

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ARBITRAL
COMPAÑÍA DE DESARROLLO AEROPUERTO EL DORADO S.A.S. -
CODAD S.A.S.
contra
CONSTRUCTORA LHS S.A.S.
-Radicación No. 127541-**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede este Tribunal de Arbitraje a proferir en derecho el laudo que resuelve las diferencias surgidas entre COMPAÑÍA DE DESARROLLO AEROPUERTO EL DORADO S.A.S. - CODAD S.A.S. (en adelante también "CODAD") y CONSTRUCTORA LHS S.A.S. (en adelante también "LHS").

**CAPÍTULO I
ANTECEDENTES**

1. Las controversias

Las controversias que se deciden mediante este laudo se derivan del Contrato de Obra Civil No. 02/2012, suscrito el 31 de enero de 2012 entre CODAD y la UNIÓN TEMPORAL AEROPUERTO EL DORADO (en adelante también la "UT"), constituida por la sociedad española SAGLAS OBRAS Y SERVICIOS S.A. y la sociedad colombiana CONSTRUCTORA LHS S.A.S.

2. Las partes del proceso

La parte convocante y demandante dentro del presente trámite es COMPAÑÍA DE DESARROLLO AEROPUERTO EL DORADO S.A.S. - CODAD S.A.S., sociedad comercial, legalmente existente y con domicilio en Bogotá, titular del NIT 830.005.308-7. Si bien al comienzo de este proceso la sociedad se encontraba en liquidación, de conformidad con el certificado aportado por la demandante el 26 de octubre de 2021, a partir de julio del presente año se reactivó y su término de duración es indefinido.

La parte convocada y demandada es CONSTRUCTORA LHS S.A.S. sociedad comercial, legalmente existente y con domicilio en Bogotá, identificada con NIT 900.042.741-4.

En Auto No. 28 del 10 de marzo de 2022 el Tribunal tomó nota de la cesión de los derechos litigiosos efectuada por CODAD a FONDO DE INFRAESTRUCTURA COLOMBIANA ASHMORE I – FCP, FONDO DE CO-INVERSIÓN CON EL FONDO DE INFRAESTRUCTURA COLOMBIANA ASHMORE I –FCP –COMPARTIMIENTO 3 – CODAD S.A. y EMPRESA DE CONCESIONES AEROPORTUARIAS S.A.

3. El pacto arbitral

El pacto arbitral invocado y que fue acordado por las partes, tiene la forma de cláusula compromisoria, está contenido en la cláusula vigésima segunda del Contrato de Obra Civil No. 02/2012, según modificación plasmada en el contrato de transacción suscrito entre CODAD S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y la UNIÓN TEMPORAL AEROPUERTO EL DORADO el 27 de enero de 2020, y es del siguiente tenor:

“VIGÉSIMA SEGUNDA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: Toda controversia o diferencia relativa a este contrato se resolverá por un Tribunal Arbitramento, de acuerdo con las siguientes reglas:

(1) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, designados por las partes conjuntamente. En caso de que no se posible la designación de los árbitros por las partes, estos serán escogidos por sorteo administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de la Lista A de árbitros de dicha entidad, a solicitud de cualquiera de las partes.

(2) El Tribunal fallará en derecho.

(3) El Tribunal funcionará en Bogotá D.C., en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.

(4) En los términos del artículo 25 de la Ley 1563 de 2012, las Partes acuerdan establecer los honorarios para cada uno de los árbitros que integre el Tribunal de Arbitramento en la suma de ochenta millones de pesos (\$ 80.000.000) más IVA. Los honorarios del secretario del Tribunal de Arbitramento corresponderán a la mitad de los honorarios de uno de los árbitros que integre el tribunal arbitral”.

4. El trámite del proceso

1) El 21 de diciembre de 2020 CODAD presentó solicitud de convocatoria del Tribunal, junto con la demanda dirigida contra LHS.

2) Una vez integrado el Tribunal, con la designación de los árbitros de conformidad con el pacto arbitral y después de haber sido subsanada, la demanda fue admitida mediante Auto No. 4 del 25 de mayo de 2020, el cual se notificó a la demandada el 26 de mayo siguiente.

3) LHS dio oportuna respuesta a la demanda mediante escrito del 24 de junio de 2021, al cual se dio alcance con memorial del día siguiente, con expresa oposición a las pretensiones, formulación de defensas y excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio, sobre las cuales se pronunció la parte demandante con memorial del 7 de julio siguiente.

4) El 5 de agosto de 2021 la demandante reformó la demanda, la cual fue admitida por Auto No. 8 del 9 de agosto de 2021, que fue confirmado por Auto No. 10 del 1º de septiembre del mismo año.

5) El 16 de septiembre de 2021 LHS dio oportuna respuesta a la reforma de la demanda, con expresa oposición a las pretensiones, formulación de defensas y

excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio, sobre las cuales se pronunció la parte demandante con memorial del 27 de septiembre siguiente.

6) El Tribunal citó a las partes a audiencia de conciliación el día 14 de octubre de 2021, la cual se dio por concluida y fracasada, por lo que en esa misma oportunidad se determinaron las sumas que aquellas debían cancelar como costos del proceso.

7) La primera audiencia de trámite se inició el 25 de noviembre de 2021, oportunidad en la cual, mediante Auto No. 20, el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre CODAD y LHS, providencia que fue confirmada por Auto No. 22 del 2 de diciembre del mismo año.

8) La mencionada primera audiencia se trámite se dio por terminada el día 17 de marzo de 2022, con la ejecutoria del Auto No. 25 del 18 de febrero de 2022, por medio del cual el Tribunal decretó pruebas y señaló las audiencias para recaudarlas, según aclaración de que da cuenta el Auto No. 26 del 10 de marzo del mismo año.

9) En Auto No. 28 del 10 de marzo de 2022 el Tribunal tomó nota de la cesión de los derechos litigiosos efectuada por CODAD a FONDO DE INFRAESTRUCTURA COLOMBIANA ASHMORE I – FCP, FONDO DE CO-INVERSIÓN CON EL FONDO DE INFRAESTRUCTURA COLOMBIANA ASHMORE I –FCP –COMPARTIMIENTO 3 – CODAD S.A. y EMPRESA DE CONCESIONES AEROPORTUARIAS S.A.

10) Entre el 28 de marzo y el 28 de septiembre de 2022 se instruyó el proceso y por Auto No. 35 de esta última fecha se dio por concluida la etapa probatoria. No obstante, por Auto No. 37 del 29 de septiembre del mismo año el Tribunal decretó una prueba de oficio, que se tuvo por recaudada por Auto No. 38 del 17 de enero de 2023.

11) El día 2 de febrero de 2023 tuvo lugar la audiencia de alegaciones, en la cual los apoderados de las partes expusieron los argumentos que consideraron del caso y remitieron sendas versiones escritas de lo alegado.

12) El presente proceso se tramitó en treinta (30) audiencias, en las cuales el Tribunal se instaló y admitió la demanda, así como su reforma; integró el contradictorio y surtió los respectivos traslados; asumió competencia; decretó y practicó pruebas; resolvió varias solicitudes de las partes; recibió las alegaciones finales; y ahora profiere el que pone fin al proceso.

5. Las Pruebas practicadas

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus posiciones la demandante y la demandada aportaron varios documentos. Otras tantos fueron allegados por vía de sendos oficios que se libraron a la Agencia Nacional de Infraestructura y a la sociedad DESSAU-CEI. Igualmente, como consecuencia de la exhibición que estuvo a cargo de la demandante se incorporaron al expediente otras pruebas documentales.

A solicitud de las partes se recibieron los testimonios de Alfonso Urrego, Carlos Caycedo Franco, Luis Orlando Muñoz, Ignacio Narváez, Jhon Melo, Sandra Benavides, Alfonso Urrego, Germán Contreras, José David Muñoz y Jimmy Bonini.

Asimismo, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 275 y 276 del CGP se recibieron informes bajo juramento por parte de Aerocivil, la Agencia Nacional de Infraestructura y la Contraloría General de la Nación.

Las partes aportaron sendos dictámenes y los peritos que los rindieron fueron interrogados en audiencia como parte de la contradicción de dichas pruebas.

Como prueba de oficio se incorporó al expediente copia de la versión libre rendida por CODAD ante la Contraloría General de la Nación.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

6. Presupuestos Procesales

En este proceso están reunidos los presupuestos procesales, que son los requisitos necesarios para proferir una decisión de mérito sobre las pretensiones de la demanda.

En efecto, las partes acudieron a este proceso por medio de sus representantes legales y de sus apoderados judiciales que son abogados en ejercicio del derecho de postulación.

En auto proferido el 25 de noviembre de 2020 el Tribunal concluyó que tiene competencia para el juzgamiento y decisión de las controversias a que alude la demanda y su contestación. A su vez, en audiencia del 28 de septiembre el Tribunal efectuó el correspondiente control de legalidad de que trata el artículo 132 del Código General del Proceso sin encontrar ningún vicio, irregularidad ni causal de nulidad en la actuación.

7. Oportunidad para proferir este laudo

El Tribunal procede a proferir el laudo dentro del término que la Ley establece. En efecto, como la primera audiencia de trámite se dio por terminada el día 17 de marzo de 2022, con la ejecutoria del Auto No. 25 del 18 de febrero de 2022, por medio del cual el Tribunal decretó pruebas y señaló las audiencias para recaudarlas, según aclaración de que da cuenta el Auto No. 26 del 10 de marzo del mismo año, el plazo legal inicial para fallar, establecido en seis (6) meses, vencía el 17 de septiembre de 2022.

Sin embargo, a solicitud de las partes, el proceso se suspendió por un total de 226 días calendario, equivalentes a 150 días hábiles, dentro del máximo legal previsto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 y en el artículo 10 del Decreto 491 de 2020, en las siguientes oportunidades: entre el 1 de abril y el 30 de mayo de 2022; 1 de julio y el 15 de agosto de 2022; 23 de agosto y el 27 de septiembre de 2022; y entre el 8 de octubre y el 30 de diciembre de 2022.

Así, el plazo legal para fallar se extendió inicialmente hasta el 1 de mayo de 2023. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, el término del proceso fue ampliado en dos (2) meses. Por lo anterior, el plazo legal para fallar vence el 1 de julio de 2023, de manera que este laudo se profiere en tiempo oportuno.

Ninguna de las partes objetó durante el trámite los cálculos sobre el término de duración del proceso ni sobre la mencionada fecha máxima para proferir este laudo.

CAPÍTULO II CONSIDERACIONES

Síguese de cuanto queda expuesto que la relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, por tener virtualidad legal para invalidar lo actuado en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso, motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes, propósito en orden al cual son conducentes las siguientes consideraciones, previo planteamiento de las pretensiones de la demanda y las posiciones de las partes:

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA

“1.1. Principales.

Primera. *Declarar que CODAD tiene derecho a repetir contra CONSTRUCTORA LHS S.A.S., en su condición de miembro de la UT, por el valor de la cláusula penal que le hizo efectiva la ANI a CODAD mediante la Resolución 1297 de 2017, parcialmente confirmada por la Resolución 1776 del 20 de septiembre de 2018.*

Segunda. *Condenar a CONSTRUCTORA LHS S.A.S., en su condición de miembro de la UT, a pagar a CODAD dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha del laudo, la suma de veintidós mil cuatrocientos treinta y cinco millones seiscientos treinta y dos mil seiscientos cuarenta y dos pesos con dieciocho centavos. (\$ 22.435.632.642,18) a fecha de junio de 2020, indexada a la fecha en que se profiera el laudo más los respectivos intereses, o la suma que se demuestre en el proceso.*

Tercera. *Condenar a CONSTRUCTORA LHS S.A.S., en su condición de miembro de la UT, a pagar a CODAD los intereses de mora sobre la suma de que trata la pretensión anterior, a la tasa máxima moratoria permitida por la ley.*

Cuarta. *Condenar a CONSTRUCTORA LHS S.A.S. a pagar a CODAD los gastos, costas y agencias en derecho del proceso arbitral.*

1.2. Subsidiarias.

Como pretensiones subsidiarias de las anteriores, para el evento

en que la primera o la segunda pretensión principal, o ambas, no prosperen, solicito se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

Primera. *Declarar que CONSTRUCTORA LHS S.A.S., en su condición de miembro de la UT, está obligada a resarcir a CODAD los perjuicios ocasionados como consecuencia de haber la ANI hecho efectiva la cláusula penal del Contrato de Concesión.*

Segunda. *Condenar a CONSTRUCTORA LHS S.A.S., en su condición de miembro de la UT, a pagar a CODAD los perjuicios ocasionados como consecuencia de haber hecho efectiva la ANI la cláusula penal del Contrato de Concesión.*

Tercera. *Condenar a CONSTRUCTORA LHS S.A.S. a pagar a CODAD los gastos, costas y agencias en derecho del proceso arbitral”.*

2. LAS POSICIONES DE LAS PARTES:

Las posiciones de las Partes se resumen de la siguiente manera, con la división en los capítulos propuestos por la Convocante en la Demanda Reformada:

“Sección A. Hechos relativos a la celebración y la ejecución del contrato de obra civil No. 02/2012”

La Convocante relata que, con el fin de ejecutar ciertas obras previstas en el contrato de concesión No. 0110-OP-1995 del 18 de julio de 1995 (en adelante “el Contrato de Concesión”) celebrado con la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (en adelante “la UAEAC”), el 31 de enero de 2012 se celebró entre CODAD y la unión temporal constituida por SAGLAS OBRAS Y SERVICIOS S.A. y CONSTRUCTORA LHS S.A.S., cada una con una participación del 50% (en adelante “la UT”) el contrato de obra civil No. 02/2012 (en adelante “el Contrato de Obra”), por virtud del cual la segunda se obligó a realizar la repavimentación de la Pista Sur 13R-31L (en adelante “la Pista Sur”) y las calles de rodaje November, Mike entre Delta y Víctor, Papa, Delta entre Pista 13R-31L y Plataforma, Tango, Uniform, Víctor, Romeo, Sierra, Whisky, Yanqui, X-Ray, Foxtrot entre Charlie y Sierra y Zulu (en adelante “las Calles de Rodaje”), de conformidad con el cual los trabajos a cargo de la UT debían realizarse conforme a las especificaciones técnicas, contractuales y generales previstas en la propuesta de la UT del 16 de diciembre de 2011, en el Contrato de Obra y en la Invitación a Cotizar 02/2011 (en adelante “la Invitación a Cotizar”).

Señala la Convocante que el 15 de febrero de 2012 se suscribió el Acta de Inicio del Contrato de Obra y que, como consecuencia de los defectos advertidos durante la construcción y con el fin de corregir la falta de regularidad superficial y lograr el índice de perfil contratado, el 8 de marzo de 2012 la UT ofreció a CODAD implementar la técnica de microfresado y esta aceptó esa sugerencia y la sometió a consideración de la UAEAC, quien la aprobó, con lo cual, el 20 de diciembre de 2012 las obras ejecutadas por la UT fueron recibidas por CODAD.

Sin embargo, afirma la Convocante, en el Acta de Recibo Final del Contrato de Obra, suscrita el 20 de diciembre de 2012, se dejó constancia de que el recibo de los trabajos no relevaba a la UT de sus responsabilidades y obligaciones; que existían procesos en curso en contra de CODAD por multas y/o sanciones por incumplimientos imputables a la UT; y que la UT manifestó que la garantía de cumplimiento prevista en la cláusula décima quinta del Contrato de Obra cubría esas posibles multas y sanciones.

La Convocada admite como ciertos los hechos relacionados con la celebración de los contratos de Concesión y de Obra, pero precisa que son actos independientes y diferentes; que el Contrato de Obra contenía unas especificaciones técnicas distintas a las del Contrato de Concesión.

Por el contrario, niega que durante la construcción se configuraron irregularidades en cuanto al índice de perfil, por cuanto en la cláusula Quinta del Contrato de Obra se pactó que la corrección de los defectos de regularización superficial se podía realizar mediante el fresado o recrecido, así *“El Contratista podrá realizar las correcciones necesarias para llevar los valores del índice de perfil a los parámetros aceptados”*¹, en concordancia con el numeral 2.5, subnumeral de 16 la Invitación a Cotizar² en la cual se indicaba:

Tabla Criterios de aceptación o rechazo por el Índice de perfil

Índice de Perfil	Criterios
Menor o igual a 14.2 mm/hm	Aceptado
Entre 14.2 y 20 mm/hm	Se aceptará sólo si cumple que el promedio del índice de perfil no es mayor de 142 mm/Km. En caso contrario se considera rechazado y se deberán corregir los defectos de regularización superficial mediante fresado o recrecido por cuenta del Contratista
Mayor a 20 mm/hm	Rechazado. Se deberán corregir los defectos de regularización superficial mediante fresado o recrecido por cuenta del Contratista

Afirma la Convocada que fue CODAD la que le instruyó para que realizara el microfresado sobre toda la Pista Sur (admite que la UT lo ofreció pero solamente sobre una parte de la pista), y que la UT lo ejecutó asumiendo sus costos.

En cuanto al Acta de Recibo Final afirma que, una vez ejecutada la obligación principal de resultado, en este caso, la repavimentación de la Pista Sur del Aeropuerto El Dorado, sus responsabilidades y obligaciones quedaron extinguidas y que, con posterioridad al recibo a satisfacción, le correspondía a CODAD ejecutar las actividades de mantenimiento de la pista de acuerdo con lo previsto en la cláusula duodécima del Contrato de Concesión No. 0110-OP-95 numeral 12.2.

En cuanto a los procesos sancionatorios en curso a los que hace referencia la misma Acta, señala que no tenían nada que ver con lo que se debate en este proceso y que, finalmente, la UT asumió el valor de las multas.

¹ Contrato de Obra, cláusula Quinta, Parágrafo Primero.

² Invitación a Cotizar, numeral 2.5, subnumeral 16, Tabla denominada *“Criterios de aceptación o rechazo por el índice de perfil”*

“Sección B. Hechos relativos a la obra después de entregada por la UT”

Manifiesta la Convocante que en inspección realizada el 26 de mayo de 2013, CODAD advirtió la existencia de defectos en las obras ejecutadas por la UT, especialmente en las Calles de Rodaje, respecto de las cuales alertó a la contratista el 29 de mayo de 2013 y le solicitó, con fundamento en la cláusula décima sexta del Contrato de Obra, indicar la forma como llevarían a cabo las correspondientes reparaciones. Al respecto, señala que Consorcio Aeroportuario, interventor del Contrato de Concesión, en el informe realizado para el período 7 de mayo - 6 de junio de 2013, dejó constancia del mal estado de las Calles de Rodaje y requirió a CODAD para que presentara el plan de acción respectivo, la cual a su vez el 21 de junio de 2013 le informó de ello a la UT, quien por su parte respondió que no estaba obligada a hacer reparación alguna, alegando que los deterioros de esas calles no le eran imputables. Por lo anterior, CODAD contrató a la compañía Pavimentos Colombia S.A., que ejecutó los trabajos correctivos entre el 4 de diciembre de 2013 y el 26 de enero de 2014.

En relación con estos hechos la Convocada manifiesta que los mismos no tienen relación con el objeto del presente litigio y que las diferencias que surgieron entre las Partes con ocasión de las calles de rodaje fueron discutidas y resueltas mediante sendos arbitrajes asignados con números de referencia 3280 y 15551, cuyo Laudo³ en el caso del primero y, el contrato de transacción⁴ suscrito por las Partes, en el caso del segundo, hicieron tránsito a cosa juzgada y en virtud de ellos la UT asumió los costos de las reparaciones.

Agrega la Convocante que entre el 20 de diciembre de 2012, fecha de la firma del acta de recibo a satisfacción de la obra y dentro del periodo de garantía de cinco años, que expiró el 20 de diciembre de 2017, CODAD no requirió a la UT por situaciones asociadas a las reparaciones en la Pista Sur por supuestos defectos en el microfresado o del índice de perfil y que esta demanda arbitral fue presentada por CODAD una vez expirado el “periodo de garantía” del amparo de estabilidad de la obra, en los términos contenidos en la cláusula 16 del Contrato de Obra.

