incumplimiento. Son medidas disuasorias destinadas a superar la infracción de las obligaciones contractuales y, por tanto, su función principal es apremiar al contratista para que dé cumplimiento a las mismas, dado que cuando a un contratista se le aplica una multa por incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación o por cumplirla defectuosamente, las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir, con mayor razón cuando la infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas genera inhabilidad para contratar con el Estado²¹.²²*

20 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 28 de abril de 2005, exp. 14.393 y de 14 de julio de 2005, exp. 14.289.

21 En este sentido es preciso citar el artículo 90 de la ley 1474 de 2011 que establece:

"Artículo 90. Inhabilidad por incumplimiento reiterado. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas:

En ese sentido, las entidades estatales contratantes-concedentes, es decir, la AEROCIVIL y el AOH, contaban con la facultad legal expresa, derivada del deber de control y vigilancia que tanto la ley como el mismo contrato les atribuyen, de imponer las multas pactadas.

En efecto, de una parte, la Ley 80 de 1993 establece que *"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"*²³; y, de otro lado, en el mismo Contrato de Concesión se estipuló que *"la supervisión y control de la ejecución de la concesión está a cargo de los Concedentes"*²⁴

Adicionalmente a lo expuesto, vale la pena destacar que la ley atribuye a la Administración una serie de prerrogativas en materia contractual, que se justifican por los fines esenciales del Estado, específicamente en cuanto nos interesa, *"es el mismo legislador quien expresamente le otorgó a las entidades estatales la facultad o competencia para imponer y hacer exigibles unilateralmente las multas y declarar el incumplimiento por medio de acto administrativo (...)".*²⁵

De manera clara y unívoca se justifica jurídicamente la competencia -tanto legal como contractual- conferida a las partes convocadas en el caso concreto, las entidades estatales contratantes-concedentes, es decir, la Aeronáutica y el AOH, para imponer, mediante acto administrativo, las multas en mención.

Esa competencia –como manifestación del principio de legalidad de la actividad de la Administración– expresamente conferida a las entidades estatales que obran como contratantes–concedentes en el contrato que ahora nos ocupa, permite al Tribunal concluir que el cargo relacionado con la falta de competencia para expedir los actos administrativos impugnados no se encuentra llamado a prosperar, por lo que corresponde abordar, seguidamente, el estudio del otro cargo de nulidad formulado por la parte actora.

a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;

b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;

c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales.

La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado.

Parágrafo. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria".

22 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 10 de octubre de 2013, Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157).

23 Ley 80 de 1993, art. 14.

24 Cláusula 3ª.

25 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA (E), 8 de 2016, Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665).

6.2.2. Análisis del cargo referente a la infracción de las normas en que debería fundarse el acto administrativo.

La causal genérica de nulidad de los actos administrativos relacionada con su expedición con infracción de las normas en que deberían fundarse, se presenta, tal como afirma la doctrina, "*cuando la declaratoria de voluntad de la Administración contraría una norma del orden jurídico al cual estaba sometido*"²⁶; destacando que las normas que la parte actora considere infringidas, deben ser precisamente identificadas en el libelo introductorio, junto con el respectivo concepto de la violación, asunto que, desde luego, determina el alcance del control y la correspondiente decisión judicial.

La parte actora considera que al decretarse una multa "*desconociendo el texto contractual, se omitió por los CONCEDENTES lo expresado con claridad en el CONTRATO, y por tanto dichos actos administrativos incurren en el vicio de infracción a las normas en que debían fundarse*", asunto que pasa a estudiarse.

6.2.2.1. Respecto de las obligaciones de adecuación y modernización, se estableció en el Contrato de Concesión N° 8000011-OK lo siguiente:

"En ejecución de la Concesión, el Concesionario deberá ejecutar las labores de adecuación y modernización de los Aeropuertos, en los términos del Plan de Adecuación y Modernización incluido como Apéndice C del Contrato. Para lo anterior, deberá cumplir con las siguientes obligaciones particulares, sin perjuicio de las otras obligaciones impuestas en la ley o a lo largo del texto del Contrato:

(i) Ejecutar las Obras Obligatorias y las Obras Complementarias Obligatorias contenidas en el Plan de Adecuación y Modernización de los Aeropuertos, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el Apéndice C del Contrato de Concesión. Particularmente, el Concesionario debe cumplir con el plazo de ejecución señalado en el cronograma del mismo Apéndice C o en los cronogramas aprobados por los Concedentes y el Interventor. Así mismo, el Concesionario debe cumplir con la calidad, funcionalidad y estabilidad de las obras previstas en el Plan de Adecuación y Modernización de los Aeropuertos del Apéndice C.

(ii) Realizar, por su propia cuenta y riesgo, sus propios estudios y diseños de detalle para la ejecución del Plan de Adecuación y Modernización de los Aeropuertos de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión.

(iii) Elaborar y entregar la memoria técnica de las obras correspondientes a la Adecuación y Modernización, en los términos de este Contrato.

(iv) Establecer, documentar y mantener un plan de calidad para estudios, diseños y construcción, de conformidad con lo dispuesto en la norma ISO-10005: 2005, en sus últimas versiones, entendiéndose aplicables aquellas que las complementen, modifiquen o adicionen.

26 Palacio Hincapié, Juan Ángel. *Derecho Procesal Administrativo*. Librería Jurídica Sánchez, tercera edición.

(v) Realizar la gestión predial, en los términos previstos en este Contrato, para la adquisición de los predios requeridos para la ejecución de todas las Obras de que trata este Contrato.

*(vi) Adquirir a su costo todos los predios necesarios para desarrollar las Obras de que trata este Contrato."*²⁷

Igualmente, se previó en el Contrato que, en la etapa de Adecuación y Modernización, el Concesionario ejecutaría las *"actividades del Plan de Adecuación y Modernización y que corresponden a la ejecución de las Obras Obligatorias y a los demás suministros, montajes y preinstalaciones que se describen de manera expresa en el Apéndice C del presente Contrato de Concesión."*²⁸ Para el efecto, se estableció que dicha etapa tendría una duración de cinco (5) años contados a partir de la terminación de la Etapa Previa²⁹ y que el *"avance, la ejecución y la terminación de las actividades del Plan de Adecuación y Modernización de cada uno de los Aeropuertos se debe realizar con estricta sujeción a cronograma que, para cada una de ellas, se aprobó por los Concedentes al momento de aprobar los diseños de las mismas. **El incumplimiento reiterado de este cronograma es considerado como un incumplimiento de las obligaciones del Concesionario que afecta en materia grave la ejecución de la Concesión y dará lugar a la imposición de multas en los términos del Contrato y, dependiendo del número de actividades incumplidas, dará lugar a la caducidad.**"*³⁰ (Se destaca)

Así mismo, en la Cláusula 83 del Contrato se estableció el siguiente régimen sancionatorio:

*"Si el Concesionario no cumple con cualquiera de las especificaciones, requisitos, obligaciones y responsabilidades que le han sido impuestos y que ha aceptado asumir en el presente Contrato **se aplicará al Concesionario la multa correspondiente a partir de la fecha en que cada obligación se hace exigible.***

Sin perjuicio de lo anterior, en el evento que el Concesionario incumpla alguna de las disposiciones contenidas en la regulación aplicable en materia aeronáutica y aeroportuaria, la Aerocivil podrá imponer las sanciones correspondientes, en su condición de autoridad competente y en ejercicio de las facultades que la ley le otorga.

Las multas se causarán a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación y hasta tanto cese el respectivo incumplimiento.

Cuando se trate de incumplimiento o infracción de una obligación de ejecución inmediata cuyo cumplimiento no sea posible restituir, se podrán

27 Cláusula 28.

28 Cláusula 43.

29 Cláusula 44.

30 Cláusula 46.

imponer tantas multas como infracciones de ejecución inmediata haya cometido el Concesionario, cuantificadas en cada caso.

Se impondrán multas diarias equivalentes a un número de Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes -SMMLV por cada Día Calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario, salvo que expresamente se establezca lo contrario. De no darse dicho cumplimiento dentro de los términos que se señalan en la siguiente tabla, los Concedentes podrán iniciar las acciones legales que corresponda para obtener una declaración de incumplimiento o proceder a declarar la Caducidad del Contrato.³¹ (Se destaca)

En la cláusula 83.1, se incorporó en el cuerpo del Contrato una tabla en la que "se señalan las infracciones que generarán la imposición de multas, la descripción de las mismas y el valor de la multa a imponer" y, en fin, se pactó en el contrato de concesión el siguiente procedimiento para la imposición de multas:

"Una vez los Concedentes verifiquen que se ha presentado un incumplimiento que puede dar lugar a la imposición de una multa de conformidad con lo dispuesto en esta Cláusula, informarán al Concesionario por escrito sobre la procedencia de la misma, su valor y las razones para la imposición.

Si no hubiere objeción escrita por parte del Concesionario respecto de la procedencia de la multa, o respecto a su tasación o cuantificación, dirigida tanto al Interventor como a los Concedentes, dentro de los cinco (5) días siguientes al día en que se le haya informado lo previsto en el párrafo anterior, los Concedentes procederán a decretar la imposición de la multa y, en el caso en que no sea pagada voluntariamente por el Concesionario, a descontarla de los recursos depositados en la Cuenta Principal del Fideicomiso o a cobrarla contra la Garantía Única de Cumplimiento o a iniciar la cobranza respectiva por la vía ejecutiva.

Si hubiere objeción por parte del Concesionario en los términos señalados en el párrafo anterior, los Concedentes deberán pedir concepto escrito al Interventor que verse sobre las objeciones del Concesionario y las razones que se tendrían, consideradas las objeciones presentadas, para perseverar en la imposición de la multa o para desistir de su imposición. El Interventor tiene un plazo de cinco (5) Días para emitir su concepto.

Consideradas las objeciones del Concesionario y el informe del Interventor sobre las mismas, los Concedentes podrán declarar la ocurrencia de incumplimiento y la imposición de la multa mediante o emitir una comunicación escrita al Concesionario indicado que se ha desistido de imponer la multa y las razones que sustentan tal proceder.

31 Cláusula 83.

*La causación y pago de las multas en ningún caso afectará la contabilización de los Ingresos Brutos y de los Ingresos Regulados Generados del Concesionario y, por lo tanto, no se deducirán para efectos de hacer los cálculos correspondientes.*³²

6.2.2.2.- En cuanto hace relación al contenido de los actos administrativos impugnados, se encuentra debidamente acreditado en el expediente, lo siguiente:

i. Mediante Resolución 3179 de 2011, proferida el 14 de junio de 2011 por el director de la AEROCIVIL y la directora de AOH, se impuso multa a AIRPLAN por valor de dos mil doscientos diez millones de pesos (\$2.210'000.000.oo), *"equivalentes a 10 SMMLV, por 442 días, que han transcurrido desde el 16 de marzo de 2010, fecha en la cual se debieron haber cumplido las obligaciones del primer año de la etapa de adecuación y modernización del contrato 800011-OK de 2008, hasta la fecha de expedición del presente acto administrativo."*

Igualmente, se dispuso en la referida resolución, que *"de conformidad con la cláusula 83 del contrato de concesión plurimencionado, la multa se impondrá en la misma forma y cuantía hasta tanto cesen los incumplimientos ya mencionados."*

Como fundamento de la decisión, se afirma en la parte motiva que *"está claramente demostrado el incumplimiento por parte del concesionario Airplan S.A., en los términos del numeral 83.1 de la cláusula 83 del Contrato de Concesión aludido, frente a la exigencia contractual en lo que se refiere al cumplimiento del cronograma de los primeros doce (12) meses de la Etapa de Adecuación y Modernización, ya que las obras descritas anteriormente –y aún sin terminar– dan cuenta que de conformidad con el apéndice C del contrato enunciado se ha presentado un incumplimiento contractual"*.³³

En el mismo sentido, se sostiene en considerando anterior:

*"El interventor Ad hoc, Dr. Luís Carlos Guerra Vélez, mediante comunicación 1200.225-10 del 16 de marzo de 2010, efectuó la revisión del cronograma, teniendo en cuenta las obligaciones definidas para los primeros doce (12) meses de la etapa de Adecuación y Modernización del Contrato de Concesión 800011OK-2008, contenidas en el Apéndice C y su Otrosí N° 1, para los aeropuertos concesionados, contando con la participación de Integral S.A., que era la firma que prestaba los servicios de apoyo a la Interventoría Ad hoc. Como resultado de esa revisión encontró evidencia del no cumplimiento de algunas de las actividades del cronograma de modernización y anexó las actas de cada uno de los aeropuertos verificados, indicando los porcentajes de ejecución de la obra civil al momento de la verificación."*³⁴

32 Cláusula 83.3.

33 Resolución 3179 de 2011, considerando N° 20.

34 Resolución 3179 de 2011, considerando N° 8.

En el numeral 27 de las consideraciones de la resolución en comento, se transcribe parte del concepto rendido por el asesor jurídico de la Aeronáutica Civil, doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero, en los siguientes términos:

"(...) Por ende, consideramos que la Aerocivil y el Establecimiento Público Olaya Herrera están plenamente facultados para imponerle multas al concesionario en cualquiera de los eventos señalados en el numeral 83.1 ya mencionado, esto es, para declarar unilateralmente el incumplimiento de una o más de las obligaciones del concesionario y para apremiarlo a que cumpla mediante la aplicación de sanciones pecuniarias.

"Cabe resaltar el hecho de que en el cuarto inciso del citado numeral 83.1 hay una evidente falla de redacción, pues allí se indica que "... los Concedentes podrán declarar la ocurrencia de incumplimiento y la imposición de la multa mediante ..." pero sin indicar el tipo de acto que habría de dictarse para tal efecto.

"Si nos atenemos a lo previsto en el citado artículo 17 de la Ley 1150, así como al texto de la estipulación contractual que venimos analizando, consideramos que las referidas decisiones de los concedentes –la declaración de incumplimiento y la imposición de la multa– deben adoptarse mediante un acto administrativo. (...)"

En cuanto hace referencia a la tasación de la sanción, se precisa en el numeral 28 de las consideraciones, que *"la multa se impondrá a razón de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada día de retraso, a partir del momento en que se incumplió la obligación, esto es, 10 SMLMV desde el 16 de marzo de 2010, hasta que se cumplan las obligaciones contractuales correspondiente (sic) a la etapa de modernización y adecuación en sus primeros doce (12) meses, de acuerdo a lo descrito en el presente acto administrativo."*

ii. Mediante Resolución 1587 del 29 de marzo de 2012, el director general de la AEROCIVIL y la directora del AOH, resolvieron los recursos de reposición interpuestos por AIRPLAN y por la Compañía de Seguros SEGUREXPO – SEGUROS DE CREDITO Y CUMPLIMIENTO, contra el acto administrativo referido en el punto anterior, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

Como fundamento de la decisión, en cuanto resulta pertinente para efectos del estudio del cargo que ahora nos ocupa, se afirma en la parte motiva de este acto administrativo, que las multas tienen un propósito de apremio y no carácter indemnizatorio y *"en la medida en que transcurra el tiempo sin que el contratista cumpla o se allane a cumplir, su situación se va haciendo más gravosa desde el punto de vista económico. Es así como imponer una multa por una sola vez sobre un incumplimiento que se mantiene en el tiempo, desdibuja desde todo punto de vista la naturaleza de la sanción, pues tendría el mismo efecto para el contratista si se atrasa un mes, dos o tal vez seis o un año incluso dos como ocurre en el caso sub examine; (...) Es por lo anterior que en el contrato de concesión se estipuló claramente que 'las multas se causarán **a partir de la fecha prevista para el***

cumplimiento de la obligación y hasta tanto cese el respectivo incumplimiento, puesto que es claro que la sanción debe extenderse en el tiempo, debido al carácter conminatorio de la misma."

