

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.**

**CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN**

LAUDO ARBITRAL

BOGOTÁ D.C. TRECE (13) DE JUNIO DE DOS MIL CATORCE (2014)

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., trece (13) de junio de dos mil catorce (2014)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre el **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.** como parte Convocante y de otra parte la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** como subrogataria de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL** y el **ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA**, como parte Convocada.

A. ANTECEDENTES

1. ANTECEDENTES DEL PROCESO Y DESARROLLO DEL TRÁMITE.

1.1. LAS PARTES Y SUS APODERADOS

1.1.1. Partes procesales.

1.1.1.1. Parte Convocante:

- La **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. - AIRPLAN S.A.**, legalmente constituida, en principio, por documento privado de fecha 6 de marzo de 2008 inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, reformada luego por medio de la escritura pública N° 1.290, otorgada en la Notaría Veinticinco de Medellín el 19 de junio de 2008, oportunamente inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Medellín bajo el N° 9520, con Nit 900.205.407-1, que tiene su domicilio en la ciudad de Medellín, representada legalmente, en calidad de Gerente, por **SARA INÉS RAMÍREZ RESTREPO**.

1.1.1.2. Parte Convocada:

-La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL - AEROCIVIL**, persona jurídica de derecho público del orden nacional del sector descentralizado, cuya naturaleza es la de una entidad especializada de carácter técnico

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

adscrita al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, que tiene su sede principal en la ciudad de Bogotá, D.C. y que se encuentra representada legalmente por su Director anteriormente **SANTIAGO CASTRO GÓMEZ**, hoy **GUSTAVO LENIS**.

Posteriormente y en virtud de lo previsto en audiencia de 6 de mayo de 2014, se reconoció la subrogación realizada por esta parte a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, con ocasión de los Decretos 4164 y 4165 de 2011.

- El **ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA**, ente descentralizado del orden municipal creado por Acuerdo No. 55 de 1991 del Concejo de Medellín, modificado por el Acuerdo No. 32 de 2001 del Concejo de Medellín, representado por su Directora Técnica **MARÍA ADELAIDA GÓMEZ HOYOS**.

1.1.2. Apoderados judiciales.

Por ser un proceso arbitral de mayor cuantía y en derecho, por cuanto así se estipuló en la cláusula compromisoria, las partes comparecieron al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados.

2. EL PACTO ARBITRAL

En el Cuaderno de Pruebas N° 1, a folios 1 a 27 del mismo, obra copia del "Contrato de Concesión No. 8000011-OK" de 23 de marzo de 2008, y en la cláusula 86, está contenida la cláusula compromisoria, que a la letra señala:

"CLAUSULA 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,

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

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.”

3. EL TRIBUNAL ARBITRAL – CONFORMACIÓN Y TRÁMITE PRELIMINAR

3.1. La demanda arbitral: El 28 de agosto de 2012, la **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. - AIRPLAN S.A.**, presentó a través de apoderada judicial, demanda arbitral para resolver las diferencias surgidas con la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL** y el **ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA**, la cual se inadmitió mediante decisión de fecha 29 de noviembre de 2012 (Acta No. 1), una vez subsanada dentro del término de ley, el Tribunal la admitió mediante auto de fecha 7 de diciembre de 2012 (Acta No. 5).

3.2. Árbitros: Los árbitros fueron designados de común acuerdo por las partes en reunión de fecha 17 de septiembre de 2012, lo cual fue ratificado por el representante legal de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL** mediante escrito de fecha 24 de septiembre de 2012. El día 28 de enero de 2014, el árbitro **GABRIEL DE VEGA PINZÓN**, quien venía ejerciendo la presidencia del Tribunal presentó renuncia a su cargo como árbitro por la circunstancia sobreviniente de la subrogación del contrato a favor de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, entidad de la cual es contratista, teniendo en cuenta lo anterior se designó mediante sorteo público para reemplazarlo al doctor **GABRIEL MELO GUEVARA**. El Tribunal procedió a reconstituirse en audiencia de fecha 6 de mayo de 2014 en la cual se designó como Presidente a la doctora **CONSUELO SARRIA OLCOS**.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

- 3.3. Instalación y admisión de la demanda:** Previa las citaciones surtidas de conformidad con lo establecido en la ley, el Tribunal de Arbitramento se instaló el 29 de noviembre de 2012, en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en donde fijó su sede (Acta N° 1,), inadmitió la demanda y designó como Secretario al doctor **CARLOS MAYORCA ESCOBAR**. Posteriormente, la apoderada de la parte Convocante el día 6 de diciembre siguiente presentó un escrito mediante el cual subsanó la demanda, la cual fue admitida mediante providencia de fecha 7 de diciembre de 2012 (Acta No. 5), en la misma fecha se notificó personalmente a los apoderados de las Convocadas y se surtió el trámite de notificación de la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, tal como lo prevé el artículo 612 del Código General del Proceso, guardando silencio dicha entidad en relación con el presente trámite arbitral.
- 3.4. Contestaciones de la demanda:** El día 22 de enero de 2013, dentro del término de ley, los convocados, a través de sus apoderados judiciales, contestaron la demanda, presentaron excepciones de mérito y solicitaron pruebas.
- 3.5. Traslado de las excepciones:** El día 27 de febrero de 2013 se corrió traslado de las excepciones de mérito presentadas, el cual se recorrió mediante escrito de fecha 4 de marzo de 2013.
- 3.6. Audiencia de Conciliación y fijación de gastos y honorarios:** El día 22 de abril de 2013, se realizó la audiencia de conciliación y a continuación la fijación de gastos y honorarios, estos fueron pagados por las partes.
- 3.7. Primera audiencia de trámite:** El día 28 de mayo de 2013, se surtió la primera audiencia de trámite (Acta No. 6), en la cual el Tribunal asumió competencia, fijó el término de duración del proceso y ordenó continuar el proceso, de igual forma, se profirió el auto de decreto de pruebas y así mismo declaró finalizada la primera audiencia de trámite.
- 3.8. Intervención del Ministerio Público:** En el presente trámite arbitral, interviene en su desarrollo el doctor **RAFAEL FRANCISCO SUAREZ**, en su condición de Procurador 56 Judicial II Administrativo, quien rindió concepto

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

dentro del presente caso.

4. EL PROCESO ARBITRAL

4.1. Instrucción del proceso.

4.2. Prueba documental: Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por las partes.

4.3. Testimonios: En audiencia de 24 de junio de 2013 rindieron testimonio los señores **LUIS ALFONSO CALLE CADAVID, CARLOS LASPRILLA, LUIS CORANDO VELÁSQUEZ** y **JORGE HUGO DUARTE** (Acta No. 7), en audiencia de 2 de julio de 2013, rindió testimonio el señor **NORBERTO BETANCUR BEDOYA** (Acta No. 8), en audiencia de 22 de julio de 2013 se recibieron los testimonios de **HECTOR ULLOA, ALDEMAR PINZÓN** (Acta No. 9), en audiencia de 23 de julio siguiente se practicaron los testimonios de **JAIME ESCOBAR** y **RICARDO ZERRATE** (Acta No. 10), el 27 de agosto de 2013 se recibió el testimonio de **ANDRÉS FIGUEREDO SERPA** (Acta No. 12), el día 13 de septiembre de 2013 se practicó el testimonio de **LUIS CARLOS GUERRA VELEZ** (Acta No. 13).

Fueron desistidos por las partes el testimonio de **DAVID VILLALBA, OSCAR ROSERO** y **ROGELIO SOSA BARRERA** (Acta No. 7), los cuales fueron aceptados por el Tribunal.

De las respectivas transcripciones de los testimonios se corrió traslado a las partes, realizando algunas correcciones a las mismas.

4.4. Exhibición de documentos: El día 22 de julio de 2013, la sociedad **INTEGRAL S.A.** remitió un escrito en el cual relaciona los documentos que aporta con ocasión de la exhibición de documentos decretada a dicha sociedad, los cuales constan en 6 carpetas y una A-Z, estos fueron puestos en conocimiento de las partes, guardando estas silencio al respecto.

Respecto de la inspección judicial a la sociedad **STRUCTURE S.A.**, esta se desistió por el apoderado de la **AEROCIVIL**.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

4.5. Cierre etapa probatoria: Mediante auto de fecha 7 de octubre de 2013 (Acta No. 14), por haberse practicado la totalidad de las pruebas, se decretó el cierre de la etapa probatoria, guardando las partes silencio, se fijó fecha para surtir la audiencia de alegatos de conclusión para el día 25 de noviembre de 2013.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez recaudado el acervo probatorio, el Tribunal en sesión de día 25 de noviembre de 2013, surtió la audiencia de alegatos de conclusión, en la que cada uno de los apoderados de las partes formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron un memorial con el resumen de los mismos los cuales forman parte del expediente. De igual forma lo hizo el representante del Ministerio Público. Este laudo se referirá, en el análisis de cada tema, a las argumentaciones expuestas por las partes en esta oportunidad y las pretensiones y excepciones contenidas en la demanda y sus contestaciones.

5.1. Alegatos presentados por la parte Convocante:

La apoderada de la parte Convocante, manifestó en los alegatos de conclusión presentados dentro del presente trámite arbitral, que dentro del proceso administrativo se practicó en el marco de los procedimientos establecidos en la ley, una pericia técnica por la Sociedad Colombiana de Ingenieros con el fin de contar con el pronunciamiento de un experto sobre la responsabilidad del Concesionario en los hechos de incumplimiento endilgados por las concedentes. Se refiere de igual forma a su validez a la luz del ordenamiento jurídico colombiano como plena prueba al ser aportada conjuntamente por las partes, teniendo en cuenta que las conclusiones del mismo son: a) La inexistencia de las Franjas de Pista del Aeropuerto El Caraño de la ciudad de Quibdó; y b) La ejecución por el Concesionario de obras no previstas en los alcances físicos definidos en el Contrato de Concesión, particularmente en el Apéndice C del mismo que contenía las especificaciones de las obras obligatorias.

A continuación pone de presente que el 28 de febrero de 2012, en el desarrollo de la vía gubernativa, mediante comunicación No. 000-11-01-00-0843/2012 del Concesionario, en la cual se concluye con relación al dictamen pericial antes referido que el concesionario no tuvo la oportunidad de conocer durante el proceso licitatorio la magnitud de la intervención que habría de ejecutar en la zona de Franjas de Pista del

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Aeropuerto El Caraño y en consecuencia debió preparar su ofrecimiento con base en las especificaciones contractuales que se le pusieron de presente en la debida oportunidad legal. En lo concerniente a la imposición de la multa manifiesta que para sancionar el incumplimiento de una obligación, la misma debe estar clara y precisamente pactada por las partes, pues pretender lo contrario sería olvidar la conmutatividad propia de la relación contractual y desconocer los principios orientadores de la contratación estatal. Además –según su dicho- se establece que los expertos declararon probados al adelantar su experticia que la actividad contractual desarrollada por el Concesionario excedió las especificaciones previstas en el Contrato, resultando que lo ejecutado es completamente distinto a lo pactado y en tal sentido debe aceptarse que: (i) no existe plazo asociado a una actividad no prevista, (ii) no puede predicarse el incumplimiento de una obligación inexistente y (iii) mucho menos podrá sancionarse a quien no es obligado y por tanto no puede llamarse incumplido. Por último, manifestó que los convocados guardaron silencio respecto de dicha manifestación.

La apoderada de la Convocante, procede entonces a referirse a la denominada pretensión genérica, indicando sobre esta que en los términos de la Constitución (artículo 209) y el estatuto de contratación estatal (artículo 24, num. 5 de la Ley 80 de 1993) no puede la entidad licitante exonerarse de responsabilidad por la información que suministra a los interesados en participar en un proceso de selección de contratistas. Por lo anterior solicita que se de aplicación a dichas normas otorgando el valor probatorio de la información relevante para el proceso licitatorio, consignada en el Resumen Ejecutivo elaborado por el Grupo Estructurador y publicado.

Sobre la primera controversia relacionada con la Multa impuesta al Concesionario por los Concedentes mediante la expedición de la Resolución 03179 *"Por la cual se imponen unas multas dentro del contrato de concesión"* y su confirmatoria Resolución 01587 del 29 de marzo de 2012, indica la apoderada de la Convocante que la materia sometida a la decisión arbitral, así como la competencia del Tribunal para proferir los pronunciamientos que se pretenden con la demanda relacionados con la sanción objeto de análisis, no implica pronunciamiento sobre la legalidad ya que la misma ha sido sometida al conocimiento de la justicia contencioso administrativa.

Presenta un análisis sobre la competencia del Tribunal para lo cual cita la jurisprudencia que sustenta su posición y en especial transcribe y expone decisiones sobre la posibilidad de que los Tribunales Arbitrales se pronuncien sobre los efectos económicos

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

que se derivan de la imposición de la multa, por ser este un acto administrativo cuya existencia parte de un contrato.

Realizó de igual forma una descripción detallada de los hechos generadores de la sanción contractual (multa) o la ausencia de responsabilidad del concesionario en su ocurrencia y el incumplimiento endilgado a las Convocadas de sus deberes de planeación y contractuales derivados como causa eficiente del hecho sancionatorio y en especial el alcance de la obligación de compactación y nivelación de las Franjas de Pista a partir del texto contractual, así como del material probatorio que obra en el expediente. Concluyendo que se encuentra probado el incumplimiento de los concedentes de conformidad con su deber de planeación y así lo deberá declarar el Tribunal despachando favorablemente las pretensiones principales primera a quinta de la demanda.

Se expresó la apoderada de la Convocante sobre la improcedencia de la sanción por el cumplimiento integral del concesionario o la ausencia de responsabilidad del Contratista, toda vez que como lo sustenta tanto el estructurador como la Convocante, partían de la existencia de las Franjas de Pista en los términos del Apéndice C del Contrato y por lo tanto se requerían únicamente de trabajos de adecuación y nivelación, labores que no se encontraban definidas en el pliego de condiciones.

Concluye en su alegato y fundamenta que el concesionario podía emprender la ejecución de las obras con autonomía en la formulación del cronograma de desarrollo de las mismas, dentro del plazo – macro establecido a este efecto en la disposición contractual en cita, esto es, el plazo de ejecución de las obras objeto de esta controversia era de SESENTA (60) MESES – término previsto en el contrato para la etapa de adecuación y modernización – todo de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 45 del Contrato.

Reconoce igualmente que las obras correspondientes a la Franjas de Pista del Aeropuerto El Caraño fueron ejecutadas en un plazo superior al inicialmente pactado, por ser distintas a las previstas cuyo término de ejecución no aparecía por lo tanto en el contrato por haberse ejecutado obras de construcción y no de nivelación y adecuación. Se describen por la apoderada de la Convocante, las etapas que componen el desarrollo y ejecución de un Contrato de Concesión, concluyendo en el presente caso que su representada dio cumplimiento a las obligaciones previstas, toda vez que contaba con la

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

aprobación por los concedentes de los prediseños teniendo en cuenta la fecha de entrega del aeropuerto.

Expresa la apoderada de la sociedad Convocante que su representada diseñó y tuvo que realizar las obras de nivelación y compactación, de unas Franjas de Pista inexistentes cuyas condiciones solo se podían conocer al momento de iniciar el descapote y la excavación de la zona, no con una visita que en su sentir no era obligatoria, por cuanto confiaban en la información base con la que contaban proveniente de la entidad concedente.

Posteriormente, expone sobre las dificultades que encontró su representada sobre la marcha y las modificaciones de los diseños y la necesidad de utilizar materiales diferentes a los del sitio de la obra por las condiciones propias de la región.

Manifiesta en su alegato que el concesionario estaba confiado de concluir a tiempo las obras, por lo cual no solicitó la ampliación del plazo de ejecución y sólo lo hizo a su vencimiento.

Sobre las condiciones adversas encontradas en el sitio de la obra dice que de dichas circunstancias se dejó constancia hasta por la interventoría, y a pesar de ello se inicio el proceso de multa.

Solicita y sustenta la apoderada la necesidad de corregir el monto de la sanción en los términos que contractualmente se ha previsto su tasación, la cual no corresponde a lo realmente aplicada y considera que los mayores costos deben ser reconocidos por el Tribunal al exceder estos el objeto contractual.

A continuación realiza un estudio de cada una de las razones que sustentan las excepciones presentadas por las Convocadas, concluyendo que estas deben ser desestimadas y por lo tanto deben despacharse favorablemente las pretensiones de la demanda.

5.2. Alegatos de la parte Convocada:

El apoderado de las Convocadas, en los alegatos de conclusión, presentó como argumentos de defensa los siguientes:

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

- El Tribunal carece de jurisdicción y de competencia para resolver los conflictos relacionados con el análisis los hechos que determinaron la imposición de la multa mediante la Resolución 3179 de 14 de junio de 2011. De igual manera, respecto de este punto anterior, no se probó la existencia de la mayoría de los hechos que se alegaron como fundamento de la reclamación realizada con ocasión de la imposición de la multa descrita por la parte Convocante en su demanda.
- A lo largo del proceso no se probó por la parte Convocante el incumplimiento de las Convocadas del “*deber de entregar información adecuada*”
- No se encontraba legitimada en la causa o carecía del derecho la Convocante para reclamar pagos por “*obras adicionales y/u obras nuevas no previstas*”, en la medida que las obligaciones contractuales encontraban previsto la ejecución de las obras de adecuación y modernización y del texto de las mismas aparecían claramente establecidas las obligaciones y las cargas de información de los oferentes y la asignación de riesgos en el contrato, así como el alcance y la finalidad correspondiente a la obligación relativa a las Franjas de Pista, lo cual no permitía realizar una diferenciación entre su adecuación y construcción. Al mismo tiempo, en relación con el argumento correspondiente pretendida información sobre cantidades de obra y sobre actividades supuestamente incluida en el contrato no debe tenerse en cuenta toda vez que el concesionario se obligó clara e incondicionalmente a ejecutar, a su entero riesgo, los “*trabajos de nivelación y compactación de la franja de la pista, de manera que se de cumplimiento a la norma aeroportuaria sobre esta infraestructura*” (numeral 1.6.2.2.2 del Apéndice C del Contrato de Concesión).
- Debe declararse probada la excepción denominada culpa exclusiva de la víctima, toda vez que en el proceso se logró probar:
 1. La muy precaria verificación del estado de la infraestructura
 2. La estimación global de los costos realizada con la presentación de su propuesta económica sin haber verificado el estado real de las Franjas de Pista objeto de las diferencias que dieron origen al presente Tribunal.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

3. La elaboración y remisión de los estudios y diseños sin advertir las pretendidas discrepancias entre la información supuestamente consultada y la realidad o el hecho de que la ejecución de estos trabajos no estaba dentro de las obligaciones del concesionario, toda vez que para ese entonces el concesionario o bien desconocía aún el estado en el que estaban las Franjas de Pista del aeropuerto El Caraño, o bien asumió —como evidentemente le correspondía— los importantes riesgos que corrió al estimar los costos de estas obras y presentar su oferta económica sin hacer verificaciones detalladas de las condiciones de las Franjas de Pista de este aeropuerto.
4. La subcontratación realizada de un consorcio diferente del concesionario bajo la modalidad de precios unitarios y cantidades determinadas.
5. La tardía e irregular ejecución de los trabajos, al haber incurrido en deficiencias técnicas y administrativas que llevaron a ocasionar sobrecostos y la entrega diez meses después del plazo previsto contractualmente para el efecto.
6. La construcción y las fallas de los muros de confinamiento construidos y cuyo riesgo y costo debía ser asumido por parte del concesionario y no de los concedentes.
 - En relación con los perjuicios se indica que no existió prueba de su existencia, ni de la cuantía indicada en la demanda. Lo anterior no se formuló como excepción en los escritos de contestación de demanda pero fueron presentados por el apoderado de la parte Convocada en sus alegatos de conclusión.
 - La excepción de Cosa juzgada tampoco fue incluida en el escrito de contestación de la demanda pero fue incluida en los alegatos de conclusión presentados por el apoderado de la parte Convocada, dicha excepción se fundamentó en que respecto de la “pretensión genérica” ya existió pronunciamiento definitivo en laudo arbitral de 19 de junio de 2013 por un Tribunal Arbitral que resolvió una controversia entre las mismas partes.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público, una vez realizado un análisis de la demanda, las pretensiones y los hechos de la misma, así como del problema jurídico que es objeto del presente trámite arbitral, al estudiar la naturaleza del contrato estatal de concesión en nuestro ordenamiento jurídico y teniendo en cuenta los hechos que se probaron a lo largo del proceso concluye que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas desfavorablemente, por considerar que la construcción de las Franjas de Pista del Aeropuerto El Caraño de la ciudad de Quibdó era una obligación de la concesionaria (Convocante) SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A., a la luz de lo dispuesto en los términos del Contrato de Concesión 8000011- OK de 23 de marzo de 2008, tal como lo establecen las cláusulas 7, 8, 28 y 30 del contrato, por encontrarse el concesionario obligado a la ejecución de las labores de adecuación y modernización de los aeropuertos, en los términos del Plan de Adecuación y Modernización incluido como Apéndice C del contrato y al no haberse excluido de la concesión en la cláusula 4 del contrato.

En lo concerniente a la información presentada al Convocante, el representante del Ministerio Público destaca que en el Anexo No 2 de la Carta de Presentación de la Propuesta se expresó que "(...) el proponente declara: Primero: Que conoce el Pliego de Condiciones y acepta íntegramente sus términos y condiciones ". Y que además previo a la suscripción del contrato realizó visitas al aeropuerto objeto de la concesión.

Del acervo probatorio que obra en el expediente –manifiesta el Ministerio Público- se encuentra que el concesionario, antes a la suscripción del contrato, pudo constatar el estado en que se encontraba dicho aeropuerto y las obras que era necesario acometer para cumplir con el objeto de la concesión y tuvo también la oportunidad de presentar preguntas como profesional conocedor de las recomendaciones técnicas establecidas en el RAC.