“Sección C. Hechos relativos a las multas impuestas por la UAEAC a CODAD por el incumplimiento de la UT al Contrato de Obra”

“Sección D. Hechos relativos al proceso arbitral en el que se condenó a la UT a pagar a CODAD por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del Contrato de Obra”

Refiere la Convocante que el 28 de enero de 2014 la UT presentó una demanda arbitral contra CODAD mediante la cual pretendía que ésta les pagara unos sobrecostos y trabajos adicionales, entre ellos, el microfresado que debió realizarse para lograr el índice de perfil convenido en el Contrato de Obra, el empleo de mayor maquinaria y equipos en las obras y el reajuste de actividades de reparación, renivelación y rampas.

³ Laudo arbitral de 15 de diciembre de 2015, Tribunal Arbitral de Unión Temporal Aeropuerto el Dorado, Saglas Obras y Servicios S.A. y Constructora LHS S.A.S. v. CODAD. Rad. 3280

⁴ Contrato de Transacción para solucionar algunas de las diferencias de que trata el trámite arbitral bajo radicado 15551 del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá suscrito entre el CODAD y la UT el 21 de enero de 2020

En el mismo proceso, CODAD formuló demanda de reconvención contra la UT cuyas pretensiones tenían por objeto que se declarara el incumplimiento de su obligación de garantía al no realizar las reparaciones de las Calles de Rodaje que aquella debió contratar con un tercero y que se condenara a la UT a pagar los perjuicios correspondientes; igualmente que se condenara a la UT a pagar a CODAD el valor de unas multas impuestas a esta por la UAEAC mediante la Resolución 03729 del 11 de julio de 2012, confirmada mediante Resolución 06784 del 5 de diciembre de 2013, por USD 96,955.77 y \$55.800.172, por la indisponibilidad de las pistas del Aeropuerto el Dorado el 26 de febrero de 2012.

Este proceso arbitral culminó mediante laudo proferido el 15 de diciembre de 2015 (en adelante, “el Laudo de 2015”) en el cual se declaró que la UT incumplió la obligación de garantía estipulada en la cláusula decimosexta del Contrato de Obra, por cuanto las deficiencias en las Calles de Rodaje obedecieron a problemas constructivos derivados de las labores desarrolladas por aquella y que los hechos que motivaron la multa que la UAEAC impuso a CODAD por la indisponibilidad de la pista del Aeropuerto el 26 de febrero de 2012 eran directamente imputables a la conducta de la UT, por lo cual ésta fue condenada a pagar a la contratante el valor de las reparaciones y de las multas, sumas éstas que le fueron efectivamente pagadas por la UT.

Al respecto, la Convocada, en esencia, aceptó como ciertos los hechos; sin embargo, precisó que la obligación pactada en el Contrato de Obra era de resultado, que consistía en ejecutar la repavimentación de la Pista Sur, la cual se cumplió el 31 de octubre de 2012 momento en el cual terminó la ejecución de las actividades de microfresado, cuyo recibo a satisfacción quedó comprobado en el “*acta de recibo final del contrato de obra civil*” del 20 de diciembre de 2012 y que en el Laudo de 2015 el tribunal concluyó que la UT entregó las obras cumpliendo con las especificaciones técnicas de la invitación a cotizar 02/2011 y del Contrato de Obra, así:

“Para resolver lo anterior, el Tribunal encuentra que efectivamente la UT entregó las obras dentro de las especificaciones técnicas, de lo cual dan cuenta diferentes documentos contractuales, dentro de los cuales se destaca el acta de entrega final de suscrita por las partes y el interventor el 20 de diciembre de 2012 (folios 82 a 84 del C. de Pruebas No. 1). En relación con esta acta, es importante comentar que refleja la recepción a satisfacción por parte de CODAD de las obras, lo cual estaba respaldado por el aval de la interventoría, descartando cualquier inconformidad que hubiere surgido en el curso de la obra”⁵.

“Sección E. Hechos relativos al proceso arbitral convocado por CODAD contra la UT”

Reseña la Convocante que el 15 de enero de 2018 CODAD presentó demanda arbitral contra SAGLAS OBRAS Y SERVICIOS S.A. y CONSTRUCTORA LHS S.A.S., miembros de la UT, para que se declarara que aquella tenía derecho a repetir contra ellos por el valor de la cláusula penal impuesta por la ANI en un proceso sancionatorio (a lo cual se refiere en el capítulo siguiente); y para

⁵ Ver Laudo del 15 de diciembre de 2015. Folio 178.

que se les condenara a pagar la suma de \$1.207.816.912 por concepto de nuevas reparaciones hechas por CODAD como consecuencia de los defectos en la repavimentación de la Pista Sur y las Calles de Rodaje. A este respecto, afirma que el 27 de marzo de 2020 la UT y CODAD suscribieron un contrato de transacción por virtud del cual acordaron transigir sus diferencias relativas a las reparaciones de la Pista Sur y las Calles de Rodaje, frente a lo cual la UT se obligó a pagar a CODAD la suma de \$380.000.000.

Lo anterior es admitido como cierto por la UT, que afirma que efectivamente pagó la suma transigida.

“Sección F. Hechos relativos a la multa impuesta por la ANI a CODAD por el incumplimiento de la UT del Contrato de Obra”

“Sección G. Hechos relativos al proceso arbitral No. 15857 de CODAD contra la ANI para dejar sin efectos la cláusula penal”

La Convocante manifiesta que el 19 de abril de 2016 la ANI, como causahabiente de la posición contractual de la UAEAC en el Contrato de Concesión, inició proceso sancionatorio en contra de CODAD para hacerle efectiva la cláusula penal pactada en el Contrato de Concesión, en el cual el cargo único imputado consistió en el presunto incumplimiento del Contrato de Concesión, en cuanto a la repavimentación de la Pista Sur del Aeropuerto Internacional el Dorado y varias calles de rodaje y que el 17 de mayo de 2016 CODAD le notificó a la UT sobre el proceso sancionatorio iniciado por la ANI.

Refiere que el 21 de septiembre de 2017 la ANI profirió la Resolución 1297 mediante la cual declaró el incumplimiento de CODAD del Contrato de Concesión, específicamente en cuanto a la repavimentación de la Pista Sur del Aeropuerto el Dorado y las Calles de Rodaje, e hizo efectiva la cláusula penal pactada en dicho contrato por valor \$31.783.265.370. Según afirma la Convocante, en dicha resolución la ANI encontró probado que CODAD no cumplió con las especificaciones técnicas contractualmente establecidas para la repavimentación de la Pista Sur y las Calles de Rodaje y no cumplió con el nivel de diligencia que le era exigible, al punto que tuvo que reclamarle a su propio contratista el incumplimiento en la ejecución de la obra, respecto de lo cual el tribunal de arbitramento le dio la razón.

Añade que en virtud del recurso de reposición interpuesto por CODAD contra la Resolución 1297 de 2017, mediante la Resolución 1776 del 20 de septiembre de 2018 la ANI redujo el valor de la cláusula penal a \$21.223.762.230.81) e *“hizo un par de precisiones respecto de la Resolución 1297 de 2017, que fue confirmada en todo lo demás”* (en adelante se hará referencia a las dos resoluciones mencionadas como *“las Resoluciones Sancionatorias”*).

La Convocante informa que el 10 de octubre de 2018 CODAD presentó demanda arbitral contra la ANI con el fin de obtener la nulidad de las resoluciones 1297 de 2017 y 1776 de 2018, y de esta manera dejar sin efectos la cláusula penal que dicha entidad le había hecho efectiva; al cual el 6 de febrero de 2020 el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá acumuló otro proceso arbitral entre las mismas partes que tenía por objeto la liquidación del Contrato de Concesión.

Continúa la Convocante señalando que el 21 de octubre de 2020 CODAD y la ANI celebraron un acuerdo conciliatorio respecto del Contrato de Concesión con el objeto de poner fin a estos procesos arbitrales (en adelante “el Acuerdo Conciliatorio”), en el cual, aquella dice que, “*se reconoció la legalidad del procedimiento administrativo sancionatorio y el contenido de las resoluciones que impusieron la cláusula penal a CODAD*”, y se indicó que ello era “*sin perjuicio del derecho que conserva CODAD de ejercer las acciones legales de repetición que estime pertinentes contra los subcontratistas que incurrieron en el incumplimiento de la ejecución de las obras de repavimentación de la Pista Sur ejecutada en 2012, el cual dio lugar a la imposición de la mencionada sanción pecuniaria por parte de la ANI*”⁶. Por otra parte, CODAD se obligó a pagar a la ANI la pena pecuniaria impuesta mediante las Resoluciones Sancionatorias por valor de \$21.223.762.230.81 a pesos de agosto de 2018. El 4 de diciembre de 2020 el tribunal de arbitraje aprobó el Acuerdo Conciliatorio y dio por terminado el proceso arbitral.

La Convocada reconoce que, en efecto, la ANI inició el proceso sancionatorio, pero contesta que el Contrato de Concesión tenía un objeto y unas especificaciones técnicas distintas a las previstas en el Contrato de Obra, por lo que las especificaciones técnicas incumplidas por CODAD no pueden atribuirse a la UT, y concluye de ello que no se cumplen las condiciones definidas contractualmente en la cláusula décima tercera y en el literal (d) de la cláusula décima del Contrato para que CODAD repita contra la UT por el valor de la cláusula penal que le hizo efectiva la ANI; además, afirma que la UT cumplió con la obligación de resultado derivada del Contrato de Obra de conformidad con los indicadores contenidos en el numeral 2.5 “Suministro y colocación de Pavimento asfáltico (P-401)” sub numeral 16 “Tabla Criterios de aceptación o rechazo por el Índice de perfil” de la invitación a cotizar 02/2011. En relación con la Calle de Rodaje Mike, que hace parte de los incumplimientos declarados en el proceso sancionatorio, manifiesta que la ANI impuso a CODAD penalidad por incumplimiento de sus obligaciones asociadas a esa calle con fundamento en las especificaciones técnicas del Contrato de Concesión, exigiendo el mismo índice de perfil de repavimentación de la Pista Sur, y que en el Contrato de Obra CODAD no exigió a la UT alcanzar ese índice de perfil para la calle de rodaje Mike.

Agrega la Convocada que una de las causas que motivó a la ANI a declarar el incumplimiento del Contrato de Concesión consistió en el incumplimiento de CODAD del plan de acción de repavimentación, por la inexecución de la instalación de la capa de rodadura de 4 cm o la intervención de microaglomerado; y que CODAD no pidió ni requirió a la UT su intervención para realizar la capa de rodadura, ni el microaglomerado, además de que dicha actividad no estaba comprendida en el Contrato de Obra.

En relación con el proceso arbitral iniciado por CODAD contra la ANI para que se declarara la nulidad de las Resoluciones Sancionatorias manifiesta la Convocada que en dicha demanda aquella reconoció la idoneidad de la UT para el cumplimiento de las especificaciones técnicas de repavimentación de la Pista Sur⁷; aceptó que la realización del tratamiento de microfresado fue

⁶ Páginas 21 y 22 del Acuerdo Conciliatorio.

⁷ Ver demanda arbitral del 10 de octubre de 2018. Fl. 14.

autorizada por el Comité Técnico de Ingeniería del Contrato de Concesión, en Acta No. 58 del 26 de junio de 2012⁸; y sostuvo que una vez ejecutadas las actividades de microfresado, el Concesionario cumplió con la obligación de mantener la disponibilidad de las pistas para su utilización y operación⁹.

Respecto del Acuerdo Conciliatorio sostiene la Convocada que la decisión de CODAD de conciliar con la ANI, que no le fue consultada a la UT, es un acto jurídico unipersonal que de ninguna manera puede obligarla a la segunda, que sólo podría estar justificado en temas subjetivos, de conveniencia e interés particular propios del fuero interno de CODAD, pero cuyas consecuencias jurídicas y económicas no puede trasladar a la UT ni a LHS, pues únicamente tiene efectos de transacción y cosa juzgada para quienes celebraron este acto jurídico.

Sección H. Hechos relativos al proceso de responsabilidad fiscal de la Contraloría General de la República contra CODAD por el incumplimiento de la UT al Contrato de Obra

La Convocante menciona que mediante auto No. 000017 del 18 de mayo de 2017, la Contraloría General de la República declaró de impacto nacional los hechos y diligencias relacionados con el hallazgo fiscal No. 20, teniendo como entidad afectada a la ANI, por presuntas irregularidades con el Contrato de Concesión consistentes en el pago de repavimentaciones que incumplieron las especificaciones técnicas de mantenimiento de la Pista Sur en el año 2012; que mediante auto 1682 del 12 de septiembre de 2017 la mencionada entidad inició proceso ordinario de responsabilidad fiscal contra CODAD y contra el presidente y el vicepresidente de gestión contractual de la ANI para la época en que ocurrieron las supuestas irregularidades y mediante auto No. 028 del 17 de septiembre de 2019 ordenó el embargo y retención de las sumas de dinero depositadas en las cuentas bancarias de CODAD.

La Convocada al respecto manifiesta que se trata de referencias a un proceso de responsabilidad fiscal del que la LHS no fue parte y que se atiene a lo que se pruebe en este proceso arbitral respecto de este hecho.

“Sección I. La responsabilidad de la UT y de CONSTRUCTORA LHS S.A.S. frente a CODAD”

La Convocante señala que en la cláusula Novena del Contrato de Obra se estableció que CODAD respondería directamente frente a la UAEAC por la correcta ejecución de las labores contratadas con la UT, pero con derecho de repetir contra esta por los pagos, sanciones, multas o sobrecostos en que incurriera por los hechos, acciones u omisiones de la UT; que en la cláusula Décima Tercera se reguló la responsabilidad de la UT por los daños y perjuicios que llegaran a causarse a CODAD, a la UAEAC o a terceros con motivo u ocasión de la ejecución de las labores contratadas, que la UT se obligó a cubrir todos los costos correspondientes o a reembolsarle a CODAD si esta los pagaba y a liberar a CODAD de cualquier reclamación o multa que pudiera resultar de cualquier acción u omisión suya; y que en la cláusula Vigésima Primera se pactó que la UT sería civilmente responsable de los

⁸ Ver demanda arbitral del 10 de octubre de 2018. Fl. 15-16 y fl. 53.

⁹ Ver demanda arbitral del 10 de octubre de 2018. Fl. 67.

perjuicios originados por el mal desempeño de sus funciones.

Dice que CONSTRUCTORA LHS S.A.S. es miembro de la UT y, por lo tanto, es solidariamente responsable frente a CODAD, conforme lo disponen el acuerdo de constitución de la UT y el Contrato de Obra.

Agrega la Convocante que las obligaciones del Contrato de Concesión que la ANI encontró incumplidas por parte de CODAD son las mismas obligaciones que estaban a cargo de la UT en el Contrato de Obra y que dichos incumplimientos se originan en el proceso constructivo realizado por la UT en el año 2012, por lo cual CODAD tiene derecho a repetir contra CONSTRUCTORA LHS S.A.S. quien está obligada a pagarle a aquella el valor de la cláusula penal impuesta por la ANI mediante las Resoluciones Sancionatorias.

La Convocada manifiesta a este respecto que la cláusula Novena es clara en señalar que la responsabilidad se deriva por hechos, acciones u omisiones en los que hubiera incurrido la UT y que en la ejecución del Contrato de Obra, no existió ninguno que le fuera atribuible en la ejecución de los trabajos de repavimentación de la Pista Sur que diera lugar a la sanción impuesta por la ANI, por cuanto esta tuvo origen en el desconocimiento de CODAD de las especificaciones técnicas contenidas en el Contrato de Concesión y en la inejecución del plan de acción de repavimentación y el correlativo incumplimiento el Contrato de Concesión por no haber instalado la capa de rodadura de 4 cm o la intervención de microaglomerado; e insiste en que CODAD no pidió ni requirió a la UT o a Constructora LHS su intervención para realizar la capa de rodadura ni el microaglomerado, y que por ello recibió a satisfacción las obras.

Agrega la Convocada que el informe preparado por INECO¹⁰, en su calidad de asesor técnico de CODAD, demuestra lo siguiente:

“6.2. Índice de perfil (IP) según AC No. 150/5370-10F”

“... Una vez finalizadas las obras, el valor promedio es de 6.92 in/mi, no existiendo ningún tramo con valor superior a 15 in/mi., por lo que CODAD cumple con los parámetros a que hace referencia la interventoría en el punto 2.4.2 de su informe.”:

“6.3. Numeral 6.4.14 Ensayo de Acabado Superficial”

“CODAD realizó un tratamiento superficial de microfresado, para corregir las zonas con deficiencias del índice de perfil (IP). La profundidad media de material retirado se sitúa en torno a 3 mm lo que supone un porcentaje insignificante respecto al espesor extendido. Por tanto, se concluye que este tratamiento superficial no se puede calificar como invasivo, y, como consecuencia, no se menoscaban las características originales del material extendido.”.

¹⁰ Informe Respuesta al informe final de repavimentación segunda pista y calles de rodaje asociadas. Aeropuerto Internacional El Dorado-Bogotá presentado por CODAD S.A. y elaborado por INECO.

“6.1. Sobre la AC – 150/5320-12C Sección 4 “Conducting Texture Depth Measurements”.

“únicamente cuando los valores obtenidos en el ensayo de medida del índice de fricción son inferiores a los valores de mantenimiento se recomienda la medida de la profundidad de la textura...”

“La medida de profundidad de textura superficial (macrotectura) de la capa de rodadura resultante de la repavimentación, no es un parámetro exigido en el contrato de concesión formalizado entre la AEROCIVIL Y CODAD”¹¹.

“La pista 13R-31L, presenta valores de coeficiente de rozamiento excelentes en la zona de toma de contacto y correctos en el 2° y 3er tercio de pista, garantizando las condiciones de frenado exigidas en la FAA y, por tanto, que justifica lo no necesidad de medir la profundidad de textura superficial de la pista...”

Respeto de las afirmaciones de la Convocante en relación con la cláusula Décima Tercera del Contrato de Obra, la Convocada señala que dicha estipulación no contiene una garantía indemnizatoria por incumplimiento del Contrato, pues se refiere únicamente a los daños originados en *“labores contratadas por acción u omisión suya o de sus trabajadores, empleados o por medio de máquinas y/o equipos a su servicio”*.

En lo relacionado con la cláusula Vigésima Primera, aduce la Convocada que la misma únicamente define la responsabilidad del Contratista dentro del marco de la Invitación a Cotizar 02/2012 y del Contrato de Obra, por lo que CODAD no puede extrapolar la responsabilidad que la ANI le atribuyó en el marco de sus obligaciones, forma de pago y especificaciones técnicas definidas en el Contrato de Concesión y por lo tanto, no existe responsabilidad civil de la UT, respecto a la sanción que la ANI le impuso a CODAD en la Resolución 1297 de 2015.

3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.1. Planteamiento de la cuestión jurídica a resolver:

El problema jurídico que se plantea y que el Tribunal ha de resolver, consiste en establecer si a CODAD le asiste el derecho de repetir contra LHS, es decir, de cobrarle lo que la demandante pagó a la ANI en virtud del Acuerdo Conciliatorio que dio lugar a la terminación del proceso mediante el cual pretendía la anulación de la sanción impuesta a través de las Resoluciones Sancionatorias; o, en subsidio, si le asiste a CODAD el derecho a ser indemnizado por LHS por los perjuicios que sufrió como consecuencia de haberse hecho efectiva la cláusula penal pactada en el Contrato de Concesión por parte de la ANI (más exactamente, de que CODAD haya pagado su valor en virtud del Acuerdo Conciliatorio).

¹¹ Numeral 3.1.4 del informe

3.2. Análisis probatorio y conclusiones del Tribunal

3.2.1. Las cláusulas del Contrato de Obra en las que CODAD sustenta sus pretensiones (cláusulas de indemnidad):

Para sustentar el derecho que pretende, la Convocante afirma en la Demanda reformada que la UT se obligó contractualmente a indemnizar a CODAD por los perjuicios que llegaran a causarse a aquella, a la UAEAC (hoy día la ANI), o a terceros *“con motivo u ocasión de la ejecución de las labores contratadas. Asimismo, la UT se obligó a cubrir todos los costos correspondientes o a reembolsarle a CODAD si esta los pagaba. Ahí mismo se acordó que la UT liberaría a CODAD de cualquier reclamación o multa que pudiera resultar de cualquier acción u omisión”*, y cita al efecto las siguientes cláusulas del Contrato de Obra:

“NOVENA: OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE. *El CONTRATANTE se obliga a:*

(...)