De lo anteriormente expuesto se observa que la multa fue impuesta al contratista-concesionario por el incumplimiento de las obligaciones por los primeros doce (12) meses de la Etapa de Adecuación y Modernización y por un valor equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada día de retraso, a partir del momento en que se incumplió la obligación, *"hasta que se cumplan las obligaciones contractuales correspondiente (sic) a la etapa de modernización y adecuación en sus primeros doce (12) meses"*.

6.2.2.3.- Resulta importante destacar que mediante Laudo proferido el 13 de junio de 2014 –el cual obra en el expediente-, se decidió la siguiente pretensión formulada por AIRPLAN contra los mismos convocados en el presente asunto:

"Que se declare que para la fecha de la expedición de la Resolución N° 0158 del 29 de marzo de 2012, mediante la cual se confirma una multa impuesta al Concesionario, éste ya había cumplido con sus obligaciones relativas a la etapa de adecuación y modernización prevista en el CONTRATO DE CONCESION N° 8000011-OK del 23 de marzo de 2008."

Dicha pretensión fue **denegada**, asunto sobre el cual el Tribunal sostuvo que pese a que el Concesionario *"debió entregar las obras el 6 de abril de 2010... sólo pudo entregar los trabajos en una fecha posterior al 8 de marzo de 2012"* y, en ese sentido, *"no se logró acreditar que para el 29 de marzo de 2012 las obligaciones relativas a la etapa de adecuación y modernización previstas en el contrato, estuvieran cumplidas."*

6.2.2.4.- En el presente asunto, en rigor, no se debate acerca de si se presentó o no incumplimiento de las obligaciones por parte del Concesionario, ni si se respetó o no el debido proceso en cuanto hace referencia a la imposición, mediante acto administrativo, de las multas.

El problema jurídico se centra en determinar si el monto total de la multa impuesta, con ocasión de incumplimiento contractual, debería ser *i)* de diez (10) SMMLV diarios *"a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación y hasta tanto cese el respectivo incumplimiento"* o *ii)* de solamente diez (10) SMMLV, como lo solicita la convocante.

Considera el Tribunal que para determinar si la fijación de la multa observó el régimen al que debía sujetarse, se debe analizar, en primer término, la estipulación que de manera de regla general aparece contenida en el artículo 83 del Contrato de Concesión N° 8000011-OK del 13 de marzo de 2008, en virtud de la cual se estableció, en cuanto resulta pertinente para este análisis, la siguiente configuración en relación con el régimen sancionatorio:

i) Si el Concesionario no cumple con cualquiera de las especificaciones, requisitos, obligaciones y responsabilidades que le han sido impuestos y que ha aceptado asumir en virtud del Contrato se aplicará al Concesionario la multa correspondiente a partir de la fecha en que cada obligación se hace exigible.

ii) Las multas se causarán **a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación y hasta tanto cese el respectivo incumplimiento.**

iii) Cuando se trate de incumplimiento o infracción de una obligación de **ejecución inmediata** cuyo cumplimiento no sea posible restituir, se podrán imponer tantas multas como infracciones de ejecución inmediata haya cometido el Concesionario, cuantificadas en cada caso.

iv) **Se impondrán multas diarias** equivalentes a un número de Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes -SMMLV **por cada Día Calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de las obligaciones** del Concesionario, **salvo que expresamente se establezca lo contrario.**

Con fundamento en el contexto que da el régimen sancionatorio antes reseñado, considera el Tribunal que la omisión de una referencia particular en la tabla de infracciones contenida en el numeral primero de la misma cláusula no puede entenderse como una disposición especial, sino que el vacío que pueda presentarse debe ser suplido por el régimen general al que se ha hecho mención anteriormente. En consecuencia, si en relación con la conducta consistente en no cumplir el cronograma de actividades del Plan de Adecuación y Modernización no se hizo una referencia particular a que la multa se aplicaría por cada día de atraso respecto de dicha actividad, sino que simplemente se incluyó la expresión "Diez (10)", esto no puede llevar a interpretarse con el alcance de una salvedad expresamente establecida en el sentido de que se trataría de una sola multa, sino que en ese supuesto debe aplicarse el criterio general, consistente en que las multas son *diarias* y que, además, se tasan en el número de salarios mínimos que corresponda, en este caso, 10 SMMLV.

Se reitera a este respecto el contenido de la primera parte del quinto párrafo de la cláusula 83, que claramente dispone que, en caso de que se presenten las infracciones que más adelante se describen, "*se impondrán multas diarias equivalentes a un número de Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes - SMMLV por cada Día Calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario, salvo que expresamente se establezca lo contrario*".

Es decir, las multas son diarias y su valor se determina de conformidad con el salario mínimo legal mensual vigente, salvo que expresamente se disponga otra cosa. En ese sentido, si en las tablas no se hace referencia a la periodicidad en el pago de la multa o al indicador económico para fijar su valor, tales aspectos son suplidos por el régimen general antes mencionado, sin que ese procedimiento afecte el principio de legalidad o constituya una interpretación inadmisibles en materia sancionatoria.

Adviértase que en la tabla solo se incluye la palabra "Diez", seguida de su expresión numérica (10). La convocante discute que la multa se haya calculado por cada día de atraso, pero nada dice en relación con la utilización del indicador de los salarios mínimos mensuales legales vigentes, que tampoco aparecen mencionados en la tabla, pero que se aplican por la utilización del criterio general al que anteriormente se hizo referencia.

Debe destacarse, igualmente, que no se trató del incumplimiento de una obligación de ejecución inmediata, sino que, por el contrario, la multa se impuso, de conformidad con lo pactado, con ocasión del incumplimiento en la ejecución de las labores de adecuación y modernización de los aeropuertos, obligaciones estas que se prolongaban en el tiempo y que a luz de lo previsto en la cláusula 28 del Contrato de Concesión comportaba una gama de obligaciones particulares. De otra parte, aparece debidamente acreditado que el incumplimiento se prolongó en el tiempo, tal como se evidenció en el Laudo proferido el 13 de junio de 2014, referido en literal anterior. Cobra en ese contexto importancia la regla establecida en el tercer párrafo de la cláusula 83, según el cual "[l]as multas se causarán a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación y hasta tanto cese el respectivo incumplimiento", disposición ésta que sería inaplicable si se interpretara que en el supuesto a que se ha hecho referencia solo podía imponerse una sanción única de 10 SMLMV.

En cuanto a los criterios hermenéuticos para desentrañar el sentido de una estipulación contractual, ha señalado el Consejo de Estado que *"dado que el Estatuto de Contratación de la Administración Pública no contiene reglas especiales en materia de interpretación del contrato estatal, resulta necesario en este caso acudir a los criterios de interpretación previstos en el Código Civil Colombiano, incorporados al Estatuto General de Contratación en virtud de lo normado por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y también por remisión del Código de Comercio, en el evento de que el contrato se celebre con un comerciante, a la luz de lo dispuesto por el artículo 28 de la misma Ley 80 respecto de los criterios de interpretación de los contratos estatales."*³⁵

Y en relación con los principales criterios de interpretación contractual del derecho común, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló lo siguiente:

"2. Las reglas de interpretación de los contratos

"2.1 *Con la interpretación del contrato se persigue constatar el convenio negocial, la determinación de sus efectos y la integración de estos, sin comprender en ella la calificación del acto pues esto es propio de una actividad diferente como es la valoración jurídica del acto celebrado.*

35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 24 de mayo de 2012. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 21181.

“Sin embargo no debe perderse de vista que si las partes han señalado los efectos del contrato, la verificación de este señalamiento corresponde a una labor interpretativa mientras que lo atinente a las repercusiones jurídicas de lo fijado por los contratantes harán parte de la valoración.

“La interpretación del negocio jurídico, cuando de contratos se trata, no tiene como objeto primario el establecer el querer dispositivo de cada uno de los contratantes individualmente considerado sino la intención común de todos ellos toda vez que el contrato es en últimas el resultado de la convergencia de sus designios negociales.

“Esta búsqueda primordial de la común intención de las partes puede lograrse mediante la aplicación de una serie de reglas principales, también llamadas subjetivas por la doctrina, que se compendian en que conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a lo literal de las palabras (art. 1618 del C. C.), que las estipulaciones de un contrato pueden interpretarse por la de otro que las partes hayan celebrado sobre la misma materia (art. 1622 inc. 2º) o por la aplicación práctica que de ellas hayan hecho (art. 1622 inc. 3º), que las cláusulas deben interpretarse unas por otras dándole a cada una el sentido que más convenga al contrato en su totalidad (art. 1622 inc. 1º), que si en un contrato se expresa un caso para explicar la obligación se entiende que esa mención no es restrictiva sino ejemplificativa (art. 1623), y que se entiende que las expresiones generales contenidas en el negocio sólo se aplican a la materia sobre la que se ha contratado (art. 1619).

“Sin embargo es posible que esa común intención de los contratantes no pueda ser verificada mediante la utilización de las reglas que precedentemente se mencionaron y es entonces cuando el ordenamiento prevé la posibilidad de acudir a unas reglas de carácter subsidiario, también llamadas objetivas por la doctrina, en las que ya no interesa la indagación de la voluntad de los contratantes sino la protección del acto dispositivo y sus principios o de las circunstancias particulares de alguna de las partes, reglas estas que se resumen en que el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no produzca efecto alguno (art. 1620 del C. C.), que deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (art. 1621), que las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor (art. 1624 inc. 1º), y que las cláusulas oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar (art. 1624 inc. 2º).³⁶

Advierte el Tribunal, entonces, que, como toda estipulación contractual, una cláusula sobre multas es susceptible de interpretación cuando su redacción no sea clara, sin que esto afecte el principio de legalidad que rige en estas materias o se

36 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 7 de julio de 2011, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 18762.

vulnere el criterio restrictivo que desde antiguo se considera aplicable en esta temática. Preciado lo anterior, no puede desconocerse que el propósito de las partes al establecer un régimen de multas, está enderezado a que se cumpla una finalidad de apremio o de legítimo constreñimiento al contratista para instarlo al cumplimiento (art. 1618 del C.C.); igualmente, es pertinente señalar que utilizar una regla general para suplir una omisión en el régimen particular es aplicación de la regla según la cual las cláusulas deben interpretarse unas por otras dándole a cada una el sentido que más convenga al contrato en su totalidad (art. 1622 inc. 1º); a propósito de la aplicación del tercer párrafo de la cláusula 83, debe recordarse la regla según la cual cuando el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no produzca efecto alguno (art. 1620 del C.C.); y finalmente, debe destacarse que el régimen de interpretación contractual a que se ha hecho referencia establece claramente que las reglas denominadas *objetivas* son de aplicación subsidiaria, y esto aplica particularmente al criterio de interpretación contra el predisponente al que alude el artículo 1624 del C.C., regla, que como ya se ha señalado, solo es aplicable si no es posible establecer la intención común con las reglas precedentemente señaladas.

De otra parte, debe señalarse que la transcripción parcial o fragmentaria del concepto de un asesor externo en la parte motiva de un acto administrativo no comporta *per se* una razón de suficiente entidad que permita derivar de ella la nulidad del respectivo acto. En sentir del Tribunal, ello no tiene el alcance de constituir el vicio denominado falsa motivación, el cual, por lo demás, no fue esgrimido por la parte convocante.

En conclusión, el Tribunal comparte la posición expresada por la Señora Agente del Ministerio Público en el concepto rendido en la oportunidad procesal correspondiente, en el sentido de que no aparece acreditado el cargo relativo a la infracción de las normas en que deberían fundarse los actos administrativos impugnados.

Así las cosas, para este panel arbitral es claro que no se ha demostrado que los actos administrativos demandados se encuentren incursos en causal de nulidad al haberse impuesto una multa en la cuantía dispuesta en ellos, por lo que Tribunal habrá de denegar las pretensiones relacionadas con la nulidad de las Resoluciones 3179 de 2011 y 1587 de 2012, proferidas por la AEROCIVIL y el AOH, mediante las cuales se impuso y confirmó multa a la convocante.

En consideración a lo anterior y teniendo en cuenta que se negarán las pretensiones analizadas en el presente acápite, no resulta necesario abordar el estudio específico de cada una de las excepciones planteadas por la parte convocada respecto de este asunto.

7. Pronunciamiento del Tribunal sobre las Pretensiones Relacionadas con los Derechos de Aeródromo y la Compensación Tarifaria.

7.1.- La Controversia

7.1.1.- Las pretensiones sobre los Derechos de Aeródromo.

En el texto de la reforma de la demanda, AIRPLAN formuló las siguientes pretensiones relativas a los derechos de aeródromo:

"1. DECLARATIVA GENERAL:

"1.1. *Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA incumplieron parcialmente el CONTRATO, por los hechos y omisiones que resulten probados en el proceso (...)*

"2.2. DECLARATIVAS ESPECÍFICAS RELACIONADAS CON EL NO PAGO DE DERECHOS DE AERÓDROMO DE SATENA:

"2.2.1. *Que se declare que con la expedición, no consentida por la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. (sic), de la Resolución No. 3558 de 5 de agosto de 2.008, se generó una disminución de los Ingresos Regulados, que debe ser compensada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH, en los términos de la cláusula 16 del CONTRATO.*

"2.2.2. *Que se declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH, incumplieron el CONTRATO al no dar aplicación a las cláusulas 15 y 16 con ocasión de la exención de los Derechos de Aeródromo a cargo de SATENA establecida en la Resolución No. 3558 de 5 de agosto de 2.008 expedida por la AEROCIVIL (...)*

"4. DE CONDENA ESPECÍFICAS RELACIONADAS CON LA EXENCIÓN DE DERECHOS DE AERÓDROMO DE SATENA:

"4.1. *Que en el evento de accederse a la pretensión 2.2.1. y/o 2.2.2., se condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH, a dar aplicación a la cláusula 16 del CONTRATO, y a pagar a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. -AIRPLAN S.A. (sic) el valor no percibido con ocasión de la exención de los Derechos de Aeródromo de SATENA."*

7. 1.2.- Los hechos que fundamentan estas pretensiones

7.1.2.1.- El 13 de marzo de 2.008, la AEROCIVIL y el AOH suscribieron con AIRPLAN el Contrato de Concesión No. 800011-OK cuyo objeto, de acuerdo con su cláusula tercera, consiste en: "(...) (i) el otorgamiento por parte de la Aerocivil y a favor del Concesionario de la concesión para la administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento del Aeropuerto Antonio Roldán Betancourt, del Aeropuerto El Caraño, del Aeropuerto José María Córdova, del Aeropuerto Las Brujas y del Aeropuerto Los Garzones, y (ii) el otorgamiento por parte del AOH y a favor del Concesionario de la concesión para la administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento del Aeropuerto Olaya Herrera, a cambio de la remuneración de que trata el Capítulo III (en lo sucesivo la "Concesión").

7.1.2.2.- Las partes previeron expresamente en la cláusula 23 en cuanto a la asignación contractual de riesgos, lo siguiente:

"CLÁUSULA 23.- ASIGNACIÓN ESPECÍFICA DE RIESGOS: Este Contrato ha dispuesto la asignación específica de riesgos que se indica en esta Cláusula.

(...)