Por último, en relación con la decisión sobre la competencia del Tribunal adoptada, considera que independiente del debate que se adopte en relación con la posibilidad que tienen los Tribunales Arbitrales de pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos dictados durante la etapa de ejecución del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

administrativo y, por ende, ha de entenderse que sus supuestos jurídicos y fácticos son válidos, reales y ciertos.

7. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989 modificado por el 103 de la Ley 23 de 1991.

La primera audiencia de trámite concluyó el día 28 de mayo de 2013 (Acta No. 6). Por solicitud de las partes el proceso se suspendió durante las siguientes fechas:

Entre el 24 de junio de 2013 y 1 de julio de 2013, ambas fechas inclusive (8 días)

Entre el día 3 de julio de 2013 y 21 de julio de 2013 (6 días)

Entre el 24 de julio de 2013 y 14 de agosto de 2013, ambas fechas inclusive (22 días)

Entre el 16 de agosto de 2013 y 27 de agosto de 2013, ambas fechas inclusive (12 días)

Entre el 28 de agosto de 2013 y el 12 de septiembre de 2013, ambas fechas inclusive (16 días)

Entre el 8 de octubre de 2013 y 24 de noviembre de 2013, ambas fechas inclusive (48 días)

Entre el 28 de enero de 2014 y el 5 de mayo de 2014, con ocasión de la desintegración del Tribunal y posterior reintegración del mismo (97 días)

Entre el día 7 de mayo de 2014 y el 29 de mayo de 2014, ambas fechas inclusive (24 días)

Total Suspendido: 233 días.

En total el proceso se ha suspendido durante 233 días, con lo cual el término se extendería inicialmente hasta el 19 de julio de 2014, por tanto el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir el presente laudo arbitral.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

8. CUESTIONES OBJETO DE LA CONTROVERSIA

8.1 Pretensiones de la parte Demandante

La parte demandante en el escrito de la demanda estableció de manera integrada las siguientes pretensiones:

"PRETENSIÓN GENÉRICA.

RECONOCER la **INEFICACIA DE PLENO DERECHO** de las disposiciones de los Pliegos de Condiciones de la **LICITACIÓN PÚBLICA 7000132-OL DE 2007** que contengan contravenciones a las disposiciones del artículo 24, numeral 5 de la Ley 80 de 1993, en punto a la exoneración de responsabilidad de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y del ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH**, de la información puesta a disposición de los oferentes en la Licitación Pública No. 7000132-OL DE 2007.

PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL.- Que se declare que las obligaciones del Concesionario **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A., identificada por sus siglas OACN S.A. y/o AIRPLAN S.A., relacionadas con la MODERNIZACIÓN Y ADECUACIÓN de los aeropuertos entregados en concesión en el contrato DE CONCESIÓN No. 8000011-OK DEL 23 DE MARZO DE 2008 SE RESTRINGÍAN A** lo establecido en las cláusulas **VEINTIOCHO (28), TREINTA Y CINCO (35), TREINTA Y NUEVE (39), CUARENTA (40), CUARENTA Y UNA (41), CUARENTA Y DOS (42), CUARENTA Y TRES (43), CUARENTA Y CUATRO (44), CUARENTA Y CINCO (45) Y CINCUENTA Y UNO (51) del CONTRATO DE CONCESIÓN No. 8000011-OK DEL 23 DE MARZO DE 2008.**

PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL.- Que se declare que para la fecha de la expedición de la Resolución No. 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 CONCESIÓN No. 8000011-OK DEL 23 DE MARZO DE 2008.**

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL.- *Que se declare que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL** y **EL ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH**, en su condición de **CONCEDENTES** en el **CONTRATO DE CONCESIÓN No. 8000011-OK DEL 23 DE MARZO DE 2008** han incumplido el citado **CONTRATO DE CONCESIÓN No. 8000011-OK DEL 23 DE MARZO DE 2008**, al incurrir en conductas y abstenciones, que:*

- (a) Han violado el deber de entregar información adecuada a la **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.**, identificada por sus siglas **OACN S.A. y/o AIRPLAN S.A.** de tal forma que la información suministrada no coincidía con la realidad de las Franjas de Pista del aeropuerto de Quibdó y por ende el alcance de la obra inicialmente previsto rebasó el pacto contractual;*
- (b) Resultaron en la ejecución por la **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.**, identificada por sus siglas **OACN S.A. y/o AIRPLAN S.A.**, de obras adicionales y/u obras nuevas no previstas, ejecutadas por el Concesionario en las Franjas de Pista del Aeropuerto de Quibdó, no reconocidas ni pagadas al Concesionario, que generaron una mayor onerosidad para la **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.***

PRETENSIÓN CUARTA PRINCIPAL.- *Que se declare que la **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.**, identificada por sus siglas **OACN S.A. y/o AIRPLAN S.A.** ha dado pleno y cabal cumplimiento a sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión No. 8000011-OK DEL 23 DE MARZO DE 2008.*

PRETENSIÓN QUINTA PRINCIPAL.- *Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL** y al **ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH** al restablecimiento de los derechos del concesionario, **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.**, identificada por sus siglas **OACN S.A. y/o AIRPLAN S.A.**, a través de:*

- a) El reconocimiento y pago de las obras adicionales y/u obras nuevas ejecutadas en las Franjas de Pista del Aeropuerto de Quibdó, no previstas inicialmente en el*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

CONTRATO DE CONCESIÓN No. 800011-OK DEL 23 DE MARZO DE 2008, ni en los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública No. 7000132-OL DE 2007, según sea probado en este proceso.

b) Al reconocimiento y pago de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de todo orden que la conducta omisiva y el incumplimiento del Contrato de Concesión de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y del ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH, le causó a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A., según se pruebe en el trámite de este proceso.

PRETENSIÓN SEXTA PRINCIPAL.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH al pago actualizado o corregido monetariamente con el índice o sistema que disponga el Tribunal, (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época del incumplimiento de sus obligaciones contractuales hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso.

PRETENSIÓN SEPTIMA PRINCIPAL.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH al pago de intereses moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa doblada del interés civil corriente sobre las sumas líquidas actualizadas que resulten a su cargo, a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A., identificada por sus siglas OACN S.A. y/o AIRPLAN S.A.. (Artículo 884, Código de Comercio).

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEPTIMA PRINCIPAL.- Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH al pago actualizado o corregido monetariamente con el índice o sistema que disponga el Tribunal, (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a su cargo desde la época del incumplimiento de sus obligaciones contractuales hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que adicionalmente se ordene pagar intereses legales doblados

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo período (Ley 80 de 1.993, art. 4, num. 8).

PRETENSIÓN OCTAVA PRINCIPAL.- *Que se ordene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL 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 177 del Código Contencioso Administrativo.*

PRETENSIÓN NOVENA PRINCIPAL.- *Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho.”*

8.2. Hechos de la demanda

Los hechos de la Demanda se encuentran contenidos a folios 13 a 103 del Cuaderno Principal No. 1, los cuales se pueden resumir así:

- La Convocante describe los antecedentes correspondientes a la celebración del Contrato de Concesión que es objeto de las diferencias que deberán ser resueltas por este Tribunal Arbitral, especialmente en lo relativo al objeto de la celebración del convenio interadministrativo celebrado por las partes el 31 de agosto de 2007 entre el Departamento de Antioquia la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – ahora la Agencia Nacional de Infraestructura y el establecimiento público Aeropuerto Olaya Herrera, así como al resumen ejecutivo realizado por el grupo estructurador de la licitación el cual fue conocido por los participantes en el proceso licitatorio e incluido en el pliego de condiciones, así como en todos los documentos referentes a la licitación, al contrato y sus anexos. Analiza los efectos de la información y la debida diligencia al momento de haber presentado la correspondiente oferta, así como de las obligaciones propias del contrato.
- La parte Convocante se refiere en los hechos de la demanda al objeto del contrato, el alcance de las obligaciones pactadas, así como a la unidad jurídica de quienes obran como concedentes en el contrato.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

- A continuación relata el desarrollo de la ejecución del contrato desde el inicio del Contrato de Concesión y la entrega de la infraestructura concesionada, la suscripción del acta de inicio del contrato el 15 de mayo de 2008, la entrega de los aeropuertos objeto de concesión, así como las modificaciones al Contrato de Concesión.
- Mediante comunicación 0001101000843/2012, generada dentro del proceso de imposición de multas la sociedad Convocante manifestó su posición en relación con el dictamen pericial practicado en sede administrativa, indicando que dicha sociedad no tuvo durante el proceso licitatorio oportunidad para conocer la intervención que debería realizar en la zona de las Franjas de Pista del Aeropuerto el Caraño de Quibdó.
- De acuerdo con el numeral 2.2.8 del Apéndice C del Contrato de Concesión objeto de las diferencias, supuso la existencia en el Aeropuerto el Caraño de las Franjas de Pista, excediendo entonces la actividad que se debe realizar por el concesionario ante la inexistencia de las mismas, toda vez que ante dicha circunstancia deben realizarse las siguientes actividades adicionales: construcción de muros, pilas, canales, transporte de materiales, cortes y rellenos de materiales. Todas las anteriores actividades exceden el texto y objeto contractual, al estar definido en el mismo la nivelación de las Franjas de Pista y no su construcción por parte del concesionario tal como ocurrió.
- A través de la Resolución 3179 de 14 de junio de 2011, se definió la imposición de la multa con ocasión del Contrato de Concesión, la cual fue confirmada mediante Resolución 1587 de 29 de marzo de 2012.
- Posteriormente la parte Convocante el día 14 de agosto de 2012, presentó una solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, como requisito previo para dar inicio una acción contractual contra los actos administrativos sancionatorios antes referidos.
- La parte Convocante indica y hace énfasis en lo concerniente a las obras que se ejecutaron a pesar de no haberse previsto contractualmente relacionadas con las Franjas de Pista del Aeropuerto El Caraño, lo cual implicó además el inicio de los diseños de las Franjas de Pista y la construcción de las mismas dentro de la etapa de adecuación y modernización, reiterando que teniendo en cuenta lo

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

encontrado en el terreno de la pista del Aeropuerto El Caraño, que era desconocido tanto para el concedente como para el concesionario, hicieron que la actividad contractual que se obligó a realizar el concesionario, por razones imprevistas, inciertas y desconocidas previamente, no pudieran ejecutarse al existir una diferencia entre la realidad física del terreno y técnica de las obras a ejecutar.

8.3. Excepciones de mérito formuladas conjuntamente por la parte Convocada

1. Falta de jurisdicción y competencia.
2. Ausencia de incumplimiento de parte de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil y del Establecimiento Público Aeropuerto Olaya Herrera de su *"deber de entregar la información adecuada"*.
3. Falta de legitimación en la causa de la Sociedad Operadora de Aeropuertos de Centro Norte S.A. para reclamar por pagos pretendidos "obras adicionales y/u obras nuevas no previstas"
4. Culpa exclusiva de la víctima.

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. EL OBJETO DE LA CONTROVERSIA.

En este capítulo se revisará (i) la pretensión genérica invocada por la demandante, (ii) las demás pretensiones formuladas por la parte Convocante y (iii) las excepciones propuestas por las Convocadas, las cuales, desde ya se indica, coinciden en su contenido en los documentos de contestación de la demanda presentada por cada una de ellas.

1.1. Pretensión genérica.

El escrito de demanda plantea la pretensión genérica en términos de reconocer la ineficacia de pleno derecho de las disposiciones del pliego de condiciones de la LP

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

7000132–OL de 2007, que contengan contravenciones a las disposiciones del artículo 24, numeral 5 de la Ley 80 de 1993, en punto a la exoneración de responsabilidad de la UAEAC AEROCIVIL – AEROPUERTO OLAYA HERRERA, de la información puesta a disposición de los oferentes en la LP 7000132–OL de 2007.

Al respecto, el Tribunal entiende que esa pretensión se circunscribe a los aspectos relacionados con el tema que es objeto central del litigio, esto es, frente al alcance del deber de información en lo que guarda relación con las Franjas de Pista del Aeropuerto El Caraño de la ciudad de Quibdó. En ese contexto, se analizará lo procedencia o no de la pretensión genérica en los términos planteados por la Convocante.

1.2. Pretensiones principales y subsidiarias.

La demanda plantea nueve (9) pretensiones principales, y una pretensión subsidiaria. Las cuales se analizarán a continuación:

Las pretensiones principales declarativas están encaminadas a que se reconozcan tres aspectos, así:

1. Que los términos en que se pactaron las obligaciones relacionadas con la modernización y adecuación de los aeropuertos entregados en concesión, por cuenta de la suscripción del Contrato de Concesión 8000011 – OK del 23 de marzo de 2008, se restringían a las siguientes cláusulas:
 - Veintiocho (28): Obligaciones del Concesionario relacionadas con la adecuación y modernización de los Aeropuertos.
 - Treinta y cinco (35): Actividades previas a la entrega de los Aeropuertos.
 - Treinta y nueve (39): Presentación de los prediseños de las Obras Obligatorias.
 - Cuarenta (40): Presentación de los estudios y diseños de las Obras Obligatorias y del cronograma para su ejecución.
 - Cuarenta y uno (41): Aprobación de los estudios y diseños dentro de la Etapa Previa.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

- Cuarenta y dos (42): Terminación de la Etapa Previa.
 - Cuarenta y tres (43): Alcance de la Etapa de Adecuación y Modernización.
 - Cuarenta y cuatro (44): Duración de la Etapa de Adecuación y Modernización.
 - Cuarenta y cinco (45): Ejecución de las Actividades del Plan de Inversión y Modernización.
 - Cincuenta y uno (51): Alcance de la Etapa de Mantenimiento.
2. Que para la fecha en la cual se confirmó la resolución por medio de la cual se impuso una multa al concesionario, éste ya había dado cumplimiento a las obligaciones relativas a la etapa de adecuación y modernización de los aeropuertos.
3. Que la AEROCIVIL y el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA incumplieron obligaciones del Contrato de Concesión, por dos conductas u omisiones: (a) violación del deber de entregar información adecuada respecto de la franja de pista del aeropuerto de Quibdó, por lo que el alcance inicialmente previsto para las actividades que correspondían a aquella, fue rebasado en la ejecución contractual; y (b) ausencia de reconocimiento o pago a favor de AIRPLAN, de las obras adicionales u obra nueva no prevista en las Franjas de Pista del aeropuerto de Quibdó, que generan mayor onerosidad en la ejecución del Contrato de Concesión.

Frente a las pretensiones declarativas, la Convocante en el escrito de alegaciones finales presentado el 25 de noviembre de 2013, indicó:

“Las declaraciones principales que se solicitan al Tribunal, son las del CUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO de sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión 800001 –OK de 2008, y el INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO por parte de las CONCEDENTES, por haber faltado a su deber legal de suministrar a los proponentes en la licitación pública No. 7000132–OL DE 2007, que antecedió la suscripción del contrato de concesión, particularmente en cuanto

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

hace a la materia objeto de la controversia, información veraz e idónea sobre la cual estructurar su ofrecimiento, y consecuentemente por no haber concurrido al cumplimiento de los legítimos pactos contractuales celebrados con mi representada durante el desarrollo del contrato, junto con los pronunciamientos de condena e indemnizatorios derivados, tendientes a reparar el daño patrimonial en que incurrió el contratista por las conductas de su Contratante, contraventoras de los acuerdos consignados en el convenio (...)"

De acuerdo con el aparte transcrito de las alegaciones finales, la parte Convocante entiende que las declaraciones que se demandan apuntan a determinar si las concedentes incumplieron el Contrato de Concesión frente a dos (2) aspectos, así:

- (i) Deber de información adecuada en la etapa de formación del contrato que implicó la ejecución de actividades por fuera del alcance inicialmente previsto sobre las Franjas de Pista del Aeropuerto El Caraño de la ciudad de Quibdó, generando un mayor plazo de ejecución que terminó con la imposición de una multa y una mayor onerosidad en la ejecución de tales actividades.
- (ii) Frente a la aplicación de la cláusula de multas prevista en el Contrato de Concesión.

Al respecto, el escrito de alegatos de conclusión de la Convocante, se afirma que:

"Es claro que la controversia cuya solución ha sido sometida a la definición arbitral, se contrae a los siguientes extremos:

- (i) *La declaración por el Tribunal del Cumplimiento del Contrato o la inexistencia de responsabilidad del Concesionario en la ocurrencia de los hechos generadores de la sanción contractual impuesta al concesionario por el supuesto incumplimiento del Contrato de Concesión, y el incumplimiento de los concedentes de sus obligaciones legales y Contractuales en punto a la información suministrada al Concesionario sobre las Franjas de Pista del Aeropuerto El Caraño de la Ciudad de Quibdó (Multa. Pretensiones Principales primera, segunda, tercera y cuarta); y*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

(ii) La condena consecuente del reconocimiento al Concesionario de los sobrecostos en los que incurrió derivados de la ejecución de obras no previstas inicialmente en las metas físicas dispuestas en el Contrato de Concesión para el Plan de Adecuación y Modernización contenido en el Apéndice C del Contrato de Concesión (Pretensiones quinta a novena), sobrecostos que se concretan esencialmente en dos conceptos:

- a. Las adiciones en valor que hubo de reconocer el Concesionario a su subcontratista CORVEZ por este concepto; y*
- b. El valor de la sanción'*

Debe indicarse que el sentido de las pretensiones fue precisado en el escrito de alegatos de conclusión, ampliando el alcance inicialmente contenido en la demanda. Desde ya el Tribunal determina que el sentido del fallo refiere únicamente a las pretensiones invocadas, en los términos de la demanda arbitral, comoquiera que dicho escrito no fue modificado y determina el ámbito de competencia sobre el cual se puede adoptar una decisión en derecho.

Por su parte, las pretensiones de condena buscan que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, las Convocadas:

1. Restablezcan los derechos del concesionario, mediante (i) reconocimiento y pago de las obras adicionales u obras nuevas ejecutadas en la franja de pista del Aeropuerto del Quibdó, no previstas inicialmente en el Contrato de Concesión, ni en el pliego de condiciones de la licitación pública; (ii) reconocimiento y pago de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de todo orden que la conducta omisiva y el incumplimiento del Contrato de Concesión de parte de las concedentes, le causó a AIRPLAN, según se pruebe en el proceso (Pretensión quinta principal)
2. Paguen de manera actualizada o corregida monetariamente con el índice o sistema que disponga el Tribunal (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), de las sumas que resulten a cargo de aquéllas, desde la época del incumplimiento de las obligaciones contractuales, hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso. (Pretensión sexta principal)

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

3. Paguen los intereses moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa doblada del interés civil corriente sobre las sumas líquidas actualizadas que resulten a su cargo. (Pretensión séptima principal)
4. Como única pretensión subsidiaria, planteada frente a la pretensión séptima principal, paguen de manera actualizada o corregida monetariamente con el índice o sistema que disponga el Tribunal, (con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero), las sumas que resulten a su cargo desde la época del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, y que adicionalmente se ordene pagar intereses legales doblados sobre tal monto de perjuicios ya actualizado, y para el mismo periodo (Ley 80 de 1993, artículo 4 numeral 8) (Pretensión subsidiaria de la pretensión séptima principal).

Por último, las pretensiones de condena incorporan la relacionada con la orden que imparta el Tribunal sobre el cumplimiento del laudo arbitral, en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como la condena en costas y agencias en derecho.

La revisión de las pretensiones de condena permite concluir al Tribunal, que se trata de la aplicación de la consecuencia económica a las declaraciones frente al cumplimiento o incumplimiento de las concedentes en lo que guarda relación con mayores cantidades de obra u obra adicional o nueva, respecto de la franja de pista del aeropuerto El Caraño de Quibdó.

En relación con la imposición de la multa por el mayor tiempo empleado, de cara a lo previsto contractualmente y contrario a lo afirmado por la Convocante en las alegaciones finales, el análisis del Tribunal está restringido a que se declare que para el momento de confirmar la medida conminatoria las obligaciones estaban cumplidas por parte de AIRPLAN S.A.

1.3. Excepciones propuestas por las Convocadas.

En la contestación de la demanda, en escritos independientes pero que guardan igualdad en los argumentos, las Convocadas plantearon cuatro (4) excepciones de mérito, en los siguientes términos:

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Como primera excepción se planteó la de falta de jurisdicción y competencia, bajo el entendido según el cual, la forma de redacción de la segunda pretensión principal, pretende dejar sin contenido el acto administrativo por medio del cual se impuso una multa al concesionario.

Lo anterior, por cuanto la discusión sobre el cumplimiento de parte de la Convocada, es justamente lo que dio origen a la decisión administrativa que tomaron las concedentes. En el entendimiento de las Convocadas, si el Tribunal se pronuncia sobre la pretensión en los términos planteados, estaría valorando la validez del acto administrativo y este aspecto, se encuentra por fuera de su competencia.

La segunda excepción apunta a defender que hay ausencia de incumplimiento de parte de las Convocadas, frente a la obligación de entregar información adecuada. Sustentan la excepción en que las concedentes pusieron a disposición de la Convocante toda la información necesaria para que fuera posible la estructuración de la oferta.

Proponen como tercera excepción la relacionada con la falta de legitimación en la causa de AIRPLAN, para reclamar pagos por pretendidas obras adicionales u obras nuevas no previstas. Entienden las Convocadas que las actividades de construcción de la franja de pista del Aeropuerto El Caraño de Quibdó, estaban dentro del alcance previsto en el Contrato de Concesión y, como consecuencia de eso, carece de legitimación para reclamar por el costo de las obras ejecutadas por ese concepto.