“d- EL CONTRATANTE responderá directamente ante la UAEAC por la correcta ejecución de las labores contratadas por este documento, pero tendrá el derecho de repetir contra EL CONTRATISTA por todos aquellos pagos, sanciones, multas o sobrecostos en que incurra, ocasionados por los hechos, acciones y omisiones de éste”.

“DÉCIMA TERCERA - RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS: *EL CONTRATISTA asume la responsabilidad por los daños y perjuicios que se causen a EL CONTRATANTE, la UAEAC o a otros terceros con motivo u ocasión de la ejecución de las labores contratadas, por acción u omisión suya o de sus trabajadores empleados, o por medio de máquinas y/o equipos a su servicio, así sea por fallas de estos; por consiguiente son de exclusiva cuenta y riesgo de EL CONTRATISTA todos los costos provenientes de la reparación de cualquier daño causado durante la ejecución de las labores contratadas, a las instalaciones, a los equipos a él encomendados y de los perjuicios que se ocasionen a EL CONTRATANTE, a la UAEAC o a otros terceros y que afecten de cualquier modo personas o propiedades como resultado de la realización de las actividades a su cargo y, posteriormente por defecto o vicios de las obras o de los materiales empleados en ellas, en los términos de las normas legales que fijan esa responsabilidad. EL CONTRATISTA está obligado a cubrir oportunamente la totalidad de esos costos o a reembolsar al CONTRATANTE su valor si este los paga. Igualmente EL CONTRATISTA, sus empleados o proveedores y/o subcontratistas se someterán en la ejecución del contrato a todas las leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, reglamentaciones, normas y regulaciones de todas las autoridades bajo cuya jurisdicción se ejecutan los trabajos y liberará a EL CONTRATANTE y a la UAEAC de toda responsabilidad, reclamación, acción legal, multa, indemnización o sanción que pueda resultar de cualquier acción u omisión suya, de sus empleados o proveedores y/o subcontratistas en el cumplimiento de dicho mandato.*

El CONTRATISTA se compromete a cumplir íntegramente las obligaciones que impone, a los usuarios de ésta, la Normativa de Seguridad en Plataforma, las normas e instrucciones que la complementan y cualesquiera otras que, a nivel local, hayan sido establecidas por la Dirección del Aeropuerto, en donde vaya a realizar su actividad, y que le serán facilitadas durante la prestación contratada; todo ello sin perjuicio de las sanciones que por incumplimiento de lo anterior le fueren impuestas.

Todo ello, sin perjuicio de lo establecido en la cláusula quinta del presente contrato y del derecho del contratante de iniciar las acciones legales que considere oportunas para el resarcimiento de los daños que pudiera haber sufrido el contratante por las acciones u omisiones del CONTRATISTA¹². (...)

“VIGÉSIMA PRIMERA-RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA:
EL CONTRATISTA será civilmente responsable de los perjuicios originados por el mal desempeño de sus funciones”.

Señala la Convocante que, además, en el Acta de Recibo Final del Contrato de Obra suscrita el 20 de diciembre de 2020, la UT aceptó expresamente que las posibles multas y/o sanciones por incumplimiento que la UAEAC impusiera a CODAD estaban cubiertas por la garantía de cumplimiento prevista en la cláusula décima quinta del Contrato de Obra, y si bien advierte que las sanciones contempladas en dicha Acta no guardan relación con la cláusula penal objeto de las Resoluciones Sancionatorias, “esa salvedad era un indicador más del querer y entendimiento de las partes en cuanto a que la UT estaba obligada a reembolsar las multas y sanciones que se llegaren a imponer a CODAD”.

Al respecto, en aras de la claridad y precisión, el Tribunal acudirá al párrafo completo de la cita parcial que transcribe la Convocante:

“De conformidad con lo estipulado en (sic) tanto en el literal d. de la cláusula Novena, como en la Décima Tercera y la Vigésima Primera del Contrato de Obra (...), se deja constancia de que a la fecha de la firma del presente documento, y en virtud del Contrato de Obra suscrito, se encuentran en curso por parte de la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil procesos contra CODAD S.A., por multas y/o sanciones por incumplimientos, por la suma de \$111'600.344 pesos moneda corriente y de US 193.911,54 dólares americanos y por parte de la Superintendencia de Puertos y Transportes una investigación administrativa, ésta (sic) última sin determinar aún el valor de la posible sanción y/o multa. En este sentido la UT Aeropuerto el Dorado manifiesta que la garantía de cumplimiento estipulada en la cláusula Décima quinta del citado

¹² La Cláusula Quinta del Contrato de Obra dispone lo siguiente:

“QUINTA – DESCUENTOS: El CONTRATANTE podrá descontar al CONTRATISTA lo costos en que incurra para la ejecución de los trabajos que EL CONTRATISTA no realice dentro de los tiempos acordados en la cláusula Segunda de este contrato. El CONTRATANTE también podrá descontar al CONTRATISTA los costos en que incurra para la reparación de los daños que menciona la cláusula decima tercera del presente contrato”.

contrato cubre estas posibles multas y/o sanciones”.

Visto dicho texto, la interpretación correcta de esta manifestación de voluntad no es la que pretendería atribuirle la Convocante, que parecería ser que cualquier multa que se le impusiera a CODAD bajo el Contrato de Concesión, en relación con las obras que eran objeto del Contrato de Obra, debía serle reembolsada por la UT. Por el contrario, según el tenor literal del aparte transcrito, lo que se manifiesta por la UT es que su póliza de cumplimiento, al tenor de la cláusula Décima Quinta del Contrato de Obra, brindaría cobertura sobre las multas específicas a las que se refiere el texto, en el evento de que llegaren a hacerse exigibles¹³.

De otra parte, argumenta CODAD que las cláusulas transcritas “*se enmarcan dentro del concepto de cláusula de indemnidad, una manifestación de la autonomía privada que tiene por objeto proteger el patrimonio del contratante de las eventuales demandas y reclamaciones de terceros por los hechos, acciones u omisiones de su contratista. En virtud de esta clase de pactos, el contratista asume que las reclamaciones provenientes de terceros y que derivan de su actividad serán asumidas por él. Es, por tanto, una asunción de riesgos y en algunos casos un mecanismo de modificación de las reglas generales de responsabilidad o de algunos de sus elementos*”¹⁴.

A este respecto, la Convocante trae a colación la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵ que señala que “las llamadas cláusulas de indemnidad en los contratos distintos a los de seguros deben entenderse como la obligación que asume una de las partes en el contrato, de responder frente a la otra por los perjuicios que la actividad para la cual fue contratado pueda generar a terceros, todo con el fin de dejar indemne su patrimonio respecto de los perjuicios que cause la ejecución de las prestaciones a su cargo”. Si se atiende al tenor literal del aparte transcrito de la sentencia, podría colegirse que se trataría de una obligación resarcitoria de los perjuicios generados a terceros por la actividad del contratista, y no, como en este caso, de los daños irrogados al contratante -concesionario, como consecuencia de multas impuestas a este por su concedente. Viene más al caso la doctrina también citada en el alegato según la cual estas cláusulas “...tienen como objeto principal establecer la obligación de una persona de proteger a una de las partes de un contrato contra ciertos daños o reclamos futuros, muchas veces relacionados con derechos o reclamaciones que pueda ejercer un tercero ajeno al contrato en su contra”¹⁶ y más propiamente, “el pacto de indemnidad es un acto jurídico que persigue una finalidad concreta: dar origen a una obligación de indemnizar en cabeza de un sujeto, cuando ocurran los eventos condicionales previstos en la propia estipulación. Así, el efecto en derecho que, por esencia, persigue la indemnidad no es otro distinto que servir de fuente a una obligación de valor

¹³ Así lo entendió también el Tribunal que emitió el Laudo de 2018, al referirse al mismo apartado del Acta de Recibo Final: “*Adicionalmente, en el Acta de recibo final del contrato de obra suscrita por CODAD S.A. y la Unión Temporal, el 20 de diciembre de 2012, la UT simplemente expresó que la garantía de cumplimiento cubre esas posibles multas*” (Página 221).

¹⁴ Alegatos de conclusión de CODAD, Página 61.

¹⁵ Consejo de Estado, sentencia del 2 de mayo de 2013, C.P Mauricio Fajardo Gómez, Rad. No. 24603

¹⁶ Castro, Marcela. Cláusulas de indemnidad: Aproximación a su problemática en el Derecho Colombiano. En: Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho. Tomo I Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké. 2011. p. 58.

*sujeta a una condición suspensiva: la obligación de valor es la obligación de reparar integralmente los perjuicios que se derivan de un evento dañoso, futuro e incierto, que es justamente la condición a la que está sujeta la indemnidad*¹⁷ (subrayados añadidos por el Tribunal).

Añade la Convocante que estas cláusulas, en ocasiones, pueden ser más amplias, cuando el contratista asume de manera objetiva la responsabilidad por las sanciones de todo orden que se impongan al contratante por actuaciones de aquél, manteniendo amparado el patrimonio de este de cualquier afectación negativa, y que en el presente caso, “... en virtud del Contrato de Obra, la UT, y LHS como integrante de aquella, asumió una obligación de indemnidad ampliada respecto de toda clase de sanciones, acciones legales, multas etc. que pudiera afectar a CODAD (acreedor de la obligación de indemnidad). Luego, a efectos de la responsabilidad del contratista (LHS) ni siquiera resulta necesario probar el elemento culpa, y, en consecuencia, basta que la sanción o multa impuesta al contratante se origine en cualquier hecho u omisión del contratista para que este deba asumirla” (Subrayado añadido).

Esa conclusión sin embargo no es de recibo para el Tribunal, como quiera que una cláusula de indemnidad que tenga el alcance de comprometer de manera objetiva la responsabilidad del contratista (basta para ello que la causa la sanción sea cualquier acto u omisión del contratista), requeriría de una estipulación expresa de las partes, la cual se echa de menos en el caso presente.

De otra parte, la Convocante sostiene que la obligación a cargo de la UT de reembolsar a CODAD los importes que ésta tuviere que pagar como consecuencia de multas impuestas por su concedente, fue reconocida o declarada por el tribunal que profirió el Laudo de 2015, en virtud de las decisiones que adoptó respecto de los procesos sancionatorios iniciados por la UAEAC, terminados o en curso por esa época.

No obstante, esta conclusión con el alcance que pretende darle la Convocante no resulta correcta, como se advierte al revisar lo que efectivamente ocurrió en estos casos:

En cuanto al primero, se trató de un proceso sancionatorio iniciado por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (UAEAC) que tuvo por objeto la imposición de una multa como consecuencia de la indisponibilidad de la pista Sur del Aeropuerto durante cuatro horas del 26 de febrero de 2012, por causa imputable a la UT -pues ésta no entregó la pista Sur para su funcionamiento a las 6:00 a.m. de ese día, como era su obligación-. Por ello, y dado que la UAEAC efectivamente impuso la multa a CODAD y la UT se negó a reembolsarle su valor, esta fue una de las pretensiones resueltas en el Laudo de 2015, en el cual el Tribunal encontró que “la falta de disponibilidad de la Pista en los días y horas generatrices de la multa impuesta, dentro del marco de sus obligaciones y responsabilidades (Cláusulas Séptima, Décima Primera y Décima Tercera), es directamente imputable a su conducta y se predica de

¹⁷ ROJAS QUIÑONES, Sergio, “Los pactos de indemnidad en el derecho privado colombiano. Vicisitudes y reglas contemporáneas”, Universitas, 2021, vol. 70, ISSN: 0041-9060 / 2011-1711DOI

su esfera jurídica, por lo cual, al tenor de lo pactado en el literal d) de la cláusula Novena del Contrato de Obra Civil No. 02/2012, CODAD tiene derecho a repetir por el pago de la sanción impuesta” y por lo tanto condenó a la UT a reembolsar a CODAD el valor pagado por ésta a la UAEAC¹⁸ (subrayado añadido).

Respecto del segundo caso, otra pretensión de CODAD tenía por objeto que se declarara que, si como resultado del otro proceso sancionatorio adelantado contra ella por la UAEAC -que no había culminado para entonces- se le imponía una multa, la UT debería responder por ello frente a CODAD. Esta pretensión fue desestimada como consecuencia de que para la época aún no se había producido una decisión definitiva en el mencionado proceso sancionatorio, pese a lo cual aquel tribunal manifestó (*obiter dicta*) que “...en caso de imponerse la multa o sanción, la Unión Temporal está en el deber legal de pagar el valor de las multas y sanciones que se impongan”.

En tal evento, según da cuenta el referido Laudo¹⁹, el proceso sancionatorio se inició como consecuencia de un presunto incumplimiento de CODAD “*por desperfectos en la reparación de la pista sur y que por las irregularidades en el acabado constructivo de la renivelación de la segunda pista, realizado por CODAD, tuvo como consecuencia la no disponibilidad de la pista el 25 de mayo de 2012*”. Es así como, nuevamente, el dicho del tribunal se fundamenta en el hecho de que, si finalmente se imponía la multa, ello sería el resultado de un incumplimiento de CODAD bajo el Contrato de Concesión, cuya causa sería, a su vez, el incumplimiento imputable a la UT de las obligaciones que a su cargo se derivaban del Contrato de Obra, lo que abriría paso a la obligación indemnizatoria pactada en dicho acto jurídico.

Quiere decir lo anterior que no bastaba con que la UAEAC impusiera una multa a CODAD, para que de ello surgiera objetivamente el derecho en su favor a repetir contra la UT, sino que tal derecho surgió en cuanto la causa de la multa fue imputable a esta última.

En conclusión, se tiene entonces que las cláusulas de indemnidad pactadas en el Contrato de Obra están llamadas a ser aplicadas “cuando ocurran los eventos condicionales previstos en la propia estipulación”, que son los siguientes:

Causa (evento condicional)	Alcance de la Indemnidad
<u>Cláusula Novena, literal d.</u> Incorrecta ejecución de las labores contratadas, <u>por hechos, acciones y omisiones de la UT</u> , que comprometan la responsabilidad de CODAD.	Derecho de CODAD a repetir contra la UT por pagos, sanciones o sobrecostos incurridos.
<u>Cláusula Décima Tercera</u> Causación de daños a CODAD, a la UAEAC o a otros terceros con motivo u ocasión de la ejecución de las	Obligación de la UT de indemnizar todos los <u>costos provenientes de la reparación de cualquier daño</u>

¹⁸ Laudo Arbitral de 2015, Páginas 198 y 199, y artículos Sexto y Séptimo de la Parte Resolutiva.

¹⁹ Laudo de 2015, página 28.

<p>labores contratadas, <u>por acción u omisión de la UT</u> o de sus trabajadores empleados, o por medio de máquinas y/o equipos a su servicio.</p>	<p>causado durante la ejecución de las labores contratadas, <u>y de los perjuicios que se ocasionen</u> a EL CONTRATANTE, a la UAEAC o a otros terceros y que afecten de cualquier modo personas o propiedades.</p> <p>Obligación de la UT de cubrir oportunamente la totalidad de esos costos o de reembolsar a CODAD su valor si este los paga.</p>
<p><u>Cláusula Décima Tercera</u> Defecto o vicios de las obras o de los materiales empleados en ellas, con posterioridad a la ejecución de las labores contratadas, en los términos de las normas legales que fijan esa responsabilidad.</p>	<p>Obligación de la UT de cubrir la totalidad de esos costos o de reembolsar a CODAD su valor si este los paga.</p>
<p><u>Cláusula Décima Tercera</u> Obligación de la UT, sus empleados o proveedores y/o subcontratistas de someterse en la ejecución del contrato a las leyes y regulaciones de todas las autoridades bajo cuya jurisdicción se ejecutan los trabajos.</p>	<p>Obligación de la UT de liberar a CODAD y a la UAEAC de toda responsabilidad, reclamación o sanción por acción u omisión de la UT o sus empleados, proveedores o subcontratistas en el cumplimiento de las leyes y regulaciones aplicables durante la ejecución del Contrato.</p>
<p><u>Cláusula Quinta (por vía de referencia)</u> Incumplimiento de la UT en la ejecución de los trabajos dentro de los tiempos acordados en la cláusula Segunda. Daños que menciona la cláusula Decima Tercera.</p>	<p>Derecho de CODAD a descontar al CONTRATISTA los costos en que incurra por el retraso o para la reparación de los daños.</p>
<p><u>Cláusula Vigésima Primera</u> Responsabilidad civil de la UT frente a CODAD por el mal desempeño de sus funciones, en los términos (por aplicación supletiva) de la ley.</p>	<p>Reparar a CODAD por los perjuicios originados por el mal desempeño de sus funciones.</p>

Establecido el marco contractual y las posiciones de las partes al respecto, procede el Tribunal a resolver el problema jurídico planteado que, como ha quedado expuesto, consiste en establecer si la Convocante tiene derecho al reembolso por parte de la UT de lo que le pagó a la ANI en virtud del Acuerdo Conciliatorio que puso fin al tribunal de arbitraje que resolvería las controversias existentes entre CODAD y, esa Entidad, específicamente por concepto de la cláusula penal impuesta por la Concedente como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de obligaciones derivadas del Contrato de Concesión, en cuanto a ciertas especificaciones técnicas de construcción y a

la no obtención del índice de perfil longitudinal y de la profundidad de textura estimada del pavimento instalado.

En este orden de ideas, el derecho pretendido por CODAD depende de que el incumplimiento de las obligaciones que a su cargo se derivaban del Contrato de Concesión, declarado por la ANI en las Resoluciones Sancionatorias, obedezca, a su vez, a actos u omisiones imputables a la UT en relación con sus obligaciones derivadas del Contrato de Obra.

De esa manera, el pago que la Convocante realizó a la ANI fue la consecuencia de que, en virtud del Acuerdo Conciliatorio, CODAD reconoció frente a la entidad concedente el incumplimiento de sus obligaciones como concesionario, así como la legalidad del proceso sancionatorio. En tal orden de ideas, si los hechos generadores del incumplimiento de CODAD no constituyen, a su vez, un incumplimiento de la UT de sus obligaciones bajo el Contrato de Obra, la causa de la obligación pagada por CODAD sería directamente imputable a su conducta y se predicaría de su esfera jurídica (para utilizar el mismo lenguaje del Laudo de 2015), y no a actos u omisiones de la UT.

3.2.2. Las obligaciones derivadas el Contrato de Obra a cargo de la UT, cuyo incumplimiento alega CODAD como causa de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión, y que dieron lugar a la aplicación de la cláusula penal por parte de la ANI:

La Convocante manifiesta que el 18 de julio de 1995 la UAEAC y CODAD celebraron el Contrato de Concesión No. 0110-OP-1995²⁰, que tenía por objeto el mantenimiento de la Pista Existente (Pista Norte) así como la construcción y el mantenimiento de la Segunda Pista (Pista Sur) del Aeropuerto el Dorado y de las obras complementarias; y que, con el propósito de dar cumplimiento a sus obligaciones relacionadas con la Pista Sur, el 31 de enero de 2012 celebró con los miembros de la UT, el Contrato de Obra, por virtud del cual la UT se obligó a realizar la repavimentación de la Pista Sur y de las Calles de Rodaje.

Afirma CODAD que la UT incurrió en incumplimientos del Contrato Obra consistentes “... *en primer lugar, en que las obras desatendieron las especificaciones técnicas (concretamente los procedimientos constructivos) previstos (sic) en el Contrato de Obra y en la Invitación a Cotizar; y, en segundo lugar, en que la UT incumplió la obligación de garantía prevista en la cláusula décima sexta de dicho contrato, al no realizar las reparaciones requeridas”.*

(Subrayado añadido).