23.3 RIESGOS QUE ASUME LA AEROCIVIL: La Aerocivil asume los efectos derivados del acaecimiento (sic) siguientes riesgos:

"Los efectos desfavorables derivados de la modificación por parte de la Aerocivil de la estructura tarifaria contenida en la Resolución 04530 del 21 de septiembre de 2007 de la Aerocivil.(...)"

7.1.2.3.- El 4 de agosto de 2008, la AEROCIVIL expidió la Resolución No. 3558 "Por medio de la cual se adiciona la Resolución 04530 del 21 de septiembre de 2007 que fija las tarifas de los derechos y las tasas cedidas al Concesionario del Aeropuerto José María Córdova de Rionegro, Olaya Herrera de Medellín, Los Garzones de Montería, El Caraño de Quibdó, Antonio Roldán Betancourt de Carepa y Las Brujas de Corozal."

7.1.2.4.- La Resolución No. 3558 del 2008 expedida por la AEROCIVIL en sus dos únicos artículos estableció lo siguiente:

"Artículo 1º. Adicionar un párrafo al Título II de la Resolución 04530 de septiembre 21 de 2007, el cual quedará así:

"Párrafo. Serán exentas de las tarifas definidas en este Título II "Derechos de aeródromo", las siguientes aeronaves:

a) Las aeronaves de propiedad del Estado Colombiano y las aeronaves de propiedad de Estados extranjeros, que presten servicios no comerciales, siempre y cuando exista reciprocidad.

b) Las aeronaves en operaciones de búsqueda, salvamento o auxilio en casos de calamidad pública.

c) Las aeronaves que realicen aterrizajes de emergencia o que se regresen por mal tiempo a su aeropuerto de origen siempre y cuando no embarquen nuevos pasajeros, carga o correo remunerados.

d) Las aeronaves que presten sus servicios a una organización o un Estado y que por medio de un acuerdo internacional se les exonere”.

Artículo 2°. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.”

En virtud de lo anterior, es evidente que se expidió un acto administrativo que incluyó exenciones diferentes a las previstas en la Resolución No. 4530 del 2007.

7.1.2.5.- Según la parte convocante, los concedentes incumplieron el Contrato de Concesión al no dar aplicación a las Cláusulas 15 y 16, por cuanto procedieron a modificar la metodología para la determinación de las tarifas establecida en la Resolución 04530 del 21 de septiembre de 2.007 de la AEROCIVIL, desconociendo la fórmula de recuperación de la inversión, sin contar con el consentimiento del concesionario.

7.1.2.6.- Indican, finalmente, que la AEROCIVIL expidió la Resolución No. 3546 de 17 de julio de 2.013, que en su artículo primero dispuso *"dejar sin efectos la Resolución número 3558 del 4 de agosto de 2008, expedida por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil"*.

7.1.3.- La posición de las entidades convocadas

Las demandadas se opusieron a las pretensiones de la demanda reformada señalando, en síntesis, lo siguiente:

7.1.3.1.- El supuesto de hecho para dar aplicación a la cláusula 16 del Contrato No. 8000011-OK no se configuró, comoquiera que no existe una nueva exención en la Resolución 3558 de 2008 expedida por la AEROCIVIL respecto de los derechos de aeródromo, puesto que dichas exenciones existen desde 1968 y se recopilan en los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC) (numeral 14.2.8.4).

7.1.3.2.- Que esa situación fáctica, legal y regulatoria, existía al momento en que se abrió la licitación y debió ser del dominio de cualquier persona con una mínima experiencia en el mercado aeronáutico o aeroportuario, además de lo cual, al ser normas regulatorias propias de la industria, los oferentes debían conocerlas.

7.1.3.3.- Además, expresan que el hoy concesionario realizó su oferta económica teniendo en cuenta la resolución 4530 del 2007 expedida por la AEROCIVIL, sin tener en cuenta las exenciones que, en efecto, no se encontraban en los archivos de las bases de datos, ni en la resolución, ni en los pliegos, dado que era innecesario incluirlas, puesto que se encontraban en los RAC.

7.1.3.4.- Se resalta que al Concesionario no se le privó, por virtud de la mencionada resolución 3558 de 2008, de seguir percibiendo derechos de aeródromo, dado que empezó a percibir exactamente lo mismo que venían

recibiendo los anteriores titulares (AEROCIVIL – AOH) mientras operaron y explotaron los aeropuertos.

7.1.3.5.- Indica que los derechos de Aeródromo que reclama el demandante corresponden a operaciones aéreas de SATENA, que han gozado de exenciones establecidas por la ley desde mucho antes de la celebración del Contrato de Concesión.

Proponen como excepciones específicas en relación con este asunto, las siguientes:

- Ausencia de derecho de la Sociedad de Aeropuertos de Centro Norte S.A. para reclamar una compensación tarifaria a la que refieren sus pretensiones.
- Ausencia de derecho de la Sociedad de Aeropuertos de Centro Norte S.A. para reclamar los derechos de aeródromo a los que se refieren sus pretensiones.
- Pérdida de vigencia de la Resolución 3558 de 4 de agosto de 2008.
- Relatividad de las relaciones jurídicas que tiene el administrador, operador y explotador de un aeropuerto con los usuarios del mismo.

7.1.4.- Las alegaciones de las partes

En sus alegatos de conclusión, las partes reiteraron sus argumentos iniciales.

La convocante hizo referencia a la existencia de los supuestos previstos en la cláusula 16 del Contrato, en virtud de la cual puede reclamar la compensación tarifaria al no haber existido consentimiento de su parte para la expedición de la Resolución No. 3558 de 2008, que estableció exenciones diferentes a las previstas en la Resolución No. 4530 de 2007.

Por su parte, las convocadas insistieron en que la Resolución No. 3558 de 2008 únicamente hizo explícitas las exenciones que de tiempo atrás resultaban aplicables para el cobro de los derechos de aeródromo, las cuales, a su vez, se encontraban consagradas en normas de alcance general. Adicionalmente, consideran que no se configura el supuesto para la aplicación de la cláusula 16 del Contrato.

7.1.5.- El concepto de la señora Agente del Ministerio Público

Según el concepto del Ministerio Público existe cosa juzgada en relación con el pago de los derechos de aeródromo por parte de SATENA, puesto que mediante providencia del Consejo de Estado del 18 de marzo de 2015 en el trámite del recurso de anulación interpuesto por los concedentes contra el laudo arbitral rendido por los doctores Martha Cediél de Peña, Catalina Arbeláez y César Negret Mosquera se dispuso que el CONCESIONARIO debía realizar la devolución de

\$2.490.561.427.00 a la AEROCIVIL, suma que había sido pagada por concepto de restitución de los derechos de aeródromo según lo ordenado en el laudo arbitral del 19 de junio de 2013.

Expresa que si bien en la Resolución 04530 del 21 de septiembre de 2007 de la AEROCIVIL no se prevé ninguna exención respecto del pago de los derechos de aeródromo a favor de las aeronaves de propiedad de SATENA, lo cierto es que en el artículo 7 de la Ley 80 de 1968 se exonera *a SATENA de todos los gravámenes, impuestos y derechos nacionales relacionados con su constitución y funcionamiento*".

El hecho de que en la resolución tarifaria no se haga referencia a la exención de SATENA, no implica que se suspenda la vigencia de la Ley 80 de 1968, o que pierda su obligatoriedad, además de lo cual debe destacarse que en algunas resoluciones tarifarias sí se ha incluido de manera expresa y clara la exención.

Concluye que SATENA nunca ha pagado derechos de aeródromo en ningún aeropuerto del país, pero particularmente en los de la concesión, antes de la celebración del contrato, cuando eran administrados directamente por la AEROCIVIL y el AOH, y así se registra en los estados financieros de los mismos. Lo anterior implica que no eran ingresos de tales aeropuertos, razón por la cual no puede considerarse que se cedieron o debieron ceder unos ingresos o rentas que la AEROCIVIL nunca percibió y porque se aplicaba la Ley vigente, la Ley 80 de 1968.

7.2. Las consideraciones del Tribunal de Arbitramento

De acuerdo con lo consignado en líneas anteriores, las pretensiones de la parte convocante, a que se ha hecho referencia, se dirigen principalmente a que se declare que la expedición de la Resolución No. 3558 de 2008, por parte de la AEROCIVIL, sin el consentimiento previo del Concesionario, generó una disminución de los ingresos regulados previstos en la Resolución No. 4530 de 2007, que debía ser compensada en virtud de lo establecido en las cláusulas 15 y 16 del Contrato de Concesión. En consecuencia, como dicha compensación no se presentó, reclama que se ordene el pago de los valores no percibidos como consecuencia de la exención de los derechos de aeródromo establecida, entre otros supuestos, a favor de SATENA.

En este contexto, el problema jurídico que se debe resolver en este punto específico es si existió incumplimiento de la obligación de pagar la compensación tarifaria en los términos de las cláusulas 15 y 16 del Contrato de Concesión No. 8000011-OK, a la que habría lugar como consecuencia de la expedición de la Resolución No. 3558 de 2008. De ser afirmativa la respuesta, se evaluará la pretensión dirigida a que se condene al pago de los valores dejados de percibir debido a la exención de los derechos de aeródromo realizada a favor de SATENA.

7.2.1. Precisiones previas.

7.2.1.1. La naturaleza contractual de la controversia sometida a la decisión del Tribunal, en cuanto a los derechos de aeródromo y la compensación tarifaria.

Advierte el Tribunal, como lo desarrollará en detalle más adelante, que la naturaleza del asunto sometido a su consideración, y al que se refiere este aparte de la decisión, corresponde a una controversia de tipo contractual, en la que habrá de determinarse si una parte incumplió las obligaciones a su cargo y, por ende, si ella está en el deber de reparar los daños que con su comportamiento generó a su contraparte.

En ese contexto, si bien a lo largo de este acápite se hará referencia a determinados actos administrativos, como las resoluciones 4530 de 2007 y 3558 de 2008 expedidas por la AEROCIVIL, no corresponde a este panel arbitral pronunciarse sobre la legalidad de tales decisiones administrativas, pues el marco de su competencia y la controversia trazada por las partes corresponde, como ya se ha mencionado, a un conflicto de naturaleza eminentemente contractual.

7.2.1.2. El Laudo Arbitral proferido el 19 de junio de 2013 y la sentencia del Consejo de Estado de 18 de marzo de 2015.

Las consideraciones y determinaciones de este Tribunal tendrán presente, igualmente, que el asunto que se ha sometido a su consideración fue planteado previamente, con diferencias en su enfoque, ante otro Tribunal de Arbitraje que adoptó su decisión el 19 de junio de 2013, mediante Laudo cuya parte resolutive, en los apartes pertinentes, fue transcrita precedentemente, y respecto de la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció al resolver el recurso de anulación planteado por la AEROCIVIL y el AOH, declarando próspero dicho medio de impugnación en relación con el numeral 2 del ordinal séptimo, y los numerales 2 y 3 del ordinal octavo, de la parte resolutive de la mencionada providencia arbitral.

7.2.1.3. La naturaleza de las pretensiones formuladas por AIRPLAN en este proceso: el incumplimiento como fuente de responsabilidad contractual.

Según ya se ha reseñado, la parte convocante ha solicitado al Tribunal que se declare que las entidades convocadas incumplieron las cláusulas 15 y 16 del Contrato de Concesión al no haber procedido a realizar la compensación tarifaria prevista en la segunda de tales previsiones contractuales, cuando estaban presentes los supuestos allí contemplados para proceder de esa manera, toda vez que mediante la expedición, no consentida por el concesionario, de la Resolución 3558 de 2008 se modificó el régimen tarifario establecido originalmente en la Resolución 4530 de 2007; como consecuencia de tales declaraciones, la convocante solicita que se condene a las convocadas *"a dar aplicación a la cláusula 16 del CONTRATO, y a pagar a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. -AIRPLAN S.A. (sic) el valor no percibido con ocasión de la exención de los Derechos de Aeródromo de SATENA."*

Precisa entonces el Tribunal que, como ha sido planteado el asunto por la convocante, y abordada la respectiva defensa por las convocadas, el análisis se realizará con fundamento en los requisitos establecidos -legal y jurisprudencialmente- para que se declare una responsabilidad contractual del Estado por el incumplimiento de las obligaciones que para él surgen de los contratos legalmente celebrados, sin que sea del caso que el tema se analice con base en los requisitos de la ruptura del equilibrio económico del contrato, pues, se repite, no es ésta la controversia sometida a su decisión.

El Tribunal estima pertinente realizar esta precisión, toda vez que en la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 18 de marzo de 2015, que decidió el recurso de anulación interpuesto por la AEROCIVIL y el AOH respecto del Laudo Arbitral del 19 de junio de 2013, la mencionada autoridad judicial estimó que el laudo, en el aparte correspondiente, resultaba incongruente, toda vez que, habiéndose planteado por las partes un problema estrictamente interpretativo respecto del contrato y la ley aplicable, el Tribunal de Arbitraje decidió la controversia como un problema de ruptura del equilibrio económico del contrato de concesión.

En sus consideraciones, el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

"El problema planteado por la parte convocante, en punto a los derechos de aeródromo, era de orden estrictamente interpretativo, en la medida en que consideraba que las entidades concedentes estaban dando una lectura equivocada a las disposiciones del pliego de condiciones, al contrato de concesión y a las resoluciones tarifarias (4530 y 06672 de 2007 y 03558 de 2008), en cuanto a la causación de tales derechos.

"(...)

"En sentir de la Sala, lo que en principio estaba planteado como un problema de interpretación normativa y de incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de los concedentes, por sustraerse de aplicar debidamente las estipulaciones contractuales (pliegos de condiciones, contrato de concesión y resoluciones tarifarias) y las normas (leyes en sentido abstracto) que rigen la materia (RAC y Código de Comercio) terminó por convertirse en un problema de ruptura del equilibrio financiero del contrato de concesión, para cuyo restablecimiento el Tribunal de Arbitramento decidió aplicar la cláusula 16 de ese contrato, relacionada con los mecanismos de cálculo y pago de la compensación tarifaria.

"(...)

"El Tribunal de Arbitramento ubicó la causa de la medida de compensación tarifaria en lo que, a la luz de la actual jurisprudencia de esta Corporación y como fuente de ruptura del equilibrio financiero de los contratos estatales se conoce como el ejercicio de la «potestas ius variandi», donde

el Estado (actuando como contratante), en ejercicio del poder de modificación unilateral del contrato, expide un acto administrativo que impacta el contenido obligacional de una de las partes, con incidencia desde el punto de vista económico o financiero (como acá sucede) del contrato.³⁷

De las manifestaciones realizadas por el Consejo de Estado, se concluye que dicha corporación, sin pronunciarse, obviamente, sobre el fondo de las pretensiones formuladas por AIRPLAN, consideró que el Tribunal, en el Laudo de 19 de junio de 2013, al dar aplicación a la cláusula 16 del Contrato de Concesión sin que esto hubiera sido objeto de una petición de parte, falló el proceso como si se tratara de un asunto de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Al respecto es pertinente señalar que el principio del equilibrio económico-financiero del contrato, contemplado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993³⁸, ha sido definido por la jurisprudencia en los siguientes términos:

"En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

"(...)

"En otros términos, la reciprocidad en las prestaciones contractuales es un principio fundamental del contrato celebrado por la administración, que corresponde a su carácter sinalagmático, cuya aplicación en el campo del derecho público se originó inicialmente ante la necesidad de garantizar la estructura económica del contrato frente a las distintas variables que pudieran afectar su cumplimiento y ejecución material, en procura de armonizar el interés público con la garantía de los derechos del contratista.