Finalmente, plantea como cuarta excepción que los hechos relacionados con la necesidad de acometer obras de construcción en la franja de pista del Aeropuerto El Caraño de Quibdó, obedeció a la culpa exclusiva de la víctima, en tanto tuvo a disposición la información necesaria que le permitía presentar la oferta, de acuerdo con el alcance que demandaba el aeropuerto en mención. De ahí que la oferta de ARIPLAN, en la etapa precontractual, resultara siendo menos onerosa para los concedentes.

En los alegatos de conclusión, precisaron las Convocadas lo siguiente:

“Lo cierto es que para la hoy demandante —entonces oferente— fue totalmente claro desde un comienzo cuál era el estado de todas y cada una de las infraestructuras que habrían de demandar intervenciones como parte de los trabajos que habría ella de ejecutar en cumplimiento de sus obligaciones contractuales relacionadas con la adecuación y modernización de los aeropuertos

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

(...)

Así, el grupo de empresas que entonces se presentaron al proceso de licitación y que hoy conforman la sociedad concesionaria —personas que desde un comienzo se presentaron como poseedoras de una gran experiencia en temas aeroportuarios—, contaron siempre con todos los elementos de juicio para (i) establecer tanto el estado en el que se encontraban todas y cada una de las infraestructuras de los aeropuertos que demandaban intervenciones —entre ellas las Franjas de Pista del aeropuerto El Caraño—, como el estado final en el que ellas deberían quedar tales infraestructuras luego de la intervención, y, a partir de allí, para (ii) determinar el alcance y, por ende, el costo de los trabajos que habría entonces de ejecutar en cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la adecuación y la modernización de los aeropuertos y de manera que se acataran a cabalidad las exigencias de las normas aeronáuticas.

Ahora, si no lo hizo con suficiente cuidado —como evidentemente fue el caso—, mal puede pretender que los efectos de su o de su negligencia o de su simple impericia los vengan ahora a asumir los concedentes, entre otras cosas variando en su beneficio la clara asignación de riesgos que se hizo en el contrato.

En efecto, quedó demostrado en el curso del proceso que la hoy demandante realizó las visitas a todos los aeropuertos con una sola persona, que no tenía conocimiento alguno en temas aeroportuarios y en apenas dos días. Y, específicamente, la visita del aeropuerto El Caraño—en particular de su pista y sus zonas de seguridad— en apenas unos minutos y sin ningún esfuerzo de verificación sobre el terreno”.

Como se ve, las excepciones formuladas parten de entender que la información entregada en la etapa de formación del contrato era suficiente para que el concesionario determinara el alcance de las obras que debía ejecutar, máxime si se tiene en cuenta que le correspondía, aún sin carácter obligatorio, adelantar visitas a los aeropuertos que serían entregados en concesión.

2. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL FRENTE AL OBJETO DEL LITIGIO.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

De acuerdo con lo planteado respecto de las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas, para efectos de decidir, se seguirá el siguiente orden: en primer lugar se presentará el análisis sobre el Contrato de Concesión frente a dos aspectos: (i) etapa precontractual de formación del contrato para determinar las cargas de cada una de las partes y (ii) análisis de las disposiciones contractuales, para determinar el alcance de las obligaciones relacionadas con la construcción de las Franjas de Pista del aeropuerto El Caraño de la ciudad de Quibdó. En este capítulo, el Tribunal se pronunciará sobre la pretensión genérica y la pretensión tercera principal.

Determinado el marco precontractual y contractual, el Tribunal se pronunciará frente al entendimiento de las cláusulas del contrato relacionadas con la modernización y adecuación, para efectos de decidir frente a la primera pretensión principal.

Finalmente, el Tribunal hará el análisis sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones para el momento de la imposición de la multa al Concesionario por parte de las Concedentes.

Decididas las pretensiones declarativas de la demanda, el Tribunal decidirá sobre las pretensiones de condena, las excepciones formuladas y el juramento estimatorio.

2.1. En cuanto a la Pretensión Genérica (Ineficacia de Pleno Derecho).

La demanda contiene una pretensión denominada por la Convocante "Genérica" mediante la cual solicita al Tribunal que se reconozca la ineficacia de pleno derecho *de las disposiciones de los Pliegos de Condiciones de la LICITACIÓN PÚBLICA 7000132-OL DE 2007 que contengan contravenciones a las disposiciones del artículo 24, numeral 5 de la Ley 80 de 1993, en punto a la exoneración de responsabilidad de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y del ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA – AOH, de la información puesta a disposición de los oferentes en la Licitación Pública No. 7000132-OL DE 2007, considera el Tribunal lo siguiente:*

El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, ha determinado que los requisitos abiertamente ilícitos del pliego de condiciones, son ineficaces y no deben tenerse en

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

cuenta por el juez administrativo cuando contravengan las prescripciones contenidas en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993¹:

“Recuérdese que aquellas estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia que contravengan las prescripciones contenidas en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, pueden ser controladas por el juez del contrato a través de las acciones correspondientes contra los pliegos de condiciones o términos de referencia, o inaplicadas por el juez administrativo por vía de excepción de ilegalidad o por “ineficacia de pleno derecho”, sanción esta última prevista para aquella elaboración indebida de alguna condición o regla que vulnere las pautas establecidas por el legislador en el numeral 5º del citado artículo. Como lo ha dicho la Sala todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de los principios expuestos, son susceptibles de depuración por parte del juez del contrato, e incluso, se repite la ley puede establecer ab initio la sanción que le merezca, como ocurre en los eventos de ineficacia de pleno derecho, en los que no se requiere de decisión judicial y que, en consecuencia, pueda ser inaplicada en el caso concreto.”²

El numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, dispone lo siguiente:

“Artículo 24º.- Del principio de Transparencia. En virtud de este principio:

(...)

“5º. En los pliegos de condiciones

“a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

¹ Ver entre otras, las sentencias de 23 de abril de 1992, Exp. 6224 C.P. Julio Cesar Acosta Uribe; y de 23 de abril de 1988, Expediente 11192. C.P. Daniel Suárez Hernández. Sentencia de 23 de abril de 1988, Expediente 11192. C.P. Daniel Suárez Hernández. Sentencia de 3 mayo de 1999, Expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández. Sentencia de 24 de junio de 2004, expediente 15235, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 23 de abril de 1988, Expediente 11192. C.P. Daniel Suárez Hernández.

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, 26 de abril de 2006, Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041).

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

*"b) **Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación***

*"c) **Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.***

*"d) **No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.***

*"e) **Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.***

*"f) **Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.***

***"Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados"** (Resaltado fuera del texto)*

Sobre este asunto debe precisarse que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia refiere a:

*"(...) si bien, **en ejercicio de la autonomía privada, las partes están facultadas por el ordenamiento jurídico para establecer límites a su responsabilidad negocial o debitoria,** y más concretamente, por un riesgo propio del negocio, **tal facultad no es absoluta, sino sujeta a límites de orden público.** Y sobre todo **no puede utilizarse jamás como herramienta para patrocinar directa o indirectamente, que las partes del contrato respectivo, eludan su responsabilidad por culpa grave o dolo,** vulneren normas jurídicas imperativas (*ius cogens*), las buenas*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

costumbres, o materias sustraídas de su esfera dispositiva, verbi gratia, los derechos de la personalidad, la vida, salud e integridad de las personas. En análogo sentido, los principios generales de las obligaciones y contratos establecen una fuerte limitación a la libertad de las partes en este sentido. Así, ex artículo 872 del estatuto mercantil, "[c]uando la prestación de una de las partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo". Los contratos sinalagmáticos, conmutativos o de prestaciones correlativas, por su propia estructura funcional deben guardar un mínimo de proporcionalidad entre las prestaciones asumidas por los distintos sujetos. Y si dicha relación no existe, porque la obligación de una de las partes contratantes es ínfima comparada con la de su contraparte, la situación se asimila a la que existiría si no se hubiera pactado dicha contraprestación.

(...)

*El derecho privado parte de la autonomía privada como principio rector; **todas las normas que establezcan límites a la libertad contractual de las partes, o que sancionen con algún grado de ineficacia sus negocios, siempre serán de interpretación restringida, y no podrán aplicarse más allá del supuesto de hecho específico para el cuales fue diseñada por el legislador,** menos la sanción de "ineficacia de pleno derecho" ex artículo 897 del Código de Comercio, pues las normas imperativas, son "de observancia forzosa, obligatoria, imprescindible e ineludible, impuestas por el legislador a contrariedad de sus destinatarios al obedecer al ius cogens u orden público, intereses vitales de mayúscula significación e importancia y, por ello, no admiten en forma alguna discusión, sustitución, exclusión, alteración, modificación ni aplicación e interpretación extensiva o analógica y comportan restricciones a la autonomía privada y libertad particular, por lo cual, se comprende su efecto vinculante y la imposibilidad de extenderlas a casos análogos y próximos" (cas.civ. sentencia de 1 de julio de 2008 [SC-060-2008], exp. 2001-00803-01), más aún si las libertades ciudadanas, dentro de éstas la contractual, a falta de prohibición expresa, clara e inequívoca del legislador, tienen vocación de libertad, las sanciones excepcionales, y todas las "disposiciones legales que establecen causas de nulidad en los actos y contratos son de interpretación estricta, según la regla de que las leyes odiosas han de entenderse dentro de sus términos precisos, sin que puedan aplicarse a*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

casos no expresados en ellas” (cas. civ. de 13 de noviembre de 1923. G.J., tomo XXX, pág. 212)³ (Resaltado fuera del texto)

En igual sentido, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

“De la providencia transcrita y de lo afirmado hasta el momento se concluye: que la inaplicación de las cláusulas del pliego de condiciones contrarias al principio de selección objetiva encuentra fundamento en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y en el inciso segundo del literal f del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. La facultad del juez de declarar la excepción de ilegalidad para el caso concreto puede ser ejercida de oficio o a solicitud de parte y, en caso de que tal medida sea utilizada, condiciona la validez de aquellas actuaciones (actos administrativos o cláusulas contractuales) que son objeto de cuestionamiento ante la jurisdicción. No se trata de una declaratoria de invalidez, la cual sólo procede cuando se pretende desvirtuar la presunción de validez del acto administrativo a través de la acción de nulidad, sino de una medida tendiente a evitar que los efectos de la manifestación de voluntad de la administración recaigan sobre un supuesto de hecho concreto; de allí que, la contradicción normativa que se constata, no implique la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma que vulneró el principio de jerarquía normativa sino sólo la imposibilidad de que sus efectos se produzcan en el supuesto fáctico específico sometido a consideración del juez, por eso el pronunciamiento no es erga omnes.”⁴

“Como quiera que la previsión del pliego en comento no constituye un requisito objetivo, la Sala encuentra que se trata de una estipulación ineficaz de pleno derecho con arreglo a lo prescrito por el numeral 5º apartado f) de la Ley 80 de 1993 y, como tal, esta opera por ministerio de la ley (ope lege). Hay que señalar que esta sanción fue prevista para aquella elaboración indebida de alguna condición o regla que vulnere las pautas establecidas por el legislador

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. M.P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS. Bogotá, D.C., 8 de septiembre de 2011. Referencia: 11001-3103-026-2000-04366-01

⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 24 de marzo de 2011, C.P.: Enrique Gil Botero, Exp. 18032.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

en el numeral 5º del citado artículo 24 de la Ley 80 y que no requiere de declaración judicial.”⁵

En ese contexto se analiza la pretensión genérica, haciendo mención a la disposición del artículo 897⁶ del Código de Comercio, según la cual: “*Art. 897.- Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial*”. Lo anterior, en tanto el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 dispone la consecuencia jurídica de la disposición exoneratoria, pero no el efecto práctico que se deriva de dicha ineficacia.

Considerando que la ineficacia de pleno derecho no requiere declaración judicial, corresponde revisar si en el marco del desarrollo contractual podría resultar aplicable el efecto del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en lo que guarda relación con la información dispuesta por las Concedentes para la estructuración de la oferta.

Así, se verifican las disposiciones de la Ley 80 de 1993 que, según lo argumentado por la Convocante, podrían verse vulneradas con las disposiciones del pliego de condiciones de la licitación pública 7000132-OL de 2007, que dispone en el numeral 5º del citado artículo 24º:

"b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación

El pliego de condiciones previó reglas que permitían a los interesados estructurar propuestas acordes con las necesidades que buscaban satisfacer las entidades concedentes, tal como se analizará en este laudo. Dice la norma:

"c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 8 de febrero de 2012, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 20688.

⁶ La aplicación del artículo 897 del Código de Comercio deriva del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, según el cual: “**Artículo 13º.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley**”.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

El pliego de condiciones previó instrumentos que permitían a los interesados establecer el alcance de las obligaciones que debían asumir con la suscripción del Contrato de Concesión. Al respecto la misma norma prevé:

*"d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, **ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.***

Las concedentes pusieron a disposición de los interesados la información de la cual disponían, estableciendo una carga correlativa de revisión y debido asesoramiento para la estructuración de la oferta. El artículo 24 de la Ley 80 de 1993

*"e) **Se definirán reglas** que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y **que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.***

El pliego de condiciones incorporó mecanismos de verificación de la información relevante, de cara a que la formulación del ofrecimiento no quebrantara la disposición relacionada con extensión ilimitada de obligaciones, tal como se analizará en este laudo.

De acuerdo con lo anterior, y no obstante el análisis que se hará sobre la debida diligencia, es claro que las disposiciones del pliego de condiciones de la Licitación Pública 7000132 – OL de 2007, no vulneraron las reglas del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, encontrando este Tribunal que las disposiciones acusadas tienen plenos efectos jurídicos para las partes.

En efecto, éstas no violan ninguna norma de carácter imperativo, pues por el contrario se entregó la información disponible, distribuyendo el riesgo propio de la estructuración, generando una carga correlativa relacionada con el debido asesoramiento para efectos de confeccionar la oferta, tal como se verá a continuación.

2.1.2. Deber precontractual de buena fe e información

De acuerdo con los hechos previamente señalados en correspondencia con lo formulado por las partes, puede derivarse que uno de los problemas jurídicos a resolver por el

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Tribunal se refiere al asunto del deber de información al contratista o concesionario en contraposición con el deber de planeación de la entidad concedente.

En atención a este conflicto, conviene analizar estas instituciones, de manera que se pueda llegar a un pleno entendimiento de lo que realmente aconteció en la ejecución del Contrato de Concesión 8000011 – OK de 2008.

En primer lugar, debe precisarse que el deber de información se deriva del principio de la buena fe, tratándose este último de un principio de rango constitucional. En efecto, señala el artículo 83 de la Carta Política lo siguiente:

"ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

El artículo 28 de la Ley 80 de 1993, por su parte, establece la buena fe en la interpretación de las reglas contractuales cuando manifiesta que:

"En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos"

En cuanto a las reglas de información sobre el pliego de condiciones, también ha dispuesto la Ley 1150⁷ de 2007, en su artículo 8º que:

"Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que

⁷ Esta ley entró en vigencia el 16 de enero de 2008, con posterioridad a la Publicación del Pliego de Condiciones, pero con anterioridad a la suscripción del Contrato de Concesión 8000011-OK que lo fue el 23 de marzo de 2008. Aunque el artículo 31 de la citada ley establece que los procesos de contratación en curso a la entrada de su vigencia se continuarían adelantando con la ley vigente al momento de su iniciación, se cita –no por ser aplicable al proceso de selección- sino para ilustrar sobre los aspectos del deber de información precontractual.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuánime, suficiente y oportuna.

La publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección.

Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración"

El principio de la buena fe encuentra además desarrollo legal en los artículos 1603 del Código Civil y 863 y 871 del Código de Comercio. Se resalta el artículo 863 del Estatuto Mercantil, así:

"ARTÍCULO 863. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen".

De acuerdo con las normas citadas, es claro que el principio de buena fe no sólo opera en la etapa contractual, sino que es de imperativo cumplimiento también en la etapa precontractual. Esto ha sido reiterado por las altas Cortes de manera uniforme, se resalta la postura del Consejo de Estado en los siguientes términos:

*"En la etapa de formación de la voluntad contractual las partes deben obrar de buena fe en la preparación del contrato, en el procedimiento de selección y en la fase de perfeccionamiento del mismo, no sólo porque así lo manda la Constitución (art. 83) sino porque es principio general que domina las relaciones jurídicas bilaterales como dan cuenta los artículos 1603 del Código Civil y 863 y 871 del C. de Comercio."*⁸

Así mismo, tanto el Consejo de Estado, como la Corte Suprema de Justicia han sido enfáticas en señalar que el principio de buena fe, que debe gobernar las relaciones jurídicas, involucra una serie de deberes que se derivan del principio constitucional citado. El deber de información es uno de ellos, por tratarse precisamente de la manifestación de la buena fe al comunicar al cocontratante aquella información esencial, sea para el momento de formación del contrato o para la ejecución de éste.

⁸CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. C.P. Ricardo Hoyos Duque. 7 de junio de 2001. Radicación 13405.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

De acuerdo con reciente jurisprudencia del Consejo de Estado para que se quebrante el deber de información precontractual se requiere:

*"Para que se configure el incumplimiento del deber precontractual de informar es necesario que concurren estos tres requisitos: a) El desconocimiento de una información por una de las partes siempre y cuando que ésta no la haya podido conocer por sí misma con normal diligencia o que ese saber requiera de especiales conocimientos de lo propio que el titular no tiene y que no debe tener en razón de su profesión u oficio; b) La otra parte conoce, o debe conocer, la información que aquella desconoce y, por mandato legal, o por ser determinante para la otra, o porque se le ha pedido o porque se ha decidido a informar o hay específicas relaciones de confianza entre ellas, tiene el deber de informar; y c) La parte que tiene la información no se la brinda a quien la desconoce. En síntesis, el incumplimiento del deber de información supone la concurrencia de los tres requisitos que se acaban de mencionar y también se configurará cuando, a pesar de haberse informado, la información no es veraz o auténtica o completa."*⁹

Por su parte, el deber de información de los proponentes estriba en la carga de debida diligencia frente a la estructuración de la oferta contando con personal calificado para esos efectos, conforme lo previó el propio pliego de condiciones de la licitación pública y en particular el "Apéndice C" de su Anexo 1 que dieron origen al contrato bajo revisión.

La Corte Suprema de Justicia se ha referido al deber de información en la etapa precontractual en los siguientes términos:

"(...) dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que está llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en relación con el objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación, y cuya importancia, si bien variable,

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 19 de noviembre de 2012, Radicación número: 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043)

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

resulta substancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario de artificios o vicios que lo afecten.”¹⁰

La Corte Constitucional no ha sido ajena a pronunciarse sobre éste tópico y en Sentencia C-892 de 2001 respecto de la buena fe y la proyección ética de la confianza en los contratos administrativos, manifestó que entre los principios del Régimen de Contratación Estatal se encuentra:

“... (iv) el principio de la buena fe, que obliga a la administración pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos...”

De lo anterior se desprende que los interesados en celebrar un contrato están obligados a guiarse por el principio de la buena fe y en atención a éste, al deber de información, lo que implica, por una parte, que la administración debe suministrar las informaciones relevantes, y por la otra que, el proponente actuar con la debida diligencia, con el objetivo de que efectivamente exista un acuerdo real de voluntades.

Ahora bien, existe también el **principio de planeación** como rector en la contratación estatal, que aun cuando no se encuentra expresamente tipificado en la Ley 80 de 1993, “*se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984*”, como acertadamente lo manifiesta la doctrina nacional.¹¹

Recientemente, el Consejo de Estado¹² ha ilustrado cómo “*La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los dos últimamente mencionados es decir el de la transparencia y el de la economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva*”.

¹⁰CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril del 2001. M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

¹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. *Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública*. En *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 42-43.

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección “C”, Radicado 68001-23-15-000-1998-01743-01 (27.315), Providencia del 24 de abril de 2013.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Este principio se encuentra definido por la Corte Constitucional, así:

“El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos.”¹³

De lo anterior se resalta que el principio de planeación se refiere al deber que está en cabeza de la entidad contratante de estructurar el proceso de selección atendiendo a una serie de estudios fidedignos, de manera que se establezcan claramente las obligaciones de las partes y la distribución de riesgos, entre otras.

El Consejo de Estado se ha referido al principio de planeación en los siguientes términos:

*“La Ley 80 de 1993 consagró como principios de la contratación estatal los de transparencia, economía y responsabilidad, a los cuales ha sumado los de planeación y el de selección objetiva (...) en cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales (No. 6 art. 25); igualmente, **deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar** y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), **así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia** (No. 12 art. 25). (...)Las anteriores reglas imponen, como lo ha subrayado la Sala, que “...no se puede licitar ni contratar la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuesto respectivos, y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación. **Esta determinación previa de las condiciones sobre las cuales se va a desarrollar el contrato conlleva obligatoriamente que los estudios y demás especificaciones permitan a las partes llevar a feliz término el objeto**”*

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

***del contrato**, en cuyo desarrollo los interesados pueden adelantar la actividad correspondiente dentro de un marco de confiabilidad recíproca de los factores y condiciones que la Administración ofrece y las condiciones y resultados que con base en ellos el contratista asume...¹⁴*

*Por lo tanto, el principio de economía en cuya esencia se encuentra el deber de planeación del contrato "...significa que el Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia para que se protejan los recursos públicos fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que **es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas, que generan situaciones contrarias a la ley.**"¹⁵*

"(...) Por lo tanto, el principio de economía en cuya esencia se encuentra el deber de planeación del contrato "...significa que el Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia para que se protejan los recursos públicos fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas, que generan situaciones contrarias a la ley."¹⁶ (Resaltado fuera del texto).

Lo anterior implica que al hacer una revisión del Contrato de Concesión 8000011 – OK de 2008 deberá hacerse una evaluación para establecer si las partes cumplieron el deber de información, el deber de planeación y la debida diligencia exigida para cada una de ellas, de acuerdo con las cargas previstas en los documentos que dieron origen al contrato.