Así, el primer incumplimiento que le atribuye CODAD a la UT, es el de sus obligaciones de carácter técnico o constructivo, pactadas principalmente en la cláusula Primera y desarrolladas en otras cláusulas que describen las obras objeto del Contrato y determinan las especificaciones técnicas, incluidos los procedimientos constructivos, aplicables a las mismas, de la siguiente manera:

“PRIMERA – OBJETO DEL CONTRATO: *Por medio del presente*

²⁰ Dictamen técnico de contradicción aportado por la Convocante, Anexo 1.

contrato EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar, por el sistema de precio cerrado total, las actividades detalladas en la cláusula Tercera del presente contrato, relacionadas con la Repavimentación de la Pista Sur (13R-31L) y calles de rodaje, November, Mike entre Delta y Víctor, Papa, Delta entre Pista 13R-31L y Plataforma, Tango, Uniform, Víctor, Romeo, Sierra, Whisky, Yanqui, X-Ray, Foxtrot entre Charlie y Sierra y Zulu del Aeropuerto Eldorado, superficies definidas en el Anexo 4.1 Pista y Carreteros a repavimentar de la Invitación a Cotizar 212011, asumiendo la totalidad de los riesgos que conlleva la ejecución de estas actividades, y comprometiéndose a entregar los trabajos a entera satisfacción de la Interventoría delegada por EL CONTRATANTE, en adelante la Interventoría, de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil (o su delegado), en adelante la UAEAC, y del CONTRATANTE, conforme a la propuesta de fecha 16 de diciembre de 2011, incluyendo cualquier modificación que a la misma se haya producido por el presente contrato, conforme a las especificaciones técnicas, contractuales y generales contenidas en este contrato y en la Invitación a cotizar 2/2011.

La otra obligación que la Demandante alega incumplida, es la pactada en la cláusula Décima Sexta del Contrato de Obra, que califica como obligación de garantía y que establece el deber de la UT de reparar o reponer los defectos que aparezcan en las obras después de la liquidación del Contrato y por un período de cinco años, por las causas que allí se describen, en los siguientes términos:

“DÉCIMA SEXTA - ESTABILIDAD DE LA OBRA Y PERIODO DE GARANTÍA: EL CONTRATISTA será responsable por la reparación de todos los defectos que puedan presentarse con posterioridad a la liquidación del contrato o si la obra amenaza ruina o acelerado deterioro, en todo o en parte, por causas derivadas de fabricaciones, replanteos, localizaciones, construcciones y montajes efectuados por él y por el empleo de materiales, equipo de construcción y mano de obra deficientes utilizados en la construcción. EL CONTRATISTA se obliga a llevar a cabo a su costa todas las reparaciones y reemplazos que se ocasionen por estos conceptos. Esta responsabilidad y las obligaciones inherentes a ella, se considerarán vigentes por un período de garantía de cinco años (5) contados a partir de la fecha consignada en el Acta de Recibo Definitivo de las obras. EL CONTRATISTA procederá a reparar los defectos dentro de los términos que el CONTRATANTE le señale en la comunicación escrita que le enviará al respecto. Si las reparaciones no se efectúan dentro de los términos señalados, el CONTRATANTE podrá efectuarlas por cuenta de EL CONTRATISTA y hacer efectiva la garantía de estabilidad estipulada en el contrato. Así mismo, EL CONTRATISTA será responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencias de las obras defectuosas durante el periodo de garantía.

Si las reparaciones que se efectúen afectan, o si a juicio del CONTRATANTE, existe duda razonable de que puedan llegar a

afectar el buen funcionamiento o la eficiencia de las obras o parte de ellas, el CONTRATANTE podrá exigir la ejecución de nuevas pruebas y/o cargo de EL CONTRATISTA mediante notificación escrita que le enviará dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la entrega o terminación de las reparaciones”.

Las obligaciones que se reputan incumplidas son distintas en cuanto a su objeto, pero están relacionadas entre sí, pues las primeras consisten en construir las obras de conformidad con las especificaciones contractualmente aplicables, obligación sin duda de resultado, cuyo cumplimiento, en términos generales, se verifica con el recibo de las mismas a satisfacción; al paso que las segundas tienen por objeto la reparación o el remplazo de las obras que, después de su entrega, presenten defectos, amenacen ruina o acusen acelerado deterioro con posterioridad a su entrega y durante el período de garantía (cinco años contados a partir de la entrega), por causas derivadas de actos u omisiones imputables a la UT durante la construcción o por el empleo de materiales, equipos o mano de obra deficientes en la construcción.

Se sigue de lo anterior que habiendo sido recibidas a satisfacción la obras, la responsabilidad de la UT solo podría surgir, en principio, por la aparición de vicios ocultos en la obra, que por tal carácter no fueron detectados al momento de la entrega y no impidieron su recepción a satisfacción, pero que son imputables al constructor darían derecho a CODAD a ser indemnizado por los costos de reemplazo o reparación de los defectos ulteriores que presenten durante el período de garantía.

3.2.2.1. El incumplimiento del Contrato de Obra imputado por CODAD a la UT como consecuencia de las obligaciones constructivas a cargo de ésta y los efectos de cosa juzgada del Laudo de 2015:

Afirma la Convocante, en su alegato final²¹, que la UT incumplió los procedimientos constructivos pactados en el Contrato de Obra y que “[L]a existencia de esos defectos constructivos y su incidencia en el incumplimiento del Contrato de Obra fueron declarados con efectos de cosa juzgada por un tribunal de arbitramento”, refiriéndose al que emitió el Laudo de 2015. Al respecto, CODAD afirma que “[e]n dicho laudo se declaró expresamente el incumplimiento del Contrato de Obra”, cuando el tribunal resolvió: “SEXTO: Declarar que SAGLAS OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y CONSTRUCTORA LHS S.A.S., en su condición de miembros de la UNIÓN TEMPORAL AEROPUERTO EL DORADO incumplieron el Contrato de Obra número 02/2012 suscrito el 21 de enero de 2012, por las razones expuestas en la providencia.”²²

Respecto de tal afirmación de la Convocante, es del caso establecer si los pronunciamientos contenidos en el Laudo de 2015 constituyen cosa juzgada, y en caso afirmativo, si irradian sus efectos sobre el objeto del presente proceso, pues en tal caso este Tribunal habrá de estarse a lo resuelto en el Laudo de 2015.

Sin extenderse al análisis de los elementos configurativos del fenómeno de la

²¹ Alegato CODAD, página 18.

²² Laudo de 2015, Parte Resolutiva, numeral SEXTO

cosa juzgada contemplados en el artículo 303 del Código General del Proceso, que el Tribunal da por sabidos, basta con poner de presente que, sin duda, el Laudo de 2015 constituye una decisión jurisdiccional que se encuentra ejecutoriada, con lo cual se cumple el primer requisito; y que en el proceso que dio lugar a aquel y en el presente, coinciden las partes.

En cuanto a la identidad de objeto, es necesario averiguar si entre uno y otro proceso el objeto es suficientemente próximo como para afirmar que en ambos se litiga sobre lo mismo, como lo tiene bien definido la jurisprudencia de tiempo atrás: *“Siempre que por razón de la diferencia de magnitud entre el objeto juzgado y el del nuevo pleito se haga oscura la identidad de ambos, ésta se averigua por medio del siguiente análisis: si el juez al estatuir sobre el objeto de la demanda, contradice una decisión anterior, estimando un derecho negado o desestimando un derecho afirmado por la decisión precedente, se realiza la identidad de objetos. No así en el caso contrario, ósea cuando el resultado del análisis dicho es negativo”*²³.

En lo que corresponde a la identidad de causa, por ella debe entenderse el hecho jurídico que sirve de fundamento a las pretensiones, es decir, a la cuestión de por qué se litiga²⁴, que será equivalente cuando en el nuevo juicio se aduce el mismo elemento fáctico específico ya invocado en el anterior²⁵.

3.2.2.1.1. El objeto y la causa del proceso anterior, resuelto mediante el Laudo de 2015:

Trasladando los anteriores conceptos al caso presente se tiene lo siguiente:

En el proceso anterior CODAD formuló demanda de reconvención que contenía como pretensión Primera Principal, *“Que se declare que SAGLAS OBRAS Y SERVICIOS S.A. y CONSTRUCTORA LHS S.A.S., en su condición de miembros de la UT, incumplieron el Contrato de Obra”* y, como consecencial de ella, como Pretensión Segunda, *“que se condene a SAGLAS OBRAS Y SERVICIOS S.A. y CONSTRUCTORA LHS S.A.S., en su condición de miembros de la UT, a pagar en favor de CODAD (...) las siguientes sumas de dinero”*, por concepto de *“valor de reparaciones de los defectos de las Calles de Rodaje”* (2.1); *“sanción impuesta en la Resolución Nro. 06784 de diciembre de 2013 proferida por la Aeronáutica”* (2.3); y *“La suma en que resulte condenada CODAD por los hechos ocurridos el 25 de mayo de 2012, que dieron origen a otro proceso administrativo sancionatorio que tramita la Aeronáutica”* (2.5).

En subsidio de las anteriores, CODAD solicitó que se declarara que los miembros de la UT tenían a su cargo *“la obligación de garantizar que las obras ejecutadas en la repavimentación del año 2012, perdurarían por un plazo mínimo de 5 años”* (Primera); que antes del vencimiento del período de garantía las obras realizadas sufrieron deterioros (Segunda); que los miembros de la UT *“incumplieron con la obligación de garantía que le habían otorgado a CODAD, en la medida en que no realizaron las reparaciones de las Calles de Rodaje”* (Tercera); que ante la negativa de la UT a realizar las obras

23 CSJ. SC. Sentencia de 27 de octubre de 1938. Reiterada el 12 de agosto de 2003; el 5 de julio de 2005; y el 16 de octubre de 2010.

24 CSJ. SC. Sentencias de 20 de agosto de 1985; del 26 de febrero de 2001; del 12 de agosto de 2003; del 15 de noviembre de 2005; del 10 de junio de 2008; 19 de septiembre de 2009; y del 16 de diciembre de 2010.

25 CSJ. SC. Sentencia de 9 de mayo de 1952.

de reparación de las Calles de Rodaje CODAD estaba facultada para contratarlas con un tercero, por cuenta de la UT; y que como consecuencia de las anteriores pretensiones, se condenara a los miembros de la UT a pagar a CODAD el valor de las reparaciones de las Calles de Rodaje (Quinta).

El anterior tribunal resolvió las mencionadas pretensiones en el Laudo de 2015, en el siguiente sentido:

“SEXTO: Declarar que SAGLAS OBRAS Y SERVICIOS S.A. y CONSTRUCTORA LHS S.A.S., en su condición de miembros de la UT, incumplieron el Contrato de Obra (...) por las razones expuestas en esta providencia.

SÉPTIMO: Como consecuencia de lo anterior, condenar a SAGLAS OBRAS Y SERVICIOS S.A. y CONSTRUCTORA LHS S.A.S., en su condición de miembros de la UT, a pagar en favor de CODAD (...) la suma total de (...), discriminada así:

- 1) (... \$...) por concepto del valor de reparaciones de los defectos de las Calles de Rodaje”*
- 2) (... \$...) por concepto de la sanción impuesta en la Resolución Nro. 06784 de diciembre de 2013 proferida por la Aeronáutica (...)*

NOVENO: por las razones expuestas en la parte motiva, no se accede a las pretensiones 2.2, 2.4. y 2.5 de la pretensión segunda principal de la demanda arbitral de reconvención (...)

Ahora bien, respecto de las razones que llevaron al tribunal a emitir su decisión en el sentido indicado, se tiene que, respecto de la pretensión Primera Principal, el Laudo de 2015 señala lo siguiente:

“ii. Incumplimientos imputados por CODAD a la UT

Dentro de la demanda de reconvención formulada por CODAD, se incluyeron una serie de pretensiones relacionadas con el incumplimiento del Contrato por parte de la UT, los cuales se refieren principalmente a dos aspectos fundamentales: (j) por una parte, aduce CODAD que la UT no cumplió el Contrato por cuanto la obras no atendieron las especificaciones técnicas descritas en el Contrato y no se respetaron los procedimientos constructivos acordados, (ji) Por la otra, argumenta CODAD que la UT no cumplió su obligación de garantía contenida en la cláusula décimo sexta del Contrato, en cuanto se negó a realizar la reparaciones requeridas en las calles de rodaje. Asimismo, en la excepción de contrato no cumplido interpuesta por CODAD frente a la demanda arbitral principal, imputa otros incumplimientos, respecto de los cuales se estará a lo dispuesto al tratar de las excepciones.

La argumentación de CODAD parte del supuesto de los daños y deficiencias que sufrieron algunas de las calles de rodaje algunos meses después a la entrega de las obras, respecto de los cuales solicitó, en ejercicio de la cláusula decimosexta, la reparación por encontrarse dentro del periodo de garantía, solicitud que fue

resuelta de forma desfavorable por la UT aduciendo razones que serán objeto de estudio en líneas ulteriores.

Para resolver lo anterior, el Tribunal encuentra que efectivamente la UT entregó las obras dentro de las especificaciones técnicas, de lo cual dan cuenta diferentes documentos contractuales, dentro de los cuales se destaca el acta de entrega final suscrita por las partes y el interventor el 20 de diciembre de 2012 (folios 82 a 84 del C. de Pruebas No. 1). En relación con esta acta, es importante comentar que refleja la recepción a satisfacción por parte de CODAD de las obras, lo cual estaba respaldado por el aval de la interventoría, descartando cualquier inconformidad que hubiere surgido en el curso de la obra.

A pesar de lo anterior, el Tribunal no comparte la apreciación de la UT, según la cual la recepción de la obra a satisfacción excluye la obligación de garantía contenida en la cláusula décima sexta, pues precisamente esa es la finalidad de la garantía, tal y como se expone a continuación, al analizarse las razones que expone para exonerarse de la responsabilidad de garantizar la estabilidad de la obra de las Calles de Rodaje.

El Contrato del que se deriva la controversia es un contrato de obra o de confección de obra material, como ha sido expuesto, contrato este que se encuentra definido en el artículo 2053 y subsiguientes del Código Civil. El contrato de obra, se reitera, constituye un acto jurídico del cual se desprende una obligación de realizar una obra determinada, que tiene como contraprestación una remuneración, y del cual, cabe resaltar, no se desprende una relación de subordinación ni existe representación.

Para efectos de dar luces en lo que atañe a los argumentos expuestos por ambas partes respecto de los daños en las Calles de Rodaje debe quedar claro, en primer lugar, que del contrato de obra suscrito se desprende una obligación de resultado en cabeza del contratista consistente en la entrega de la obra con las especificaciones y parámetros previamente establecidos; en segundo lugar, que de la ausencia de representación surge un elemento de alta trascendencia en la presente controversia que se manifiesta en la carga que recae sobre el artífice de responder por los daños que causa con objeto de la confección de la obra que le es encomendada, teniendo como parámetros las condiciones del respectivo contrato de obra.

De ello se desprende entonces que la carga de probar el cumplimiento de la obligación, recae sobre el deudor, es decir, que es al deudor (contratista) a quien le corresponde alcanzar el resultado, ponerlo a disposición del acreedor, y por razones tanto lógicas como prácticas, es sobre él en quien recae la carga de demostrar que sí se cumplió la obligación o que si no sucedió fue por causa extraña a él o, simplemente, que ocurrió aun habiendo empleado la diligencia y el cuidado debidos.

(...)

El deber de garantizar la permanencia y estabilidad de la obra realizada en el tiempo se deriva de la asunción expresa del contenido del contrato, a través de su interpretación e integración a la luz del principio general de la buena fe. (...).

Los postulados antes descritos quedaron plasmados en el Contrato objeto de la controversia, cuando las partes pactaron en la cláusula décimo sexta que "EL CONTRATISTA será responsable por la reparación de todos los defectos que puedan presentarse con posterioridad a la liquidación del contrato o si la obra amenaza ruina o acelerado deterioro, en todo o en parte, por causas derivadas de fabricaciones, replanteos, localizaciones, construcciones y montajes efectuados por él y por el empleo de materiales, equipo de construcción y mano de obra deficientes utilizados en la construcción...". Asimismo, a este respecto cabe anotar que la obligación de garantía antes descrita tenía una duración de 5 años, pues así los estipularon las partes cuando acordaron en relación con esta que "Esta responsabilidad y las obligaciones inherentes a ella, se considerarán vigentes por un período de garantía de cinco (5) años contados a partir de la fecha consignada en el Acta de Recibo Definitivo de las obras. EL CONTRATISTA procederá a reparar los defectos dentro de los términos que el CONTRATANTE le señale en la comunicación escrita que le enviará al respecto".

El citado aparte contractual permite al Tribunal concluir que las reparaciones de la pista y sus Calles de Rodaje serían del resorte de la UT durante los cinco (5) años siguientes contados desde la fecha de recibo de la obra contenida en el acta de recibo definitivo (20 de diciembre de 2012) siempre que los defectos, la amenaza de ruina o el deterioro acelerado tuvieran como fuente la fabricación, replanteo, localización, construcción, montado realizada por la UT o la utilización de mano de obra, equipos, materiales o maquinaria deficiente.

Para el Tribunal, con fundamento en los elementos de convicción obrantes en el proceso, los problemas en las Calles de Rodaje sí obedecen a problemas constructivos derivados de las labores desarrollados por la UT, lo cual quedó demostrado con el dictamen pericial rendido por el perito Luis Orlando Muñoz y con las diferentes anotaciones del interventor del proyecto, razón por la cual, a continuación el Tribunal analizará los argumentos propuestos por la UT como sustento de su postura de no ejecutar las actividades necesarias para la reparación de las Calles de Rodaje

(...)

Con fundamento en todo lo expuesto, y ante la imposibilidad por parte de la UT de desvirtuar su carga respecto de su responsabilidad en la cobertura de las reparaciones de las Calles

*de Rodaje con ocasión de su obligación de garantía, el Tribunal accederá a las pretensiones de la demanda de reconvención en la parte resolutive del laudo*²⁶. (Subrayado y resaltado añadidos).

Esta decisión se recoge en el numeral 2 del Laudo de 2015, que resume el pronunciamiento del tribunal sobre las pretensiones incoadas, así²⁷:

“2. A propósito de las pretensiones de la demanda arbitral de reconvención reformada.

a) Las (sic) pretensión primera principal prospera por estar demostrado el incumplimiento del contrato en lo que respecta a la obligación de garantía estipulada en la cláusula décima sexta del Contrato de Obra 02/2012, que hace responsable a la Unión Temporal de reparar todos los defectos de la obra contratada durante un período de cinco años contados a partir del "Acta de Recibo Final de Contrato de Obra Civil Nro. CODAD 02/2012", suscrita el 20 de diciembre de 2012, en la cual se reiteró expresamente que "[e]l recibo de los trabajos terminados, no releva al contratista de su responsabilidad y obligaciones a las cuales hacen referencia los documentos contractuales y las obligaciones legales vigentes", acreditados en su materialidad y ocurrencia dentro del plazo con su negativa a efectuar las reparaciones respectivas".

(...)

Tampoco procede la condena solicitada en el numeral 2.5 de la pretensión segunda principal de condena, porque en la fecha de este laudo por los hechos sucedidos el 25 de mayo de 2012, no se ha impuesto sanción o multa a CODAD, sin perjuicio del deber legal de la Unión Temporal de reconocerle y pagarle el valor respectivo en su oportunidad".

Así las cosas, queda establecido que mediante el Laudo de 2015 se decidió, con efectos de cosa juzgada, que la UT incumplió el Contrato de Obra, pero no por causa del hecho de que incumplió con las especificaciones técnicas y procedimientos constructivos aplicables -el cual en lo que respecta a la obras que presentaron defectos efectivamente quedó probado -, sino en razón de que la UT no honró la obligación de garantía a su cargo en los términos de la cláusula décima sexta del Contrato de Obra, al negarse a efectuar las reparaciones que demandaban las obras que presentaron defectos después de su entrega y durante el período de garantía de cinco años, a pesar de haber sido requerida oportunamente por CODAD para que las efectuara.

3.2.2.1.2. El objeto y la causa del presente proceso:

En el presente proceso, las pretensiones de CODAD (objeto) son las

²⁶ Laudo de 2015, páginas 177 a 196.

²⁷ Laudo de 2015, página 211.

siguientes:

“1. Principales.

Primera. Declarar que CODAD tiene derecho a repetir contra CONSTRUCTORA LHS S.A.S., en su condición de miembro de la UT, por el valor de la cláusula penal que le hizo efectiva la ANI a CODAD mediante la Resolución 1297 de 2017, parcialmente confirmada por la Resolución 1776 del 20 de septiembre de 2018.