"5.3. El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el

37 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 18 de marzo de 2015. Rad. No. 110010326000201300107 01 (48.019). C. P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

38 Artículo 27º.- De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

*caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.*³⁹

Se colige de lo anterior que la figura del equilibrio económico del contrato tiene por objeto preservar la equivalencia de las prestaciones en los términos en que fueron convenidas, de manera que las expectativas del contratista no se vean frustradas.

Es sabido que dicho equilibrio puede verse afectado por múltiples causas, imputables o no a las partes, previsibles o no, lo que da derecho al contratista a solicitar su restablecimiento, para lo cual se exige que *"la parte afectada además de demostrar el menoscabo y que éste fue grave y anormal, debe haber realizado las reclamaciones respectivas de forma oportuna."*⁴⁰

Dentro de las fuentes que pueden dar lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato, el Consejo de Estado ha identificado las siguientes:

*"La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina «hecho del príncipe», y «potestas ius variandi» (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada «teoría de la imprevisión» y paralelamente en la «teoría de la previsibilidad». Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.*⁴¹

Se destaca de la posición adoptada por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que la ruptura del equilibrio económico del contrato y su consecuente restablecimiento tienen origen en actos o hechos de la administración, o en factores ajenos a las partes de carácter imprevisible, sin que ninguno de dichos fenómenos comporte, en estricto sentido, la desatención de las obligaciones que cada parte tiene a su cargo según lo acordado en el contrato. Así, hay una clara diferenciación entre el incumplimiento contractual, caracterizado por

39 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Rad. No. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). C. P.: Ruth Stella Correa Palacio.

40 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 03 de diciembre de 2015. Rad. No. 25000-23-26-000-2008-00113-01(46736)). C. P.: Jaime Orlando Santofimio.

41 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Rad. No. 760012331000199603577-01 (20.524). C. P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Esta posición fue reiterada en la sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Rad. No. 760012331000199900522-01 (24.169). C. P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

fundarse en los comportamientos antijurídicos de las partes, y la ruptura de la ecuación económica del contrato, como desequilibrio entre las prestaciones tal como fueron pactadas, pero cuya fuente se encuentra en comportamientos ajustados a derecho de la administración o en hechos imprevisibles.

Frente a la distinción entre una y otra figura, se destaca la sentencia del 14 de marzo de 2013, en la que el Consejo de Estado sostuvo:

"La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación comercial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

"(...)

"El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

"(...)

"Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no sólo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso.

"En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el

*incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.*⁴²

En concordancia con lo anterior, es posible concluir que el incumplimiento contractual se caracteriza por la conducta antijurídica de una de las partes que se aparta del programa obligacional acordado en el negocio jurídico, que causa un daño antijurídico que la otra parte de la relación no debe soportar, y que, por lo tanto, debe ser indemnizada. Por el contrario, en la ruptura del equilibrio económico del contrato, no hay lugar a la causación de un daño antijurídico, sino a una alteración del equilibrio que impone su restablecimiento, en particular en los casos en que se materializan riesgos que el contratista no estaba en la obligación de soportar, y que haga excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato.

Ahora bien, en el caso que ocupa la atención de este panel arbitral, la línea que divide una y otra figura podría parecer tenue, comoquiera que la convocante reclama en sus pretensiones que se declare el incumplimiento del Contrato de Concesión 8000011-OK de 2008 por la inaplicación de las cláusulas 15 y 16 del mismo, que consagran la obligación de pagar una compensación tarifaria al concesionario cuando, sin su consentimiento, la AEROCIVIL, el Ministerio de Transporte o alguna otra autoridad competente, expida un acto administrativo que: (i) no permita el cobro de tarifas asociadas con los Ingresos Regulados según lo previsto en la Resolución 04530 de 2007; (ii) obligue al concesionario a rebajar las tarifas asociadas a los Ingresos Regulados; (iii) obligue al concesionario a aumentar las tarifas asociadas a los Ingresos Regulados en un monto menor al que corresponda de acuerdo con el mecanismo de indexación previsto en la Resolución 04530 de 2007; o (iv) incluya exenciones diferentes a las previstas en la Resolución 04530 del 2007.

Los supuestos fácticos contemplados en la cláusula 16 podrían asimilarse al ejercicio del *ius variandi*, toda vez que se trata de circunstancias de modificación unilateral de los Ingresos Regulados que rigen el contrato y la remuneración del contratista. Sin embargo, es claro que el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 establece la figura de la *modificación unilateral del contrato*, como potestad excepcional de la administración, en los siguientes términos: "*Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios*", de donde se advierten claramente las diferencias entre una y otra situación.

42 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2013. Rad. No. 760012331000199603577-01 (20.524). C. P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Esta posición fue reiterada en la sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Rad. No. 760012331000199900522-01 (24.169). C. P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

En todo caso, es menester destacar que la cláusula 16 del Contrato de Concesión prevé de manera expresa determinados supuestos de hecho que, en caso de presentarse, dan lugar al surgimiento de una obligación a cargo de la AEROCIVIL: el pago de una compensación tarifaria, y es el incumplimiento de esa obligación condicional la que da origen a las reclamaciones del concesionario, no como un asunto de restablecimiento del equilibrio económico sino como una cuestión de responsabilidad contractual por la desatención de la mencionada obligación.

La doctrina nacional, frente los supuestos de ejercicio del *ius variandi* y de incumplimiento contractual, ha sostenido lo siguiente:

"El ejercicio de las potestades excepcionales de que está dotada la administración puede generar mayores cargas económicas por alteración de las condiciones e hipótesis tenidas en cuenta para contratar.

"No nos referimos tanto a los eventos en que la entidad hace uso irregular de tales potestades, como por ejemplo cuando declara la caducidad con pretermisión de los requisitos que la configuran, lo que, por supuesto, genera una reparación pecuniaria.

"Particularmente hacemos alusión a los casos en que el ejercicio de las potestades se ajusta a la ley pero impone cambios que rompen la ecuación contractual. Así ocurre, en tratándose de la modificación unilateral que presupone el reconocimiento de las mayores obras, bienes o servicios, o el pago de la utilidad esperada del negocio como estaba estructurado cuando se educe significativamente el alcance del objeto del contrato. (...)

"A pesar que se genera una evidente ruptura de la ecuación contractual, no consideramos que caiga bajo la égida de la figura que se comenta cuando la entidad decide cambiar las reglas de juego del contrato, por cambios de diseños, por disminución de obras, bienes o servicios o por otras alteraciones de similar naturaleza y no lo hace en ejercicio de la potestad excepcional de modificación por inexistencia de los presupuestos legales para su declaratoria.

"Esas determinaciones si son pactadas convencionalmente entrañan el pago de lo convenido y si son impuestas, muchas de las cuales suelen provenir de la interventoría, implican el incumplimiento de estrictas obligaciones y del contrato y, por tanto, su tratamiento ha de enmarcarse dentro de esta categoría que a continuación se detalla.

"2.5.3. Incumplimientos obligaciones, mayor permanencia e intereses moratorios.

"Muchos autores sostienen fundados en argumentos serios que el incumplimiento de obligaciones, estricto sensu no genera el rompimiento de la ecuación económica y financiera del contrato sino que constituye un

típico caso de responsabilidad contractual. De igual manera el Consejo de Estado en sendos fallos ha reconocido la diferencia.

"Empero, el legislador en este particular caso tomó expresa partida por la postura doctrinaria que sí identifica el incumplimiento como una de las especies de eventos que rompen la ecuación.

*"Así ocurre cuando en el numeral 1 del artículo 5º de manera explícita se indica que el incumplimiento de obligaciones rompe la ecuación contractual. Es entendible que de esa manera lo haya dispuesto porque los incumplimientos de obligaciones implican cambios de las condiciones tenidas en cuenta para la ejecución del contrato, fundamento teórico de la ecuación contractual, e incluye mayores costos para el contratista. El solo retardo en el pago propicia gastos adicionales que no deberían ser soportados por el contratista. **Esa circunstancia no se opone a que el incumplimiento de una obligación propicie el nacimiento de la teoría de la responsabilidad contractual. Es decir, que bajo el reconocimiento expreso que los incumplimientos de obligaciones afectan la ecuación del contrato, su tratamiento ha de encaminarse por la ruta que traza toda a estructura jurídica que desde épocas antiquísimas se ha elaborado.***

"De manera que no vale la pena la discusión acerca de si un incumplimiento rompe o no la ecuación. Lo realmente importante es saber que las obligaciones surgen para ser cumplidas y que su incumplimiento genera perjuicios que deben reconocerse según los principios y normas dispuestos en el derecho común."⁴³ (Negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, es claro para el Tribunal que en el Contrato de Concesión 8000011-OK se pactó, de manera expresa, una obligación sujeta a condición a cargo de la AEROCIVIL, consistente en el pago de una compensación tarifaria en caso de que se llegase a modificar el régimen de Ingresos Regulados en los cuatro casos que contempla la cláusula 16. En consecuencia, el no pago de la compensación, de llegarse a presentar alguno de esos cuatro supuestos, constituirá el incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual y su tratamiento debe ser el que corresponde a la responsabilidad derivada de tales circunstancias.

Ahora bien, en relación con los presupuestos de la responsabilidad contractual de la administración, el Consejo de Estado ha señalado que *"es de fundamental importancia tener en consideración que cuando se pretende la declaratoria de responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la celebración del contrato, a la parte actora le asiste el deber de demostrar: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual de su co-*

43 Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Ed. Legis Editores S.A. Bogotá (2016). Páginas 712 a 715.

*contratante; (ii) que ese incumplimiento le produjo un perjuicio (...)*⁴⁴. De igual forma, se ha indicado también que *"es necesario tener en cuenta que para que se estructure la responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, es necesario acreditar: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento (...)*⁴⁵, planteamiento éste en el que se hace una explícita referencia a la relación de causalidad como elemento o presupuesto para una declaración de esta naturaleza.

Debe tenerse presente, asimismo, que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 consagró el principio de responsabilidad de las entidades estatales por hechos antijurídicos acaecidos en la ejecución del contrato estatal y el consecuente deber de la Administración de proceder a la correspondiente indemnización de perjuicios, norma que debe ser interpretada teniendo en cuenta que mediante Sentencia C - 333 de 1996, la Corte Constitucional declaró exequible dicha disposición, precisando que ella tiene fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, razón por la cual debe considerarse, entre otros aspectos, que la Administración también puede ser responsable contractualmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, así el comportamiento de sus agentes no sea reprochable.

En ese sentido, la jurisprudencia Contencioso Administrativa ha señalado también, que, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, los presupuestos de la responsabilidad contractual del Estado son únicamente el daño antijurídico y el correspondiente título de imputación –en el que se incluye el análisis de la imputación causal–, tal y como se señaló en Sentencia de 11 de agosto de 2010, en los siguientes términos:

"De conformidad con lo previsto en la ley, en la jurisprudencia nacional y según lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, para que se configure la responsabilidad contractual del Estado es indispensable probar la existencia del daño y la imputación jurídica del mismo a la entidad pública contratante.

(...)

i) La existencia de un daño consistente en la lesión del derecho de crédito del contratista.

Al respecto cabe recordar que el contrato es fuente de obligaciones y a la vez de derechos correlativos para cada una de las partes, denominados estos derecho de crédito que consisten en la facultad de exigir al otro sujeto contratante el cumplimiento de las prestaciones a su cargo,

44 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 13 de abril de 2016, Exp. 43458, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

45 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 26 de agosto de 2015, exp. 43227. M.P. Hernán Andrade Rincón.

conforme lo señaló la Sala en la citada sentencia proferida el 25 de febrero de 2009⁴⁶ en la cual reiteró lo expuesto en anteriores providencias y explicó:

"Ese daño debe ser cierto y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso; en otras palabras, los perjuicios que alega el acreedor y que reclama del deudor deben estar revestidos de plena certeza.

El daño contractual consiste en la lesión del derecho de crédito como consecuencia de un comportamiento del deudor contrario al programa de la prestación.

(...)

En este tipo de responsabilidad el elemento central es el daño⁴⁷, de conformidad con el principio de garantía de la integridad del patrimonio de los particulares, según el cual la responsabilidad se fundamenta en la posición jurídica de la víctima, cuya esfera patrimonial ha sido lesionada y no sobre la conducta del autor del daño⁴⁸.

El daño antijurídico para que sea indemnizable debe tener una existencia real y concreta y debe ser evaluable en términos económicos; es necesario entonces que el contratista acredite su existencia, lo cuantifique en dinero, de acuerdo con los parámetros del contrato celebrado o los factores objetivos existentes y además lo individualice⁴⁹."

(...)

2. La imputación del daño a la entidad contratante.

La imputación que permite atribuir el daño a un sujeto de derecho comporta un juicio jurídico que involucra una valoración de la causa material del mismo y del título de imputación aplicable al caso concreto.⁵⁰

46 Expediente 16.103; actor: Augusto Moreno Murcia.

47 "(...) en la responsabilidad objetiva es el daño el elemento central de la construcción jurídica del concepto. Pero no puede entenderse que cualquier daño relacionado causalmente con una actividad administrativa genere una obligación resarcitoria (piénsese en la imposición de una multa o en la liquidación de una obligación tributaria); en ese caso, no sólo se imposibilitaría la acción administrativa, sino que se producirían consecuencias gravemente injustas. Pese al tenor literal del artículo 106.2 CE, no es posible identificar lesión con disminución patrimonial: la lesión es un perjuicio cualificado por el hecho que el sujeto pasivo del evento dañoso no tenga la obligación de soportar ese daño, es decir, que el ordenamiento jurídico no legitima el menoscabo patrimonial." BERMEJO VERA, José y otros. Op.Cit. Pág. 1165.

48 "(...) la antijuridicidad, en sentido objetivo, es el menoscabo que sufre la víctima en su patrimonio sin estar jurídicamente obligado a soportar, porque vulnera el principio de garantía que el derecho establece, al margen de la licitud o ilicitud de la actividad administrativa." ESCOBAR GIL, Rodrigo. Op.Cit. Págs. 520-521.

49 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 11 de 1990. Expediente 5335. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

50 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp. 18499, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Precisado lo anterior, procede el Tribunal a estudiar si se configuró un incumplimiento contractual por el desconocimiento de la obligación de pago de la compensación tarifaria prevista en la cláusula 16 del Contrato de Concesión 8000011-OK, así como la materialización de un daño imputable a las convocadas, en virtud de dicho comportamiento.

7.2.2. El Régimen de ingresos del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008: Resoluciones No. 04530 de 21 de septiembre de 2007 y 3558 de 5 de agosto 2008

El contrato de concesión se encuentra definido, en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como aquel en virtud del cual se otorga a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

De la definición expuesta se desprende que uno de los elementos de este tipo contractual es la existencia de una contraprestación a favor del concesionario, bajo cualesquiera de las modalidades que las partes convengan, con lo que se reconoce a las mismas un margen de libertad contractual para la definición de las condiciones de la remuneración.

En ejercicio de esta prerrogativa, la AEROCIVIL y el AOH, en su calidad de concedentes, y AIRPLAN, como concesionaria, definieron en el Capítulo III – Ingresos de la Concesión y Contraprestación a los Concedentes-, el régimen de remuneración que habría de regir el Contrato No. 8000011-OK de 2008.