Al respecto, debe decirse que en el pliego de condiciones se especificó, sin lugar a dudas, que le correspondía al proponente verificar por sus propios medios la información que la entidad concedente ponía a su disposición, para lo cual podía hacer preguntas, solicitar las visitas que considerara necesarias etc., adicionalmente la

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 19 de junio de 1998, Exp.10.439.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., 3 de diciembre de 2007

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

propuesta debía ser presentada con fundamento en sus propios estudios sobre el objeto a contratar. Constan en el Pliego las siguientes estipulaciones:

"1.13 FUENTES DE INFORMACION DE LA LICITACION.

La AEROCIVIL y el AOH han puesto a disposición de las personas que hayan adquirido el Pliego de Condiciones cierta información relacionada con la Licitación para facilitar la labor de consulta y debida diligencia por parte de los Proponentes. La información estará disponible de manera virtual en la siguiente página:

WWW.STRUCTURE.COM.CO

Para acceder a la información, el representante autorizado registrado de quien haya adquirido el Pliego deberá enviar una comunicación escrita solicitando la asignación de una clave de acceso. La aludida comunicación deberá ser enviada a:

*UT AEROPUERTOS DE OCCIDENTE
ATENCIÓN: LUIS FERNANDO CASTRO
LICITACION PUBLICA No. 7000132-OL de 2007.
ASUNTO: ASIGNACION CLAVES DE ACCESO A LA INFORMACION
DIRECCION: CRA. 7 No. 71-231 TORRE B OFICINA 1004
TELEFAX: 317 4891
CORREOELECTRONICO: CONCESIONCENTRONORTE@STRUCTURE.COM.CO
BOGOTA D.C.*

Quienes accedan a la información deberán hacer buen uso de la misma y los adquirentes del Pliego serán responsables de cualquier perjuicio que se pudiera causar a la Aerocivil o al AOH por su uso indebido.

La información proporcionada a los Proponentes es meramente informativa y no pretende ser exhaustiva ni incluir toda la información que un Proponente deba o desee tener en consideración y no constituye un otorgamiento de asesoría para la presentación de las Propuestas o asesoría en materia de inversiones, o en asuntos legales, fiscales o de otra naturaleza, por parte de la Aerocivil, o el AOH o el Asesor.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

La información puesta a disposición de los Proponentes no es información entregada para el propósito de la presentación de las Propuestas, por tanto no hace parte del Pliego o del Contrato. Tampoco servirá de base para realizar reclamación alguna a la Aerocivil o al Asesor.

(...)

1.14 VISITAS GUIADAS A LOS AEROPUERTOS

Sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde a cada Proponente de verificar la información y las condiciones relativas a la Licitación de acuerdo con lo dispuesto en el Pliego de Condiciones y en el Contrato de Concesión, quienes hayan adquirido el Pliego podrán solicitar a la Aerocivil la programación de visitas guiadas a uno, varios o todos los Aeropuertos (...)

1.15 DEBIDA DILIGENCIA E INFORMACIÓN

Será responsabilidad de cada Proponente solicitar las citas para las visitas a los Aeropuertos e inspeccionar los lugares, instalaciones y terrenos que los componen, así como realizar todas las evaluaciones que sean necesarias para presentar su Propuesta sobre la base de un examen cuidadoso de sus características, incluyendo los estudios, diseños y verificaciones que considere necesarios para formular la Propuesta con base en su propia información.

Este examen deberá incluir, entre otras cosas, la evaluación de las implicaciones legales, económicas, técnicas tributarias, fiscales, administrativas, operativas y financieras de la participación en la Licitación y la celebración del Contrato de Concesión.

El examen que deberán hacer los Proponentes deberá incluir también la revisión de todos los asuntos e informaciones relacionados con la ejecución del Contrato y los lugares donde se ejecutará, incluyendo su situación socio política.

Por la sola presentación de la Propuesta se considera que los Proponentes han realizado el examen completo de todos los aspectos que inciden en la

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

participación de la Licitación y en la celebración y ejecución del Contrato de Concesión y se encuentran satisfechos y conformes con el alcance de su examen y con los resultados encontrados.

(...)

1.17 DECISION INDEPENDIENTE

Es responsabilidad de los interesados, antes de presentar Propuestas, consultar la información y documentación que consideren relevante. La decisión de presentar o no propuestas será una decisión independiente de los Proponentes basada en sus propios análisis, investigaciones, exámenes, inspecciones, visitas y entrevistas.

1.18 ACEPTACIÓN DE LA MINUTA DEL CONTRATO

Con la sola presentación de la Propuesta se entenderá que el Proponente acepta todas y cada una de las cláusulas incluidas en la minuta del Contrato de Concesión contenido en el Anexo No. 1 del Pliego. El Contrato de Concesión contiene en detalle todas las obligaciones y derechos que asumirán tanto el Concesionario como la Aerocivil y el AOH así como todos los términos y condiciones en que se desarrollará la ejecución de la concesión objeto de esta Licitación.

Las modificaciones que los Proponentes pretendan sugerir a la minuta del Contrato tendrán el manejo previsto en el Pliego para las excepciones técnicas y/o propuestas alternativas.

(...)

1.20 ACEPTACIÓN DE LOS TÉRMINOS DEL PLIEGO DE CONDICIONES

Por el hecho de presentar una Propuesta en desarrollo de la Licitación, los Proponentes aceptan el presente Pliego de Condiciones, los Anexos y el Contrato de Concesión con todos sus apéndices y anexos, al igual que cualquier modificación o enmienda que, mediante Adendo, realice la Aerocivil durante toda la Licitación.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Si un interesado que haya adquirido el Pliego encuentra una contradicción o error en este Pliego de Condiciones durante la preparación de su Propuesta, deberá informarlo por escrito a la Aerocivil, para aclarar o corregir, de ser necesario, tal imprecisión.

(...)"

Es importante resaltar que el pliego en su apartado 1.13 denominado "*FUENTES DE INFORMACIÓN DE LA LICITACIÓN*" contiene previsiones según las cuales la información proporcionada a los Proponentes era "*meramente informativa*" y no era entregada "*para el propósito de la presentación de las Propuestas*". Particularmente, se estableció en ese numeral que dicha información "*Tampoco servirá de base para realizar reclamación alguna a la Aerocivil o al Asesor*".

En el numeral 1.15 del Pliego que se titula "*DEBIDA DILIGENCIA E INFORMACIÓN*" se estableció que con la sola presentación de la Propuesta se consideraba que el Proponente había "*realizado el examen completo de todos los aspectos que inciden en la participación de la Licitación y en la celebración y ejecución del Contrato de Concesión*".

Así mismo el Anexo 1, Apéndice "C" del Pliego bajo el numeral 1.2.1 establece en su parte final que "*El Concesionario, bajo su responsabilidad, está obligado a verificar en los aeropuertos la veracidad de la información suministrada y la precisión técnica en la misma. Se entiende que el Concesionario, al momento de presentar la propuesta, ha efectuado la revisión de la información suministrada y realizado el levantamiento de la información necesaria para su presentación*".

El mismo Anexo 1 del Pliego de Condiciones, en su Apéndice "C" denominado "*Plan de Inversión y Especificaciones Técnicas del Plan de Inversión*" establece en el numeral 1.6.2.2.2. que el Concesionario "*ejecutará trabajos de nivelación y compactación de la franja de pista, de manera que se dé cumplimiento a la norma aeroportuaria sobre esta infraestructura*". La norma a que se refiere esta disposición contractual es el R.A.C. cuyo ámbito de aplicación está enmarcado en el numeral 14.2.1.¹⁷ y está definido como norma aplicable al contrato bajo el numeral 1.2.10 del mismo Apéndice "C".

¹⁷ *"Esta Parte desarrolla los principios contenidos en el Capítulo V de la Parte Segunda, Libro Quinto, del Código de Comercio estableciendo los requisitos y demás exigencias o condiciones técnicas que deben*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Ahora bien, en relación con este mismo asunto, el Contrato de Concesión señaló lo siguiente:

“21.9 INFORMACIÓN SUMINISTRADA Y PLAN DE NEGOCIOS: El Concesionario señala además, que:

- (i) Ni la República de Colombia, ni el Ministerio de Transporte, ni la Aerocivil, ni el Municipio de Medellín, ni el AOH, ni la Gobernación de Antioquia, ni el Asesor, ni sus representantes, funcionarios, asesores o empleados, ni persona alguna que actúe en nombre de cualquiera de ellas, han hecho declaración o aseveración alguna, expresa o implícita, en cuanto a la integridad, exactitud y calidad de la información suministrada al Concesionario con ocasión de la Licitación, con excepción de la contenida en el Pliego de Condiciones.*
- (ii) Ni la República de Colombia, ni el Ministerio de Transporte, ni la Aerocivil, ni el Municipio de Medellín, ni el AOH, ni la Gobernación de Antioquia, ni el Asesor, ni sus representantes, funcionarios, asesores o empleados, ni persona alguna que actúe en nombre de cualquiera de ellas, tiene responsabilidad alguna hacia el Concesionario o hacia cualquier otra persona en relación con el uso de la información suministrada al Concesionario con ocasión de la Licitación, **con excepción de la contenida en el Pliego de Condiciones.***
- (iii) El Concesionario ha hecho sus propias averiguaciones, estudios y análisis y se considera satisfecho con respecto a todos los asuntos pertinentes para tomar su decisión de asumir las obligaciones que en virtud de este Contrato se le imponen, al igual que los riesgos que se derivan de la condición de Concesionario.*

cumplir todos los aeródromos, aeropuertos y helipuertos abiertos a la operación pública y privada en la República de Colombia, independientemente del explotador u operador, o de cualquier arreglo contractual que ampare su explotación” (resaltado)

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

- (iv) *El Concesionario elaboró su propio plan de negocios con base en los supuestos que consideró apropiados y con base en ellos presentó la Propuesta Económica que estimó conveniente. Dicho plan de negocios no ha sido conocido por la República de Colombia, ni el Ministerio de Transporte, ni la Aerocivil, ni el Municipio de Medellín, ni el AOH, ni la Gobernación de Antioquia, ni el Asesor ni ellos tendrán responsabilidad alguna por cualquier disparidad que pueda presentarse entre el mismo y los resultados reales de la ejecución de la Concesión. En particular, el Concesionario reconoce que efectuó bajo su propia responsabilidad las proyecciones que consideró convenientes en cuanto a tráfico, tarifas, costos de obra, administración, operación y mantenimiento, así como las variables macroeconómicas y demás aspectos que puedan influir en los resultados económicos esperados por el Concesionario.*
- (v) *El Concesionario acepta incondicionalmente la forma de remuneración pactada en este Contrato y la encuentra suficiente para recuperar su inversión y obtener la utilidad que consideró pertinente y, particularmente, se encuentra satisfecho con la forma de remuneración de las Obras Complementarias.*
- (vi) *El Concesionario declara conocer en detalle las características y las condiciones de operación de cada uno de los Aeropuertos” (Resaltado fuera del texto).*

En el mismo sentido, el numeral 1.2.1. del Apéndice C al Contrato de Concesión señaló lo siguiente:

“(…) El Plan de Inversión de los aeropuertos mencionados precedentemente, establece la relación de obras y suministros a ejecutar por el Concesionario durante el período de Concesión.

*El referido Plan determina las intervenciones que se realizarán durante el tiempo de la Concesión. Igualmente establecen cada uno de los activadores del inicio de las inversiones y el alcance técnico de las mismas. **El Concesionario, bajo su responsabilidad, está obligado a verificar en los aeropuertos la veracidad de la información suministrada y la precisión técnica de***

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

la misma. Se entiende que le Concesionario, al momento de presentar la propuesta, ha efectuado la revisión de la información suministrada y realizado el levantamiento de la información necesaria para su presentación”(Resaltado fuera del texto).

Teniendo en cuenta el análisis de principios, las disposiciones contractuales y del pliego de condiciones encuentra el Tribunal que, en efecto, la Convocante faltó al deber de diligencia frente al alcance de las obligaciones relacionadas con la franja de pista, tras considerar que la información suministrada por las Convocadas, era suficiente, olvidando las cargas que le correspondían para la estructuración de su oferta. Al respecto, de acuerdo con las alegaciones finales de las Convocadas, se indicó que:

“(…) Ahora, si no lo hizo con suficiente cuidado —como evidentemente fue el caso—, mal puede pretender que los efectos de su (sic) o de su negligencia o de su simple impericia los vengán ahora a asumir los concedentes, entre otras cosas, variando en su beneficio la clara asignación de riesgos que se hizo en el contrato.

En efecto, quedó demostrado en el curso del proceso que la hoy demandante realizó las visitas a todos los aeropuertos con una sola persona, que no tenía conocimiento alguno en temas aeroportuarios y en apenas dos días. Y, específicamente, la visita del aeropuerto El Caraño —en particular de su pista y sus zonas de seguridad— en apenas unos minutos y sin ningún esfuerzo de verificación sobre el terreno.

A contrario, otros oferentes —y uno de ellos en particular, del cual formaban parte Bancolombia y Concreto— hicieron las aludidas visitas con unos nutridos equipos técnicos, en varias sesiones de trabajo en distintos días y por espacios de tiempo de cerca de un mes.

Esa debe ser muy posiblemente la razón por la cual la propuesta económica de esos oferentes —y de ese en particular— hubieran resultado ser mucho menos favorables para los concedentes que la de la hoy demandante y, por ende, no hubieran resultado seleccionadas en la adjudicación”

Corroborado lo alegado por las Convocadas, lo dicho por el testigo IVÁN DARÍO ECHEVERRI FERNÁNDEZ funcionario de AIRPLAN desde 2009, primero como Director

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

de Gestión y Mantenimiento y actualmente como Director de Infraestructura, en la audiencia del 24 de junio de 2013, cuando frente a las visitas para la estructuración de la propuesta, contestó:

“DR. PIQUERO: Usted mencionó también unas visitas que hizo, esas visitas de parte del equipo de estructuración quién las hizo?”

SR ECHEVERRI: De nosotros los hice yo.

DR. PIQUERO: Usted estaba acompañado por más personal de parte del equipo de oferentes que estaba armando esta oferta económica?

SR. ECHEVERRI: No, en la visita que yo hice técnica no.

DR. PIQUERO: Usted visitó todos los aeropuertos?

SR. ECHEVERRI: Sí señor.

DR. PIQUERO: A todos los aeropuertos fue usted solo?

SR. ECHEVERRI: Sí señor, en ese momento sí.

DR. PIQUERO: Usted recuerda cuánto tiempo le tomó hacer esas visitas?

SR. ECHEVERRI: Eran visitas de un día, para el caso de Quibdó recuerdo que era un día no más, acompañado por un técnico de subestación, no había nadie más, digamos que el aeropuerto, a excepción de Rio Negro tenía personal de infraestructura que estuviera acompañando esas visitas para uno hacer preguntas técnicas o algo, no había sino lo refería uno al banco de documentos, simplemente era un acompañamiento del gerente que estaba o de un funcionario que él delegara en ese momento, recuerdo específicamente Quibdó que era un técnico que aún está, de nombre Aldemar, él mismo era el inspector, en un vehículo llevaba por la pista, salía y entraba, luego las visitas al terminal existente porque luego construimos nuevo, ese era el tipo de visita, no había un acompañamiento más técnico a quien uno le pudiera hacer preguntas porque todas las referían a un centro de concesiones que había acá, y todas a través del estructurador, todas las preguntas y respuestas eran a través de él.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

DR. PIQUERO: Cuando usted nos dice que estaba previsto un día eso fue previsto por ustedes o estaba previsto en los pliegos que fueran a visitar únicamente un día?

*SR. ECHEVERRI: **Previsto por nosotros, decía cómo se solicitaba la visita y nada más.***

DR. PIQUERO: En algún momento ustedes consideraron la necesidad, en este o en otro de los aeropuertos de hacer una visita más extensa, más allá de un día?

SR. ECHEVERRI: No. porque las condiciones estaban específicas en el apéndice y no eran condiciones extraordinarias que uno dijera tengo que volver para mirar algo, digamos que era muy claro que en el caso de Quibdó, salgo un poco del tema de las franjas en este momento, un edificio que tengo que hacer nuevo, un edificio nuevo porque lo pide, simplemente es un área que me están diciendo: tengo una condiciones, un plano y no necesito más, sé que tengo que hacer unos diseños, en otras áreas y especificaba, las áreas existen, todo es una nivelación, una acomodación, no tengo más, el mismo caso de los pavimentos o alguna otra consideración, consideramos que no"

Así mismo, resulta relevante el testimonio del señor CARLOS LASPRILLA SALGUERO en la audiencia del 24 de junio de 2013, cuando frente a las visitas para la estructuración de la propuesta, contestó:

"DR. PIQUERO: Entrando a la estructuración del proyecto que nos ocupa, de modo general en este proyecto o en esta estructuración se establecieron ese tipo de salvedades desde el punto de vista de las verificaciones que correspondía hacer a los oferentes?

SR. LASPRILLA: Sí, en el apéndice c se coloca esta salvedad y además tomamos una decisión habida cuenta de la experiencia que habíamos tenido en San Andrés y fue que las visitas no tuvieran una limitante de tiempo ni una cita específica, en San Andrés dijimos van tal día a tal hora y duramos tal vez dos días en la visita de San Andrés y después en la de Providencia, pero resulta que uno como proponente debe seguir mirando información, recabando y pudiendo

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

ir a verificar cosas que en una visita no alcanza a verificar, pongo un ejemplo muy puntual, el estructurador siempre exige que se cumpla la norma, la norma no es negociable, la norma hay que cumplirla, las normas están en el RAC pero hay ciertas cosas donde podría haber una imposibilidad, por ejemplo, si hay una norma que dice, entrando específicamente a la franja, que del eje de la pista hacia el borde del predio debe estar nivelado 75 metros y resulta que el lote no tiene sino 60, y pasa en los aeropuertos del país, lo que haría uno se va y verifica con topografía y dice: espérese porque aquí no hay los 75 así que usted no me puede pedir que le nivele la totalidad cuando ni siquiera me coloca que lo adquiera.

Esas observaciones llegan y uno tiene que modificar los apéndices, incorporar o quitar algunas exigencia que ha colocado, normalmente es incorporar, por ejemplo en ese caso tendría que incorporar la compra de predio, caso específico de San Andrés donde el ancho no daba y uno no pude decir cumpla pero el ancho no da, había que hacer toda una gestión de predios e incorporar todo un desarrollo de predios.

(...)

DR. DE VIVERO: Desde el punto de vista un poco con lo que se ha dicho esta mañana, usted afirmaba que el recorrido a lo largo del sitio objeto del contrato de concesión, alguien afirmaba esta mañana que simplemente había sido un recorrido alrededor de la pista y con eso se había entendido cumplido, no obstante que también se ha aclarado que el interesado, quien podía visitar, no tenía limitadas las visitas, usted nos podía indicar si en el recorrido esto es un tema que un técnico identifica a simple vista, los problemas que usted encontró por ejemplo, y ha mencionado dos, Quibdó y Corozal?

SR. LASPRILLA: Sí, pero es que uno lleva un norte, no es una visita de yo me fui y miré el aeropuerto sino que uno lleva un norte, uno dice: qué tengo que mirar, en pista, y hace su check list, en ese check list tocando el tema de pista uno mira el estado de la pista, el estado de las luces, el estado de las bermas, el estado de la franja, los cerramientos, uno hace un check list y va tomando notas, el cerramiento por ejemplo es un tema de dos kilómetros de cerramiento, uno hace el recorrido y dice: tomemos la foto acá, además uno se ayuda muchísimo con las fotos.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

En el caso de Quibdó específico son como 600 metros que tenían cerramiento en alambre de púa cuando el resto del aeropuerto tenía cerramiento en malla, uno lleva su lista de chequeo de las actividades que tiene que verificar y las va verificando una a una, además uno normalmente no lo hace en un día, a qué me refiero con eso, uno llega, se sienta, revisó todo lo que hizo y comienza a mirar qué me faltó, esto no lo mire, yo no miré canales y si no hay un canal bien construido o si no hay un canal que permite evacuación de aguas va a tener agua encima de la pista, en Quibdó que llueve tanto, porque es una zona bastante lluviosa, es un riesgo muy alto, esa agua cuando está entrando el avión a más de 140, 150 kilómetros puede generar un hidroplaneo, se forma una película de agua entre la pista y la llanta, eso hace que el avión gire, es una de las cosas que uno cuando dice: no miré canales, aquí es muy importante, entonces de devuelve, revisa, si y se devolvió llama, vuela y hace otra visita, esa es una labor porque estas son ofertas de un valor muy importante, son ofertas que como las áreas son tan grandes dejar una cosa de esas por fuera en un área de 1.800 metros de longitud por 150 de ancho, una cosa que le falte en esas cantidades pesa en la oferta y pesa en la valoración.

Y ahí hay un riesgo desde el lado del estructurador, y es que el estructurador se puede equivocar como decíamos, se puede equivocar en su apreciación y cometer un error muy grande, pero quién le va a notar ese error, los oferentes que dicen: usted está poniendo un presupuesto mínimo de 500 mil y resulta que a ninguno nos da menos de 1 millón, revise sus presupuestos porque no nos está concordando, a pesar de que uno no entrega en precios unitarios y el modelo financiero tiene una reserva legal y no se presenta el modelo financiero".

De acuerdo con lo anterior, se desprende del análisis de los documentos que obran en el expediente, que al momento de la estructuración de la oferta, se desconocieron importantes elementos que tenían la potencialidad de hacer una adecuada identificación del alcance de las obligaciones que iría a asumir el futuro Concesionario.