Segunda. Condenar a CONSTRUCTORA LHS S.A.S., en su condición de miembro de la UT, a pagar a CODAD dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha del laudo, la suma de veintidós mil cuatrocientos treinta y cinco millones seiscientos treinta y dos mil seiscientos cuarenta y dos pesos con dieciocho centavos. (\$ 22.435.632.642,18) a fecha de junio de 2020, indexada a la fecha en que se profiera el laudo más los respectivos intereses, o la suma que se demuestre en el proceso.

(...)

2. Subsidiarias.

Primera. Declarar que CONSTRUCTORA LHS S.A.S., en su condición de miembro de la UT, está obligada a resarcir a CODAD los perjuicios ocasionados como consecuencia de haber la ANI hecho efectiva la cláusula penal del Contrato de Concesión.

Segunda. Condenar a CONSTRUCTORA LHS S.A.S., en su condición de miembro de la UT, a pagar a CODAD los perjuicios ocasionados como consecuencia de haber hecho efectiva la ANI la cláusula penal del Contrato de Concesión.

(...)"

En el alegato de conclusión, CODAD resume la causa que sirve de fundamento a sus pretensiones en el presente proceso, así:

“En síntesis, la controversia sujeta a decisión del tribunal arbitral es simple y a ello se contraen las pretensiones de la reforma a la demanda: (i) La UT incumplió el Contrato de Obra y, las especificaciones técnicas (más específicamente los procedimientos constructivos) bajo los cuales debían ejecutarse las labores de repavimentación, lo cual ocasionó que la obra simplemente quedara mal hecha; (ii) Este incumplimiento no fue remediado ni subsanado por la UT; (iii) Ambos incumplimientos están probados de diversas maneras, con el Laudo de 2015, con los informes de interventoría, con las comunicaciones cruzadas por la UT, con los documentos contentivos del dictamen pericial de Luis Orlando Muñoz, con el dictamen de contradicción rendido por Fernando Estrada y con las declaraciones de diversos testigos; (iv) La ANI sancionó a CODAD por el incumplimiento de las especificaciones técnicas (concretamente de los procedimientos constructivos) y sus efectos, tal como consta en los actos administrativos de sanción, y según se evidencia en el cargo único imputado y en el resuelve de ambas

resoluciones; (v) El Contrato de Obra establece de manera expresa que el Contratista (...) debe responder por los daños que ocasione incluyendo las sanciones, multas o condenas que se causen a CODAD (...); y (vi) CODAD pagó la cláusula penal y en consecuencia tiene derecho al reembolso".

3.2.2.1.3. Conclusión en cuanto a la cosa juzgada:

En razón de lo expuesto, el Tribunal arriba a la conclusión de que existe cosa juzgada, pero con alcance solamente parcial, como pasa a explicarse a continuación.

No existe identidad en el objeto con el alcance que invoca la Convocante, entre el anterior proceso arbitral y el presente; por cuanto en aquel las pretensiones se enderezaron a que se declarara el incumplimiento de la UT de su obligación de garantía en relación con los defectos específicos que presentaron las Calles de Rodaje durante el plazo de la garantía; pretensiones que salieron adelante y por las cuales la UT hubo de indemnizar plenamente a CODAD extinguiéndose en tal virtud dicha obligación de garantía en relación con tales defectos específicos.

Cabe mencionar que existieron otras reclamaciones de CODAD frente a la UT en relación con otros defectos en las obras construidas que se revelaron durante el período de garantía, que resultaron transigidas entre las partes, con el mismo efecto resolutivo de las obligaciones de garantía a cargo de la UT.

En este proceso, a diferencia del anterior, las pretensiones se enderezan a que la UT pague a CODAD el valor de la cláusula penal que le fue impuesta por la ANI mediante las Resoluciones Sancionatorias (no el valor de las reparaciones de las Calles de Rodaje al que se refieren las pretensiones del anterior proceso). En el presente caso, las pretensiones tienen como causa el incumplimiento de CODAD de las especificaciones técnicas y procedimientos constructivos pactados en el Contrato de Concesión a los que se refieren las Resoluciones Sancionatorias, que dieron lugar a la aparición de defectos en las obras de repavimentación de la Pista Sur y la Calle de Rodaje Mike, distintos de aquellos defectos que fueron objeto de debate entre las partes del Contrato de Obra, pues estos últimos, como quedó probado, fueron cabalmente reparados a costa de la UT.

No obstante, sí se avizora identidad de objeto parcial en ambos procesos en lo que se refiere al cumplimiento por parte de la UT en relación con la ejecución y entrega de las obras del Contrato de Obra, pues como ya se señaló, en el proceso anterior ese tema fue objeto de debate y en el Laudo de 2015 se estableció que tales obras fueron entregadas a satisfacción de CODAD con el lleno de las especificaciones contractuales aplicables, mientras en el presente trámite arbitral la demandante argumenta, en apoyo de sus pretensiones, - como lo hizo en el anterior proceso- que la UT nunca entregó las obras y que CODAD no las recibió a satisfacción.

Al respecto, la Convocante afirma en su alegato de conclusión que la UT incumplió el Contrato de Obra al no entregar las obras a satisfacción de la Interventoría, de la UAEAC y de CODAD, en los siguientes términos:

“Así las cosas, las estipulaciones del Contrato de Obra y las consideraciones del Laudo Arbitral del 2015 no dejan ninguna duda de que la UT tenía la obligación de entregar las obras de repavimentación de la Pista Sur y de las Calles de Rodaje sin ningún defecto y a entera satisfacción de la Interventoría, de la UAEAC y de CODAD, para lo cual debía realizar su construcción según las especificaciones técnicas y reparar cualquier defecto que pudiera presentarse. En caso contrario, esto es, si las obras no se entregaban a satisfacción de la Interventoría, de la UAEAC y de CODAD, la UT incumplía el Contrato de Obra, como en efecto sucedió”²⁸.

Más adelante, en relación con la posición de la UT en el sentido de que Acta de Recibo Final de las Obras del 20 de diciembre es prueba de que aquella entregó las obras y de que CODAD las recibió a satisfacción, la Convocante afirma tajantemente *“Esto no es cierto. Las obras no fueron recibidas a satisfacción por CODAD y tampoco fueron aceptadas por la UAEAC ni por la ANI”*. Se basa para ello en que, según afirma, la exigencia contenida en el Contrato de Obra relativa a que el Acta mencionada fuera firmada por la UAEAC (sucesida por la ANI), constituía una condición suspensiva para la entrega de las obras de repavimentación, y que *“esta entidad nunca recibió las obras a satisfacción, y como consecuencia de ello, la entrega de estas jamás se efectuó”*²⁹.

El Tribunal no considera de recibo los argumentos y conclusiones de CODAD por las siguientes razones:

- En primer lugar, el Contrato de Obra contemplaba que la UT debía entregar los trabajos *“a entera satisfacción de la Interventoría delegada por EL CONTRATANTE, (...)”*, la cual tenía adscrita dentro de sus funciones la de *“[A]ceptar o rechazar los trabajos ejecutados por EL CONTRATISTA, según se hayan hecho o no de acuerdo con las especificaciones y plazos del contrato”*³⁰, luego ha de concluirse que cuando la Interventoría se pronunció, con carácter vinculante para CODAD en virtud de la delegación, en el sentido de efectuar el recibo final de las obras, dicho recibo suponía, lógicamente, su conformidad con las especificaciones contractuales. Obviamente, quedando dicha manifestación de voluntad sujeta a las reservas que en el mismo documento se formularon en relación con que el recibo de los trabajos terminados no relevaba al Contratista de sus responsabilidades y obligaciones contractuales o legales, así como respecto de los procesos sancionatorios que por entonces se conocían y de su cobertura bajo la póliza de cumplimiento del Contrato.
- En segundo término, para el Tribunal la consecuencia de la no aceptación del Acta por parte de la ANI, es que el acto jurídico allí contenido (entrega y recibo de las obras bajo el Contrato de Obra) le fuera inoponible a la entidad concedente en el Contrato de Concesión, lo cual explicaría la conducta de la entidad en el sentido de exigir a su

²⁸ Alegato CODAD, página 34.

²⁹ Ídem, páginas 119 y 120.

³⁰ Cláusula Décima Novena del Contrato de Obra.

concesionario determinadas prestaciones en relación con las obras de la Pista Sur y las Calles de Rodaje, a pesar de que las mismas hubieran sido entregadas por la UT a CODAD. En cualquier caso, los asuntos jurídicos entre CODAD y la ANI no son del resorte de este Tribunal, que al respecto se limita a establecer que CODAD, como Concesionario, encargó mediante el Contrato de Obra a la UT, la repavimentación de la Pista Sur y de las Calles de Rodaje a la que estaba obligado en los términos del Contrato de Concesión frente a la UAEAC (luego la ANI), lo cual no implica, como ya se ha señalado, que los términos y condiciones de dicho contrato -el de Concesión- le sean oponibles (aplicables) a la UT como parte del Contrato de Obra, y de contera, en virtud del principio de la relatividad de los contratos, que tampoco la UAEAC o la ANI pudieran, a su arbitrio, determinar condiciones para el recibo de las obras por parte de CODAD, ni suplantar las funciones del Interventor del Contrato de Obra de verificar el cumplimiento de las mismas.

- Por último, el Laudo de 2015, fue claro en su decisión de tener el Acta como prueba de que efectivamente la UT entregó las obras dentro de las especificaciones técnicas y a satisfacción de CODAD: *“[E]l Tribunal encuentra que efectivamente la UT entregó las obras dentro de las especificaciones técnicas, de lo cual dan cuenta diferentes documentos contractuales, dentro de los cuales se destaca el acta de entrega final suscrita por las partes y el interventor el 20 de diciembre de 2012 (folios 82 a 84 del C. de Pruebas No. 1). En relación con esta acta, es importante comentar que refleja la recepción a satisfacción por parte de CODAD de las obras, lo cual estaba respaldado por el aval de la interventoría, descartando cualquier inconformidad que hubiere surgido en el curso de la obra”*.

El análisis anterior lleva a concluir que en el Laudo de 2015 existen decisiones cuyos efectos deben ser acatados por este Tribunal, respecto de las siguientes cuestiones:

1. Que la UT entregó las obras de conformidad con las especificaciones técnicas aplicables al Contrato de Obra, según da cuenta el acta de entrega final del 20 de diciembre de 2012, la cual refleja la recepción a satisfacción por parte de CODAD, respaldado por el aval de la interventoría, descartando cualquier inconformidad que hubiere surgido en el curso de los trabajos.
2. Que la recepción de la obra a satisfacción no excluye la obligación de garantía contenida en la cláusula Décima Sexta del Contrato de Obra a cargo de la UT, y que ésta permaneció obligada de conformidad con dicha estipulación durante el período de vigencia de la garantía de cinco años desde su recibo, es decir, hasta el 20 de diciembre de 2017, en los términos y condiciones del mencionado Contrato.
3. Que durante la ejecución del Contrato de Obra se presentaron incumplimientos por parte de la UT en cuanto a los procedimientos constructivos previstos en las especificaciones técnicas que le eran exigibles respecto de las Calles de Rodaje, los cuales no impidieron que cumpliera con su obligación de entrega de los trabajos a satisfacción de

CODAD, aunque sí fueron la causa de la exigibilidad de las obligaciones de garantía a cargo de la UT, cuando se determinó que tales incumplimientos fueron los que ocasionaron los defectos en las Calles de Rodaje.

4. Que la negativa de la UT a responder frente a CODAD por la obligación de garantía respecto de los defectos que se presentaron en las Calles de Rodaje, constituyó un incumplimiento de la cláusula Décima Sexta del Contrato de Obra, declaración cuyo alcance, por supuesto, está limitado a aquellos defectos en las obras que fueron objeto de las pretensiones en aquel proceso.

Establecido esto, procederá el Tribunal a determinar si en el presente trámite y respecto de los defectos en la repavimentación de la Pista Sur y la Calle de Rodaje Mike que dieron lugar a la aplicación de la cláusula penal del Contrato de Concesión y ulteriormente al Acuerdo Conciliatorio, se demostró el incumplimiento de obligaciones de garantía a cargo de la UT, que en consecuencia comprometan su responsabilidad frente a CODAD en virtud de las cláusulas de indemnidad ya analizadas.

3.2.3. La clasificación y el régimen legal y contractual aplicable a la obligación indemnizatoria pactada en la cláusula Decimotercera del Contrato de Obra:

De la redacción de la cláusula Décimo Sexta del Contrato de Obra se tiene que la prestación a cargo de la UT consistía en asumir la responsabilidad por “... la reparación de todos los defectos que puedan presentarse con posterioridad a la liquidación del contrato o si la obra amenaza ruina o acelerado deterioro” y por “los daños que se causen a terceros como consecuencias de las obras defectuosas”; que esta responsabilidad perduraría “... por un período de garantía de cinco años (5) contados a partir de la fecha consignada en el Acta de Recibo Definitivo de las obras”; y que la reparación sería exigible “(...) dentro de los términos que el CONTRATANTE le señale en la comunicación escrita que le enviará al respecto”.

Esta obligación de reparación de la UT (cuyo objeto es la prestación comprometida), de conformidad con el texto contractual, se encontraba sujeta a condición³¹ suspensiva³² positiva³³, pues no nacía sino en la medida en que acaecieran los hechos de los cuales pendía, del modo pactado³⁴.

Así, para tener por cumplida la condición suspensiva se requería **(i)** que con posterioridad a la entrega apareciera un defecto en las obras construidas o que estas amenazaran ruina o presentaran acelerado deterioro; **(ii)** que el defecto obedeciera a “... causas derivadas de fabricaciones, replanteos, localizaciones, construcciones y montajes efectuados por él y por el empleo

³¹ Código Civil, Artículo 1530. “Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no”.

³² Ídem, Artículo 1536. “La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho...”

³³ Ibidem Artículo 1531. “La condición es positiva o negativa. La positiva consiste en acontecer una cosa (...)”.

³⁴ Artículo 1542. “No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente”.

de materiales, equipo de construcción y mano de obra deficientes utilizados en la construcción”; (iii) que tal defecto o condición ruinoso se manifestara dentro del “período de garantía de cinco años (5) contados a partir de la fecha consignada en el Acta de Recibo Definitivo de las obras”³⁵; y (iv) que CODAD le requiriera por escrito para que procediera “... a reparar los defectos dentro de los términos que el CONTRATANTE le señale”.

En cuanto a éste último requisito del aviso por escrito de CODAD a la UT, ha de precisarse que constituía, a la vez, un elemento para la exigibilidad de reparar y una parte de la condición de dicha obligación al tenor de los artículos 1540 a 1542 del Código Civil³⁶, pues una vez que la contratista entregaba las obras, terminaba el Contrato de Obra -sin perjuicio de la subsistencia las obligaciones de garantía- y quedaba sin acceso al sitio de la construcción y a la información en relación con el desempeño de las mismas a través del tiempo, de manera que, para hacerle exigible la prestación de garantía a su cargo, era indispensable que CODAD le notificara por escrito del acaecimiento de la condición suspensiva genitora de su obligación, pues de otro modo no tenía cómo enterarse de la aparición de defectos dentro del período de garantía, ni forma de controvertir la existencia de la obligación o de allanarse a cumplirla.

En síntesis, de la cláusula Decimosexta se extracta que:

- 1) la obligación de garantía surge a cargo de la UT si se presenta un defecto, ruina o acelerado deterioro en la obra, dentro del período de garantía, cuya causa sea imputable a las acciones u omisiones del Contratista en las actividades constructivas, o por la utilización en la construcción de materiales, equipo de construcción y mano de obra deficientes;
- 2) la prestación objeto de la obligación consiste en reparar o reemplazar la obra dañada o ruinoso, y/o indemnizar a terceros por los daños que les cause la obra defectuosa; y
- 3) el cumplimiento de la condición suspensiva de la obligación de garantía y la exigibilidad de la prestación se determina con la notificación que por escrito le curse CODAD a la UT para que repare los defectos en los términos que aquella le señale.

Queda así delimitado el ámbito de la eventual obligación condicional a cargo de LHS, como miembro de la UT, de indemnizar a CODAD como consecuencia del pago efectuado por ésta a la ANI en virtud del acuerdo conciliatorio celebrado entre estas dos últimas, en lo que respecta a la cláusula penal impuesta por la ANI.

³⁵ Artículo 1539. “Se reputa haber fallado la condición positiva (...) cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse y no se ha verificado”.

³⁶ Código Civil

ARTICULO 1540. La condición debe ser cumplida del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes.

ARTICULO 1541. Las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida.

ARTICULO 1542. No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente.

En cuanto a la legitimación por pasiva de LHS, ya quedó establecido que ésta, en su condición de miembro de la UT, es solidariamente responsable frente a CODAD con el otro miembro, y de contera, puede perseguir de aquella la satisfacción total de la obligación, sin perjuicio del derecho que le asista a la primera de repetir por lo pagado contra Saglas Obras y Servicios, de conformidad con la ley o con las estipulaciones de su acuerdo de unión temporal; y que además, tiene capacidad para comparecer en juicio como miembro de una unión temporal, sin que haya necesidad de demandar a la Unión o a todos sus integrantes.

3.2.4. La imputabilidad a la UT de los defectos en la Pista Sur que dieron lugar a la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones de CODAD bajo el Contrato de Concesión y a la imposición de la cláusula penal por parte de la ANI:

Bajo el marco teórico definido hasta este punto, queda entonces por averiguar si en el caso presente se cumplió completamente la condición para el nacimiento de la obligación de reparación a cargo de la UT y correlativamente, el derecho de CODAD a repetir contra ella por lo pagado a la ANI; o si de otra manera CODAD debe ser indemnizada por los perjuicios que haya experimentado por un incumplimiento de la UT de sus obligaciones de garantía.

3.2.4.1. Las obligaciones a cargo de la UT bajo el Contrato de Obra en relación con la repavimentación de la Pista Sur y las Calles de Rodaje:

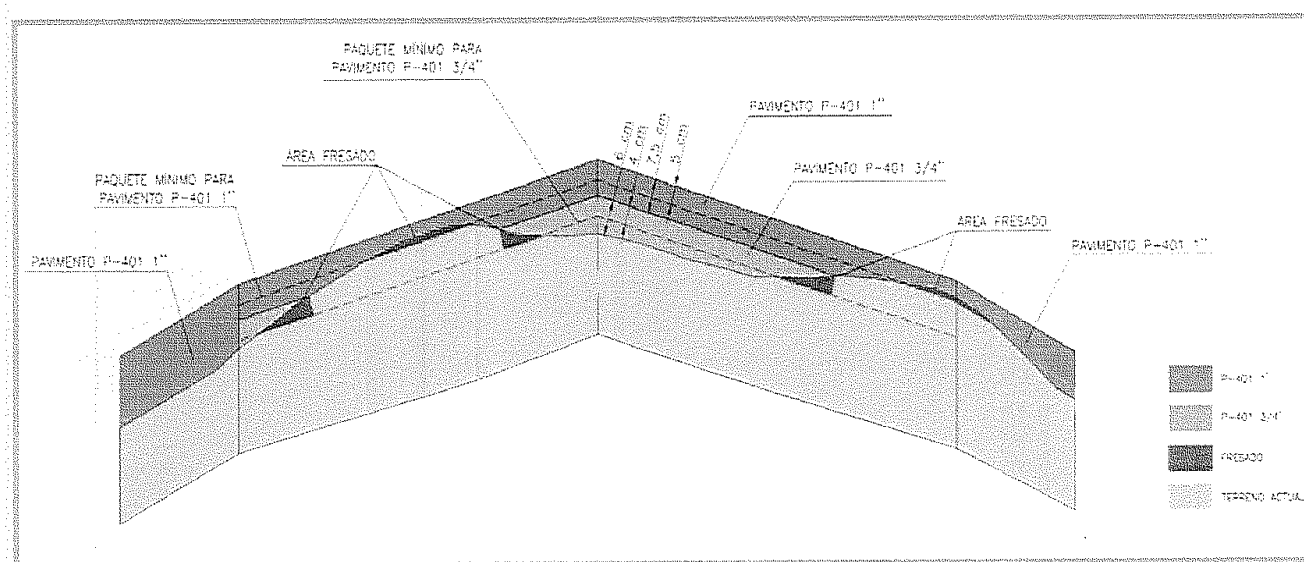
El Pliego de Condiciones de la Invitación a Cotizar formulada por CODAD incluyó un capítulo de ESPECIFICACIONES TÉCNICAS, en el cual dispone lo siguiente en relación con el suministro y colocación del Pavimento Asfáltico:

“2.5 Suministro y colocación de Pavimento asfáltico (P-401)

El espesor a colocar es de 6 centímetros de promedio, conforme al diseño geométrico vertical entregado por CODAD S.A. En caso de que el contratista coloque una mezcla sin la verificación, o sin la aprobación de CODAD S.A. y/o la interventoría, corresponderá al contratista el retiro y disposición de esta mezcla colocada a su propio costo.