Sin embargo, el antecedente directo de las cláusulas que fueron consignadas en el capítulo mencionado se encuentra en la Resolución No. 4530 del 21 de septiembre de 2007, expedida por la AEROCIVIL, por medio de la cual se fijaron las tarifas y las tasas cedidas al concesionario de los aeropuertos dados en concesión, y que allí se mencionan.⁵¹ Esta Resolución fue expedida en ejercicio de facultades legales

51 Como ya se ha destacado en esta providencia, el objeto del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008, establecido en la cláusula tercera, era (i) el otorgamiento por parte de la AEROCIVIL y a favor del concesionario de la concesión para la administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento de los aeropuertos Antonio Roldán Betancourt de Carepa, El Caraño de Quibdó, José María Córdova de Rionegro, Las Brujas de Corozal y Los Garzones de Montería; y (ii) el otorgamiento por parte del Establecimiento Público Aeropuerto Olaya Herrera y a favor del concesionario de la concesión para la administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento del Aeropuerto Olaya Herrera. Todo lo anterior, a cambio de la remuneración de que trata el Capítulo III del Contrato de Concesión.

conferidas por el artículo 1819 del Código de Comercio y por los artículos 5º, numeral 17, y 9º, numeral 8, del Decreto 260 de 2004. Este último, en los artículos que se mencionan, contempla lo siguiente:

"Artículo 5º. Funciones de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil-Aerocivil. Son funciones generales de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil-Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil-Aerocivil (sic), las siguientes:

"(...)

"17. Fijar, recaudar y cobrar las tasas, tarifas y derechos por la prestación de los servicios aeronáuticos y aeroportuarios o los que se generen por las concesiones, autorizaciones, licencias o cualquier otro tipo de ingreso o bien patrimonial.

"(...)

"Artículo 9º. Dirección General. El Despacho del Director General cumplirá las siguientes funciones:

"(...)

"8. Fijar tasas y derechos, conceder autorizaciones, aplicar sanciones y expedir los demás actos que regulan la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil-Aerocivil y el modo de transporte aéreo."

Así establecida la competencia de la AEROCIVIL para efectos de fijar las tarifas y derechos por la prestación de los servicios aeroportuarios y aquellos que se generan por las concesiones, en la Resolución No. 4530 de 2007 se definieron las tarifas reguladas, su metodología de actualización y los mecanismos para su recaudo, aplicables a los seis aeropuertos dados en concesión que allí se mencionan, en los siguientes términos:

"ARTICULO 1º: Mediante la presente resolución se definen las tarifas reguladas, su metodología de actualización y los mecanismos de recaudo de las mismas, aplicables en el Aeropuerto José María Córdoba de Rionegro, en el Aeropuerto Olaya Herrera de Medellín, en el Aeropuerto Los Garzones de Montería, en el Aeropuerto El Caraño de Quibdó, en el Aeropuerto Antonio Roldán Betancourt de Carepa y en el Aeropuerto Las Brujas de Corozal:

"a) Derecho de aeródromo nacional y su recargo nocturno

"b) Derecho de aeródromo internacional y su recargo nocturno

"c) Tasa aeroportuaria nacional

"d) Tasa aeroportuaria internacional

"e) Derecho de uso de puentes de abordaje en vuelos nacionales

"f) Derecho de uso de puentes de abordaje en vuelos internacionales

"g) Derecho de parqueo de aeronaves

"h) Derecho de expedición de permiso de circulación de vehículos en el lado Aire

"i) Derecho por Carro de Bomberos para Abastecimiento de Combustible

"j) Derecho por Carro de Bomberos para Limpieza de Plataforma" (Negrilla fuera de texto).

Se colige de la cita precedente, en concordancia con lo mencionado en párrafos anteriores, que la Resolución No. 4530 de 2007 tuvo por objeto desarrollar las competencias legal y reglamentariamente atribuidas a la AEROCIVIL respecto de la fijación de tarifas por la prestación de servicios aeroportuarios, en el marco de la concesión de los seis aeropuertos allí definidos, por lo que corresponde a lo que podría denominarse como un régimen particular en materia tarifaria para los efectos de esa concesión en concreto. Esta conclusión se ve reforzada con los artículos siguientes, toda vez que el artículo segundo señala que en virtud de dicha Resolución, el concesionario de los aeropuertos se encuentra autorizado a cobrar a los explotadores de aeronaves, entre otros conceptos, las tasas y los derechos que allí se contemplan; y, a su turno, el artículo tercero dispone que las tarifas, metodologías de actualización y los mecanismos de recaudo previstos en la Resolución No. 4530 de 2007 son aplicables respecto de cada uno de los aeropuertos allí mencionados.

Debido a que la Resolución No. 4530 de 2007 reglamenta el régimen tarifario para la concesión de los aeropuertos que en su texto se listan, es claro que se trata de un acto administrativo de carácter particular y concreto, cuyos efectos recaen únicamente sobre quien tenga la concesión de tales instalaciones e igualmente tales efectos se predicen únicamente respecto de esos específicos aeropuertos, sin que puedan hacerse extensivas sus consecuencias a otros establecimientos de ese tipo ubicados en el territorio nacional. Así se expresa en el artículo 57, conforme al cual el contenido de la Resolución "*(...) rige para los aeropuertos que se entregarán en concesión definidos en el considerando 7 de la presente resolución. (...)*".

Se destaca de la Resolución en comento, el Título II sobre derechos de aeródromo, que de acuerdo con el artículo primero corresponde a uno de los componentes de las tarifas reguladas para la concesión. Estos derechos son definidos en el artículo cuarto como la tarifa que podrá cobrar el concesionario a los explotadores de aeronaves por cada operación efectuada en los aeropuertos, que incluye los siguientes conceptos:

- Operación de aterrizaje, despegue y carreteo.
- Uso de pistas, calles de rodaje y plataforma.
- Utilización de Servicio de Extinción de Incendios, infraestructura de seguridad.
- Hasta dos (2) horas de estacionamiento en posición de embarque o desembarque, a partir del momento en que la aeronave ingresa a la plataforma.

Los artículos subsiguientes se refieren a las tarifas máximas por derechos de aeródromo que deben pagar (i) los explotadores de aeronaves de bandera colombiana en vuelos nacionales y (ii) los explotadores de aeronaves de bandera colombiana o extranjera en vuelos internacionales.

Como ya se ha señalado, estas condiciones tarifarias fueron reiteradas e incorporadas al Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008, en el ya mencionado Capítulo III (cláusulas 9 a 20). Sobre el particular, la cláusula novena establece lo siguiente:

"CLÁUSULA 9.- CESIÓN DE LOS INGRESOS: Los Concedentes se comprometen a ceder al Concesionario los Ingresos Regulados y los ingresos No Regulados correspondientes a cada uno de los Aeropuertos. El Concesionario obtendrá la totalidad de su remuneración por concepto de la Concesión únicamente de la cesión de los Ingresos Regulados y de los Ingresos No Regulados que en su favor hacen los Concedentes. (...)"

Por su parte, la cláusula décima dispone:

"CLÁUSULA 10.- REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO: La remuneración del Concesionario bajo este Contrato se rige por lo establecido en los numerales siguientes.

"10.1. CONCEPTOS QUE CONSTITUYEN LA REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO: La remuneración del Concesionario corresponde única y exclusivamente a la cesión de los Ingresos Regulados y los Ingresos No Regulados que, en los términos del Contrato, los Concedentes hacen en su favor."

Los Ingresos Regulados e Ingresos No Regulados, que en el marco del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008 constituyen la remuneración del contratista, se definen en la cláusula segunda como *"(...) todos los ingresos cedidos por los Concedentes al Concesionario y que se perciben por la prestación de los Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y que se listan en la Resolución 04530 del 21 de septiembre de 2007."*

Asimismo, en la cláusula primera, sobre fijación de las tarifas, se dispuso que *"de acuerdo con el artículo 30 de la ley 105 de 1993, la metodología para la determinación de las tarifas establecida en la Resolución 04530 de 21 de septiembre de 2007 de la Aerocivil, hace parte de la fórmula de recuperación de la inversión y es de obligatorio cumplimiento para las partes y, por lo tanto, su variación requerirá del consentimiento tanto de los Concedentes como del Concesionario."*

En este orden de ideas, se colige de todo lo anteriormente reseñado que el régimen de ingresos del Contrato de Concesión No. 8000011-OK, suscrito el 13 de marzo de 2007, está constituido principalmente por la regulación tarifaria fijada en la Resolución No. 4530 de 21 de septiembre de 2007, en la que se contempla que

uno de sus rubros más destacados son los derechos de aeródromo nacional. Se destaca que en ninguno de los documentos a que se ha hecho referencia en este acápite, se previó, de manera expresa, exención alguna respecto de los derechos de aeródromo.

La anterior conclusión tiene sustento, principalmente, en los siguientes documentos que fueron solicitados, aportados y decretados como prueba: (i) el Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 23 de marzo de 2008, que obra a folios 001 a 060 del Cuaderno Principal No. 2; y (ii) la Resolución No. 4530 de 21 de septiembre de 2007, que obra a folios 1 a 11 del Cuaderno de Pruebas No. 7.

7.2.3.- Modificación del régimen de ingresos del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2007, mediante la Resolución No. 3558 de 2008

Señala la parte convocante en el escrito de la reforma de la demanda, que el 5 de agosto del 2008 la AEROCIVIL expidió la Resolución No. 3558, con la que se modificó la metodología para la determinación de las tarifas establecidas en la Resolución No. 4530 de 2007 (hechos 35 y 36, visibles a folios 354 y 355 del cuaderno principal No. 1), situación fáctica sobre la que sustenta sus reclamaciones.

Sobre el particular, se observa que la Resolución No. 3558, de acuerdo con su tenor literal, dispuso en su artículo primero que su objeto fue "*adicionar un párrafo al Título II de la Resolución 04530 de septiembre 21 de 2007 (...)*" (negrilla fuera de texto), y con dicho fundamento se incluyeron seguidamente una serie de exenciones a las tarifas sobre derechos de aeródromo que habían sido consignadas en la resolución materia de la mencionada "adición".

Llama la atención que en la parte considerativa de la Resolución 3558 se hace referencia, en el numeral 7, a la parte décimo cuarta de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC) que contiene las exenciones a los derechos de aeródromo, y, más adelante, en el numeral 9 de las consideraciones, se indica que mediante comunicación de la Unión Temporal que tuvo a su cargo la estructuración de la concesión que dio origen al Contrato de Concesión No. 8000011-OK, se manifiesta que por encontrarse definidas en los citados Reglamentos, dichas exenciones no fueron incorporadas en la Resolución No. 4530 de 2007.

Es con ese fundamento que las convocadas manifestaron que con la Resolución No. 3558 de 2008 únicamente se hizo expresa la mención a unas exenciones que "*estaban de tiempo atrás previstas en el numeral 14.2.8.4 de los Reglamentos Aeronáuticos Colombianos*"⁵², por lo que no hubo modificación alguna respecto de las tarifas acordadas.

52 Contestación a la reforma de la demanda, página 13, visible a folios 396 del cuaderno principal No. 1

Sin embargo, una interpretación distinta surge del texto de la Resolución No. 3558 de 2008, toda vez que si dichas exenciones existían con anterioridad a la celebración del contrato y a la expedición de la Resolución No. 4530 de 2007, no se hacía necesaria la **adición** de un parágrafo que expresamente las incorporara al régimen que regula la relación contractual existente entre las partes.

A lo anterior se suma la posterior expedición de la Resolución No. 3546 de 19 de julio de 2013, mediante la cual la AEROCIVIL resolvió dejar sin efectos la Resolución No. 3558 de 2008, lo que le resta fuerza a los argumentos de las convocadas, pues si se trataba simplemente de la mención de una situación fáctica y normativa preexistente, no habría motivo para "*dejar sin efectos*" lo dispuesto en la Resolución No. 3558 de 2008. Por el contrario, se está reconociendo que esta última sí produjo efectos, que no pueden ser otros que los de modificar el régimen tarifario al adicionar exenciones para el cobro de derechos de aeródromo.

Por lo anterior, para el Tribunal resulta claro que la expedición de la Resolución No. 3558 de 2008 sí comportó una modificación de los ingresos a los que tenía derecho el concesionario, sin que esta conclusión se contradiga con la preexistencia de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC), como se analizará a continuación.

7.2.4.- La excepción propuesta por las convocadas sobre la ausencia de derecho de AIRPLAN para reclamar una compensación tarifaria con fundamento en la preexistencia de la exención de los derechos de aeródromo en la Ley 80 de 1968 y en los Reglamentos Aeronáuticos Colombianos (RAC)

Tal como se reseñó en apartes anteriores, en las excepciones propuestas por las convocadas en el escrito mediante el cual contestaron la demanda en los términos en que fue reformada, y con el objeto de cuestionar el fundamento de las pretensiones que versan sobre el pago de la compensación tarifaria por una sobrevenida exención en los derechos de aeródromo, se alegó por aquellas la preexistencia de la mencionada exención al pago de derechos de aeródromo en la Ley 80 de 1968 y en los Reglamentos de Aeronáuticos de Colombia (RAC) como fundamento para que se desestime la petición de AIRPLAN, respecto de la compensación tarifaria establecida en el contrato.

Dicho argumento fue reiterado en los alegatos de conclusión, en los que se sostiene que la decisión de la AEROCIVIL de expedir la Resolución No. 3558 de 2008 "*no tuvo efecto jurídico alguno sobre los ingresos del concesionario, como que aquellas exenciones estaban todas establecidas en normas jurídicas de alcance general desde antes de que se abriera la licitación pública que condujo a la celebración del contrato de concesión, y, por ende, aquellos derechos de aeródromo jamás habían sido recibidos en los aeropuertos de esta concesión.*"⁵³

53 Alegatos de conclusión de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI y del ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA. Página 2, visible a folios 109 del cuaderno principal No. 2

En el mismo sentido, y debido a que las reclamaciones de la convocante se centran principalmente en los derechos de aeródromo dejados de percibir por la operación comercial de la aerolínea SATENA, las convocadas sostuvieron que las operaciones que realiza esta última "gozan a lo menos desde 1968 de exenciones que, luego, fueron recogidas en los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia", para lo cual invocan la Ley 80 de 1968 y el concepto emitido por la doctora Ilva Restrepo Arias, jefe de la Oficina de Transporte aéreo de la AEROCIVIL en el año 2010.

En dicho concepto se mencionan las siguientes consideraciones, que se transcriben *in extenso*:

"Acuso recibo de la consulta citada en la referencia, por medio del cual solicita que sean absueltos unos interrogantes respecto del cobro de derechos de aeródromos, servicios de protección al vuelo y el pago de la tarifa operacional anual a la empresa SATENA.

"(...)

"Con respecto al carácter de los conceptos que darían lugar al cobro o a la exoneración, el artículo 7º de la invocada Ley 80 de 1968 preceptúa que «SATENA queda exonerada de todos los gravámenes, impuestos y derechos nacionales relacionados con su constitución y funcionamiento.»

"Como la norma plantea eximir a la empresa de gravámenes, impuestos y derechos nacionales relacionados con su constitución y funcionamiento. Es pertinente definir si:

"¿Las sumas debidas por las empresas de aviación por concepto de servicios aeronáuticos y aeroportuarios, constituyen gravámenes, impuestos o derechos?

"En este orden de ideas, es claro que el cobro por servicios aeronáuticos y aeroportuarios no constituye un gravamen ni un impuesto, pero si (sic) derechos con ocasión del uso de tales servicios. Esto se encuentra en estrecha concordancia con lo establecido en el numeral 14.2.8.4. de los RAC.

"(...)