Por esa razón se encuentra que el Concesionario evidentemente desconoció la carga de diligencia que le había sido asignada, por no haber adelantado una adecuada verificación de la infraestructura que recibiría en concesión, ni de su estado, ni de las condiciones en que debía adecuarla para ponerla al servicio del proyecto, lo que derivó

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

en un error en el alcance de los trabajos que debía acometer para adecuar la infraestructura que recibiría y debía poner al servicio acorde con los requerimientos del Contrato y de la normatividad de seguridad aérea, que no era desconocida por el proponente dada su experiencia en el ramo.

En efecto, la oferta limitó el alcance de las obligaciones por un entendimiento restringido del alcance de las actividades a desarrollar, tras la ausencia de una diligente verificación de la infraestructura al tiempo de estructurar la oferta.

Así lo reconoció la misma Convocante, cuando en las alegaciones finales estableció que:

*“A partir de las previsiones tanto contractuales como normativas en lo que concierne el alcance y la obligación relacionada con la compactación y nivelación de las Franjas de Pistas, se observa que en ambas sedes **se preveía la existencia de la franjas y la delimitación del alcance de la obligación a la nivelación, lo cual como es concordante a través de los documentos estudiados se limitaba a una intervención superficial de estructuras ya existentes, y no implicaba la construcción de estructuras nuevas**”.*

Luego no bastaba que el proponente previera la existencia de las Franjas de Pista, debía verificar además de su existencia, la cantidad de obras y labores requeridas para su nivelación en los términos contenidos en el Apéndice “C” de los Pliegos de Condiciones.

En ese contexto, a los proponentes les correspondía adelantar estudios, diseños y verificaciones autónomas sobre el alcance de las obligaciones que irían a adquirir como concesionarios de la infraestructura aeroportuaria entregada por las Convocadas, por medio de instrumentos, estudios, verificaciones e inspecciones que dieran certeza sobre el real estado de los elementos estructurales de la concesión que irían a recibir.

El otrora proponente no tenía espacio para **suponer** las actividades que debía ejecutar, justamente de ahí derivaba el deber de diligencia que se le impuso desde la estructuración del contrato, teniendo presente que se trataba de la entrega de una infraestructura que el Estado pretendía asignar para la administración integral de los particulares con la obligación de efectuar en ella un Plan de Inversiones y Adecuaciones que la mantuvieran en estado de operación acorde con los instrumentos nacionales e internacionales de seguridad aeroportuaria.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

En el mismo sentido, es pertinente traer a colación lo manifestado por el señor Agente del Ministerio Público en su alegato de conclusión, cuando afirma que:

"De conformidad con el acervo probatorio que obra dentro del proceso se puede establecer que la información puesta a disposición de los oferentes en la licitación pública 7000132-02 de 2007 fue completa y, por tanto, las censuras que sobre el particular formula la parte actora, carecen de soporte fáctico y jurídico, si se tiene en cuenta, además, que para que un aeropuerto pueda operar y recibir cierto tipo de aeronaves debe tener una franja de pista cuyas especificaciones, dimensiones y características están señaladas en un acto general, que se entiende conocido por todos, de acuerdo a la categoría de cada aeropuerto. Adicionalmente, los testigos son contestes en señalar que el concesionario tuvo la oportunidad de realizar visitas al aeropuerto y que en efecto dichas visitas fueron practicadas. Si las consideraban insuficientes, si la visita se limitó a un simple recorrido y no a un acceso detallado de la franja de pista, nada le impedía al proponente - y era su responsabilidad - hacer sus propios análisis, investigaciones, exámenes, inspecciones, visitas y entrevistas (punto 1.17 de los pliegos) para constatar la realidad de la obra. Por ende, las censuras que sobre el particular formula la parte demandante devienen inanes".

Tras considerar que las Convocadas permitieron el acceso a los proponentes de la información de la que disponían, y correspondía a una carga – obligación del proponente, adelantar la adecuada estructuración de la oferta, contando para el efecto con la posibilidad de (i) *"solicitar las citas para las visitas a los Aeropuertos e inspeccionar los lugares, instalaciones y terrenos que los componen,"* y (ii) *"realizar todas las evaluaciones que sean necesarias para presentar su Propuesta sobre la base de un examen cuidadoso de sus características, incluyendo los estudios, diseños y verificaciones que considere necesarios para formular la Propuesta con base en su propia información"-*

Frente a lo anterior, de las pruebas que obran en el expediente, se tiene que la visita adelantada por quien era proponente y resultó adjudicatario, en particular en lo relacionado con el Aeropuerto El Caraño, no fue efectuada con el debido cuidado que demandaba la estructuración de una oferta para acceder a un Contrato de Concesión. Lo anterior indica, el limitado entendimiento que tuvo el Concesionario del alcance de la

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

actividad de nivelación y compactación que debía adelantar en el mencionado aeropuerto.

2.2. El Contrato de Concesión 8000011 – OK de 2008 en lo relacionado con el Aeropuerto el Caraño de Quibdó.

En este acápite el Tribunal analizará lo relacionado con el alcance de la obligación del Concesionario frente a la ejecución de la actividad de nivelación y compactación de la franja de pista del Aeropuerto El Caraño de la ciudad de Quibdó.

Posteriormente, el Tribunal analizará de modo general el Contrato de Concesión para determinar en el asunto bajo revisión, la forma en que fue pactado y la distribución de riesgos asociados, como elemento relevante para decidir esta controversia.

Finalmente, el Tribunal revisará el concepto de franja de pista y las obligaciones contractuales relacionadas con su ejecución, de acuerdo con los términos pactados en el Contrato de Concesión y demás anexos y apéndices contractuales, de modo que se determine con claridad a quién correspondía la ejecución de tales actividades.

2.2.1 Naturaleza del contrato celebrado.

El Contrato de Concesión 8000011 – OK de 2008 es un contrato estatal en la medida en que son contratantes dos entidades estatales en los términos del artículo primero de la Ley 80 de 1993. De acuerdo con esto, el contrato se rige por las disposiciones del estatuto de la contratación estatal, en particular la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 y las demás normas que las modifican o las reglamentan.

Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde entrar en el detalle de la tipología contractual de la concesión. Este contrato se encuentra definido por la Ley 80 de 1993 en su artículo 32, así:

“4o. Contrato de concesión

*Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o **la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra***

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

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. (Resaltado fuera del texto).

Esta tipología contractual ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha referido al Contrato de Concesión en los siguientes términos:

“Conviene relieves de esta definición legal, algunos elementos importantes del contrato de concesión:

a) En general el objeto del contrato consiste en otorgar por parte del Estado, a un particular, la prestación de un servicio público, la construcción de una obra o la explotación de un bien de uso público.

El verbo rector de la norma, “otorgar”, significa, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, “consentir, condescender o conceder una cosa que se pide o se pregunta”, lo cual implica que en el contrato de concesión hay una voluntad del Estado de entregar a un particular la prestación de un servicio o la construcción o explotación de una obra o un bien, no porque esté obligado a ello, sino que por una decisión constitucional, legal y de política económica, desea que los particulares se vinculen a los planes de desarrollo e intervengan en la construcción de infraestructura de transporte, o en la explotación de bienes o servicios públicos. El Estado podría reservarse tales actividades y ejecutarlas directamente o mediante la celebración de contratos diferentes, pero en forma soberana y por razones de su conveniencia crea una figura contractual específica para que los particulares puedan, con ánimo de lucro, desempeñar funciones administrativas, dentro de un marco regulatorio de colaboración, que en ningún caso los coloca en un plano de igualdad con el Estado.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

*b) Igualmente, el objeto del contrato, es decir, la construcción de la obra y su explotación o la administración del servicio público, se debe desarrollar "**por cuenta y riesgo del contratista**", lo cual significa que éste aporta recursos propios para la ejecución del proyecto y también la financiación que obtenga por medio de créditos bancarios o negocios fiduciarios. De otra parte, **asume los riesgos que se pacten en el contrato, como el constructivo, el financiero, el de mayor cantidad de obra, los derrumbes eventuales, etc. Estos riesgos se deben entender como los de carácter previsible, mas no los imprevisibles,** verbi gratia un terremoto o una variación radical o desmedida en los precios de materiales, pues, pese a la disposición del artículo 1604 del Código Civil, no es lo usual asumirlos.*

c) La norma señala que el contrato se debe cumplir "bajo la vigilancia y control de la entidad concedente".

Esta previsión que también está instituida genéricamente para todos los contratos, cobra mayor relevancia jurídica al aparecer en forma específica en la definición del contrato de concesión corroborando así la tesis del interés público superior inherente a él. Igualmente, la vigilancia y control del Estado sobre el cumplimiento de los compromisos contractuales, constituye una prerrogativa estatal que conlleva la necesidad de obtener información financiera del concesionario, como se verá más adelante." (Resaltado fuera del texto).¹⁸

En igual sentido, la Corte Constitucional lo ha definido así:

"Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal. La doctrina expresa que una de las principales motivaciones de la participación privada en proyectos de concesión –especialmente de

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Sentencia de 9 de febrero de 2006. C.P. Gustavo Aponte Santos. Rád.: 1674.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

infraestructura- es obtener mayor valor por el dinero, es decir, mayores servicios por la misma cantidad de dinero, lo que hace que este tipo de proyectos redunde en ahorros para la entidad contratante y prácticas más eficientes.”¹⁹

De acuerdo con lo anterior, al ser la ejecución del contrato “*por cuenta y riesgo*” del Concesionario es este uno de los elementos esenciales de esta tipología, y debe verse reflejado en la distribución de los riesgos en el contrato, desde el momento en que se planea la estructuración del contrato y mucho más aún cuando se otorga la concesión.

Así, se procede a hacer el examen de la distribución de riesgos que se dio en el caso particular del Contrato de Concesión 8000011 – OK de 2008 con el fin de tener claro cuáles eran las responsabilidades de las partes en la estructuración del contrato.

2.2.2. Distribución de riesgos según el contrato.

El propio Contrato 8000011 – OK de 2008 hizo una distribución de los riesgos en sus cláusulas 22 y 23. Se resaltan los riesgos asignados al Concesionario mediante la cláusula 23.1 del Contrato de Concesión, así:

“(iv) El Concesionario asume los efectos, favorables o desfavorables, derivados de la contingencia que consiste en que los precios de los insumos, equipos, materiales, mano de obra, etc., o sus cantidades, requeridos para realizar los Obras y efectuar las inversiones impuestas para la ejecución de la Concesiónen (sic) incrementen respecto de los que independientemente estimó el Concesionario, encareciéndose así la ejecución del Contrato por parte del Concesionario.

(...)”

El riesgo, en materia contractual, se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afectan el desarrollo del contrato, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos, esto es, son aquellos eventos que afectan la economía del contrato.

Precisamente, con el objeto de lograr una adecuada distribución de los riesgos, que permita minimizar el costo de su mitigación, el legislador –a la fecha de celebración del

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012 M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Contrato- buscó establecer mecanismos idóneos que facilitasen su estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles que pudieran afectar el equilibrio económico del contrato. En desarrollo de la Ley 448 de 1998, el Decreto 423 de 2001, en sus artículos 15 y 16, se establecieron los procedimientos que debían aplicarse en el manejo de obligaciones contingentes de las entidades estatales asignándole al Gobierno Nacional, por medio del CONPES, la adopción de los lineamientos de política de riesgo contractual del Estado en proyectos de participación privada en infraestructura.

En desarrollo del mandato de los artículos 15 y 16 del Decreto antes citado, el CONPES produjo el Documento 3107 de abril 3 de 2001 sobre "*Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura*", en las áreas de transporte, energía, comunicaciones, agua potable y saneamiento básico.

El artículo 4º de la Ley 1150 de 2007²⁰ consagra:

"Artículo 4o. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva".

De acuerdo con lo que señala la Corte Constitucional en la Sentencia C-300 de 2012, los riesgos de ejecución en los contratos de concesión son en su mayoría asumidos por el Concesionario; estos comprenden aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra, comoquiera que el Concesionario se compromete a desarrollar el objeto por su cuenta y riesgo, esto es, bajo su responsabilidad, entre otros puntos, en el desarrollo de las obras, sin perjuicio de la vigilancia y control que ejerza la entidad contratante. Además, ha señalado la jurisprudencia que por regla general los riesgos se distribuyen, en atención a la parte que en mejor capacidad de administrarlos.

En torno al tema, sostuvo la Sección Tercera del Consejo de Estado:

²⁰ Como ya se mencionó dicha norma no se encontraba vigente al momento de la celebración del Contrato, por lo tanto para el tema de la asignación de riesgos las concedentes dieron aplicación a lo dispuesto por el Decreto 423 de 2001.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

"Considera la Sala que, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar.

La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume 'un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública' pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso.

La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado.

*Como se indicó precedentemente, **son los riesgos externos o extraordinarios los que configuran la teoría de la imprevisión y, por ende, deben ser demostrados por quien los alega.** Así, la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al álea anormal del contrato, porque es además imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio."*²¹

Al momento de estructurar el Contrato de Concesión, por lo que se evidencia de la información obrante del proceso precontractual, se tiene que la AEROCIVIL tuvo en consideración lo establecido en los documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001 (los cuales obran a folios 353 a 392 del Cuaderno de Pruebas No. 2) y transfirió en cabeza del Concesionario los riesgos de construcción²² en la medida en que el citado riesgo fue

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, rad. 25000-23-26-000-1994-09660-01, Exp. 14.389, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²² El Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante oficio 2-2007-024690 del 11 de septiembre de 2009, obrante en la página web del proceso de selección, consideró que la asignación de los riesgos considerados para el proyecto se ajustaba a los documentos CONPES citados por lo que no era necesario efectuar aportes a fondos de contingencias.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

identificado y asignado expresamente, como también lo fue su aceptación por parte del Concesionario.

Tampoco se evidencia en el acervo documental la existencia de situaciones imprevistas, imprevisibles o irresistibles que hayan cambiado o agravado el riesgo y que reportaren mayores costos constructivos que ameritaran la revisión del Contrato. No existen por otra parte, circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, ni eventos excluyentes de responsabilidad que liberen al Concesionario de sus obligaciones constructivas en cuanto a lo que tiene que ver con las Franjas de Pista del Aeropuerto El Caraño de Quibdó.

El Riesgo Constructivo tal y como fue definido en el Documento CONPES 3107 de 2001: *"se refiere a la probabilidad que el monto y la oportunidad del costo de la inversión no sean los previstos. Este riesgo tiene tres componentes: i) Cantidades de Obra: sucede cuando la inversión requiera cantidades de obra distintas a las previstas..."*

Ese mismo Documento CONPES establecía que: *"Como principio general, los riesgos de construcción deben ser transferidos al inversionista privado, en la medida que éste tiene mayor experiencia y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión, y que tendrá a su cargo las actividades de construcción, tales como el programa de construcción, la adquisición de equipos, las tecnologías asociadas con el proyecto, la compra de materiales, entre otros. Lo anterior supone que el constructor cuenta con información suficiente para realizar el costeo, tener en operación el proyecto en la fecha prevista y en las condiciones de operación establecidas, así como con el tiempo suficiente para realizar las evaluaciones necesarias para asumir este riesgo"*

En relación con la asignación de riesgos en los contratos estatales en el Laudo del Tribunal Arbitral C.I. GRODCO S. en C.A. INGENIEROS CIVILES contra INSTITUTO DE VÍAS –INVÍAS se dijo:

"Las partes pueden, entonces, en desarrollo de la autonomía de la voluntad, distribuir los riesgos propios del contrato y, de esta manera, repartir sus costos –siempre y cuando no se contraríen disposiciones imperativas–.

La doctrina más autorizada explica las condiciones para que proceda esta gestión de riesgo de la siguiente manera: "En ese orden de ideas, puede

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

sostenerse que si un determinado riesgo es asumido por el contratista, en el contexto de la distribución que se realice, el mismo habrá pasado a integrar el álea normal de ejecución del contrato. Sin embargo, la asignación del riesgo debe ser una definición que se adopte en el marco de un escenario en el que se reconozca (i) que el riesgo tiene que estar correctamente determinado en su alcance, (ii) que el contratista se hace cargo de lo razonablemente previsible respecto del riesgo de que se trata, y (iii) que la entidad contratante debe esperar que los oferentes incluyan, en el precio que formulen al presentar su propuesta, la implicación económica resultante del traslado del riesgo, y obrar en consecuencia al evaluar las ofertas”

Así, pues, corresponde a las partes, en primer lugar, gestionar los riesgos previsible propios de la operación económica que regulará el contrato, adaptar los precios tomando estos factores en consideración y asumir un comportamiento conforme con sus compromisos contractuales, dentro de los postulados de la buena fe (art. 1603 C.C.) “[L]a visión tradicional del contrato reposa en la idea fundamental de que la libertad tiene que estar acompañada de la responsabilidad. Porque contratan libremente y se les provee de los medios para defender sus intereses, las partes deben asumir los riesgos que implican los contratos”

Si el contratista aceptó asumir un riesgo preciso y previsible en el contrato, su contrapartida se encuentra reflejada en el precio convenido y no puede pretender trasladarlo a la administración una vez aquél se concrete. *La solución contraria resultaría completamente inapropiada. En efecto, si el riesgo no se concreta el contratista recibiría por éste la parte correspondiente del precio que lo reflejó, pero, si el riesgo se concreta sería la administración quien debería asumir los costos. En pocas palabras, no sólo no se estaría trasladando el riesgo, sino que, además, se estaría cobrando una parte del precio sin causa alguna (art. 1524 C.C.) y, por si fuera poco, se entraría a afectar directamente los principios de protección del patrimonio público y de la fuerza obligatoria del contrato (art. 1602 C.C.)...²³”* (Resaltado fuera del texto).

²³ Tribunal Arbitral C.I. GRODCO S. en C.A. INGENIEROS CIVILES contra INSTITUTO DE VÍAS –INVÍAS de 25 de mayo de 2011.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Respecto de las labores que debía llevar a cabo el Concesionario en las Franjas de Pista del Aeropuerto El Caraño se tiene que contractualmente se definió que lo requerido era su “**adecuación, nivelación y compactación**”.

De modo que no resulta aceptable la posición de la parte Convocante al sugerir que por error en la estructuración del proyecto, el riesgo de construcción pudo devenir en ilimitado en lo que tiene que ver con las obligaciones de adecuación de las Franjas de Pista, ya que conforme a la experiencia del proponente resultaba claro que para presentar su propuesta debió determinar el estado de la infraestructura y las variables de la inversión que ella requería en las condiciones del Apéndice “C” del Anexo 1 del Pliego.

En el evento de que el proponente hubiese actuado diligentemente al momento precontractual de inspeccionar la infraestructura que recibiría, fácil le podría resultar evidenciar que las Franjas de Pista o no se encontraban en estado de operar conforme al R.A.C, o que no existían, o que adecuarlas le significaría una mayor inversión y en cualquiera de esos eventos, pudo poner en evidencia la situación al Concedente y solicitar la modificación del anexo técnico incluyendo mayores cantidades de obra, o estimar mayores cantidades de obra en la estructuración del modelo financiero, que terminaría con una mayor propuesta económica. Pero guardó silencio y contrató el riesgo.

2.2.3. Las Franjas de Pista.

De modo general, se entiende por este concepto el espacio de terreno contiguo a la pista de despegue y aterrizaje que corresponde a la zona que sirve para reducir el riesgo de daño de las aeronaves, que en las maniobras propias de la operación aeronáutica se salen de la pista.

La Parte Décimo Cuarta del Reglamento Aeronáutico Colombiano, que fue adoptada mediante Resolución 01092 del 13 de marzo de 2007, publicada en el Diario Oficial 46.591 del 04 de abril de 2007, regula la franja de pista en los siguientes términos:

“14.3.3.4. Franjas de las pistas

14.3.3.4.1. La pista y cualquier zona asociada de parada estarán comprendidas dentro de una franja.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

14.3.3.4.2. Longitud de las Franjas de Pista. Toda franja se extenderá antes del umbral y más allá del extremo de la pista o de la zona de parada hasta una distancia de por lo menos:

- *60 m cuando el número de clave sea 2, 3 ó 4;*
- *60 m cuando el número de clave sea 1 y la pista sea de vuelo por instrumentos; y*
- *30 m cuando el número de clave sea 1 y la pista sea de vuelo visual.*

14.3.3.4.3. Anchura de las Franjas de Pista. Toda franja que comprenda una pista para aproximaciones de precisión Categoría I, II y III se extenderá lateralmente hasta una distancia a cada lado de del eje de la pista y de su prolongación a lo largo de la franja, de por lo menos:

- *150 m cuando el número de clave sea 3 ó 4; y*
- *75 m cuando el número de clave sea 1 ó 2;*

14.3.3.4.4. Toda franja que comprenda una pista para aproximaciones, que no sean de precisión y visual se extenderá lateralmente hasta una distancia a cada lado del eje de la pista y de su prolongación a lo largo de la franja, de por lo menos:

- *75 m cuando el número de clave sea 3 ó 4;*
- *40 m cuando el número de clave sea 2; y*
- *30 m cuando el número de clave sea 1.*
- *15 m cuando el aeródromo sea dedicado a labores de fumigación.*
- *12,5 m cuando sea declarado como campo aéreo.*

14.3.3.4.5. Reservado

14.3.3.4.6. Objetos en las Franjas de Pista. Todo objeto situado en la franja de una pista y que pueda constituir un peligro para los aviones, se considera como un obstáculo y en consecuencia debe removerse o eliminarse; en el entretanto debe informarse de su presencia a los servicios de información aeronáutica.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

14.3.3.4.7. Con excepción de las ayudas visuales requeridas para fines de navegación aérea y que satisfagan los requisitos sobre frangibilidad como se indica en el numeral 14.3.9.9.4. No se permite ningún objeto fijo en la franja de una pista:

- a. Dentro de una distancia de 77.5 m del eje de una pista de aproximación de precisión de las Categorías I, II o III, cuando el número de clave sea 4 y la letra de clave sea F; o*
 - b. Dentro de una distancia de 60 m del eje de una pista de aproximación de precisión de las Categorías I, II o III, cuando el número de clave sea 3 ó 4; o*
 - c. Dentro de una distancia de 45 m del eje de una pista de aproximación de precisión de Categoría I, cuando el número de clave sea 1 ó 2.*
- No se permitirá ningún objeto móvil en ésta parte de la franja de la pista mientras se utilice la pista para aterrizar o despegar.*

*14.3.3.4.8. Nivelación de las Franjas de Pista. La parte de una franja que comprenda una pista de vuelo por instrumentos debe disponer, **hasta una distancia del eje de la pista y de su prolongación, un área nivelada en atención a los aviones a que está destinada la pista en el caso de que un avión se salga de ella**, de por lo menos:*

- 105 m cuando el aeropuerto es internacional con más de 50 Movimientos diarios;*
- 75 m cuando el número de clave sea 3 ó 4; y*
- 40 m cuando el número de clave sea 1 ó 2;*

14.3.3.4.9. La parte de una franja de una pista de vuelo visual debe disponer; hasta una distancia desde el eje de la pista y de su prolongación, un área nivelada destinada a los aviones para los que está prevista la pista, en el caso de que un avión se salga de la misma, de por lo menos:

- 75 m cuando el número de clave sea 3 ó 4;*
- 40 m cuando el número de clave sea 2; y*
- 30 m cuando el número de clave sea 1;*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

14.3.3.4.10. La superficie de la parte de la franja lindante con la pista, margen o zona de parada debe estar al mismo nivel que la superficie de la pista, margen o zona de parada.