La solución adoptada para la obra consiste en lo siguiente:

- Para la pista de vuelo: Una capa de rodadura de mezcla P-401 (s/ FAA Advisory Circular 150/5370-10E - Standards for specifying construction of airport) de 1" de tamaño máximo de árido, cuyo espesor estará comprendido entre 5 y 7,5 cm. En aquellas zonas en las que el recrecido sea mayor de 7,5 cm, se utilizará una capa intermedia de regularización de mezcla P-401 de 3/4" de tamaño máximo de árido con espesores entre 4 y 6 cm. En los márgenes de la pista se utilizará una sola capa de rodadura de mezcla P-401 de 1" con un espesor mínimo de 5 cm. A continuación se puede observar una sección tipo del recrecido en la pista:*



- Para las calles de rodadura: El recrecido consistirá, en la mayoría de los tramos, en una capa de rodadura de espesor constante cercano a 5 cm. con una mezcla P-401 de 3/4" de tamaño máximo de árido. Se realizarán tratamientos específicos (fresados, mayor espesor de recrecido...) en zonas puntuales especialmente deterioradas; estas zonas, con sus tratamientos asociados, serán definidas por CODAD en el proyecto constructivo que entregará al contratista adjudicatario el 15 de enero de 2.012.

También podría ser necesario realizar reparaciones puntuales asociadas a diversas patologías superficiales del pavimento en zonas que CODAD delimitará al contratista. Estas tareas consistirán en fresado y posterior extendido de mezcla asfáltica. Para su pago al contratista, CODAD utilizará el 5% permitido en concepto de desajustes entre cantidades finales de la fase de diseño y cantidades realmente ejecutadas en obra.

Dentro el precio del metro cúbico de mezcla se consideran incluidas las labores de riego de liga, imprimación, transporte, colocación, extendido, compactación, recorte de juntas longitudinales y transversales nivelaciones topográficas, ensayos sobre los agregados, asfalto y mezcla asfáltica, y en general toda actividad necesaria para su debida ejecución y control.

Esta actividad debe cumplir con las especificaciones contenidas en la Advisory Circular 150/5370-10E - Standards for specifying construction of airports - Ítem P-401 Plant mix bituminous pavements, con las siguientes modificaciones, adiciones y definiciones:

1. Los agregados a emplear deberán tener un peso específico mayor a 2.55, provenir de fuentes aluviales y tener un desgaste menor del veinticinco por ciento (25%), y una absorción menor al dos por ciento (2%). (Este párrafo modifica y complementa el parágrafo 401-2.1 a Coarse aggregate).

2. *Los agregados finos y gruesos a emplear deberán tener un porcentaje de Terrones de arcilla y partículas deleznableles inferior al 1%, en material fino o mixto, y de máximo el 3% para material grueso. (Este párrafo complementa los parágrafos 401-2.1 a Coarse aggregate y 401-2.1 b Fine aggregate).*
3. *Si el contratista plantea realizar cambios a la fórmula de la mezcla de trabajo aprobada por CODAD S.A. y/o la Interventoría, éstos deben ser remitidos con todos los ensayos de soporte, con una antelación superior a 10 días respecto a la fecha de su eventual colocación, la cual solo podrá ejecutarse previa confirmación por escrito de CODAD S.A. y/o la Interventoría de la aprobación a la nueva fórmula de la mezcla de diseño presentada. (Este párrafo complementa el parágrafo 401-3.2 Job mix formula).*
4. *En los trabajos contratados no se permite el uso de concretos asfálticos reciclados. (Este párrafo cancela el parágrafo 401-3.3 Recycled asphalt concrete).*
5. *Toda junta longitudinal o transversal localizada en la pista de vuelo, deberá ser cortada de manera tal que ofrezca una cara vertical a la junta con la calle a construir o a continuar. (Este párrafo complementa el parágrafo 401-4.12 Joints).*
6. *La ejecución y el costo de los ensayos de laboratorio a realizar, tanto para la determinación de la mezcla de trabajo, como los solicitados en el siguiente cuadro de Frecuencia y cantidad de ensayos sobre los agregados, asfalto y mezcla asfáltica, y los necesarios para determinar los vacíos de aire y la densidad de la mezcla colocada en obra, serán por cuenta del contratista, al igual que la ejecución y costo de la extracción de núcleos. De igual forma cualquier ensayo de control de calidad, adicional a éstos, que sea requerido para determinar las características de los agregados, asfalto o mezcla asfáltica, será a expensas del contratista. (Este párrafo cancela la primera oración del parágrafo 401-5.1 Acceptance sampling and testing).
(...)*
7. *El ensayo del perfilógrafo será a cargo de CODAD S.A. (Este párrafo cancela la primera oración del primer párrafo y el séptimo párrafo del parágrafo 401-5.2(5)a Profilograph).*
8. *Una sección típica del Perfilógrafo corresponde a 100 m. Las lecturas de las desviaciones que sobrepasen la franja achurada se realizaran en milímetros, siendo por tanto la medición de perfil expresada en milímetros/hectómetro (Este párrafo modifica la segunda y tercera oraciones del tercer párrafo del parágrafo 401-5.2(5)a Profilograph).*
9. *En la medición del perfil de la pista no habrán (sic) secciones cortas; las secciones de una sección de pavimento que sobrepasan al múltiplo de 100m, serán medidas en la sección siguiente. (Este párrafo modifica la segunda y tercera oraciones del tercer párrafo y*

los párrafos quinto y sexto del parágrafo 401-5.2(5)a Profilograph).

10. La unidad de pago será el metro cúbico (m³) recibido a conformidad con las especificaciones y plazos. (Este párrafo cancela el primer y segundo párrafos del parágrafo 401-7.1 Measurement).

11. Los pagos de mezcla asfáltica colocada se realizarán de acuerdo a la cubicación resultante de la diferencia de niveles entre el pavimento actual o el resultante tras realizar tareas de fresado y la rasante de terminación ejecutada conforme a especificaciones. (Este párrafo cancela el primer párrafo del parágrafo 401-8.1 Payment).

12. Para el control de calidad de mezcla colocada se aplicarán los descuentos y sanciones mencionados en la advisory circular, pero los porcentajes de pago mayores al ciento por ciento, no serán aplicables. (Este párrafo modifica el parágrafo 401-8.1 a Basis of adjusted Payment y la Tabla 6 Price Adjustment Schedule).

13. El pavimento deberá ser cotizado teniendo en cuenta el empleo de asfalto AC-20, que será suministrado por el contratista. En ningún caso se realizarán ajustes de precio por cambios de precio del asfalto.

14. El pavimento será para aeronaves de peso bruto superior a 60.000 libras (27.200 kilogramos).

15. La gradación de los agregados corresponderá a la especificada para un tamaño máximo de una pulgada (1") para la capa de rodadura de la pista y de ³/₄ de pulgada para capa de regularización en pista y recrecido en calles de rodaje.

16. Para la medición del Índice de perfil se empleará el Perfilógrafo AMES 2000; la medición se realizará sobre cada calle de repavimentación de la Pista de Vuelo y sus resultados serán contabilizados y promediados cada 100 metros de Pista en unidades de milímetro/hectómetro y no en pulgadas/milla por décimo de milla, y serán aplicables los siguientes criterios de aceptación o rechazo en longitudes de 100m por el ancho de cada calle de pavimentación (7.5m) conforme a la siguiente tabla: (Este párrafo modifica el parágrafo 401-8.1 c Basis of adjusted Payment far Smoothness y la Tabla 7 Average Profile Index Smoothness Pay Factor)

Tabla Criterios de aceptación o rechazo por el Índice de perfil

Índice de Perfil	Criterios
Menor o igual a 14.2 mm/hm	Aceptado

<p><i>Entre 14.2 y 20 mm/hm</i></p>	<p><i>Se aceptará sólo si cumple que el promedio del índice de perfil no es mayor de 142 mm/Km. En caso contrario se considera rechazado y se deberán corregir los defectos de regularización superficial mediante fresado o recrecido por cuenta del Contratista</i></p>
<p><i>Mayor a 20 mm/hm</i></p>	<p><i>Rechazado. Se deberán corregir los defectos de regularización superficial mediante fresado o recrecido por cuenta del Contratista</i></p>

(...)

El proponente que resulte adjudicatario de este proceso, deberá entregar a CODAD S.A. y/o la Interventoría, la fórmula de la mezcla de trabajo cumpliendo con las especificaciones del presente pliego antes del día 15 de Enero del 2012. El contratista no podrá iniciar la colocación de la carpeta asfáltica hasta no contar con la aprobación escrita de la mezcla de trabajo, expedida por CODAD S.A. y/o la Interventoría, y haber efectuado de manera satisfactoria la colocación de la carpeta de prueba.

Para definir la temperatura óptima de compactación, el contratista deberá entregar la curva de Densidad v/s Temperatura, propia de la mezcla de trabajo aprobada.

Deberán ejecutarse nivelaciones topográficas en una cuadrícula de máximo 10m por 7.5m, en los puntos de nivelación y diseño que CODAD entregará al contratista adjudicatario antes del 15 de enero de 2.012 y en los bordes de pavimento, antes y después de la repavimentación de cada uno de los tramos. Las carteras de nivelación y un cuadro por cada calle o pista en que aparezcan las cotas referidas a las abscisas en sentido vertical y las ordenadas en dirección horizontal deberán presentarse impresos y en medio magnético (Archivos de Excel). El costo de estos trabajos topográficos se considera están incluidos dentro del costo del ítem, Pavimento bituminoso (P-401).

La imprimación y el riego de liga que sea necesario realizar, deberán ser ejecutados conforme a la Advisory Circular 150/5370-10E - Standards for specifying construction of airports - Ítem P-603 Bituminous tack coat. El valor de estas actividades se considera incluido en el valor del ítem Pavimento asfáltico P-401.

El trabajo en campo deberá desarrollarse conforme el cronograma y metodología expuesta en el Anexo 4.3 Programa de repavimentación, de la presente invitación. Cualquier modificación del programa de repavimentación deberá ser previamente acordada y expresamente autorizada por escrito por CODAD S.A.

Antes de iniciar el extendido de asfalto, el contratista deberá presentar un programa de repavimentación (un plano), en el que se indique la secuencia que seguirá en el orden de las calles de extendido y de acuerdo al programa de repavimentación. Este

programa deberá ser aprobado por CODAD S.A. y la Interventoría antes de su aplicación y seguimiento.

Todas las anteriores condiciones contenidas en este numeral, priman sobre las especificaciones FAA antes mencionadas.

Al final de cada jornada deberán construirse rampas provisionales en los sitios donde se requiera tránsito provisional de aeronaves. Estas rampas se deberán construir conforme la Advisory Circular 150/5370-13A "Offpeak construction of airport pavements using hot mix asphalt". (Subrayados añadidos).

Por su parte, en la Cláusula Primera del Contrato de Obra ("Objeto"), se estipuló que la UT se obligaba a ejecutar, por el sistema de precio cerrado total, las actividades detalladas en la cláusula Tercera, relacionadas con la Repavimentación de la Pista Sur y las Calles de Rodaje, asumiendo la totalidad de los riesgos de la ejecución de estas actividades y comprometiéndose a entregar los trabajos a entera satisfacción de la Interventoría, de la UAEAC y de CODAD.

Para este propósito, la UT se obligó, particularmente, a ejecutar todas las actividades de acuerdo con las especificaciones técnicas, contractuales y generales aplicables (Cláusula Séptima, literal j-), las cuales se encontraban en los capítulos 2 y 3 del Pliego de Condiciones de la Invitación a Cotizar.

De otra parte, dentro de los Documentos del Contrato (Cláusula Sexta, literal c-) se incluyeron "*[t]odas las normas y recomendaciones vigentes de la Federal Aviation Administration de los Estados Unidos (FAA) y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) aplicables al proyecto, en especial la recomendación FAA AC 150/5370-10E*" (subrayado añadido).

Siendo así, el Tribunal procederá a determinar si el incumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión declarado por la ANI en las Resoluciones Sancionatorias, es la consecuencia de acciones u omisiones de la UT que configuraron un incumplimiento por su parte de las especificaciones técnicas que le eran exigibles bajo el Contrato de Obra, y si por ello se generaron a su cargo obligaciones de reparación o garantía bajo la cláusula Decima Sexta del mismo.

3.2.5. Las obligaciones del Contrato de Concesión respecto de las cuales la ANI declaró el incumplimiento de CODAD en las Resoluciones Sancionatorias y su relación de identidad con las obligaciones de la UT bajo el Contrato de Obra:

El 2 de mayo de 2016 la ANI, en su condición de causahabiente de la UAEAC en la posición contractual de concedente bajo el Contrato de Concesión 110-OP-95, inició un proceso administrativo sancionatorio contra CODAD, en su condición de Concesionario, y mediante comunicación ANI No. 20167010098451 citó a CODAD y a CONFIANZA S.A. a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

En desarrollo de dicho proceso sancionatorio, la ANI profirió la Resolución N° 2971 del 21 de septiembre de 2017, por la cual resolvió declarar el

incumplimiento de CODAD del Contrato de Concesión, específicamente en cuanto a la repavimentación de la Pista Sur del Aeropuerto Internacional El Dorado (Artículo Segundo) y hacer efectiva la Cláusula Vigésima Séptima – Penal Pecuniaria, en cuantía de \$31.783'265.370 (Artículo Tercero).

Mediante la Resolución ANI 1176 de 2018, expedida el 20 de septiembre de 2018, la ANI resolvió el recurso de reposición interpuesto por CODAD contra la Resolución ANI 1297 del 21 de septiembre de 2017, en virtud de la cual dispuso:

TERCERO. - ACLARAR, conforme lo expuesto en este acto administrativo, el "**ARTÍCULO SEGUNDO**" de la Resolución 1297 del 21 de septiembre de 2017, el cual quedará así:

"ARTÍCULO SEGUNDO. - Declarar el incumplimiento de la COMPAÑÍA DE DESARROLLO AEROPUERTO EL DORADO S.A. - CODAD S.A. del Contrato de Concesión No. 0110-0P de 1995, específicamente en cuanto a la REPAVIMENTACIÓN DE LA PISTA SUR DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL EL DORADO, prevista en: (i) la Cláusula duodécima "mantenimiento del proyecto", numeral 12. 2 del Contrato de Concesión 11 OOP-95 (ii) en el Tomo II Sección 2 Especificaciones Técnicas de Mantenimiento; (iii) en el Tomo II Sección 1 Especificaciones Técnicas de Construcción, volumen 1 "obras civiles", capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)", aplicables al mantenimiento de la Segunda Pista, en los numerales 6.4.9 transporte extendida y terminado, 6.4.10 compactación de la mezcla, 6.4.11 juntas, 6.4.14 ensayo de acabado superficial; (iv) en la (Federal Aviation Administration, FAA) en la publicación titulada "Standards for Specifying Construction of Airports" (AC No 150/5370-10 Vigente en el momento de la repavimentación del año 2012), específicamente el Índice de Perfil Longitudinal (IP); y (v) Advisory Circular AC - 150/5320 - 12A (Federal Aviation Administration, FAA) actualmente derogada por la nueva circular AC - 150/5320 - 12C que rige desde el 3/18/1997 cuyo objeto es "medida, construcción y mantenimiento de superficies antideslizantes en superficies y pavimentos de aeropuertos". Específicamente la Profundidad de Textura Estimada (ETD), estos cuatro últimos como anexos que hacen parte integral del Contrato de Concesión 110-OP-95".

PRIMERO. - MODIFICAR el "**ARTÍCULO TERCERO**" de la Resolución No. 1297 del 21 de septiembre de 2017, el cual quedará así:

"ARTÍCULO TERCERO. - Como consecuencia de lo anterior, HACER EFECTIVA la Cláusula Vigésima Séptima - Penal Pecuniaria del Contrato de Concesión 110-OP-95, en cuantía de VEINTIÚN MIL DOSCIENTOS VEINTITRÉS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS CON OCHENTA Y UN CENTAVOS MCTE (\$21.223.762.230,81), la cual deberá ser pagada por la COMPAÑÍA DE DESARROLLO AEROPUERTO EL DORADO

S.A. - CODAD S.A., sin perjuicio de la compensación establecida en dicha cláusula".

En su Demanda Reformada y en el alegato de conclusión la Convocante sostiene lo siguiente:

“La ANI sancionó a CODAD por defectos constructivos en la repavimentación de la Pista Sur y Calles de Rodaje. De esto no hay ninguna duda. No es sino revisar el cargo único imputado y la parte resolutive de la Resolución 1297 de 2017 de la ANI. En efecto, en el cargo único imputado, descrito en la hoja 4 de la mencionada resolución, quedó delimitado el objeto del proceso sancionatorio: “el incumplimiento del Contrato de Concesión No. 0110-OP de 1995, específicamente en cuanto a la REPAVIMENTACIÓN DE LA PISTA SUR DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL EL DORADO”.

Y esa descripción inicial fue consecuente con el artículo segundo de la parte resolutive de la misma resolución: “Declarar el Incumplimiento de la COMPAÑÍA DE DESARROLLO AEROPUERTO EL DORADO S.A.-CODAD S.A. del Contrato de Concesión No. 0110-OP de 1995, específicamente en cuanto a la REPAVIMENTACIÓN DE LA PISTA SUR DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL EL DORADO”.

(...)

“Asimismo, todas las obligaciones que la ANI encontró incumplidas concernían la repavimentación de la Pista Sur y las Calles de Rodaje, principalmente Mike, así como las especificaciones técnicas que debían ser cumplidas por el contratista”³⁷.

Luego añade que “(...) los incumplimientos que la ANI le imputó a CODAD en el proceso sancionatorio se originaron en los incumplimientos de la UT al Contrato de Obra. Existe una relación directa y causal entre la repavimentación defectuosa realizada por la UT en la Pista Sur y Calles de Rodaje en 2012 y la sanción que le impuso la ANI a CODAD como consecuencia de esa repavimentación. El nexo causal es evidente con independencia de la teoría o fundamento que se aplique para establecer este elemento de la responsabilidad contractual. En el caso particular ni siquiera es necesario acudir a ninguna de esas teorías porque la causa que generó el daño que sufrió CODAD es una sola: la repavimentación de la Pista Sur y Calles de Rodaje realizada por la UT”.

En cuanto a la identidad entre las obligaciones cuyo incumplimiento declaró la ANI bajo el Contrato de Concesión y las que le correspondían a la UT bajo el Contrato de Obra, CODAD hace el siguiente parangón, con base en el dictamen pericial técnico de contradicción que aportó a este proceso³⁸:

³⁷ Alegatos CODAD página 39.

³⁸ Dictamen Técnico de Contradicción, página 61 y siguientes.