"En tal sentido nos remitimos a lo establecido en la resolución 03558 de Agosto de 2008, la cual adiciona la Resolución 04530 de 2007 que fija las tarifas de los derechos y tasas cedidas al concesionario de los aeropuertos JM Córdova de Rionegro, Olaya Herrera de Medellín, Los Garzones de Montería, El Carao de Quibdo (sic), Roldan Betancourt de Carepa y Las Brujas de Corozal; acto administrativo que es claro en su Parágrafo único al decir: Serán exentas de las tarifas definidas en este Título «Derechos de

aeródromo» entre otras las aeronaves de propiedad del Estado Colombiano.

"(...)

"Esos elementos examinados nos permiten establecer que, aún hoy, subsisten las condiciones que motivaron el tratamiento dado a SATENA, en torno al pago de derechos (en este caso por servicios aeronáuticos y aeroportuarios) con ocasión de su funcionamiento.

"Así las cosas, el silencio de la norma (Resolución 4530 de septiembre 21 de 2007 y 3558 del 4 de agosto de 2008) no puede derogar la exención dada expresamente en la Ley, sino que ante la hipótesis de una derogatoria expresa, la misma no puede ir en contra de una norma de rango superior (Ley), como queda explicado."⁵⁴

En la cita precedente se encuentran múltiples afirmaciones que conducen a concluir que la exención respecto del pago de derechos de aeródromo a favor de SATENA tiene su origen en normas de rango legal, incluso anteriores a los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia, como lo sería la Ley 80 de 1968.

A continuación, el Tribunal analizará en detalle las afirmaciones sobre la preexistencia de la exención de los derechos de aeródromo para la época en que se expidió la Resolución que fijó las reglas en materia de tarifas para la concesión, y sus efectos frente a las pretensiones formuladas por AIRPLAN, lo que obliga al Tribunal a precisar, nuevamente, que en el ámbito de su competencia no está la de pronunciarse sobre la legalidad de la Resolución No. 4530 de 2007, la que no fue objeto de impugnación y, en consecuencia, goza de la presunción de legalidad propia de los actos administrativos, sino que sus consideraciones estarán enderezadas a determinar el pretendido incumplimiento contractual que su modificación no consentida por el concesionario habría ocasionado.

Observa el Tribunal, en primer lugar, que si bien es cierto que las exenciones que fueron adicionadas por la Resolución No. 3558 de 2008 ya existían en los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC), esto no supone que dichas exclusiones formaran parte del específico marco tarifario del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008, debido a que el mismo se encontraba sometido al régimen definido en la Resolución No. 4530 de 2007, como pasa a explicarse.

Mediante Resolución No. 01092 del 13 de marzo de 2007, la AEROCIVIL adoptó las normas sobre aeródromos, aeropuertos y helipuertos, que fueron adicionadas a la Parte Décimo Cuarta de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC). Esta Resolución fue expedida, según se anuncia allí, en ejercicio de las facultades legales que le fueron conferidas a dicha entidad por los artículos 1782 y 1815 del

54 Aeronáutica Civil, Concepto No. 1061-20100000934 de 18 de enero de 2010. Folios 498 a 500 del Cuaderno Principal No. 1

Código de Comercio, en concordancia con lo establecido en los artículos 2º, 5º numerales 3, 4, 6, 8 y 10, y 9º numeral 4 del Decreto 260 de 2004.

El artículo 1782 del Código de Comercio hace referencia a la definición de la "autoridad aeronáutica", que corresponde al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, o la entidad que posteriormente asumiera las funciones que desempeñaba dicha entidad. Dispone esta misma norma que a la autoridad aeronáutica le corresponde dictar los reglamentos aeronáuticos. Por su parte, el artículo 1815 del mismo Código prescribe que "[l]a autoridad aeronáutica clasificará los aeródromos y determinará los requisitos que deba reunir cada clase, teniendo en cuenta siempre las reglamentaciones internacionales."

Por su parte, el Decreto 260 de 2004, que modificó la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, dispone en los artículos invocados como fuente de competencia para la expedición de la parte Décimo Cuarta de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia, que dicha Unidad Administrativa, como autoridad aeronáutica en todo el territorio nacional, tiene a su cargo regular, administrar, vigilar y controlar el uso del espacio aéreo colombiano. Se destacan entre sus funciones, las enunciadas en el artículo 5º que en lo pertinente se transcribe a continuación:

"Artículo 5º. Funciones de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil-Aerocivil. Son funciones generales de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil-Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil-Aerocivil (sic), las siguientes:

"(...)

"3. Garantizar el cumplimiento del Convenio de Aviación Civil Internacional y sus anexos.

"4. Armonizar las disposiciones que promulgue la Organización de Aviación Civil Internacional con los Reglamentos Aeronáuticos Colombianos.

"(...)

"6. Controlar, supervisar y asistir la operación y navegación aérea que se realice en el espacio aéreo sometido a la soberanía nacional.

"(...)

"8. Desarrollar, interpretar y aplicar en todos sus aspectos las normas sobre aviación civil y transporte aéreo y ejercer vigilancia sobre su cumplimiento.

"(...)

"10. Expedir, modificar y mantener los reglamentos aeronáuticos, conforme al desarrollo de la aviación civil."(Negrilla fuera de texto).

El citado Decreto 260 fue expedido en ejercicio de las facultades que el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política le confiere al Presidente de la República, en concordancia con las otorgadas por el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, de manera que se trata de un Decreto Reglamentario.

Definido en estos términos el marco normativo que fija la competencia de la AEROCIVIL para la expedición de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC), se concluye que la función ejercida para dichos efectos es de naturaleza reglamentaria, toda vez que deriva de una disposición legal (Decreto 410 de 1971 - Código de Comercio) y de una disposición reglamentaria (Decreto 260 de 2004). En consecuencia, los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia gozan de la misma naturaleza de la función ejercida, por lo que son, como su nombre lo indica, reglamentos expedidos mediante resoluciones.

Al tratarse del ejercicio de una función reglamentaria, la naturaleza jurídica de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC) es la de un acto administrativo, definido por la doctrina como una "*(...) manifestación unilateral de voluntad de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos*".⁵⁵

En este mismo sentido, la Corte Constitucional señala que el acto administrativo "*(...) constituye el modo de actuación jurídica ordinaria de la administración, y se manifiesta a través de las declaraciones unilaterales, creadoras de situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas, o subjetivas particulares y concretas que reconocen derechos o imponen obligaciones a los administrados*".⁵⁶

A su vez, el Consejo de Estado ha señalado que "*[l]a administración, en cualquiera de sus niveles (nacional, departamental o local), expide actos jurídicos, tendientes a desarrollar, cumplir y ejecutar los mandatos constitucionales y legales, en ejercicio de la función pública administrativa. Esa potestad sirve justamente para administrar el interés público (...) cuando entra en juego con los intereses privados, que, en el marco de la Constitución y la ley, viven en la sociedad. De hecho, la función administrativa también sirve para sancionar comportamientos contrarios al orden jurídico. // Y ese tipo de decisiones, que son actos jurídicos, se adoptan mediante los actos administrativos (...)*".⁵⁷

55 SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2004.

56 Corte Constitucional, Sentencia C-487 de 26 de noviembre de 1996, Expediente: D-1242, M. P.: Antonio Barrera Carbonell. Más recientemente, en sentencia del C-1436 del 25 de octubre 2000, con ponencia del Magistrafo Alfredo Beltrán Sierra, la Corte Constitucional definió los actos administrativos así: "*(...) como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados*." Esta misma definición ha sido adoptada por el Consejo de Estado (Sentencia de 18 de julio de 2015. Expediente 2011-00271-00. C. P. María Elizabeth García González).

57 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 10 de septiembre de 2015. Exp. 2014-00054-00 (21025). M.P. Hugo Bastidas.

Los actos administrativos, así entendidos, tradicionalmente han sido clasificados en actos de carácter general y actos de carácter particular, según hagan referencia de manera abstracta a los supuestos que consagra y a los sujetos sobre los que han de recaer sus efectos, o se refieran de manera singular y concreta a los mismos. En efecto, la jurisprudencia constitucional define los primeros como aquellos en que "(...) *los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, y no singular y concreta, y por lo tanto versados a una pluralidad indeterminada de personas; es decir, a todas aquellas que se encuentren comprendidas en tales parámetros.*"⁵⁸ Por el contrario, son actos administrativos de carácter particular y concreto, aquellos cuyo destinatario es un sujeto específico e identificable, individual o plural, y que producen efectos respecto de una situación subjetiva concreta. Al respecto, el máximo organismo de la jurisdicción contencioso administrativa, en la providencia anteriormente citada señala, que "[l]os actos normativos (reglamentos) son los llamados también actos administrativos de contenido general, impersonal y abstracto. Los reglamentos, al igual que la ley, mandan, prohíben, permiten o sancionan. Esto es, el reglamento es fuente de derecho. Son tradicionalmente una fuente de derecho administrativo. Los actos de contenido particular y concreto, en cambio, son propiamente los actos administrativos, que materializan o particularizan el acto normativo (reglamento) y la propia ley en una situación específica."⁵⁹

Comoquiera que los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia consagran normas generales aplicables a toda la actividad aeronáutica civil y a toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que las desarrolle (RAC 1 – Capítulo 1, numeral 1.1.1.), es claro que se trata de actos administrativos de carácter general, contrario a lo que ocurre con la Resolución 4530 de 2007 que, como se señaló en el numeral anterior, es un acto administrativo de carácter particular y concreto que estableció unos derechos en cabeza de AIRPLAN, y que aparece reiteradamente referida en el cuerpo del Contrato de Concesión que nos ocupa.

Como corolario de la distinción efectuada entre la naturaleza jurídica de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC) y de la Resolución No. 4530 de 2007, es posible afirmar que la relación convencional establecida en su momento por AEROCIVIL, el AOH y AIRPLAN, se rige en materia tarifaria por una disposición particular y concreta, contenida en la ya mencionada Resolución No. 4530 de 2007, sin perjuicio, claro está, de que la concesionaria, en el desarrollo de su actividad, deba observar los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia, tal como se establece en el Contrato de Concesión.⁶⁰

58 Corte Constitucional, Sentencia C-620 de 30 de junio de 2004, Expediente: D-4992, M.P.: Jaime Araujo Rentería.

59 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 10 de septiembre de 2015. Exp. 2014-00054-00 (21025). M.P. Hugo Bastidas.

60 A manera de ejemplo, en la cláusula 1ª del Contrato de Concesión, se definen los Ingresos Regulados como "todos los ingresos cedidos por los Concedentes al Concesionario y que se perciben por la prestación de los Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y **que se listan en la Resolución 04530 del 21 de septiembre de 2007.**"

En los documentos que sirvieron de base para la estructuración de la propuesta financiera en el marco de la Licitación Pública que llevó a la adjudicación y suscripción del Contrato de Concesión No. 800011-OK de 2008, de los que da cuenta el denominado "*Experticio Financiero Tasa Aeroportuaria Internacional Derechos de Aeródromo*" elaborado por Nexus Banca de Inversión en el mes de enero de 2012⁶¹, se puede observar que para la elaboración de la oferta económica, AIRPLAN tomó en consideración la Resolución No. 4530 de 2007 como acto que definía el régimen tarifario para el contrato de concesión que se habría de celebrar con quien resultara adjudicatario dentro del proceso de licitación pública, en el cual nada se dispuso sobre exenciones al pago de los derechos de aeródromo. Por el contrario, en el clausulado del contrato se convino expresamente que la inclusión de exenciones distintas a las contenidas en la Resolución No. 3540 de 2007 daría lugar a una compensación tarifaria, dado que con una decisión de esa naturaleza se afectaba la remuneración esperada por el concesionario, que había servido de base a su oferta y a que este hubiera prestado su consentimiento para la celebración del contrato.

Por estos motivos, considera este panel arbitral que si bien es cierta la preexistencia de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC) a la celebración del Contrato de Concesión, también lo es que el sistema de remuneración del concesionario fue establecido de manera particular y concreta en la Resolución No. 4530 de 2007, al ser ésta última una disposición que rige para los efectos del Contrato de Concesión No. 800011-OK de 2008, y exclusivamente para los seis aeropuertos dados en concesión que allí se mencionan. En consecuencia, no son de recibo los argumentos de las accionadas en lo que respecta a que las exenciones por concepto de derechos de aeródromo mencionadas en la Resolución No. 3558 de 2008 eran una simple reiteración de una situación existente con anterioridad a la celebración del contrato; por el contrario, se trató de una verdadera modificación de las condiciones de remuneración y de recuperación de la inversión de AIRPLAN, efectuada sin la aquiescencia del concesionario, pues el acto administrativo que definía cómo habría de ser aquella, no contemplaba exenciones por derechos de aeródromo y era la que resultaba aplicable a la relación de las partes.

Ahora bien, en lo que respecta a la Ley 80 de 1968, su artículo 7º estableció que SATENA "*queda exonerada de todos los gravámenes, impuestos y derechos nacionales relacionados con su constitución y funcionamiento*". Esta exoneración, en opinión de la AEROCIVIL (concepto No. 1061-20100000934 de 18 de enero de 2010), al mencionar "*derechos nacionales (...) para su funcionamiento*", cobija servicios aeronáuticos y aeroportuarios. Sin embargo, observa el Tribunal que la norma en cita fue modificada por el artículo 28 del Decreto Ley 2344 de 1971, de conformidad con el cual "*[e]l Servicio Aéreo a Territorios Nacionales "SATENA", goza de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación y queda exonerado de todos los gravámenes e impuestos relacionados con su constitución y funcionamiento.*"⁶² (subraya fuera del texto original)

61 Folios 13 a 24 del Cuaderno de Pruebas No. 9

62 Debe tenerse presente, a su vez, que la Corte Constitucional, en sentencia C-992 de 2006, consideró que el régimen de exoneración de gravámenes e impuestos a que hacía referencia el Decreto Ley 2344 de 1971 fue

Se observa, entonces, que la referencia a "derechos nacionales" que existía en la Ley 80 de 1968 fue suprimida, de manera que, desde esta perspectiva, los argumentos de las convocadas fundados en el artículo 7º de la Ley 80 de 1968 quedan descartados.

7.2.5.- La excepción propuesta por las convocadas sobre ausencia de derecho de AIRPLAN para reclamar los derechos de aeródromo

En adición a la excepción propuesta sobre la ausencia de derecho de AIRPLAN para reclamar la compensación tarifaria, estudiada en el acápite anterior, proponen las demandadas la que denominan "*Ausencia de derecho de la Sociedad Operadora de Aeropuertos de Centro Norte S.A. para reclamar los derechos de aeródromo a los que se refieren sus pretensiones*".

Esta excepción tiene por objeto controvertir un pretendido derecho de la convocante al recaudo de derechos de aeródromo en contra de SATENA, al considerar las concedentes que dichos derechos han sido objeto de exenciones a favor de la mencionada aerolínea.

Sobre el particular, destaca el Tribunal que ninguna de las pretensiones formuladas por AIRPLAN, en el presente proceso, tiene por objeto el reconocimiento del derecho a recaudar o reclamar el pago de derechos de aeródromo, sino que las peticiones de la demanda se circunscriben al pago de la compensación tarifaria contemplada en la cláusula 16 del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008, como consecuencia de una modificación en el régimen de ingresos del concesionario sin su consentimiento.

Por lo anterior, la excepción no está llamada a prosperar, al no guardar relación con el objeto de litigio.