14.3.3.4.11. La parte de una franja situada por lo menos 30 m antes del umbral, debe acondicionarse contra la erosión producida por el chorro de los motores, a fin de proteger los aviones que aterrizan de los peligros que ofrecen los bordes expuestos.

14.3.3.4.12. Pendientes de la franja de pista

14.3.3.4.12.1. Pendientes longitudinales. Las pendientes longitudinales a lo largo de la porción de una franja que ha de nivelarse, no podrán exceder del:

- 1.5% cuando el número de clave sea 4;
- 1.75% cuando el número de clave sea 3; y
- 2% cuando el número de clave sea 1 ó 2' (Resaltado fuera del texto)

En ese orden, la franja de pista se constituye como un elemento de seguridad de la operación aeronáutica, la cual debe cumplir con los parámetros indicados en el Reglamento para su funcionalidad y operación.

Partiendo de la definición, corresponde revisar las disposiciones contenidas en los documentos precontractuales relacionados con este concepto, así como aquéllas incluidas en el contrato y apéndices que sirvieron al Concesionario para adelantar las obras en el Aeropuerto El Caraño de la ciudad de Quibdó respecto de este componente.

2.2.4 Alcance de las obligaciones del Concesionario frente a las obras relacionadas con las Franjas de Pista en el Aeropuerto el Caraño de Quibdó.

De acuerdo con lo regulado en el documento denominado Informe Resultados Fase I Tomo 2 – Diagnóstico Técnico de la Unión Temporal Aeropuertos del Occidente, en relación con la pista y la franja de pista del Aeropuerto El Caraño de Quibdó, se indicó lo siguiente:

“4.4. Aeropuerto El Caraño – Quibdó

4.4.1. PISTA

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

El aeropuerto de Quibdó se localiza a 1Km al oriente del casco urbano de la ciudad de Quibdó, la capital del departamento del Chocó, realiza en promedio 51 operaciones diarias y 16.000 operaciones anuales.

(...)

4.4.1.9. Franja de Pista

*La pista cuenta con una franja declarada de 150m, **durante la inspección se observaron ciertos desniveles que deben ser evaluados con mayor detención para evaluar si producen algún riesgo operacional.** Existen unos árboles al costado izquierdo de la pista 13, los cuales vulneran la superficie de transición; Se recomienda verificar estas mediciones mediante la utilización de instrumento topográfico de manera de obtener resultados precisos". (Resaltado fuera del texto)*

En relación con las obligaciones del Concesionario que refieren a la adecuación y modernización de los aeropuertos, la cláusula 28 del Contrato de Concesión 8000011 – OK de 2008, determinó lo siguiente:

*"CLÁUSULA 28. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO RELACIONADAS CON LA ADECUACIÓN Y MODERNIZACIÓN DE LOS AEROPUERTOS: 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 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***

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

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.***

(...)” (Resaltado fuera del texto)

En relación con las descripción y detalle de las especificaciones de las obras que debe ejecutar el Concesionario, el numeral 1.2.8. del Apéndice C previó que:

“EJECUCIÓN DE LAS OBRAS Y SUMINISTROS DEL PLAN DE INVERSIÓN:

A continuación se relacionan las obras y suministros que el Concesionario ejecutará obligatoriamente durante los doce (12) primeros meses de la etapa de adecuación y modernización:

(...)

AEROPUERTO EL CARAÑO DE QUIBDÓ

AYUDAS AERONAVEGACIÓN

Luces REIL

Calles de Rodaje

Obras de Conservación de Calles de Rodaje

MANEJO AMBIENTAL

Mitigación de impacto Ambiental

Drenajes y Terminación de la planta de tratamiento de aguas residuales.

OTROS

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Construcción del cerramiento faltante
Adquisición Subestación para sistemas aeroportuarios
Suministro de Vehículos

OTROS SERVICIOS

Servicio de extinción de Incendio Equipo
Suministro e instalación de servidor de comunicaciones y red
Construcción y dotación de las instalaciones para el servicio de
Extinción de incendio
Cableado estructurado, equipos y servidor
Mejoramiento de las instalaciones y equipamiento del Servicio de
Sanidad Portuaria

PISTA

Franja de pista, adecuación, nivelación y compactación"
(Resaltado fuera del texto)

Esta disposición fue objeto de modificación mediante la suscripción del Otrosí 1 de fecha 13 de marzo de 2009, al Contrato de Concesión 8000011 – OK de 2008, la cual se pactó en los siguientes términos:

"Cláusula Primera: Las partes convienen aclarar las contradicciones que se presentan entre las fechas establecidas en el numeral 1.2.8. del Apéndice C y otros numerales del mismo Apéndice C y del Apéndice D del Contrato de Concesión No. 8000011OK-2008, para lo cual se acuerda la modificación de los mismos, los cuales quedarán como se establece a continuación:

(...)

Apéndice C – numeral 1.6.8.1 Subestación Eléctrica – Aeropuerto El Caraño de Quibdó

(...)

Apéndice C – numeral 1.6.5.2 Vehículo de Inspección de Rampa – Aeropuerto El Caraño de Quibdó

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

(...)

Cláusula Segunda: Se acuerda modificar el numeral 1.2.8 del Apéndice C del Contrato de Concesión No. 8000011OK-2008, en los aspectos que se relacionan a continuación:

El Concesionario ejecutará obligatoriamente durante los doce (12) primeros meses de la etapa de Adecuación y modernización, las siguientes obras y suministros:

AEROPUERTO EL CARAÑO DE QUIBDÓ
EDIFICIO TERMINAL

Construcción Nuevo Edificio Terminal de Pasajeros incluye FIDS y BIDS mobiliario y señalética.

OTROS

Sistema de Aire Acondicionado

SEGURIDAD Y EQUIPAJES

Sistemas de Seguridad

Nuevo Sistema de Manejo de Equipajes

Construcción del Cerramiento Faltante

(...)

Parágrafo Único: Los demás apartes de obras y suministros que se describen en el numeral 1.2.8 del Apéndice C del Contrato de Concesión No. 8000011OK-2008, continúan sin modificación alguna”.

Por su parte, el numeral 1.6. del mismo Apéndice C, en lo relacionado con el alcance de las obras del Aeropuerto El Caraño de Quibdó, precisó:

“1.6. AEROPUERTO EL CARAÑO DE QUIBDÓ

“1.6.1. OBRAS Y SUMINISTROS DEL PLAN DE INVERSIÓN

En el Aeropuerto El Caraño de Quibdó se definieron los siguientes grupos de proyectos a desarrollar por el Concesionario:

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Lado Aire:

- *Ayudas a la Aeronavegación*
- *Calle de rodaje*
- *Pista*
- *Plataformas*

Lado Tierra:

- *Edificio Terminal de Pasajeros*
- *Manejo Ambiental*
- *Otros*
- *Otros servicios*
- *Seguridad y equipajes*

(...)

“1.6.2.2. Infraestructura Horizontal

(...)

*“1.6.2.2.2. **Franja de Pista***

El concesionario ejecutará trabajos de nivelación y compactación de la franja de la pista, de manera que se de (sic) cumplimiento a la norma aeroportuaria sobre esta infraestructura.

(...)” (Resaltado fuera del texto)

El Aeropuerto El Caraño fue entregado al Concesionario mediante Acta de fecha 11 de septiembre de 2008, en la cual se materializó la tenencia y custodia de la infraestructura y demás bienes concesionados.

A partir de ese momento se activó para el Concesionario, respecto del aeropuerto en mención, la obligación de cumplir con las actividades previstas en el Plan de Adecuación y Modernización – Apéndice C, de manera que se diera cumplimiento a los plazos

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

fijados por las concedentes para el efecto, en cuanto a la “**adecuación, nivelación y compactación**” de las respectivas Franjas de Pista.

La “Franja de Pista” en su acepción técnica contenida en las definiciones del numeral 1.1. del Apéndice “C” refiere a la “*superficie asociada a una pista para reducir el daño de una aeronave que se saliera de ella o tuviera que sobrevolarla*”.

Ahora bien, el R.A.C., parte integrante del Pliego y de las especificaciones de las obras y trabajos a los que se obligó el Concesionario, y de obligatoria observancia de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 1.2.10 del Apéndice C del Contrato, contiene previsiones en su parte Décimo Cuarta, tal y como se describe en los numerales 14.3.3.4 y siguientes en los que se describe su **longitud, anchura, nivelación, superficie, pendientes y resistencia** de acuerdo con la categoría y clasificación de cada pista²⁴.

El mismo Apéndice “C” del Contrato establece —en general— en el numeral 2.2.7. que “*la nivelación del sitio generalmente incluye la excavación del material nativo y el relleno de materiales aprobados según sean requeridos para la construcción de edificios, pavimentos y zonas de seguridad de acuerdo con las recomendaciones resultantes de las investigaciones Geotécnicas que debe realizar el Concesionario antes de iniciar la construcción*”.

En particular, el numeral 2.2.8. respecto de la nivelación determinó que “*Las nivelaciones del campo aéreo incluyen la excavación de materiales nativos y el relleno con materiales aprobados según sea necesario para la construcción de pistas, calles de rodaje y plataforma y la nivelación de la franja limitada por la cerca del perímetro del campo aéreo*”, todo ello entre otras, cumpliendo las especificaciones del RAC. El citado numeral reguló pormenorizadamente las labores y ejecución de las actividades de “**NIVELACIÓN DEL CAMPO AÉREO**” en el que se incluye obviamente la Franja de Pista.

²⁴ La Parte Décimo Cuarta fue adoptada mediante Resolución N° 01092 del 13 de Marzo de 2007, Publicada en el Diario Oficial Número 46.591 del 04 de Abril de 2007, se incorporó a los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia y entró en vigencia el 4 de mayo de 2007. El presente proceso de selección fue abierto el 12 de octubre de 2007 y el Contrato de Concesión fue suscrito el 13 de marzo de 2008, de modo que las disposiciones del RAC le son plenamente aplicables.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

El R.A.C. prevé a partir del numeral 14.3.3.4.8. todos los pormenores relacionados con la *"Nivelación de las Franjas de Pista"* a las que debían adecuarse las obras concesionadas de acuerdo con la clasificación y las características de la pista aledaña. Luego es claro que el Proponente se obligó desde la etapa precontractual a la realización de unas obras acordes no solo con lo que establecía el Pliego, sino además con las especificaciones y características de la parte Decimocuarta del R.A.C.

El Concesionario, además, como consta en el aparte (xviii) de la cláusula 25 del Contrato de Concesión, asumió como obligación general la de *"cumplir con las disposiciones establecidas en los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia"*.

De acuerdo con la cláusula 28 del Contrato, el Concesionario se obligó a (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"*.

Ya preveía la cláusula 40 del Apéndice "C" de los Pliegos que *"Todos los estudios y diseños elaborados por el Concesionario deben cumplir con las especificaciones técnicas del Plan de Adecuación y Modernización, en la legislación y regulación aplicable y cualquier otra norma o estipulación prevista en el presente Contrato y sus Apéndices"*.

En el Contrato de Concesión, cláusula 2.19, literal iii, el Concesionario manifestó que *"ha hecho sus propias averiguaciones, estudios y análisis y se considera satisfecho con respecto a todos los asuntos pertinentes para tomar su decisión de asumir todas las obligaciones que en virtud de este Contrato se le imponen, al igual que los riesgos que se derivan de la condición de Concesionario"*.

El numeral 2.2.7. del Apéndice "C" del Pliego de Condiciones, conocido y aceptado por el Proponente antes de suscribir el Contrato, establecía que al momento de ofertar *"Las condiciones existentes deben ser verificadas por una investigación de subsuelo a llevarse a cabo por un Asesor Geotécnico calificado y pagado por el Concesionario"*, en lo que tenía que ver expresamente con la *"NIVELACIÓN DEL SITIO"*.

La cláusula 43 del Contrato de Concesión 7000132-OK de 2008 establece que *"Las actividades del Plan de Adecuación y Modernización deberán ser ejecutadas por el Concesionario con la calidad y de acuerdo con las especificaciones contenidas en el Apéndice C del presente Contrato de Concesión"*.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Como bien lo describe la demanda en la página 22 cuando cita el Informe de Resultados Fase I, Tomo 2 respecto del Aeropuerto de Quibdó y de su Franja de Pista, antes de contratar se había manifestado que "(...) *durante la inspección se observaron ciertos desniveles que deben ser evaluados con mayor detención para evaluar si producen algún riesgo operacional. Existen unos árboles al costado izquierdo de la pista 13, los cuales vulneran la superficie de transición; Se recomienda verificar estas mediciones mediante la utilización de instrumento topográfico de manera de obtener resultados precisos*".

No podría tampoco pensarse que la Franja de Pista del referido Aeropuerto presentaba situaciones o vicios estructurales ocultos que fueron imprevistos y/o que no se pudieron detectar al momento de contratar, ya que como se dijo, el **estado de la infraestructura entregada era verificable en la etapa precontractual** y se recibió en concesión con el compromiso de adecuarse a los términos del contrato y del R.A.C., tal y como lo establecía el pliego de condiciones en sus numerales 1.13. y 1.15. y el objeto del Contrato definido en la cláusula 3. El Concesionario está obligado, entre otros, a la **adecuación** de los aeropuertos concesionados en los términos de la cláusula 28 del mismo Contrato y del Apéndice "C" para la nivelación y compactación de la pista.

Luego no es posible aceptar la afirmación contenida en el numeral 5.10.6. de la demanda arbitral en cuanto a que la obligación de nivelar las Franjas de Pista del Aeropuerto de Quibdó "*presupone la existencia de las mismas*". Afirma la demandante que con la realización del levantamiento topográfico "*se empezó a prever que el alcance de las obras iba a ser mayor al presupuestado en los diseños por las condiciones del suelo, que hasta ese momento eran desconocidas por Airplan*".

Con estas manifestaciones de la Demanda Arbitral, y las disposiciones del Pliego y el Contrato, se evidencia la violación del deber de cuidado en que incurrió el proponente al ofertar y posteriormente al contratar, ya que la existencia de las franjas era determinable con la sola inspección visual, lo mismo que su estado, de modo que nada había de imprevisto, ni de incierto, ni desconocido al momento de publicarse el Pliego de Condiciones, e incluso de llevarse a cabo la visita que constituyera un vicio oculto al momento de contratar.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-300 de 2012 contempló la posibilidad de "*renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista". Sin embargo, en el presente caso no le es posible al Concedente modificar el Contrato de Concesión, ni reconocer valores adicionales por la obras contratadas ya que frente a la infraestructura concesionada, que el Proponente declaró conocer, no existieron causas imprevisibles, ni extraordinarias que variaran el estado de las Franjas de Pista frente a las que se ofertó para proceder a su adecuación.

Y es que tampoco se trata en el presente asunto de un contrato de obra, sino de una concesión aeroportuaria en la que el Concesionario, a cambio de una remuneración, se obligó —entre otros— a adecuar y modernizar una infraestructura aeroportuaria mediante la realización de obras y actividades cuyos alcances debieron ser previstos por él al momento de ofertar.

Dicho en otras palabras, el concedente abrió un proceso de selección para que los interesados presentaran propuestas de "**adecuación y modernización**" de una infraestructura aeroportuaria que se encontraba en determinado estado de conservación. Frente a la infraestructura existente, los proponentes ofertaron obras y actividades de adecuación y modernización que llevaran esa infraestructura a determinadas condiciones legales y reglamentarias a las que les calcularon un determinado valor y a cambio de una contraprestación consideraron que económicamente hacía viable un determinado negocio.

Sin embargo, por su falta de diligencia en cuanto a la verificación de las condiciones de la infraestructura existente, la adecuación de tal infraestructura les resultaría más costosa de lo que calcularon, sin que se pueda determinar que el concedente les ocultó, o tergiversó la información disponible, ni que existieron circunstancias imprevistas e imprevisibles para las partes que pudiesen posibilitar el reconocimiento de mayores valores en que hubiese incurrido el Concesionario para cumplir con lo pactado, que se reduce a una obligación de resultado, cual es la nivelación de la franja de pista del Aeropuerto de Quibdó.

Frente al tema del plazo para la ejecución, corresponde revisar las cláusulas del contrato que refieren a este aspecto, las cuales fueron pactadas así:

*"Cláusula 7.- Término de ejecución del Contrato: **El término de ejecución del Contrato se extiende desde la fecha de suscripción del Acta de Inicio***

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

***de Ejecución** y hasta que ocurra uno cualquiera de los siguientes hechos, el que ocurra primero: (i)*

Conforme con lo establecido en el literal (iv) de la cláusula 21.9 del Contrato de Concesión se tiene que *"El Concesionario elaboró su propio plan de negocios con base en los supuestos que consideró apropiados y con base en ellos presentó la Propuesta Económica que estimó conveniente"*.

En esa misma disposición contractual, el Concesionario reconoció que *"efectuó bajo su propia responsabilidad las proyecciones que consideró convenientes en cuanto al tráfico, tarifas, **costos de obra**, administración, operación y mantenimiento"* (resalto)

Razón por la cual, contractualmente se pactó en la misma cláusula que los concedentes, no tendrían responsabilidad alguna por cualquier disparidad que pueda presentarse entre el plan de negocios del Concesionario y los resultados reales de la ejecución de la Concesión.

En el literal (v) de la cláusula 21.9 del Contrato de Concesión, el Concesionario *"...acepta incondicionalmente la forma de remuneración pactada en este Contrato y la encuentra suficiente para recuperar su inversión y obtener la utilidad que consideró pertinente..."*.

Así las cosas, si por su actitud precontractual negligente, si por su propia culpa en la ejecución del contrato, las obras de **adecuación, nivelación y compactación** le hubieran podido reportar mayores costos, está en la obligación de asumirlos y pretender su reconocimiento por medio de un Laudo Arbitral debe ser denegado.

Lo anterior, por cuanto las mayores cantidades de obra pregonadas surgirían de una **deficiente estimación de las cantidades de obra** requeridas para la ejecución del contrato, por una causa imputable únicamente al Concesionario: su deficiente estructuración de la propuesta.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

El Consejo de Estado²⁵ recientemente con respecto a las mayores cantidades de obra ha determinado que *"el sólo hecho de su existencia no significa necesariamente el derecho del contratista a reclamar su pago"*.

No se trata en este caso de un contrato de obra estipulado bajo la modalidad de precios unitarios, se trata de un Contrato de Concesión, en el que por su cuenta y riesgo el Concesionario ofertó para la ***adecuación, nivelación y compactación*** de las Franjas de Pista, en los términos que consideró adecuados. Si bien se desfasó en las cantidades de obra requeridas para ese propósito, ese era su riesgo y así debe ser declarado al negar el reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra deprecado, ya que ello implicaría que el Tribunal reconociera implícitamente la existencia de una adición del Contrato de Concesión que posibilitara el reconocimiento de unas obras adicionales no contempladas en el mismo.

Es que hay que aclarar que el Concesionario, frente a una infraestructura existente y comprobable, se obligó incondicionalmente a adecuarla, nivelarla y compactarla de acuerdo con sus propias estimaciones y a su oferta que contiene una obligación de resultado; luego, si en la ejecución contractual incurrió en mayores costos, ello no puede estar a cargo del Concedente.

Hay además que considerar, de acuerdo con el acopio probatorio, cierto grado de negligencia con la que actuó la parte Convocante en la etapa precontractual al exponerse excesivamente a un riesgo innecesario. Es que no está de menos considerar que en la visita que efectuó a las instalaciones del aeropuerto actuó con imprudencia al no verificar siquiera que las Franjas de Pista existieran, ni su altura, ni lo requerido para nivelarlas con la pista, ni las condiciones en que debía adecuarla. Razón por la cual no podrá válidamente pedir que se le reconozcan valores adicionales en los que pudo incurrir para cumplir con la obra que le es exigible.

Entendiendo que el alcance de las obligaciones fue limitado por el propio Concesionario, aspecto del cual se deriva la ausencia de responsabilidad de las concedentes, se tiene que acometer la actividad de construcción respecto de la franja de pista del Aeropuerto El Caraño era previsible de haber agotado una adecuada verificación del sitio y, como consecuencia de ello, una apropiada estructuración de la propuesta.