Resoluciones Sancionatorias	Contrato de Concesión Capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)	Contrato de Obra e Invitación a Cotizar FAA, AC 150-5370-10E (P-401) (Traducción de perito)
<p>(i) La Cláusula duodécima "mantenimiento del proyecto", numeral 12.2 del Contrato de Concesión 110-OP-95</p>	<p>Contrato de Concesión:</p> <p>"12.2. Durante la Etapa de Mantenimiento, el Concesionario deberá mantener la Segunda Pista de conformidad con los niveles de servicio previstos en la Sección 2 del Tomo II del Pliego de Condiciones y realizar el mantenimiento necesario, de acuerdo con la alternativa de tipo de pavimento elegido por el Concesionario en su Propuesta (asfalto o concreto rígido). Si en su Propuesta el Concesionario escogió asfalto, tendrá la obligación de recubrir enteramente la Segunda Pista, de acuerdo con la periodicidad requerida, según lo estipulado en la Sección 2 del tomo II del Pliego de Condiciones, además de efectuar los mantenimientos previstos teniendo en cuenta el diseño de la pista y el uso proyectado para ella". (Énfasis fuera del texto).</p>	<p>Contrato de Obra:</p> <p>"PRIMERA - OBJETO DEL CONTRATO: Por medio del presente contrato EL CONTRATISTA se obliga ejecutar, por el sistema de precio cerrado total, las actividades detalladas en la cláusula Tercera del presente contrato, relacionadas con la Repavimentación de la Pista Sur (13R-31L) y calles de rodaje, November, Mike entre Delta y Víctor, Papa, Delta entre Pista 13R-31L y Plataforma, Tango, Uniform, Víctor, Romeo, Sierra, Whisky, Yanqui, X-Ray, Foxtrot entre Charlie y Sierra y Zulu del Aeropuerto Eldorado, superficies definidas en el Anexo 4.1 Pista y Carreteros a repavimentar de la Invitación a Cotizar 212011,"</p> <p>El Cuadro de cantidades y precios incorporado en la cláusula tercera del Contrato de Obra Civil se indica además:</p> <p>"1.1 Suministro y colocación de pavimento asfáltico P-401" (SIC), cuyo valor correspondía al 81.4% del valor total contratado." (Negrillas fuera de texto).</p>

Resoluciones Sancionatorias	Contrato de Concesión Capítulo 6 “Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)	Contrato de Obra e Invitación a Cotizar FAA, AC 150-5370-10E (P-401) (Traducción de perito)
(ii) Tomo II Sección 2 Especificaciones Técnicas de Mantenimiento;	<p>El numeral 4.1. “pavimento flexible” de la Sección 2 del Tomo II - “Especificaciones de Mantenimiento” del Pliego de Condiciones:</p> <p>“4.1 “Pavimento flexible”. En caso de que el Concesionario opte por esta alternativa, deberá, además de realizar el mantenimiento dentro de las condiciones señaladas en el numeral 4 de estas especificaciones de mantenimiento, realizar una renivelación de la segunda Pista, de las calles de interconexión, calles de rodaje y taxeos, aproximadamente cada seis (6) años. Esta renivelación deber ser de un espesor de seis (6) cm en promedio, la cual deberá tener las mismas especificaciones técnicas de construcción señaladas en estos Pliegos.” (Énfasis fuera del texto).</p>	<p>Invitación a Cotizar:</p> <p>“2.5 Suministro y colocación de Pavimento asfáltico (P-401)</p> <p>El espesor a colocar es de 6 centímetros de promedio, conforme al diseño geométrico vertical entregado por CODAD S.A. En caso de que el contratista coloque una mezcla sin la verificación, o sin la aprobación de CODAD S.A. y/o la interventoría, corresponderá al contratista el retiro y disposición de esta mezcla colocada a su propio costo. (...)” (Énfasis fuera del texto).</p>
(iii) en el Tomo II Sección 1 Especificaciones Técnicas de Construcción, volumen 1	<p>Capítulo 6 “Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica</p>	<p>FAA AC 150-5370-10E (P-401)</p> <p>Invitación a Cotizar:</p> <p><i>“Esta actividad debe cumplir con las especificaciones contenidas en la Advisory Circular 150/5370-10E</i></p>

Resoluciones Sancionatorias	Contrato de Concesión Capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)	Contrato de Obra e Invitación a Cotizar FAA, AC 150-5370-10E (P-401) (Traducción de perito)
<p>"obras civiles", capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)'</p>	<p>(P-401) que corresponden a la versión A</p> <p>"Las Especificaciones referidas a la construcción de la pista paralela han sido tomadas de las Especificaciones de la Administración Federal de Aviación de los Estados Unidos (Federal Aviation Administration, FAA) contenias en la publicación intitulada "Standard for Specifying Construction of Airports" (AC No. 150/5370-10A). Dichas especificaciones en sus partes pertinentes aparecen traducidas en este mismo Pliego con algunas modificaciones y adiciones que se consideraron necesarias para adaptarlas a las condiciones específicas de la obra". (Énfasis fuera del texto).</p>	<p>– <i>Standards for specifying construction of airports - Ítem P-401 Plant mix bituminous pavements, con las siguientes modificaciones, adiciones y definiciones (...)</i></p> <p>Contrato de Obra:</p> <p>"SEXTA - DOCUMENTOS DEL CONTRATO: EL CONTRATISTA cumplirá las prestaciones a su cargo bajo este contrato de acuerdo con las especificaciones y condiciones contenidas en los documentos anexos que a continuación se relacionan, que EL CONTRATISTA declara que conoce y acepta, los cuales forman parte integrante de este contrato, también de acuerdo con las órdenes e instrucciones que para el efecto suministre EL CONTRATANTE y/o la Interventoría. Documentos del contrato: (...)</p> <p><i>c - Todas las normas y recomendaciones vigentes de la Federal Aviation Administration de los Estados Unidos (FAA) y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) aplicables al proyecto, en especial la recomendación FAA AC 150/5370-10E."</i></p>
<p>(iii) Tomo II Sección 1 Especificaciones Técnicas de Construcción, volumen 1</p>	<p>6.4.9 TRANSPORTE EXTENDIDA Y TERMINADO</p> <p>"Tan pronto llegue, la mezcla debe ser</p>	<p>401-4.10 PLAN DE EXTENDIDA, TRANSPORTE, EXTENDIDA Y TERMINADO</p> <p>"A su llegada, la mezcla se colocará en todo su ancho</p>

Resoluciones Sancionatorias	Contrato de Concesión Capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)	Contrato de Obra e Invitación a Cotizar FAA, AC 150-5370-10E (P-401) (Traducción de perito)
"obras civiles", capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)": aplicables al mantenimiento de la Segunda Pista, en los numerales 6.4.9 transporte extendida (...)	extendida por una pavimentadora que permita una nivelación automática de las capas de pavimento y debe ser enrasada en capa uniforme de tal espesor que cuando el trabajo esté terminado tenga el perfil y pendientes indicados. " (Énfasis fuera del texto).	mediante una pavimentadora. Se conformará en una capa uniforme de tal profundidad que, al finalizar el trabajo, tenga el espesor requerido y se ajuste a la rasante y contornos indicados. " (Énfasis fuera del texto).
(iii) Tomo II Sección 1 Especificaciones Técnicas de Construcción, volumen 1 "obras civiles", capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)": aplicables al mantenimiento de la Segunda Pista, en los numerales (...) 6.4.10 compactación de la mezcla,	6.4.10 COMPACTACIÓN DE LA MEZCLA "Cualquier mezcla que se vuelva floja y quebradiza, mezclada con polvo y de alguna manera defectuosa deberá ser removida y reemplazada con mezcla fresca y caliente que se compactará hasta conformarse a las áreas adyacentes. Este trabajo será hecho por el Concesionario a su costo. No se permite hacer parcheo en la capa superficial." (Énfasis fuera del texto).	401-4.11 COMPACTACIÓN DE LA MEZCLA "Cualquier mezcla que se afloje y se rompa, esté mezcla con polvo, contenga grietas de compactación o esté defectuosa de alguna manera deberá ser removida y se reemplazará con una mezcla caliente nueva e inmediatamente se compactará para que se adapte al área circundante. Este trabajo se hará por cuenta del Contratista. No se permitirá efectuar parcheos delgados de mezcla asfáltica sobre la mezcla recién colocada para corregir irregularidades. (Énfasis fuera del texto).
(iii) Tomo II Sección 1 Especificaciones Técnicas de Construcción, volumen 1 "obras civiles", capítulo 6	6.4.11 JUNTAS "La formación de juntas deberá hacerse de tal manera que se asegure una completa unión entre la sección interior y la nueva, de	401-4.12 JUNTAS "La formación de todas las juntas se hará de tal manera que se asegure una unión continua entre las hiladas y se obtenga la densidad requerida. Todas las juntas deben tener la misma

Resoluciones Sancionatorias	Contrato de Concesión Capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)	Contrato de Obra e Invitación a Cotizar FAA, AC 150-5370-10E (P-401) (Traducción de perito)
"Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)': aplicables al mantenimiento de la Segunda Pista, en los numerales (...) 6.4.11 juntas"	la capa. Todas las juntas deberán presentar la misma textura, densidad y acabado como las otras partes de la capa. " (Énfasis fuera del texto).	textura que otras secciones de la pista y cumplir con los requisitos de lisura y cotas. " (Énfasis fuera del texto).
(iii) Tomo II Sección 1 Especificaciones Técnicas de Construcción, volumen 1 "obras civiles", capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)': aplicables al mantenimiento de la Segunda Pista, en los numerales (...) 6.4.14 ensayo de acabado superficial	<p>6.4.14 ENSAYO DE ACABADO SUPERFICIAL</p> <p>"La superficie terminada no debe variar en más de 6 mm cuando se ensaye con una regla recta de 5 m de largo, colocada sobre el pavimento en sentido paralelo al eje central o en ángulo recto con el mismo eje."</p> <p>"Después del cilindrado final la suavidad del acabado debe ser aprobada. Las protuberancias o depresiones excediendo la tolerancia especificada deben ser corregidas inmediatamente, por remoción del trabajo defectuoso y remplazándolo con material nuevo, como lo indique el Ingeniero Interventor. Este trabajo será por cuenta del Contratista." (Énfasis fuera del texto).</p>	<p>401-5.2 CRITERIOS DE ACEPTACIÓN. (5) LISURA</p> <p>"La superficie terminada de la capa final de pavimento no debe variar más de ¼ de pulgada (6mm) cuando se evalúa con una regla de 16 pies" (5m).</p> <p>"Se harán mediciones de lisura a intervalos de 50 pies y según lo determine el Ingeniero. En la dirección longitudinal, se hará una lectura de lisura en el centro de cada franja de pavimentación. En la dirección transversal, las lecturas de lisura se realizarán continuamente a lo largo de todo el ancho del pavimento. Sin embargo, no se deben realizar lecturas de lisura transversal en los cambios de pendiente diseñados ".</p> <p>"Cuando más del 15 por ciento de todas las mediciones dentro de un lote exceden la tolerancia especificada, el Contratista deberá remover el área deficiente hasta la profundidad de la última capa de pavimento y reemplazarla con material nuevo. No se permitirá efectuar parcheos delgados de mezcla asfáltica sobre la mezcla recién colocada para corregir irregularidades. Los puntos altos aislados pueden fresarse siempre que el espesor de la capa cumpla</p>

Resoluciones Sancionatorias	Contrato de Concesión Capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)	Contrato de Obra e Invitación a Cotizar FAA, AC 150-5370-10E (P-401) (Traducción de perito)						
		con el espesor especificado en los planos. El fresado de puntos altos se limitará a 15 yardas cuadradas (12m ²). Las áreas de más de 15 yardas cuadradas (12m ²) requerirán la remoción y reemplazo del pavimento de acuerdo con las limitaciones antes señaladas." (Énfasis fuera del texto).						
<p>(iv) En la (Federal Aviation Administration, FAA) en la publicación titulada "Standards for Specifying Construction of Airports" (AC No 150/5370-10 Vigente en el momento de la repavimentación del año 2012), específicamente el Índice de Perfil Longitudinal (IP)</p>	<p>Contrato de Concesión sí preveían la aplicación de este índice, al momento de la reversión³⁹. En efecto, disponía el numeral 7 de la Sección 2 del Tomo II lo siguiente:</p> <p>"...7. CONDICIONES PARA EL RECIBO FINAL DE "LA PISTA EXISTENTE" Y DE LA SEGUNDA PISTA" CONSTRUIDAS Y MANTENIDAS MEDIANTE LA CONCESION...".</p> <p>"...Para determinar la suavidad de la superficie del pavimento al andar en la pista utilizará un graficador de perfil, para lo cual se seguirá la norma de ensayo 526 del Estado de</p>	<p>Invitación a Cotizar: Ver ordinal 16 del numeral 2.5.</p> <p>"CLÁUSULA QUINTA-DESCUENTOS: (...)</p> <p>Tabla de Criterios de aceptación o rechazo por el índice de perfil</p> <table border="1" data-bbox="948 1260 1411 2075"> <thead> <tr> <th data-bbox="948 1260 1133 1373">Índice de Perfil</th> <th data-bbox="1133 1260 1411 1373">Criterios</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="948 1373 1133 1522">Menor o igual a 14.2. mm/hm</td> <td data-bbox="1133 1373 1411 1522">Aceptado</td> </tr> <tr> <td data-bbox="948 1522 1133 2075">Entre 14.2 y 20 mm/hm</td> <td data-bbox="1133 1522 1411 2075">Se aceptará sólo si cumple con el promedio del índice de perfil no es mayor de 142mm/Km. En caso contrario se considera rechazado y se deberán corregir los defectos de regularización superficial mediante fresado o recrecido por</td> </tr> </tbody> </table>	Índice de Perfil	Criterios	Menor o igual a 14.2. mm/hm	Aceptado	Entre 14.2 y 20 mm/hm	Se aceptará sólo si cumple con el promedio del índice de perfil no es mayor de 142mm/Km. En caso contrario se considera rechazado y se deberán corregir los defectos de regularización superficial mediante fresado o recrecido por
Índice de Perfil	Criterios							
Menor o igual a 14.2. mm/hm	Aceptado							
Entre 14.2 y 20 mm/hm	Se aceptará sólo si cumple con el promedio del índice de perfil no es mayor de 142mm/Km. En caso contrario se considera rechazado y se deberán corregir los defectos de regularización superficial mediante fresado o recrecido por							

³⁹ Exp. Rad. 127541 / 02. PRUEBAS / PRUEBAS 8. DICTAMEN CONSTRUCTORA LHS / ANEXOS AL DICTAMEN TÉCNICO DGV, CODAD-LHS 16NOV2021. / ANEXO 2, PLIEGO Y ESPECIFICACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / TOMO II SECCION. Pág. 24 a 25.

Resoluciones Sancionatorias	Contrato de Concesión Capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)	Contrato de Obra e Invitación a Cotizar FAA, AC 150-5370-10E (P-401) (Traducción de perito)	
	California, EEUU, el índice de perfil promedio no deberá ser mayor de 142 mm por Km. El análisis deberá ejecutarse sobre el eje de la pista y a 8 m a cada lado..."	Mayor a 20 mm/hm	cuenta del Contratista Rechazado. Se deberán corregir los defectos de regularización superficial mediante fresado o recrecido por cuenta del Contratista
(v) en la Advisory Circular AC - 150/5320 - 12A (Federal Aviation Administration, FAA) actualmente derogada por la nueva circular AC - 150/5320 - 12C que rige desde el 3/18/1997 cuyo objeto es "medida, construcción y mantenimiento de superficies antideslizantes en superficies y pavimentos de aeropuertos". Específicamente la Profundidad de Textura Estimada (ETD).	<p>De acuerdo con la norma técnica que hace referencia a la textura la AC 150/5320-12C de la FAA "Medida, construcción y mantenimiento de superficies antideslizantes en superficies de pavimentos de Aeropuertos" la medición de este índice solo resulta procedente cuando la medida del índice de fricción es inferior a los valores de mantenimiento.</p> <p>En efecto, el numeral 3-22 de la Sección 4 de la AC 150/5320-12C de la FAA establece lo siguiente:</p> <p><i>"3-22. PRUEBAS RECOMENDADAS. Cuando los valores de fricción cumplen los criterios de los párrafos 3-20. (a), 3-20. (b) y 3-20. (C), no son necesarias las mediciones de profundidad de textura. Cuando los valores de fricción no cumplen con los criterios en los párrafos 3 a 20. (a), 3 a 20. (b) o 3 a 20. (c), y la causa no es obvia (por ejemplo, depósitos de caucho), el operador del aeropuerto debe realizar la medición de la profundidad de textura".</i></p> <p>En cualquier caso, lo cierto es que el cumplimiento de este índice devino exigible dados los defectos de ejecución de las obras. Si la obra hubiese sido correctamente ejecutada habría cumplido con las especificaciones y no hubiese sido exigible este índice de medida de textura superficial. No obstante, como no fue correctamente ejecutada por la UT, como consecuencia de ello, este índice se hizo exigible.</p>		

Procede entonces el Tribunal a establecer, en primer lugar, si las obligaciones del Contrato de Concesión cuyo incumplimiento declaró la ANI, eran equivalentes a las obligaciones de la UT bajo el Contrato de Obra, para lo cual realizará el análisis de cada uno de los incumplimientos declarados en la Resolución ANI 1176 de 2018, así como de su concreción en cuanto a la

expresión material de tales incumplimientos (la numeración es la de la Resolución ANI 1176 de 2018):

(i) Cláusula Décima Segunda, numeral 12.2 del Contrato de Concesión 110-OP-95:

Dice la Resolución ANI 1176 de 2018 que "*Durante la Etapa de Mantenimiento, el Concesionario deberá mantener la Segunda Pista de conformidad con los niveles de servicio previstos en la Sección 2 del Tomo II del Pliego de Condiciones y realizar el mantenimiento necesario, de acuerdo con la alternativa de tipo de pavimento elegido por el Concesionario en su Propuesta (asfalto o concreto rígido). Si en su Propuesta el Concesionario escogió asfalto, tendrá la obligación de recubrir enteramente la Segunda Pista, de acuerdo con la periodicidad requerida, según lo estipulado en la Sección 2 del tomo II del Pliego de Condiciones, además de efectuar los mantenimientos previstos teniendo en cuenta el diseño de la pista y el uso proyectado para ella*".

El incumplimiento que se le imputa a CODAD respecto de esta estipulación es de carácter general, en cuanto la ANI señala que de acuerdo con ella, "era obligación de CODAD S.A. mantener la segunda pista del Aeropuerto Internacional El Dorado (Pista Sur) con los niveles de servicio previstos en la Sección 2 del Tomo II del Pliego de Condiciones denominado "ESPECIFICACIONES DE MANTENIMIENTO" y realizar el mantenimiento necesario de acuerdo al pavimento elegido"⁴⁰, sin precisar -en este aparte- qué obligaciones específicas resultaron incumplidas, pues de ello se ocupa con las siguientes imputaciones.

(ii) Tomo II Sección 2 Especificaciones Técnicas de Mantenimiento

(v) Advisory Circular AC - 150/5320 - 12A (Federal Aviation Administration, FAA) actualmente derogada por la nueva circular AC - 150/5320 - 12C que rige desde el 3/18/1997 cuyo objeto es "medida, construcción y mantenimiento de superficies antideslizantes en superficies y pavimentos de aeropuertos". Específicamente la **Profundidad de Textura Estimada (ETD)**.

En el Numeral 4. "LABORES DE MANTENIMIENTO DE LA SEGUNDA PISTA DEL AEROPUERTO EL DORADO, CONSTRUIDA POR EL CONCESIONARIO", la ANI pone de presente que, con esas labores, se buscaba garantizar que la segunda pista y las calles de rodaje permanecieran "*en las mejores condiciones de operación durante todo el período de la Concesión*", exigiéndose que "*se tuvieran en cuenta las siguiente publicaciones **según su última edición**: FAA-AC-150/5380-6, FAA-AC-150/5320-12A "Medida, construcción y mantenimiento de superficies antideslizantes en superficies de pavimentos de aeropuertos" y el Ensayo 526 "Estado de California para determinar la suavidad de la superficie de Pavimento" (el resaltado hace parte del texto original)⁴¹.*

⁴⁰ Resolución ANI 1776 de 2018, Pág. 16.