7.2.6.- Improcedencia de la excepción de pérdida de vigencia de la Resolución No. 3558 de 2008

En adición a los argumentos esgrimidos por las convocadas, a los que el Tribunal ya se ha referido, ellas alegaron como medio de defensa la "*pérdida de vigencia de la Resolución 3558 de 4 de agosto de 2008*" como consecuencia de la expedición de la Resolución No. 3546 de 17 de julio de 2013. Sin embargo, esta apreciación no resulta de recibo, debido a que, durante su vigencia, la Resolución 3558, produjo efectos que son, precisamente, los que aquí se debaten.

La pérdida de vigencia de los actos administrativos se encuentra contemplada en la ley como una de las causales de pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos. La institución de la ejecutoriedad de los actos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 del Código de Procedimiento

reemplazado por el régimen tributario que se expidió posteriormente para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Administrativo y de los Contencioso Administrativo - CPACA, supone que, una vez en firme, tales actos cobran eficacia y son obligatorios, mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o mientras no se presente uno de los supuestos de pérdida de ejecutoriedad allí enlistados, como lo es la pérdida de vigencia.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al estudiar la figura en los términos en que estaba contemplada en el anterior Código Contencioso Administrativo, cuyo artículo 66 contemplaba un régimen similar, sostuvo:

"La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual.

"(...)

"La fuerza ejecutoria del acto administrativo está circunscrita a la facultad que tiene la Administración de producir los efectos jurídicos del mismo, aún en contra de la voluntad de los administrados.

"(...)

"En relación con la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos «cuando pierdan su vigencia», en virtud de su derogatoria, cabe anotar que si la norma ha dejado de regir ante una situación de sustracción, deja de ser aplicable por la administración y por consiguiente pierde el carácter obligatorio para los asociados."⁶³

Estas consideraciones son igualmente aplicables al caso que ocupa la atención del Tribunal, comoquiera que la norma del CPACA consagra un régimen similar para la pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos.

En este sentido, respecto del caso concreto se concluye que la Resolución No. 3558 de 2008 produjo sus efectos durante el periodo en que estuvo vigente, esto es desde agosto de 2008 hasta julio de 2013, y los daños que se hayan ocasionado en ese tiempo son susceptibles de ser reclamados.

Adicionalmente, debe destacarse que las convocadas afirman que la Resolución No. 3558 de 2008 "perdió sus efectos" con la expedición de la Resolución No. 3536

63 Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 23 de febrero de 1995, Expediente D-699, M. P.: Hernando Herrera Vergara.

de 2013, por lo que es claro que la misma sí produjo efectos y estos no pudieron ser otros que la adición de una exención que no se encontraba contemplada en la Resolución 4530 de 2007 y que, por dicha razón, privó al concesionario de percibir el valor por concepto de derechos de aeródromo que habría podido cobrar si no se hubiera adicionado la Resolución No. 4530 de 2007.

A este respecto resultan esclarecedoras las siguientes consideraciones del Consejo de Estado, aplicables, *mutatis mutandis*, al análisis realizado por el Tribunal:

"La Sala advierte que como la pérdida de fuerza ejecutoria naturalmente sólo produce efectos hacia el futuro, es válido el enjuiciamiento de la legalidad de los artículos 1 y 2 del Decreto 3576 de 2009, mientras estuvieron vigentes. Al respecto, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo prescribe, al regular la pérdida de fuerza ejecutoria, que "[s]alvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: 1. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho" (...). A partir de esta norma, jurisprudencial y doctrinariamente se ha construido el instituto del "decaimiento del acto administrativo" como una suerte de "extinción" del mismo, que corresponde a la situación en la cual un acto administrativo que cobró firmeza deja de ser obligatorio al perder vigencia o al desaparecer sus fundamentos de derecho deja de producir efectos jurídicos. (...) la figura de la pérdida de fuerza ejecutoria (en este caso con ocasión de la causal prevista en el numeral 5º del artículo 66 del CCA por pérdida de vigencia del acto como consecuencia de su derogación) no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que el decaimiento sólo opera hacia el futuro."⁶⁴

7.2.7.- Falta de prosperidad de la excepción denominada "Relatividad de las relaciones jurídicas que tiene el administrador, operador y explotador de un aeropuerto con los usuarios del mismo"

Mediante esta excepción las convocadas manifiestan que las *"discusiones que surgen entre el administrador, operador y explotador de un aeropuerto y los usuarios del mismo, respecto del pago o no de ciertos cargos derivados del uso de la infraestructura aeroportuaria, no tienen por qué vincular al propietario o concedente de dicho aeropuerto"*.

Al respecto basta decir, simplemente, que la excepción no está llamada a prosperar pues, como ya se ha señalado, la vinculación de las concedentes a este asunto encuentra fundamento en el texto de la cláusula 16 del Contrato de

64 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2012. Exp. 2009-00116-00 (37785). M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Concesión, por ellas suscrito y la responsabilidad consiguiente la radica dicha disposición en la AEROCIVIL, razón por la cual no se trata de una controversia entre el administrador de un aeródromo y sus usuarios, sino de determinar si los términos del contrato de concesión han sido observados o no.

7.2.8.- Configuración de los supuestos para la aplicación de la compensación tarifaria a la que se refiere la cláusula 16 del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008.

La convocante solicita como segunda pretensión declarativa que se declare que la ANI y el AOH incumplieron el Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008, al no dar aplicación a las cláusulas 15 y 16 con ocasión de la exención de derechos de aeródromo a cargo de SATENA, que causó como perjuicio una disminución de los Ingresos Regulados.

El fundamento de las pretensiones de la convocante se encuentra en las cláusulas 15 y 16 del Contrato de Concesión No. 800011-OK de 2008, que prevén lo siguiente:

*"CLÁUSULA 15.- FIJACIÓN DE LAS TARIFAS: De acuerdo con el artículo 30 de la Ley 105 de 1993, la metodología para la determinación de las tarifas establecida en la **Resolución 04530** del 21 de septiembre de 2007 de la Aerocivil, hace parte de la fórmula de recuperación de la inversión y es de obligatorio cumplimiento para las partes y, por lo tanto, su variación requerirá del consentimiento tanto de los Concedentes como del Concesionario.*

"CLÁUSULA 16.- CÁLCULO Y PAGO DE LA COMPENSACIÓN TARIFARIA: En el evento en que, sin contar con el consentimiento del Concesionario, el Ministerio de Transporte, la Aerocivil o la autoridad que sea competente, mediante la expedición de un acto administrativo: (...) (iv) incluya exenciones diferentes de las previstas en la Resolución 04530 del 21 de septiembre de 2007 de la Aerocivil, la Aerocivil deberá pagar al Concesionario la diferencia entre los Ingresos Regulados que hubiera percibido si no se hubieran modificado las condiciones de la Resolución 04530 del 21 de septiembre de 2007 de la Aerocivil y los Ingresos Regulados efectivamente percibidos por el Concesionario.

"(...)"

Como emerge del contenido del primer párrafo de la última de las cláusulas citadas, en caso de que se presentara (i) la expedición de un acto administrativo, (ii) por parte del Ministerio de Transporte, de la AEROCIVIL o de la autoridad competente en materia aeronáutica, (iii) que, entre otras, incluyera una exención distinta a las previstas en la Resolución No. 4530 de 2007, surgiría en cabeza de la AEROCIVIL la obligación de proceder a la "compensación tarifaria", consistente en

el reconocimiento a favor del concesionario de las sumas que este hubiera percibido de no haberse modificado las condiciones de remuneración pactadas en el contrato.

Según las pruebas que obran en el expediente, la AEROCIVIL expidió un acto administrativo (la Resolución No. 3558 de 5 de agosto de 2008, visible a folios 12 a 13 del Cuaderno de Pruebas No. 7) que, de acuerdo con lo expresado en punto anterior, incluyó una exención que no estaba prevista en la Resolución No. 4530 de 2007, que fijó, entre otras, las tarifas para los derechos de aeródromo como ingreso regulado a favor de AIRPLAN.

En relación con las consecuencias de la modificación al régimen tarifario debe destacarse que este fue un aspecto expresamente regulado en el Contrato de Concesión, y se contempló dicha circunstancia como un riesgo a cargo de la AEROCIVIL, tal y como lo establece la cláusula 23 del Contrato:

"CLÁUSULA 23.- ASIGNACIÓN ESPECÍFICA DE RIESGOS: Este Contrato ha dispuesto la asignación específica de riesgos que se indica en esta Cláusula.

(...)

23.3 RIESGOS QUE ASUME LA AEROCIVIL: La Aerocivil asume los efectos derivados del acaecimiento (sic) siguientes riesgos:

(i) Los efectos desfavorables derivados de la modificación por parte de la Aerocivil de la estructura tarifaria contenida en la Resolución 04530 del 21 de septiembre de 2007 de la Aerocivil.(...)"

En consecuencia, no resultan de recibo los argumentos de las convocadas en el sentido de que los supuestos de hecho previstos en la cláusula 16 del Contrato de Concesión no se configuraron, motivo por el cual consideran que las pretensiones carecen de sustento.

Por el contrario, se encuentran debidamente probados en el expediente los tres requisitos que se reseñaron anteriormente y que tienen como efecto el surgimiento del derecho a favor del concesionario de obtener una compensación tarifaria por el valor de los derechos de aeródromo dejados de percibir -que correspondían a uno de los conceptos de los Ingresos Regulados-, y la correlativa obligación de la AEROCIVIL de proceder a su pago en los términos de la cláusula 16.

7.2.9.- Incumplimiento del Contrato de Concesión No. 800011-OK de 2008 por el no pago de la compensación tarifaria contemplada en la cláusula 16 imputable exclusivamente a la AEROCIVIL

Desestimados los argumentos de la defensa respecto de la ausencia de derecho de AIRPLAN para reclamar una compensación tarifaria, debido a la probada presencia de los supuestos fácticos que dan lugar a la activación de la cláusula 16 antes transcrita, considera el Tribunal que, de conformidad con las pruebas allegadas al

proceso, sí se configuró un incumplimiento del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008, que se concreta en que no se dio efectiva aplicación a lo dispuesto en las cláusulas 15 y 16 del mismo, es decir, no se procedió al pago de la compensación tarifaria en los términos contractualmente convenidos.

Sin embargo, si bien se acreditó la existencia de un incumplimiento contractual, el mismo no resulta imputable a las dos entidades aquí demandadas, esto es, la ANI, en virtud de su subrogación en la posición que tenía la AEROCIVIL en el Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008 como efecto del Decreto 4164 de 2011, para lo cual se reiteran aquí los argumentos expuestos al resolver la excepción de falta de legitimación por pasiva planteada por dicha convocada, y el AOH, toda vez que la obligación incumplida -la del pago de la compensación tarifaria por la expedición de la Resolución No. 3558 de 2008-, es una obligación que contrajo de manera exclusiva la AEROCIVIL, según se aprecia en la cláusula 16 del Contrato de Concesión.

En este sentido, no es posible atribuir responsabilidad alguna al AOH con fundamento en las cláusulas 15 y 16 del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008, pues ellas se refieren únicamente a la AEROCIVIL como responsable del pago de la compensación tarifaria, por la expedición de actos administrativos del Ministerio de Transporte, de ella misma o de la autoridad que fuere competente (que, en el marco del Contrato de Concesión, debe entenderse como la autoridad aeronáutica), en los supuestos de hecho a que allí se hace alusión.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, y según lo expuesto en el punto precedente, se dará prosperidad parcial a las pretensiones identificadas con los numerales 2.2.1. y 2.2.2, por lo cual se accederá, también en forma parcial, a la pretensión declarativa general, identificada con el numeral 1.1.

7.2.10.- Perjuicios causados a AIRPLAN como consecuencia de la expedición de la Resolución No. 3558 de 2008 y del no pago de la compensación tarifaria a la que estaba obligada la AEROCIVIL

Las pretensiones 2.2.1 y 4.1 de la reforma de la demanda se dirigen a que se declare que AIRPLAN sufrió una disminución de los Ingresos Regulados que debe ser compensada por las convocadas, y a que se las condene al pago del valor no percibido con ocasión de la exención de los derechos de aeródromo a favor de SATENA.

Desde esta perspectiva, los perjuicios que considera haber sufrido la convocante corresponden a las sumas que no percibió teniendo en cuenta que no se realizó la compensación tarifaria derivada de haberse introducido una exención a favor de SATENA, que afectó los Ingresos Regulados pactados en el Contrato de Concesión y la remuneración a la que tenía derecho.

Las convocadas se opusieron a estas pretensiones alegando, principalmente, que no procedía la compensación tarifaria por cuanto dicha exención existía con anterioridad a la celebración del Contrato de Concesión, y que los ingresos por concepto de derechos de aeródromo de SATENA jamás fueron cedidos al concesionario, debido a que esa sociedad jamás había pagado, con anterioridad a dicho Contrato de Concesión, los derechos de aeródromo reclamados, de manera que los concedentes no podrían ceder un ingreso que nunca tuvieron.

Respecto del primero de los argumentos, se expuso con suficiencia en puntos anteriores que el régimen tarifario que rige el Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008 es de carácter especial frente al régimen contemplado en los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC), y que se predica únicamente de los seis aeropuertos dados en concesión en virtud del contrato arriba mencionado. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal concluyó que la Resolución No. 3558 de 2008 sí comportó una modificación de la Resolución No. 4530 de 2007 al adicionar una exención que no fue pactada inicialmente y que afectó los Ingresos Regulados, pues no podría explicarse de otra forma que se haya hecho expresa mención del término "*adicionar*" y que, a su vez, posteriormente se hubiera dejado sin efectos la Resolución No. 3558 de 2008 mediante la Resolución No. 3546 de 17 de julio de 2013.

Ahora bien, sobre el segundo de los argumentos, el Tribunal considera que no es cierto que los concedentes no pudieran ceder como ingreso el pago de derechos de aeródromo por parte de SATENA debido a que la misma se encontraba exenta de esos derechos y hasta la fecha de suscripción del contrato nunca se había percibido ese rubro. Y no es acertada esta apreciación, comoquiera que desconoce que la Resolución No. 4530 de 2007 estableció un régimen especial en materia tarifaria para el caso particular y concreto de la concesión de los aeropuertos José María Córdova de Rionegro, Olaya Herrera de Medellín, Los Garzones de Montería, El Caraño de Quibdó, Antonio Roldán Betancourt de Carepa y Las Brujas de Corozal.

Así, no obstante que los concedentes no recibieran el pago de derechos de aeródromo por parte de SATENA con anterioridad a la celebración del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008, la regulación establecida en la Resolución 4530 de 2007 contiene un régimen particular para la remuneración del concesionario, que no consagra exenciones al respecto, por lo cual debe concluirse que dicho pago sí hacía parte de la remuneración del concesionario.

En el contexto mencionado, es evidente, entonces, que correspondía a la AEROCIVIL realizar la compensación tarifaria a la que alude la Cláusula 16 del Contrato de Concesión, en virtud de la cual dicha entidad debía "*pagar al Concesionario la diferencia entre los Ingresos Regulados que hubiera percibido si no se hubieran modificado las condiciones de la Resolución 04530 del 21 de septiembre de 2007 de la Aerocivil y los Ingresos Regulados efectivamente percibidos por el Concesionario*". Al no haberse procedido de esa manera se materializó el incumplimiento alegado por la convocante y se le causó el perjuicio

cuya reparación se solicita en este trámite arbitral, razón por la cual se dará prosperidad a la pretensión de condena identificada con el numeral 4.1.

7.2.11.- Conclusión sobre la responsabilidad contractual de la parte convocada, en particular de la ANI, como subrogataria de la AEROCIVIL.