²⁵ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, Bogotá D.C, 29 de febrero de 2012, Radicación número: 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371)

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Al respecto, corresponde analizar el informe técnico denominado "PERITAZGO TÉCNICO PARA DIRIMIR CONTROVERSIA ENTRE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL Y AIRPLAN" (obra a folios 590 a 604 del Cuaderno de Pruebas No. 1), el cual fue presentado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros en el trámite administrativo, en el que se indicó lo siguiente:

"2.1.4. Verificará si al momento de la visita de obra al Aeropuerto El Caraño de Quibdó, los proponentes de la Licitación para la Concesión, podían avizorar que se requería de rellenos y de obras especiales, para cumplir con las áreas requeridas en los términos contractuales y en el RAC (Reglamento Aéreo Colombiano).

Respuesta_ Tal y como se manifestó en el numeral anterior si la visita a la obra por parte de los proponente (sic) se limitó a un recorrido por la pista, la respuesta es no. Si la visita incluyó acceso detallado a la franja de pista, la respuesta es sí'.

En otro aparte de ese mismo documento, el Perito precisó lo siguiente frente al alcance de las obras:

"2.2.2 con base en la pruebas documentales aportadas por el concesionario el día 4 de noviembre mediante comunicación (...), en cumplimiento a lo establecido en la Resolución No. 05224 del 21 de septiembre de 2011, con las cuales se da evidencia de los niveles de intervención realizados, no solo para lograr la geometría transversal de las franjas, sino de los reemplazos de materiales y de los materiales adicionales para poder lograr la geometría y estabilidad, ¿puede seguir sosteniéndose que el trabajo realizado se llama "nivelación de franja de pista" a la luz de lo establecido en los numerales 1.6.2.2.2 y 2.2.8 del apéndice C del Contrato de Concesión?

Respuesta: Para una franja de pista existente y cuyos materiales cumplen con las especificaciones técnicas, se entiende como nivelación lo establecido en el Apéndice C del Contrato de Concesión. Para una franja de pista inexistente o cuyos materiales no cumplen con las especificaciones técnicas se deben realizar trabajos y actividades no contempladas en el Apéndice C, tales como construcción de muros, filtros, pilas, canales, transporte de materiales, cortes y rellenos de materiales que tengan las especificaciones"

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Las dos respuestas deben ser analizadas en conjunto. Para efectos de dirimir la controversia, se tiene que una visita al Aeropuerto en la fase de estructuración, en los términos ordenados por la carga de debida diligencia, podía arrojar un resultado diferente en relación con la previsión sobre el alcance de las obligaciones que debían ser cumplidas.

De acuerdo con lo anterior, si en realidad hubiese mayores cantidades ejecutadas sólo son el resultado de una indebida estructuración de la oferta, dado el poco cuidado que empleó el oferente en la visita que cumplió al Aeropuerto. Así quedó probado en el proceso, por lo que esa falta de diligencia no puede ser premiada con un reconocimiento de mayores cantidades de obra que pudieron ser previstas de haber adelantado un estudio juicioso sobre la infraestructura que sería recibida. Siendo esto así, debe entenderse que las actividades se entendían incorporadas en el alcance de las obligaciones del Apéndice C del Contrato de Concesión.

Determinada la forma como debía cumplirse la obligación de modernización y adecuación, respecto del Aeropuerto El Caraño de Quibdó, para resolver la primera pretensión principal el Tribunal encuentra, lo siguiente:

- Las obligaciones debían cumplirse en los estrictos términos pactados en el Contrato de Concesión, teniendo en cuenta el alcance determinado por el Concesionario en la fase de estructuración.
- Comoquiera que al Concesionario le correspondía una carga de debida diligencia en la fase de estructuración del Contrato, el mayor alcance sólo podría responder a la configuración de hechos imprevistos que no hayan podido ser advertidos en ese momento.
- Al Concesionario le correspondía llevar los aeropuertos concesionados a dar cumplimiento a las normas aeronáuticas que se entienden incorporadas al Contrato de Concesión.

De acuerdo con lo anterior, las obligaciones pactadas en las cláusulas 28, 35, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45 y 51, se restringen a lo pactado en su tenor literal, teniendo en cuenta los aspectos relacionados con la carga de estructuración que le fue impuesta al Concesionario, otrora proponente. En cuanto a ese aspecto, al Concesionario le

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

correspondía adelantar el análisis suficiente que le permitiera cumplir la adecuación y modernización de la infraestructura aeroportuaria, en los términos exigidos por las Concedentes, tal y como quedó indicado en el capítulo 2.1. de este laudo arbitral.

2.3 Estado de las obligaciones del Concesionario al momento de la confirmación de la multa (Resolución 01587 de 2012).

Como se vio en el capítulo del objeto del litigio, la pretensión segunda principal presentada por la Convocante consiste en que el Tribunal se pronuncie sobre si al momento de confirmar la imposición de la multa mediante la expedición de la Resolución 01587 del 29 de marzo de 2012, el Concesionario había cumplido las obligaciones relativas a la etapa de adecuación y modernización. En ese sentido, como manifestó el Convocante en sus alegaciones de conclusión, sus pretensiones buscan un *“pronunciamiento respecto a los efectos y consecuencias que generó en materia económica”* la multa impuesta, ampliando el espectro de la pretensión que fue invocada en la demanda.

La parte Convocada se opuso a estas pretensiones, presentando la excepción denominada *‘falta de jurisdicción y competencia’*, según la cual el Tribunal de Arbitramento carece de jurisdicción y competencia para pronunciarse sobre la petición de AIRPLAN, pues implica analizar la legalidad de actos administrativos.

Para el efecto, indicó que la nulidad del acto administrativo por medio del cual se hizo efectiva la imposición de multa, ya había sido sometida al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, quien será la competente para resolver dicho asunto.

El Ministerio Público, por su parte, citó sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado que apoyan la posición según la cual los Tribunales de Arbitramento no tienen jurisdicción para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos²⁶. No

²⁶ Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 23 de febrero de 2000, expediente 16394, actor Consorcio Hispano Alemán, Consejero ponente doctor Germán Rodríguez Villamizar; expediente 16973, actor Consorcio Amaya-Salazar, C. P., Alier Hernández; del 27 de junio de 2002, expediente

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

obstante, manifiesta que, independientemente del debate sobre la competencia y jurisdicción de la justicia arbitral, *“lo cierto es que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, por ende, ha de entenderse que sus supuestos jurídicos y fácticos son válidos, reales y ciertos y a efectos de resolver esta controversia deben tenerse en cuenta”*.

Como se indicó, la pretensión invocada por la Convocante sólo se refiere a declarar *“que para la fecha de la expedición de la Resolución No. 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 CONCESIÓN No. 8000011 - OK del 23 de marzo 2008**”,* siendo así no se solicitó por la parte Convocante en la pretensión segunda, ni en ninguna otra, el pronunciamiento por parte del Tribunal ni frente a la legalidad del acto administrativo, ni frente a los efectos económicos, por lo cual el análisis de dicha pretensión se limitará sólo a ese restringido aspecto relacionado con el estado de cumplimiento para el momento de expedición de la Resolución 01587 de 2012.

En relación con el tema de la competencia, para efectos de este Laudo Arbitral se transcriben los argumentos tenidos en cuenta por el Tribunal al momento de asumir competencia para resolver el litigio:

“En los escritos de contestación de la demanda presentados, se propone la excepción denominada “Falta de jurisdicción y de competencia”, la cual de manera idéntica sustentan así:

“La pretensión segunda apunta a que “se declare que para la fecha de la expedición de la Resolución No. 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 CONCESIÓN No. 8000011-OK DEL 23 DE MARZO DE 2008”

21040, actor Invías, C. P. doctora María Elena Giraldo y sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

"Como está formulada, esta pretensión plantea un debate y busca que el tribunal adopte una decisión que dejaría inane la decisión administrativa contenida en la citada Resolución 01587, puesto que el único fundamento de la misma fue, precisamente, el incumplimiento de determinadas obligaciones a cargo del contratista respecto de la oportuna realización de trabajos en el marco de la etapa de adecuación y modernización a la que se refiere la cláusula 43 del Contrato de Concesión.

Por ende, el tribunal de arbitramento carece de jurisdicción y de competencia para conocer de dicha pretensión pues implica enjuiciar la validez de actos administrativos que, de paso, ya parece haber sido sometida al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa."

El Tribunal para efectos de realizar el análisis correspondiente a la arbitrabilidad de la pretensión respecto de la cual los apoderados de las partes Convocada argumentan la falta de competencia y jurisdicción del Tribunal, para lo cual debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012:

"Artículo 1º. Definición, modalidades y principios. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho."

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

De la lectura de la pretensión segunda objeto de análisis, el Tribunal considera que la misma no implica el pronunciamiento sobre la legalidad de un acto administrativo relacionado con la confirmación de la multa impuesta a la parte Convocante, se limita al análisis de la configuración de los supuestos contenidos en los considerandos de dicho acto administrativo más no a la declaración de nulidad del mismo, lo cual permite considerar como arbitrable lo contenido en esta pretensión.”

De acuerdo con lo anterior, no existe discusión alguna sobre la competencia del Tribunal para resolver la pretensión incoada por cuanto no hace referencia alguna ni a la legalidad del acto administrativo ni a sus efectos económicos, tal como se indicó al inicio de este capítulo. La pretensión restringe el análisis a la verificación del cumplimiento de las obligaciones para la fecha de expedición de la segunda resolución.

2.3.1 El Concesionario debía cumplir con sus obligaciones con anterioridad a la imposición de la multa.

Como se mencionó anteriormente, la Convocante ha solicitado —como pretensión segunda principal— que se declare “*que para la fecha de la expedición de la Resolución No. 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 CONCESIÓN No. 8000011-OK DEL 23 DE MARZO DE 2008*”.

Para el efecto, es necesario considerar el marco obligacional del Contrato y en particular las disposiciones contractuales que le imponían al Concesionario obligaciones específicas de hacer como son la dispuesta en la cláusula 28 del respectivo contrato según la cual “*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*”.

Según esta misma disposición contractual, el Concesionario estaba obligado a “*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*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Interventor". De donde se deduce palmariamente que había obligaciones de adecuación y modernización, no sólo previamente definidas y aceptadas por las partes, sino además sometidas a un plazo determinado en su ejecución, establecido en el apéndice 1.2.8. de 12 meses.

Tales actividades estaban perfectamente descritas en el Apéndice "C" y para el asunto que ocupa al Tribunal, en cuanto a la Franja de Pista, su adecuación, nivelación y compactación, se previó que se ejecutarían conforme al Contrato de Concesión, *"durante los sesenta (60) meses de la Etapa de adecuación y Modernización"*. Esta disposición del Apéndice está además sustentada en la cláusula 43 del Contrato de Concesión que define la mencionada etapa y la describe como aquella *"no operativa de ejecución contractual en la que el Concesionario debe ejecutar 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"*.

Obra en el expediente el oficio del 18 de noviembre de 2008 (folio 00084 del Cuaderno de Pruebas 1) con el que AIRPLAN S.A. hace la presentación de sus "Diseños Obras Obligatorias" junto con sus cuadros denominados "Cronograma de Ejecución Obras Obligatoria", cuadro que resulta de interés para dilucidar esta controversia, en el que se puede observar a folio 00102, que desde sus inicios el Concesionario tenía prevista la ejecución de las obras de adecuación, nivelación y compactación de las Franjas de Pista, un término entre mediados del mes de marzo de 2009 y finales del mes de octubre mismo año.

Reposa también, con importancia para el Tribunal, la copia del oficio 1070-516.7-2009009758 del 13 de abril de 2009 (folio 136 del C.P. 1) con el que la AEROCIVIL le informa al Concesionario sobre la aprobación de Diseños de Detalle de las obras que aquél había de ejecutar dentro de los 12 primeros meses del Plan de Adecuación y Modernización, en el que el Tribunal destaca que *"las obras en mención estarán sujetas a la verificación del cumplimiento de las obligaciones de resultado pactadas en el contrato de concesión"*.

La AEROCIVIL (folio 294 del Cuaderno de Pruebas 1) fue enfática al manifestar al Concesionario en el oficio del 19 de mayo de 2010 (1070.092.7.2010015547) su posición frente al vínculo contractual al considerar que las condiciones y exigencias que le venía realizando al Concesionario eran perfectamente aplicables y vinculantes, razón

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

por la cual no podría jamás pensarse que existieran obligaciones de imposible cumplimiento, que la información suministrada en la etapa precontractual era válida y vinculante conforme los riesgos que asumió, de manera que nuevamente lo instó para cumplir con el Cronograma de Obras de Adecuación y Modernización.

También se aportó al expediente copia simple de la comunicación 1070.092.72010019522 (folio 329 del Cuaderno de Pruebas 1) en el que la AEROCIVIL con sustento en el informe de la Interventoría Ad hoc, nuevamente le informó al Concesionario sobre el procedimiento en curso de la aplicación de la cláusula 83.3 del Contrato de Concesión.

De otra parte, el Capítulo XII del Contrato de Concesión 8000011 – OK previó el régimen sancionatorio al cual estaba sometido la ejecución de las obligaciones, de modo que las concedentes contaran con los instrumentos de apremio y de decisión definitiva sobre la conducta del Concesionario que no se atuviera al cumplimiento de las prestaciones en los términos pactados.

Al respecto, la cláusula 83²⁷ del Contrato de Concesión previó la posibilidad de imponer multas: *“Si el Concesionario no cumple con cualquiera de las especificaciones, requisitos, obligaciones y responsabilidades que le han sido impuestos y que ha*

²⁷ **CLÁUSULA 83.- MULTAS:** *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 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” (Resaltado fuera del texto)*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

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".

Esta cláusula supone la existencia de varios elementos, así:

- 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.
- Cuando se trata de obligaciones de ejecución inmediata, cuyo cumplimiento no sea posible restituir, se pueden imponer tantas multas como infracciones de ejecución inmediata se hayan presentado.
- La multa se impone por un monto diario equivalente a número de Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de las obligaciones.
- Esa regla relacionada con el monto de la multa tiene una restricción: salvo que expresamente se establezca lo contrario.
- En el evento en que el concesionario no cumpla dentro de los términos previstos en el Contrato de Concesión, podrá iniciar acciones para obtener declaración de incumplimiento o proceder a declarar la caducidad del contrato

Las multas, de acuerdo a 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.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

El numeral 83.3 y siguientes del Contrato de Concesión estableció el procedimiento de imposición de las multas y lo que se denominó “*garantía del derecho de defensa del Concesionario*” describiendo las etapas de ese procedimiento, las prerrogativas de la administración, la forma como ejercer el derecho de contradicción, las objeciones, informes, causación, pago de la multa, límites a la imposición de ésta, entre otros aspectos.

Hay que considerar que de acuerdo con lo informado por la Convocante en el hecho 5.10.15, se suscribió entre las partes un acta de prórroga para la realización de las obras, según la cual “*la obligación de culminar las obras en dicha Terminal Aéreo, será el día 6 de abril de 2010*”, refiriéndose al Aeropuerto El Caraño de Quibdó.

Consta en el acervo probatorio que el Concedente, mediante comunicación del 17 de marzo de 2010, oficio N° 1070.092.7.2010008448 informó al Concesionario sobre un procedimiento de multa por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales relacionado con que “*no se ejecutó oportunamente por parte del Concesionario AIRPLAN S.A., el 100% de las obras y suministros que obligatoriamente se deben cumplir dentro de los doce (12) primeros meses de la etapa de Adecuación y Modernización, descritos en el numeral 1.2.8. del Apéndice C del contrato de concesión 8000011OK-2008 y el Otrosí No. 1 del citado contrato*”, esto con fundamento en el informe de interventoría presentado por el interventor Ad hoc Luis Carlos Guerra Velez mediante comunicación 1200.225-10 del 16 de marzo de 2010, en el cual efectuó una 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 contenidas en el Apéndice C y en el Otrosí No 1, para los aeropuertos concesionados, en donde indicó que se evidenció el cumplimiento de algunas actividades del cronograma de Actividades del Plan de Adecuación y Modernización.

Por ello, el 14 de junio de 2011 las Concedentes profirieron la Resolución 03179 por medio de la cual se impusieron las respectivas multas.

Vale la pena precisar que en las consideraciones del acto administrativo se tuvo en cuenta, **además el incumplimiento por actividades relacionadas con los Aeropuertos de Rionegro y Olaya Herrera**, que afectaban también el cronograma de adecuación y modernización.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Señaló el acto administrativo (Resolución 03179 de 2011) que impuso la multa en su parte considerativa, lo siguiente:

"7. El 13 de marzo de 2009 se suscribió el otrosí No. 1, adelantando las obligaciones de los veinticuatro (24) primeros meses del Aeropuerto El Caraño de Qibdó para que se ejecutaran en los primeros doce (12) meses, y las de los primeros doce (12) meses del Aeropuerto Antonio Roldán Betancourt de Carepa para que se ejecutara dentro de los primeros veinticuatro (24) meses

(...)

"9. Los Concedentes, mediante oficio 1070.092.7.2010008448 del 18 de marzo de 2010, le informaron al Concesionario que se había dado inicio al procedimiento de imposición de multa, ante el presunto incumplimiento del numeral 1.2.8 del Apéndice C del contrato de Concesión 'Ejecución de las obras y Suministros del Plan de Inversión' y de lo señalado en el otrosí No. 1 al contrato de Concesión 8000011 – OK, todo lo cual con sustento en el informe presentado por el Interventor Ad hoc.

"10. Con comunicación No. 000 – 11 – 01 – 00 – 0824/2010 de 26 de marzo de 2010, el Concesionario AIRPLAN S.A. proporcionó sus explicaciones a los Concedentes, manifestando que éstos habían desconocido las reglas contractuales y habían violado el derecho al debido proceso al haber iniciado el proceso de imposición de multas al no haber agotado "el proceso de verificación y aceptación de las obras". Así mismo, aseveró haber cumplido a cabalidad y dentro del plazo establecido con las actividades establecidas para los primeros doce (12) meses de la etapa de modernización y adecuación, y que existen razones que justifican la no ejecución de aquellas actividades que están pendientes.

"12. Mediante escrito No. 1200-304-010 de fecha 22 de abril de 2010, el doctor Luis Carlos Guerra Velez, en su calidad de interventor Ad Hoc, manifestó su desacuerdo con los Concedentes respecto del inicio del proceso para la imposición de multas, por cuanto, a su juicio, el proceso de verificación de las obras de los primeros doce (12) meses del cronograma de la etapa de adecuación y modernización debía ser previo a la evaluación del cumplimiento contractual relativo al Capítulo VII Etapa de Adecuación y Modernización,

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

cláusulas 43, 44 y 45 numerales 45.1, 45.9, 45.10, 45.11, 45.14, 45.15 y cláusula 46, haciendo énfasis en el numeral 45.10 del contrato de concesión No. 8000011OK – 2008.

"18. Lo anterior, despeja toda duda que los Concedentes aun pudieran haber tenido. En efecto, la Interventoría, en sus comunicaciones de 16 de marzo y de 7 de abril den 2010, informó que para ese momento se evidenciaba el incumplimiento de algunas de las tareas trazadas en el cronograma de modernización y anexó las actas de verificación donde aparecen los porcentajes del estado de avance de la obras (sic) en cada uno de los aeropuertos

(...)

"19.4.3. Aeropuerto El Caraño de Quibdó

(...)

EXPLICACIONES DEL CONCESIONARIO

Imposibilidad de realizar determinadas actividades por hechos que eximen de responsabilidad al Concesionario

En varias comunicaciones anteriores se ha expuesto que, en relación con la actividad que se denomina franjas de pista, se han presentado hechos que el Concesionario no podía prever, que impiden ejecutar actualmente la totalidad de la cantidad de tal actividad.

(...)

"20. De todo lo descrito en el numeral anterior se concluye 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 aun sin terminar— dan cuenta que de conformidad con el apéndice C del contrato enunciado se ha presentado un incumplimiento contractual.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

En efecto, las obligaciones contempladas en el contrato de concesión 8000011 – OK de 2008, son de aquellas denominadas "obligaciones por resultado" es decir, que representaba una obligación para el concesionario, independientemente del porcentaje de avance alcanzado para cada una de las actividades a realizar, la ejecución total de todos los ítems a que se obligó en virtud de la celebración de la ley, del contrato, de los diseños presentados, y en general de cualquier otra norma o estipulación que se previera para tal fin.

(...)

"23. Con respecto al caso particular del Aeropuerto El Caraño del Quibdó, se evidencia claramente, de conformidad con el informe de interventoría, que las obras referentes a la nivelación de las franjas de pista se iniciaron apenas en el mes de enero de 2010, es decir, a escasos dos (2) meses de agotarse la etapa de adecuación y modernización en sus primeros doce (12) meses y que la problemática que actualmente acarreará el incumplimiento de esta actividad no se atendió en tiempo, de manera que mal puede hablarse de un imprevisto, máxime cuando el Concesionario ha debido tener presente la lluviosidad y las características del terreno a intervenir. En cuanto a la explicación dada por el Concesionario, en lo que tiene que ver con las calles de rodaje y cabeceras de pista, no es de recibo para los Concedentes el argumento de que el área intervenida de 565.02 m² era la necesaria para el proyecto, desconociendo de plano que el contrato de concesión exige una cantidad mínima de 1.320 m²

"24. En consecuencia, los Concedentes no aceptan los argumentos presentados por la Sociedad Concesionaria Airplan S.A. en la comunicación 000-11-01-00-0824/2010, con base en los argumentos jurídicos y contractuales presentados por el Comité Operativo y, por lo tanto, considera procedente la aplicación de la multa por incumplimiento al cronograma del plan de la Etapa de Modernización y Adecuación (...)" (Resaltado fuera del texto)

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el resuelve de la Resolución por medio de la cual se impuso una multa dentro del Contrato de Concesión determinó:

"ARTÍCULO PRIMERO. Imponer multa a la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A. – con NIT 900.205.407 – 1, por valor de DOS MIL DOSCIENTOS DIEZ MILLONES DE PESOS

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

*\$2.210.000.000.00), **equivalentes a 10 SMMLV, por 442 días, que han transcurrido desde el 16 de marzo de 2010**, fechas en la cual se debieron haber cumplido las obligaciones del primer año de la etapa de adecuación y modernización del contrato 8000011 – OK de 2008, hasta la fecha de expedición del presente acto administrativo.” (Resaltado fuera del texto)*

Sin entrar a hacer ninguna valoración sobre el efecto, este Tribunal debe señalar que del análisis adelantado se desprende que esa resolución debió considerar el Acta de Prórroga suscrita entre las partes que postergó la obligación respecto del Aeropuerto El Caraño hasta el 6 de abril de 2010. Sin embargo, no hay pretensión que permita hacer pronunciamiento alguno sobre este particular.

Ahora bien, en el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución sancionatoria se solicitó la práctica de una serie de pruebas encaminadas no a demostrar que las obligaciones de la primera etapa se habían cumplido, sino “*a efectos de demostrar que el trabajo que está adelantando el Concesionario es totalmente diferente del trabajo que fue contratado, así como las circunstancias fácticas y jurídicas que han entorpecido, retrasado y afectado la realización de esos mismos trabajos*” tal y como lo manifiesta la Convocante en el hecho 5.9.23.

De modo que la obligación constructiva de la Franja de Pista que debió realizarse en el mes de abril de 2010 se fue dilatando con la solicitud de práctica de pruebas que aún a febrero de 2012 estaban siendo debatidas, sin que ello obste para poder afirmar que con la interposición del recurso se pudiera entender que el término para efectuar las obras de nivelación y compactación se había prorrogado. No, lo que sancionó la Concedente era que en los doce (12) meses siguientes a la aprobación de los diseños las obras debieron ser entregadas.

Nótese como la misma Convocante, en el hecho 5.9.33. manifestó haber solicitado al Convocado que fijara fecha para llevar a cabo “*el acto formal de recibo de los trabajos*” en comunicación que le había dirigido el 8 de marzo de 2012. Fecha desde la cual podría entenderse que las obras fueron concluidas, cuando debieron entregarse, por cronograma contractual, el 6 de abril de 2010. (Esto es 23 meses antes).

No obstante, mediante Resolución 1587 del 29 de marzo de 2012, se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 3179 de 2011, indicando lo siguiente:

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

“ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar en todas sus partes el contenido de la Resolución 3179 del 14 de junio de 2011, “por la cual se imponen unas multas dentro del contrato de concesión”

Las consideraciones tenidas en cuenta para la decisión adoptada por las entidades concedentes, se incluyen a continuación:

“(…) Por lo anterior, no resulta de recibo para los concedentes lo argumentado por quien recurre, según el cual lo que faltaba por ejecutar en dicho terminal aéreo corresponde, única y exclusivamente a “corregir unos desperfectos”, sino que por el contrario, lo que había que hacer era compactar y nivelar las franjas de pista, como lo ordena el contrato de concesión y la normatividad aeronáutica vigente. Es que no puede equipararse, la actividad de hacer una obra, como en efecto lo viene haciendo el concesionario respecto de la obligación que debió haber cumplido el 7 de abril de 2010, y hacer unos ajustes a algo que previamente se había hecho, pero que existe necesidad de modificarlo en aspectos menores. Para la determinación de la configuración del primer incumplimiento, basta con verificar por parte del interventor que la obra no está ejecutada; y para que se tipifique el segundo aspecto, resulta menester que la obra se haya ejecutado, que el interventor lo haya verificado, que se le hayan hecho observaciones a la construcción y que se le haya concedido un plazo razonable al concesionario para que corrija lo ya ejecutado, y que los desperfectos no se hayan corregido dentro del plazo otorgado (cláusula 45.10 del contrato). Se reitera que el incumplimiento del concesionario. Se reitera que el incumplimiento del concesionario que motivó la Resolución 3179 del 14 de junio de 2011, obedeció a la no ejecución de unas obras a las cuales estaba obligado en el primer año de la etapa de adecuación y modernización.

(…)

No es cierto que las actividades por las cuales se impuso la multa objeto del recurso se hubiere acometido en su totalidad, toda vez que de conformidad con el informe de interventoría del 14 de abril de 2011, las actividades se encontraban con el avance que se muestra en el cuadro que a continuación se presenta:

(…)

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

*Y aun más, **en el informe de interventoría del periodo comprendido entre el 8 y el 14 de marzo de 2012, al avance de nivelación de las franjas de pista corresponde a un 97% sin que aún se logre evidencias (casi dos (2) años después de haber culminado el termino para cumplir con la obligación contractual) su terminación al 100%.** Sin embargo, para la presente actuación se deben tener en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar, al momento de expedirse el acto administrativo mediante el cual se concluyó la actuación administrativa sancionatoria, es decir, en el momento en que se expidió la Resolución 3179 del 14 de junio de 2011, lo anterior de conformidad con lo señalado por la Sala Plena del Consejo de Estado, que en providencia del 29 de septiembre de 2009*

(...)

Dar cumplimiento a la anterior normatividad, era una de las obligaciones del concesionario, además de aquella que lo conmina a dar aplicación a lo establecido en el apéndice C del contrato, obligaciones que son complementarias y no excluyentes la una de la otra, por tanto, debían ejecutarse dentro del término que para esta obra específica se agotó el 7 de abril de 2010, sin admitir excusa, como la del concesionario, en el sentido de aseverar que eran obras que desbordaban el apéndice C, ya que además de ello, las obras que ejecute con ocasión del contrato de concesión debían cumplir con lo establecido en el RAC, y de ello se presume conocía el concesionario, como lo estipula la cláusula 21.9 del contrato, que además da cuenta que el contrato de concesión es un contrato de resultado, el cual se obtiene cumpliendo con lo exigido en el apéndice C, por los Reglamentos Aeronáuticos Colombianos y por toda la normatividad vigente que aplique al tema” (Resaltado fuera del texto)

De acuerdo con lo dicho en las consideraciones del acto administrativo mediante el cual se confirmó la imposición de la multa, **las obligaciones no estaban plenamente cumplidas**. Así se indica con absoluta claridad en la Resolución 01587 del 29 de marzo de 2012, acto administrativo que goza de presunción de legalidad hasta que no sea decidida su nulidad por el juez competente.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Es notorio que el Concesionario, que debió entregar las obras el 6 de abril de 2010, a quien se impuso la multa el 14 de junio de 2011 por no haber entregado en aquella fecha, que sólo pudo entregar los trabajos en una fecha posterior al 8 de marzo de 2012, no podría pretender que se declare en su favor, *“que para la fecha de la expedición de la Resolución No. 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”*.

En efecto, en el acervo probatorio que integra el expediente no se encontró prueba que desestimara la afirmación contenida en la resolución según la cual: **“en el informe de interventoría del periodo comprendido entre el 8 y el 14 de marzo de 2012, al avance de nivelación de las franjas de pista corresponde a un 97% sin que aún se logre evidencias (casi dos (2) años después de haber culminado el termino para cumplir con la obligación contractual) su terminación al 100%”**.

Vale decir, 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 de concesión, estuvieran cumplidas.

Sumado a la ausencia de prueba de cumplimiento para la época de la decisión del recurso de reposición, debe indicarse que la pretensión planteada es amplia frente a la lectura del cumplimiento para la fecha del 29 de marzo de 2012, desconociendo que en dicho acto se imponían multas por razones adicionales a las relativas a la franja de pista del Aeropuerto El Caraño de Quibdó, que no fueron objeto de debate en el presente Tribunal.

Es importante aclarar que el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario se analizaban de acuerdo con el cronograma de Actividades del Plan de Adecuación y Modernización, es decir, la fecha del cumplimiento no debía ser anterior a la expedición de la Resolución que confirmó la multa impuesta, si no anterior a la que la impuso, así lo ha determinado el Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos como el que a continuación se cita:

“La Sala Plena consideró necesario unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, en razón a que ese fue el motivo para que el proceso fuese llevado por importancia jurídica a esa Sala y procedió a explicar las razones por las cuales

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

consideró que la tesis de recibo y que debía imperar era la que proclamaba que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa, esto es al expedir y notificar el acto administrativo principal, que, en su sentir, corresponde al que resuelve de fondo el proceso disciplinario, el que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria y en el cual se concreta la expresión de voluntad de la Administración.²⁸

Finalmente, de acuerdo con la asignación de riesgos del contrato y las obligaciones asumidas por el Concesionario con la suscripción del mismo, como ya se determinó anteriormente, el Concesionario se obligó respecto de las Franjas de Pista del aeropuerto El Caraño a adelantar “trabajos de nivelación y compactación de la franja de pista, de manera que se dé cumplimiento a la norma aeroportuaria sobre esta infraestructura”²⁹, por lo tanto no puede excusar su retraso en que debió realizar obras adicionales que no estaban contempladas en el Contrato.

3. DECISIÓN SOBRE LAS PRETENSIONES INCOADAS EN LA DEMANDA.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal tras el análisis de (i) los documentos que sirvieron de sustento para la formación del contrato, (ii) el contrato mismo con sus anexos y apéndices, y (iii) demás pruebas aportados al trámite arbitral, determina que, las Convocadas no incumplieron el contrato, en tanto entregaron la información requerida para que el otrora proponente estructurara la oferta, reconociendo, como consecuencia, que la actividad de construcción respecto de las Franjas de Pista le correspondía al Concesionario.

En cuanto a la pretensión primera principal, el Tribunal declara que el entendimiento de las cláusulas contractuales corresponde a lo indicado en su tenor literal, entendido bajo el contexto del Contrato de Concesión y el reconocimiento pleno de las cargas que correspondían al Concesionario en la fase de estructuración del proyecto.

²⁸ SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia de 29 de septiembre de 2009.C. P. Susana Buitrago Valencia. Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00442-01(S).Actor: Álvaro Hernán Velandia Hurtado. Ver también: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “B”, Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, Sentencia del 4 de octubre de 2012, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-05332-01(0120-08)

²⁹ Numeral 1.6.2.2.2 del Apéndice C del Contrato de Concesión.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

En punto a la pretensión segunda de la demanda que refiere al cumplimiento de las obligaciones para el momento de la confirmación de la imposición de la multa, como se indicó, no se allegó prueba suficiente que acredite el cumplimiento pleno de las obligaciones que originaron la imposición de la medida por parte del Concesionario. En efecto, como se indicó, la medida se adoptó también frente a los Aeropuertos de Rionegro y Olaya Herrera. En lo que guarda relación con el aeropuerto El Caraño, no hay certeza sobre el estado de cumplimiento al momento de adoptar la decisión confirmatoria, más allá de lo afirmado en el mismo acto administrativo que goza de presunción de legalidad, cuando indica que para el 14 de marzo de 2012, las obligaciones estaban cumplidas al 97%, por lo que se despachará desfavorablemente la pretensión.

Las pretensiones contenidas en los literales (a) y (b) de la TERCERA PRINCIPAL no están llamadas a prosperar ya que:

- a) El Concedente en el pliego de condiciones, Anexos y Contrato no violó deber alguno de suministrar información. Bastaba, en este aspecto con que el Proponente llevara a cabo la inspección de campo del aeropuerto para que se constatará el estado en que recibiría la franja y la comparación con las especificaciones del pliego, para determinar la cantidad y alcance de los trabajos que habrían de realizarse para llevar la pista al cumplimiento de las especificaciones de nivelación requeridas.
- b) Era responsabilidad del proponente verificar la realidad y estado de las Franjas de Pista del Aeropuerto de Quibdó y con ello determinar el alcance y contenido de las obras tendientes a adecuar tales franjas conforme las especificaciones técnicas previstas en el Apéndice "C" del Contrato y en el R.A.C. Adicionalmente, el Contrato de Concesión en su cláusula 21.9 dejó claro que "*El Concesionario declara conocer en detalle las características y las condiciones de operación de cada uno de los Aeropuertos*".
- c) No existieron obras adicionales, ni nuevas en las Franjas de Pista del Aeropuerto de Quibdó ya que frente a lo que recibió el Concesionario, era su obligación primordial "*adecuar*" dichas franjas para que cumplieran con las especificaciones técnicas previstas en el Contrato y en el R.A.C. y las labores y obras que realizó constituyen las obras obligatorias a que se obligó; cosa distinta es que por su

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

conducta negligente al momento de ofertar, los costos en que incurrió para la adecuación le hubiesen podido resultar más altos.

Respecto de la pretensión cuarta principal, ella no tiene prosperidad ya que a lo largo del trámite arbitral el Concesionario no demostró que se hubiere: "*dado pleno y cabal cumplimiento a sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión No 8000011-OK del 23 de marzo de 2008*", de acuerdo con lo expuesto en el acápite No 2. de las Consideraciones del Tribunal.

Como consecuencia de lo anterior, las pretensiones principales de condena serán desestimadas por el Tribunal, bajo el entendido que las Concedentes cumplieron el Contrato de Concesión.

4. DECISIÓN DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE CONVOCADA

En lo que tiene que ver con las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda como quiera que las pretensiones de dicha demanda no han prosperado el Tribunal encuentra que no hay necesidad de referirse a ellas siguiendo lo indicado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en Sentencia de 11 de junio de 2001 en la cual sobre el particular dijo:

"(...) la excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose (...) A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor (...) Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad (...) De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido "y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen” (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830)”.

5. JURAMENTO ESTIMATORIO

Para efectos del presente caso, en la medida en que la demanda arbitral fue presentada el 28 de agosto de 2012, la norma pertinente para el análisis de la estimación jurada de perjuicios es la contenida en el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, el cual dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas’.

El artículo citado determina las siguientes reglas:

- Cuando el actor pretenda una indemnización, en la demanda se debe estimar razonadamente el monto del perjuicio material.
- Para cumplir lo anterior deben observarse dos actuaciones:
 - (i) Deberá presentarse el medio probatorio denominado ‘juramento estimatorio’.
 - (ii) En el juramento estimatorio debe discriminarse cada uno de los componentes del monto del perjuicio material.
- Si la cuantía no es objetada por la contraparte o si el juez no decreta pruebas de oficio, el juramento “hará prueba” del monto de la indemnización.
- Por lo anterior, el juez en principio no puede reconocer una suma superior a la establecida en el juramento estimatorio. De hecho, por expresa disposición del artículo, son ineficaces de pleno derecho las manifestaciones que desvirtúen que lo indicado el juramento es la suma máxima pretendida.
- Sin perjuicio de lo anterior, se podrá reconocer un monto superior de perjuicios materiales al estimado, cuando hay perjuicios que se causan con posterioridad de la presentación de la demanda o si la parte demandada objeta el juramento.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

- El demandando debe objetar el juramento estimatorio en la contestación de la demanda. Esta oportunidad, como todos los términos en materia procesal, es preclusiva.
- La objeción también debe ser razonada, esto es, detallada. En ese sentido, en ella se debe especificar la inexactitud que tenga la estimación.
- Cuando se objeta el juramento se establece una nueva oportunidad probatoria. En ésta, el demandante podrá aportar o solicitar las pruebas que demuestren la estimación.
- El artículo establece una sanción si la cantidad que prueba el demandante excede en el "*cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada*". Si esto ocurre, se condena a la parte demandada pagar al demandado una suma que equivale al diez por ciento (10%) de la diferencia resultante entre la suma probada y la estimada.
- El juez puede decretar pruebas de oficio para tasar el monto de la indemnización, si sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar. También podrá decretar pruebas de oficio cuando advierta que la estimación es notoriamente injusta, ilegal.
- Expresamente el juramento estimatorio no debe realizarse frente:
 - (i) Cuando sea un incapaz quien pretende la reclamación de la indemnización, compensación, los frutos o mejoras.
 - (ii) Daños extrapatrimoniales o inmateriales.
- En el párrafo del artículo, se determina que también hay lugar a la imposición de una sanción cuando se niegan las pretensiones del demandante porque no se acreditó la configuración de perjuicios. En este caso, se condenará al demandante a pagar al demandado el cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda.

La Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del párrafo del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, norma que establece la sanción en caso de que se desestimen las

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

pretensiones, definiendo que la aplicación de la sanción prevista en el párrafo del artículo 206 no es objetiva o automática, sino que se debe analizar si el obrar de la parte fue diligente, o no.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es claro que para analizar la aplicación de la sanción prevista en el inciso 4 del artículo 206 del Código General del Proceso, se debe analizar la conducta de las partes.

En el presente caso, en la subsanación de la demanda radicada en diciembre de 2012, se presentó juramento estimatorio del monto de los perjuicios patrimoniales reclamados en la demanda.

Bajo ese entendido, se tienen tres (3) argumentos que llevan a concluir que no se aplicará la sanción mencionada:

En primer lugar, el supuesto al que refiere la norma se limita a la negación de las pretensiones por "*falta de demostración de los perjuicios*". En el presente caso, como se vio previamente, se desestiman las pretensiones por cuanto la Convocante no logró demostrar que las Concedentes le hubieran causado perjuicio alguno.

En ese sentido, no se trata de la ausencia de demostración de los perjuicios, sino que el Tribunal no comprobó la existencia de un hecho culposo que diera lugar a declarar la responsabilidad de la entidad Convocada que derivara en el reconocimiento de un perjuicio.

En segundo lugar, frente al monto de la multa alegado como parte de la estimación jurada de perjuicios, si bien no se cuenta con pretensión para hacer el reconocimiento, por lo que los árbitros carecen de jurisdicción para pronunciarse, el Tribunal encontró que en la imposición de la multa podía realizarse consideración adicional frente a la aplicación del efecto económico. Como consecuencia de lo anterior, no resultaría procedente imponer la sanción prevista en la norma por este aspecto.

En tercer lugar, no hubo pronunciamiento de la parte demandada en relación con el juramento estimatorio. En ese sentido, iría contra uno de los fines de la norma, aplicar la sanción sin tener en cuenta la conducta de la parte demandada.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Así entonces, en el presente caso el Tribunal concluye que no hay lugar a dar aplicación a la sanción prevista en el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso.

6. LAS COSTAS.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

Frente a la condena en costas el Consejo de Estado ha dicho que *"En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso (...) Es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora"*³⁰.

Esa disposición es aplicable a este proceso en la medida de que el arbitraje pactado es sustitutivo de la jurisdicción contencioso administrativa que habría de tramitarlo, si no mediara pacto arbitral.

Al respecto ha dicho esa misma Corporación que *"un contrato es estatal sin importar si se rige por la ley 80 o por el derecho privado, siempre que una de las partes del negocio sea una entidad pública, como acontece en el caso sub examine. De aquí se sigue que su juez será el que disponga el legislador, y esto no está asociado al régimen sustantivo del contrato. Ahora, según las normas procesales vigentes, en la actualidad corresponde a esta jurisdicción, porque el art. 82 CCA. dispone que el juez de los conflictos donde sea parte una entidad estatal es la justicia administrativa. Esto también aplica a las controversias contractuales. En segundo lugar, y según se desprende de lo analizado, en los contratos estatales -como el del caso concreto- si la justicia arbitral reemplaza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe entenderse que las reglas aplicables a aquélla son las que rigen en ésta, sencillamente porque opera un reemplazo de la jurisdicción, es decir, se trata de un verdadero equivalente*

³⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 1999. Expediente No. 10.775. Magistrado Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

jurisdiccional, toda vez que la justicia arbitral funge de juez de la administración, con la misma pretensión correctora y protectora del ordenamiento jurídico y del comportamiento de las partes del contrato.... Ahora, en cuanto a las reglas procesales que regulan la forma como se adelanta el proceso arbitral, el tribunal de arbitramento se debe atener a las previstas en el decreto 1818 de 1998, el cual se ocupa –con gran detalle- de la conformación del tribunal y de su puesta en funcionamiento –trámite prearbitral-³¹ (Resaltado fuera del texto).

El Tribunal encuentra que en este proceso ninguna de las partes actuó con mala fe en la acción o en la defensa, sus planteamientos fueron serios y sustentados, guardaron la altura debida en esta clase de litigios y mantuvieron respecto del juez y de los intervinientes la lealtad debida. Por lo anterior el Tribunal se abstendrá de condenar en costas.

7. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo anteriormente expuesto en el presente Laudo Arbitral, este Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: Negar por las razones expuestas las pretensiones de la demanda arbitral interpuesta por **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE 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 PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA**, de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Abstenerse de pronunciarse sobre las excepciones propuestas por las Convocadas por las razones referidas en la parte motiva del laudo.

Tercero: Declarar que no hay lugar a condena en costas ni a agencias en derecho para ninguna de las partes.

³¹ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 18 de febrero de 2010. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00058-00(37004).

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS DE CENTRO NORTE S.A. – AIRPLAN S.A.
VS.
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL – AEROCIVIL y el
ESTABLECIMIENTO PUBLICO AEROPUERTO OLAYA HERRERA.

Cuarto: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y al señor agente del Ministerio Público.

Quinto: Disponer que se protocolice el expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá.

Sexto: Advertir que si la partida “Protocolización y otros Gastos” no fuere suficiente para la protocolización del expediente y para la cancelación de los demás gastos, las partes deberán concurrir a pagar la diferencia, en los mismos términos y proporciones dispuestos cuando se señaló aquella.

Séptimo: Advertir que los excedentes no utilizados de la partida “Protocolización y otros Gastos”, si los hubiera, una vez protocolizado el expediente y cancelados los demás gastos, serán reembolsados por el Presidente del Tribunal a las partes en la misma proporción en que concurren a su pago.

La anterior providencia fue notificada en estrados.

CONSUELO SARRIA OLCOS
Árbitro-Presidente

FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS
ÁRBITRO

GABRIEL MELO GUEVARA
Árbitro

CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Árbitro