De conformidad con los razonamientos anteriores, se concluye que efectivamente se presentó un incumplimiento del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008, atribuible particularmente a la ANI, como subrogataria de la AEROCIVIL, toda vez que habiéndose presentado una modificación en el régimen de los ingresos del concesionario establecido en la Resolución 04530 de 2007, mediante la Resolución 3558 de 2008 que introdujo exenciones no contempladas originalmente, no se procedió a realizar la correspondiente compensación tarifaria en los términos establecidos en la cláusula 16 del Contrato.

El mencionado incumplimiento causó perjuicios patrimoniales en cabeza de AIRPLAN, que corresponden a la *"diferencia entre los Ingresos Regulados que hubiera percibido si no se hubieran modificado las condiciones de la Resolución 04530 del 21 de septiembre de 2007 de la Aerocivil y los Ingresos Regulados efectivamente percibidos por el Concesionario"*, los que se concretan, específicamente, en el valor de los derechos de aeródromo que la aerolínea SATENA no pagó al concesionario entre el 5 de agosto de 2008 (fecha en la que se expidió la Resolución 3558) y el 17 de julio de 2013 (fecha en que se expidió la Resolución 3546).

Finalmente, debe señalarse que el mencionado daño antijurídico es imputable a la ANI, como subrogataria de la AEROCIVIL, pues esta entidad inobservó los compromisos que para ella se derivaban de la cláusula 16 del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008, generando los daños cuya indemnización se depreca mediante este proceso.

7.2.12.- Cuantificación de los perjuicios reclamados por AIRPLAN

En el escrito de la reforma de la demanda, la sociedad convocante cuantificó los perjuicios reclamados mediante juramento estimatorio, en cuanto a las pretensiones relacionadas con los derechos de aeródromo, de la siguiente manera:

PRETENSIÓN	JURAMENTO ESTIMATORIO	RAZONAMIENTO
Incumplimiento de las cláusulas 15 y/o 16 (exención de derechos de aeródromo)	\$2.449.086.800 por capital \$3.075.516.886 por intereses con corte abril de 2.016	Valor dejado de percibir por el CONCESIONARIO por concepto de derechos de aeródromo de SATENA, entre el 5 de agosto de 2008 (fecha

SATENA)		en que se expidió la Resolución 3558) y el 17 de julio de 2013 (fecha en que se expidió la Resolución 3546).
---------	--	--

El juramento estimatorio no fue objetado por las convocadas en el escrito de contestación de la demanda, razón por la cual, de acuerdo con lo establecido por el artículo 206 del Código General del Proceso, es prueba del monto de los perjuicios reclamados.

Adicionalmente, para efectos de sustentar la cuantía señalada en el juramento estimatorio, AIRPLAN, en lo relativo a las pretensiones de incumplimiento de las cláusulas 15 y 16 del Contrato de Concesión por la exención de derechos de aeródromo a favor de SATENA, aportó una experticia técnica contable elaborada por la firma Jega Accounting House Ltda., que obra a folios 112 a 136 del Cuaderno de Pruebas No. 7, acompañada de un CD.

La contradicción de esta experticia se dio en la audiencia del 2 de agosto de 2016, en la que el representante legal de Jega Accounting House, señor Eduardo Jiménez Ramírez, rindió su declaración respecto del dictamen aportado por la convocante.

En dicha oportunidad, el apoderado de las entidades convocadas ejerció el derecho de contradicción respecto del dictamen en los términos que se transcriben a continuación:

"DR. CARREÑO: Procedemos entonces a darle la palabra al doctor Falla para que tenga la posibilidad de interrogar al perito.

"DR. FALLA: Quería por el momento hacerle una pregunta al Tribunal y es si en esta audiencia de oposición [posesión] del perito íbamos a hacer la contradicción también del dictamen directamente.

"DR. CARREÑO: Usted en ejercicio de su derecho tiene la posibilidad de hacerlo.

"DR. FALLA: Sí correcto, estaba revisando y habíamos solicitado la audiencia de contradicción del dictamen, quería saber si se iba a hacer dentro de esa audiencia de posesión del perito

"DR. CARREÑO: Sí.

"DR. FALLA: Lo único que nosotros quisiéramos preguntarle al doctor Jiménez es si sobre la base de la información que le suministro Airplan para sacar los cálculos correspondientes usted hizo los cálculos que le dan estos totales del primer y el segundo rango de los totales.

"Esto finalmente, para claridad del Tribunal, es con la información que le brindó Airplan sobre la base de proyecciones de lo que hubiera podido ganar sobre la base de las exenciones de los derechos de aeródromo.

"SR. JIMÉNEZ: Vale la pena mencionar, hay dos rangos, del 5 de agosto del 2008 y el 30 de junio de 2012, ese rango nosotros establecimos e hicimos el cruce de la información entre la información que nos suministró la Aeronáutica Civil con la información que nos suministró Airplan, y ese cruce de información fue lo que nos permitió determinar que el 95% de las operaciones coincidían y que había 1.912 que no coincidían, esas 1.912 que no coincidieron no se tuvieron en cuenta para efectos del cálculo, el cálculo se hizo con aquellas operaciones que coincidieron.

"En el segundo caso que es el rango del 01 de julio de 2012 y el 17 de julio de 2013 los cálculos se hicieron con fundamento de la información que nos había suministrado Airplan, no nos fue suministrada en su momento porque no se tenía y además porque la Aeronáutica Civil no obstante que se había solicitado no la suministró entonces nosotros hicimos el cálculo en ese sentido, pero tenemos la tranquilidad que con un 95% que hicimos en el primer rango con toda seguridad que si hubiésemos hecho el cruce de información para el segundo rango, con toda seguridad hubiéramos llegado a esa certeza.

"Como lo mencioné al iniciar este diálogo, esa información no obstante que Airplan se la había solicitado a la Aeronáutica Civil, esa información tan solo fue suministrada el día 26 de julio, como usted podrá comprender hacer ese cruce de información es bastante... porque tocaba hacer esto por medios electrónicos y eso no fue posible, pero yo sí pudiera decir con tranquilidad del ejercicio que hicimos de las 34.966 operaciones en todos los casos cruzaron.

"Ahora, vale la pena también mencionar como antecedente, en su momento nosotros fuimos al aeropuerto Rionegro, al Aeropuerto Olaya Herrera a mirar cómo era el flujo de información y cómo se obtenía, toda esa serie de cosas y pudimos ver de primera mano cómo era que operaba eso.

"DR. FALLA: En la actualidad.

"SR. JIMÉNEZ: En su momento y cuando hicimos en el caso del primer rango, cuando hicimos el primer rango frente al tribunal anterior nosotros fuimos a mirar allá esa operación, cómo operaba eso para poderlos cerciorar de cómo era la operación, como dicen tener un contexto de cómo operaba, la manera como se operaban estos aeropuertos, particularmente el del Olaya Herrera y el de Rionegro.

"DR. FALLA: Esa corroboración que ustedes hacen directamente en el aeropuerto la hacen en la actualidad pero frente a los años anteriores.

"SR. JIMÉNEZ: Claro, esos años anteriores era porque era una información que nosotros teníamos, que nosotros revisamos, que nosotros chequeamos que están en nuestros papeles de trabajo como evidencia y como soporte de trabajo que nosotros realizamos en su oportunidad, y que fuimos personalmente, no solamente yo sino Jorge Ariza que es la otra persona que firma el dictamen, o sea, no fue personal de nuestra oficina sino fuimos nosotros personalmente a hacer esas verificaciones.

"DR. FALLA: No tengo más preguntas.

"DR. CARREÑO: Doctor Falla, quiero hacer una aclaración, esta no es una audiencia de posesión de perito, esta es una audiencia en los términos del artículo 228 del Código General del Proceso, de acuerdo con lo que nosotros señalamos en el auto No. 10.

"DR. FALLA: Sí, está perfecto, solamente quería tener una mayor claridad sobre ese punto."

Así las cosas, efectuada en esos términos la contradicción del dictamen pericial elaborado por Jega Accounting House, sin que se hubieran desestimado o socavado las bases en las que se fundamenta la experticia, unida a la ya mencionada circunstancia de que no se objetó en su momento la estimación jurada de los perjuicios realizada por la AIRPLAN, y habiéndose establecido la prosperidad de las pretensiones declarativas del incumplimiento contractual respecto de la AEROCIVIL, se condenará al pago de los perjuicios cuya indemnización se reclama en el monto definido en el juramento estimatorio como capital, que se encuentra corroborado en el dictamen de parte aportado por la convocante.

La cuantía antes mencionada fue actualizada por el perito de parte, mes a mes, teniendo en cuenta los ingresos dejados de percibir por el Concesionario. A partir de esa misma información y metodología el Tribunal actualizó la suma reclamada aplicando el IPC de junio de 2017, certificado por el DANE (137.87)⁶⁵, lo cual arroja los siguientes valores:

Capital	\$2,032,212,100	Capital indexado	\$2,696,503,385
---------	-----------------	------------------	-----------------

Capital	\$416,874,700	Capital indexado	\$511,758,393
---------	---------------	------------------	---------------

Total capital indexado: \$3'208,261,778.

65 Colombia, Índice de Precios al Consumidor (IPC), Índices - Serie de empalme, 2002 – 2017.

En consecuencia, el Tribunal ordenará a la ANI el pago a favor de AIRPLAN de la suma de \$3'208,261,778, como capital actualizado por concepto de la compensación tarifaria por los derechos de aeródromo dejados de percibir de la aerolínea SATENA, desde la expedición de la Resolución No. 3558 de 5 de agosto de 2008 hasta el 17 de julio de 2013, fecha en que se expidió la Resolución 3546.

Ahora bien, en relación con la pretensión 5.2. relativa a que se "*condene a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH, a pagar a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. -AIRPLAN S.A., intereses moratorios sobre las sumas de condena hasta su pago efectivo*", el Tribunal ordenará el pago de los intereses que se causen sobre el capital actualizado, que corresponde a la condena que se impondrá en esta providencia, entre la ejecutoria de este Laudo y su pago efectivo, en los términos del artículo 195 del CPACA.

Aun cuando en el juramento estimatorio se hace referencia a una suma por concepto de intereses de mora, en cuantía de \$3.075.516.886, y esta corresponde a los cálculos realizados por el perito JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA. respecto de los intereses que se habrían causado sobre las sumas dejadas de percibir por el concesionario por los derechos de aeródromo derivados de las operaciones de SATENA, debe señalar el Tribunal que no se observa en el *petitum* ninguna pretensión en la que se reclamen los réditos moratorios así calculados, toda vez que la pretensión 5.2 antes transcrita alude específicamente a la reclamación de los intereses de mora "*sobre las sumas de condena*".

8.- Sanción derivada del monto del juramento estimatorio

En cuanto a la sanción prevista por el artículo 206 del C.G.P. relativa al juramento estimatorio, el Tribunal se abstendrá de imponerla en la medida en que no se encuentran configurados los supuestos de hecho consagrados en la norma.

En efecto, no se trata de que la cantidad estimada exceda a la que fue probada, ni que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios, lo que sucede es que el Tribunal accede a la pretensión pero en los términos en que fue expresamente solicitada.

En todo caso, la sanción prevista por el artículo 206 del C.G.P., de conformidad con lo establecido por el inciso final de dicha norma, "*sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte*" y en este caso no se observa actuación temeraria o negligente de la parte convocante que dé lugar a la imposición de la sanción.

9.- Costas y agencias en derecho

Para efectos de la condena en costas es aplicable al presente proceso arbitral lo dispuesto por el artículo 365 del C.G.P., según el cual se *"condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto"*(numeral 1), pero en *"caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión"*(numeral 5).

Toda vez que en el presente caso han prosperado parcialmente las pretensiones de la demanda y teniendo en cuenta que la Ley 1563 de 2012 establece que los honorarios y gastos del Tribunal son asumidos por los extremos convocante y convocado en partes iguales, tal como se ha dispuesto en el presente Tribunal Arbitral, este panel se abstendrá de impartir condena en costas, con lo cual cada parte habrá sufragado lo que le correspondió en el presente proceso.

TERCERA PARTE: RESOLUCIONES Y CONDENAS

El Tribunal Arbitral constituido para dirimir las controversias entre SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A.- AIRPLAN S.A. y AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI- y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA (AOH), administrando justicia por habilitación de las partes, conforme a lo establecido en la Ley 1563 de 2012, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, en decisión unánime,

RESUELVE

Primero.- Negar las pretensiones 2.1.1. y 2.1.1.1, subsidiaria de la pretensión 2.1.1, relacionadas con la nulidad de las Resoluciones No. 3179 de 14 de junio de 2011 y No. 1587 de 29 de marzo de 2012 expedidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH. En consecuencia, denegar las pretensiones 3.1., 3.2. y 3.3.

Segundo.- Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, como subrogataria de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL, incumplió parcialmente el Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero.- Declarar que con la expedición, no consentida por la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A., de la Resolución No. 3558 de 2008 de 5 de agosto de 2.008, se generó una disminución de los Ingresos Regulados, que debe ser compensada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, en los términos de la cláusula 16 del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008.

Cuarto.- Declarar que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA incumplió el Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008 al no dar aplicación a las cláusulas 15 y 16 con ocasión de la exención de los Derechos de Aeródromo a cargo de SATENA establecida en la Resolución No. 3558 de 5 de agosto de 2008 expedida por la AEROCIVIL.

Quinto. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a que, en aplicación de la cláusula 16 del Contrato de Concesión No. 8000011-OK de 2008, pague a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. -AIRPLAN S.A. la suma de TRES MIL DOSCIENTOS OCHO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y UN MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$3,208,261,778), por concepto de capital actualizado hasta la fecha del presente Laudo, correspondiente a los ingresos no percibidos con ocasión de la exención de los Derechos de Aeródromo de SATENA, entre los días 5 de agosto de 2008 y 17 de julio de 2013.

Sexto.- Condenar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA a pagar a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. -AIRPLAN S.A., intereses moratorios sobre la suma mencionada en el numeral anterior, entre la ejecutoria de este Laudo y su pago efectivo en los términos del 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Séptimo.- Ordenar a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA realizar el pago de las condenas impartidas en el presente Laudo en los términos establecidos por los artículos 192 y 195 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Octavo.- Declarar que no prosperan las excepciones de "Caducidad", "Falta de legitimación por pasiva en relación con la Agencia Nacional de Infraestructura", "Cosa Juzgada", "Los árbitros no pueden decidir sobre la validez de los actos administrativos", "Ausencia de derecho de la sociedad Operadora de Aeropuertos de Centro Norte S.A. para reclamar la compensación tarifaria a la que se refieren sus pretensiones", "Ausencia de derecho de la Sociedad Operadora de Aeropuertos de Centro Norte S.A. para reclamar los derechos de aeródromo a los que se refieren sus pretensiones", "Pérdida de vigencia de la Resolución 3558 del 4 de agosto de 2008" y "Relatividad de las relaciones jurídicas que tiene el administrador, operador y explotador de un aeropuerto con los usuarios del mismo."

Noveno.- Abstenerse de imponer sanciones por el juramento estimatorio de las pretensiones de la convocante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

Décimo.- Abstenerse de proferir condena en costas y agencias del derecho.

Décimo primero.- Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes.

Décimo segundo.- Ordenar la liquidación final de los gastos y honorarios del Tribunal.

Décimo tercero.- Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Art. 47 de la Ley 1563 de 2012).

Décimo cuarto.- Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.-

JUAN ANDRÉS CARREÑO CARDONA
Presidente

SERGIO GONZÁLEZ REY
Árbitro

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ
Árbitro

ALEXANDRA QUINTERO FAJARDO
Secretaria