⁴¹ El numeral 4 de las Especificaciones de Mantenimiento aplicables al Contrato de Concesión señala que "Para su realización y cubrimiento deberán tenerse en cuenta las publicaciones siguientes según su última edición:

Mediante la Resolución 1776 de 2018, la ANI declaró el incumplimiento de CODAD en relación con la especificación FAA-AC-150/5320 en los siguientes términos:

“En la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1174 de 2011 se hizo referencia a la Advisory Circular AC-150-5320-12A (...) actualmente derogada por la nueva circular AC-150-5320-12C que rige desde el 18 de marzo de 1997, que trata específicamente sobre la profundidad de textura estimada (EDT), normativa que se encuentra incumplida, toda vez que, a partir de las mediciones efectuadas por la interventoría Consorcio Aeroportuario, consignadas en el informe de interventoría con radicado ANI No. 2014-409-029665-2 del 24 de junio de 2014 que sirvió de fundamento al inicio de este procedimiento administrativo sancionatorio, (...) las mediciones de textura arrojadas no cumplen con las especificaciones técnicas del contrato, para la profundidad media de textura cuyo valor mínimo es de 1.14 mm tanto para la Pista como para la calle de rodaje paralela a la pista (...). Por ende, el concesionario CODAD no cumplió con las especificaciones técnicas respecto de la profundidad de textura estimada” (Subrayado añadido).

Con base en dicha recomendación de la FAA, la ANI declaró el incumplimiento de CODAD de sus obligaciones relacionadas con las especificaciones técnicas de construcción aplicables al Contrato de Concesión respecto de la profundidad de textura estimada, contemplada en la Circular 150/5320-12C de la FAA, que exigía una profundidad de textura promedio de 1.14 mm para pavimentos nuevos, la cual no se obtuvo en el de la Pista Sur, según la medición consignada en el informe de la Interventoría de la Concesión, del 24 de junio de 2014.

Al respecto, LHS afirma que *“En la Invitación a Cotizar no está incluido este criterio y por ende la UT no estaba obligada a cumplir con criterio de profundidad de textura estimada (aunque quedó probado que igualmente se alcanzó)”*⁴².

Por su parte, CODAD argumenta lo siguiente:

“De acuerdo con la norma técnica que hace referencia a la textura la AC 150/5320-12C de la FAA “Medida, construcción y mantenimiento de superficies antideslizantes en superficies de pavimentos de Aeropuertos” la medición de este índice solo resulta procedente cuando la medida del índice de fricción es inferior a los valores de mantenimiento.

FAA-AC-150/5380-6: Guías y Procedimientos para el mantenimiento de pavimentos de aeropuertos.

FAA-AC-150/5320-12A: Medida, construcción y mantenimiento de superficies antideslizantes en superficies de pavimentos de aeropuertos.

Ensayo 526: Estado de California para determinar la suavidad de la superficie de Pavimento”.

⁴² Alegato LHS Pág. 19.

En efecto, el numeral 3-22 de la Sección 4 de la AC 150/5320-12C de la FAA establece lo siguiente:

“3-22. PRUEBAS RECOMENDADAS. Cuando los valores de fricción cumplen los criterios de los párrafos 3-20. (a), 3-20. (b) y 3-20. (C), no son necesarias las mediciones de profundidad de textura. Cuando los valores de fricción no cumplen con los criterios en los párrafos 3 a 20. (a), 3 a 20. (b) o 3 a 20. (c), y la causa no es obvia (por ejemplo, depósitos de caucho), el operador del aeropuerto debe realizar la medición de la profundidad de textura”⁴³.

En cualquier caso, lo cierto es que el cumplimiento de este índice devino exigible dados los defectos de ejecución de las obras. Si la obra hubiese sido correctamente ejecutada habría cumplido con las especificaciones y no hubiese sido exigible este índice de medida de textura superficial. No obstante, como no fue correctamente ejecutada por la UT, como consecuencia de ello, este índice se hizo exigible”.

Al respecto, el Tribunal encuentra que la afirmación de CODAD en el sentido de que “*el cumplimiento de este índice devino exigible [para la UT] dados los defectos de ejecución de las obras*” no es de recibo, por cuanto, como afirma la Convocada, en las especificaciones técnicas establecidas para el Contrato de Obra no se incluyó la relativa a la profundidad de textura estimada contenida en las recomendaciones de la FAA AC 150/5320-12C, y por lo tanto esta especificación no le era exigible a la UT.

Tampoco resulta cierto el argumento según el cual este índice devino exigible dados los defectos de ejecución de las obras (no está probado que si éstas se hubieran construido con observancia de las especificaciones técnicas

⁴³ La Circular AC 150/5320-12C dispone:

“3-20. EVALUATION AND MAINTENANCE GUIDELINES. The following evaluation and maintenance guidelines are recommended based on the friction levels classified in Table 3-2. These guidelines take into account that poor friction conditions for short distances on the runway do not pose a safety problem to aircraft, but long stretches of slippery pavement are of serious concern and require prompt remedial action.

a. Friction Deterioration Below the Maintenance Planning Friction Level (500 ft). When the average Mu value on the wet runway pavement surface is less than the Maintenance Planning Friction Level but above the Minimum Friction Level in Table 3-2 for a distance of 500 feet (152 m), and the adjacent 500 foot (152 m) segments are at or above the Maintenance Planning Friction Level, no corrective action is required. (...).

b. Friction Deterioration Below the Maintenance Planning Friction Level (1000 ft). When the averaged Mu value on the wet runway pavement surface is less than the Maintenance Planning Friction Level in Table 3-2 for a distance of 1000 feet (305 m) or more, the airport operator should conduct extensive evaluation into the cause(s) and extent of the friction deterioration and take appropriate corrective action.

c. Friction Deterioration Below the Minimum Friction Level. When the averaged Mu value on the wet pavement surface is below the Minimum Friction Level in Table 3-2 for a distance of 500 feet (152 m), and the adjacent 500 foot (152 m) segments are below the Maintenance Planning Friction Level, corrective action should be taken immediately after determining the cause(s) of the friction deterioration. (...).

3-22. RECOMMENDED TESTING. When friction values meet the criteria in paragraphs 3-20.(a), 3- 20.(b), and 3-20.(c), no texture depth measurements are necessary. When friction values do not meet the criteria in paragraphs 3-20.(a), 3-20.(b), or 3-20.(c), and the cause is not obvious (e.g. rubber deposits), the airport operator should perform texture depth measurements”.

aplicables al Contrato de Obra se habría obtenido la profundidad de textura estimada), por lo que se reitera que éste es un criterio o índice que no se pactó ni es exigible de conformidad con los términos y condiciones acordados en el Contrato de Obra.

Al respecto, llama la atención del Tribunal que en el dictamen técnico de contradicción aportado por CODAD⁴⁴, el perito se refiere a las disposiciones aplicables al Contrato de Concesión al tenor del numeral 4 del Tomo II Sección 2 de las Especificaciones Técnicas de Mantenimiento, ya transcritas, y a su inclusión o no en la Invitación a Cotizar.

Respecto de la relacionada con el índice de fricción superficial, regulada por la Circular de la FAA AC 150/5320-12, que según quedó visto determina si hay necesidad o no de medir la profundidad de textura estimada dependiendo de si el índice es inferior a los establecidos en la especificación mencionada, afirma el perito que la misma *“no fue incluida en tanto una vez efectuada las labores de repavimentación era absolutamente esperable que este tipo de índice se cumpliera”*. Es decir que, según el dicho pericial, las especificaciones del Contrato de Obra no incluían un índice de fricción superficial, de manera que, sin ser éste exigible, tampoco se podía aplicar la norma según la cual, con base en esta especificación, se determina la necesidad de medir la profundidad de textura estimada.

Por lo demás, el perito manifestó lo siguiente:

“(…) como era de esperarse de un pavimento recién construido, los valores de fricción obtenidos luego de la repavimentación ejecutada por la UT cumplieron los requisitos establecidos, como aparece reportado en el Informe de Interventoría 03 de junio de 2012, capítulo 5 “Conclusiones y Recomendaciones”, numeral 6, que menciona al respecto lo siguiente, en referencia al ensayo de fricción de la Pista Sur realizado el 4 de junio de 2012, luego de 20 días de terminada la repavimentación de esta pista:

- “La pista actualmente cumple con el índice Bump de Boeing y con el coeficiente de fricción publicado por la Aerocivil...”

Por lo tanto, la observación de los valores requeridos de fricción luego de repavimentada la pista, indicaron que conforme lo esperado, no era necesario haber incluido la especificación de fricción superficial en el Contrato de Obra, y en general tampoco las Especificaciones de Mantenimiento del Contrato de Concesión”.

Así las cosas, queda probado que en el Contrato de Obra (incluyendo la Invitación a Cotizar) no se contempló una especificación técnica en relación con la profundidad de textura estimada exigible, ni tampoco la aplicabilidad del índice de fricción contemplado en la recomendación FAA AC 150/5320-12 para determinar la necesidad de su medición.

Por consiguiente, el resultado de dicha profundidad de textura no le era exigible a la UT, aunque lo fuera para CODAD bajo el Contrato de Concesión,

⁴⁴ Página 153.

de manera que el incumplimiento que declaró la ANI respecto de CODAD en las Resoluciones Sancionatorias no encuentra su causa en acción u omisión alguna por parte de la UT bajo el Contrato de Obra y, de contera, no surgió a cargo de esta la obligación condicional de reparación o garantía, ni se comprometió su responsabilidad indemnizatoria en favor de CODAD ni el derecho de esta de repetir lo pagado como consecuencia de la conciliación que realizó con la ANI.

(vi) Federal Aviation Administration, FAA en la publicación titulada "Standards for Specifying Construction of Airports" (AC No 150/5370-10 Vigente en el momento de la repavimentación del año 2012), específicamente el Índice de Perfil Longitudinal (IP);

A este respecto, la Resolución ANI 1776 de 2018 señala lo siguiente:

*"7. Ahora bien, desde la introducción del Tomo 11 Sección 1, volumen 1 "obras civiles", se indica que las especificaciones técnicas de construcción allí referidas, fueron "tomadas de las especificaciones de la Administración Federal de Aviación de los Estados Unidos (Federal Aviation Administration, FAA), contenidas en la publicación "Standards for Specifying Construction of Airports" en su circular (AC No. 150/5370-10A), traducidas en el documento con las modificaciones y consideraciones específicas para la obra. De allí, que igualmente se indicó expresamente en la citación como norma incumplida: la FAA (Federal Aviation Administration, FAA) en la publicación titulada "Standards for Especificying Construction of Airports" (AC No 150/5370-10 vigente en el momento de la repavimentación del año 2012), específicamente sobre el **Índice de Perfil Longitudinal (IP)**"⁴⁵. (Resaltado añadido).*

Más adelante, en la Resolución se precisa:

"Finalmente, de cara al Índice de Perfil Longitudinal (IP), desde la introducción del Tomo 11 Sección 1, volumen 1 "obras civiles", se dijo que las especificaciones técnicas de construcción allí referidas, fueron "tomadas de las especificaciones de la Administración Federal de Aviación de los Estados Unidos (Federal Aviation Administration, FAA), contenidas en la publicación "Standards far Specifying Construction of Airports" en su circular AC No. 150/5370-10A, (AC No. 150/5370-10F vigente en el momento de la repavimentación del año 2012), que trata de los rangos estipulados al ítem P401.

*Al respecto, la Interventoría indicó que: "El resultado promedio para la Pista Sur es: IP (Índice de Perfil - CA Profilograph): **11.63 in/mi (pulgadas por décima de milla)**. Este valor es superior al valor recomendado por la FAA (AC-150/5370-10 (...)) para pavimentos nuevos en Pistas de Aeropuertos, donde se exige que el valor medio de Índice de Perfil (IP) no debe exceder 7.0 in/mi"⁴⁶.*

⁴⁵ Resolución ANI 1776 de 2018, página 16

⁴⁶ Ídem, página 19.

La transcripción contenida en la Resolución corresponde al texto del INFORME FINAL DE REPAVIMENTACIÓN SEGUNDA PISTA Y CALLES DE RODAJE ASOCIADAS” de octubre de 2012, elaborado por la interventoría del Contrato de Concesión de ese momento (Consortio Aeroportuario)⁴⁷, en el cual se identifica el equipo utilizado para la realización de las pruebas, así:

“2.1. EQUIPO UTILIZADO PARA LA REALIZACIÓN DE LAS PRUEBAS.

Dentro de la generación más reciente de equipos para medición directa del perfil y a su vez calcular la rugosidad de un pavimento, así como el ahuellamiento, se encuentra el perfilómetro inercial con sensores láser (RSP, Road Surface Profiler) modelo 5051 RSP L5.2t fabricado por Dynatest, compuesto de cinco (5) sensores y dos (2) acelerómetros, el cual se clasifica como Clase 1 de acuerdo a la norma ASTM E 950. El RSP mide la rugosidad acumulada en términos de IRI en mm/m, m/km o in/mi.

La medición del perfil longitudinal está basado en el método "South Dakota", el cual consiste en que un acelerómetro es usado para obtener el movimiento vertical del vehículo, y un sensor láser es usado para medir el desplazamiento relativo entre el vehículo y la superficie del pavimento. En la siguiente figura se esquematiza el principio de medición.

**Figura 1 Principio de medición del RSP
(...)**

Las mediciones del perfil son obtenidas entonces al sumar el movimiento del vehículo con el desplazamiento entre el vehículo y la superficie.

El perfil obtenido con el RSP cumple con la precisión y el sesgo de un equipo de Clase 1 como ha sido definido por la ASTM E-950.

Las siguientes ilustraciones corresponden al equipo RSP-5051 de propiedad de la empresa Ingeniería & Gestión Vial Gevial S.A.S. (...).”

Por su parte CODAD, por conducto de la firma INECO, presentó a la UAEAC el “Informe Respuesta al Informe Final de Repavimentación Segunda Pista y Calles de Rodaje Asociadas” en el que se refiere al Informe elaborado por el Consortio Aeroportuario ya mencionado, respecto del cual formula la siguiente observación:

- *“Medición de IP, La Interventoría de la UAEAC, utilizando tecnología láser (no contemplada en la norma aplicable), considera (...). La Interventoría de la UAEC concluye que dado que el valor promedio obtenido es de 11,63 in/mi, no se cumple con los requerimientos anteriores”*

⁴⁷ Anexo 20 del Dictamen Técnico de Contradicción. Informe Final de Interventoría, numeral 2.3.2.

En el Informe Respuesta de INECO se registra que el 31 de octubre de 2012 esta firma realizó los ensayos de índice de perfil *"siguiendo escrupulosamente lo estipulado en la AC 150/5370-10F de la FAA tanto en lo referente a los ejes en los que se realiza el ensayo (...) como en lo concerniente al equipo empleado (perfilógrafo manual tipo California)"*, de los cuales obtuvo como resultado un valor promedio de índice de perfil de **6,97 mm/hm**.

Nótese que entre la medición de la Interventoría de la UAEC con el perfilógrafo Laser Dynatest y la efectuada por INECO con el perfilógrafo manual tipo California -AMES-, en el mismo mes de octubre de 2012, se registran resultados del promedio de índice de perfil muy diferentes (11,63 in/mi, en el primer caso, y 6,97 in/mi, en el segundo).

En la Resolución ANI 1776 de 2018, se continúa desarrollando el tema del incumplimiento del índice de perfil en el numeral 13, partiendo del ya referido Informe Final de Repavimentación de octubre de 2012.

Luego menciona (numeral 13.1) un informe con los resultados del ensayo de índice de perfil de la Pista Sur realizado por la nueva interventoría del Contrato de Concesión (Consortio A&I 2015) *"realizado por esa Interventoría a través de la firma DYNATEST el 25 de abril de 2016 "para la evaluación funcional del pavimento de la pista sur ... " y según el cual: "El valor promedio de Índice de Perfil (IP) obtenido en la superficie del pavimento de la pista sur es el siguiente: "1. En sentido 13R-31L es de 10,5 pulgadas/milla valor que corresponde a 156,7 mm/Km. "2. En sentido 31L-13Resde 14,4 pulgadas/milla valor que corresponde a 227 mm/Km. "De acuerdo con el valor promedio de Índice de Perfil obtenido en la segunda pista, no cumple con el valor promedio establecido en las Especificaciones Técnicas de Mantenimiento Tomo//, sección 2, numeral 7, páginas 24 y 25, para el recibo final de la segunda pista construida y mantenida por el Concesionario CODAD S.A."."*

Refiere (numeral 13.6) que *"CODAD S.A. entregó al COMITÉ TÉCNICO DE INGENIERÍA los resultados de ensayo 526 de Estado de California Pista Sur (13R31 L) realizados el 8 de septiembre de 2016 con el equipo marca AMES 2000 y según el cual "El valor promedio del índice Perfil obtenido por el Concesionario de la pista sur es de 13. 4 mm/hm, valor que corresponde a 8.5 pulgadas/milla", concluyendo que el índice de Perfil cumple con las especificaciones de los procedimientos de mantenimiento aprobados."*

Al respecto, nuevamente el Tribunal nota la diferencia de los resultados entre los ensayos realizados por la Interventoría del Contrato de Concesión y los obtenidos por CODAD, pues el primero, hecho con el perfilógrafo Dynatest el 26 de abril de 2016, arroja unos índices de perfil de 156,7 y 227 mm/Km (o, respectivamente, 15,67 y 22,7 mm/hm), al paso que el segundo, hecho con el perfilógrafo AMES el 8 de septiembre de 2016, arrojó un índice de 13,4 mm/hm, es decir, con el primero (de abril de 2016) no se cumpliría el índice de perfil pactado en el Contrato de Obra (14,2 mm/hm), pero con el segundo (de septiembre del mismo año), sí.

Finalmente, la Resolución reporta (13.11) que *"La Interventoría Consortio A&I 2015, realizó el día 26 de julio de 2017, ensayo de Índice de Perfil en la Pista Sur (13R-31 L), con equipos de alto rendimiento a través de la empresa*

GEVIAL⁴⁸, de acuerdo con el informe de resultados adjunto a la presente comunicación, se obtuvo un valor de índice de perfil promedio en dicha pista de 17 pulgadas/milla o su equivalente de 268 mm/Km. "Por lo anterior esta Interventoría confirma que la Pista Sur (13R-31 L) NO CUMPLE con el valor de Índice de Perfil requerido de conformidad con las Especificaciones Técnicas de Mantenimiento Tomo II sección 2 numeral 7. "CONDICIONES PARA EL RECIBO FINAL DE "LA PISTA EXISTENTE" Y DE LA "SEGUNDA PISTA" CONSTRUIDA Y MANTENIDA MEDIANTE LA CONCESIÓN.", donde se establece lo siguiente: " (...) el índice del perfil promedio no deberá ser mayor de 142 mm por Km. El análisis deberá ejecutarse sobre el eje de la pista y a 8 metros a cada lado".

Por otra parte, ha quedado probado en este proceso que la propia CODAD remitió a la UAEAC quince comunicaciones, entre el 3 de julio de 2013 y el 2 de noviembre de 2016, en las que le reporta que, en cada caso, el Ensayo 526 del Estado de California (ensayos del índice de perfil) con el perfilógrafo AMES, arrojó como resultado que la Pista Sur cumplió con el índice de perfil pactado en el Contrato de Obra, de 14,2 mm/hm, como se resume en el alegato de conclusión de LHS, (los anexos a los que se refiere fueron revisados uno a uno por el Tribunal y reflejan fielmente lo que registra el resumen):

FECHA	VALOR OBTENIDO		COMENTARIOS CODAD	DE DOCUMENTO
	(mm/hm)	(in/mi)		
31 de octubre de 2012	11.0	6.97	Realizado una vez se terminan los trabajos de microfresado 31 de octubre de 2012	INFORME DE INECO
3 de julio de 2013	12.3	7.8	"Del análisis de los datos obtenidos y en conformidad con el procedimiento del Ensayo 526 del Estado de California y los procedimientos de mantenimiento aprobados, se puede concluir que el Índice de perfil longitudinal de la pista sur está por debajo de los rangos máximos permitidos"	RHR-048-AC/13
14 de julio de 2014	11.8	7.5	"Del análisis de los datos obtenidos se puede concluir que el índice de perfil de la pista sur (13R-31L), cumple con las especificaciones de los procedimientos de mantenimiento aprobados".	CCF-133/14
3 de septiembre	12	7.6	"Del análisis de los datos obtenidos se puede concluir	CCF-195/14

⁴⁸ Es decir, con el perfilógrafo Dynatest, que era de propiedad de esa empresa.

de 2014			que el índice de perfil de la pista sur (13R-31L), cumple con las especificaciones de los procedimientos de mantenimiento aprobados”. “El valor del índice de perfil básicamente ha permanecido estable”.	
01 octubre de 2014	11.9	7.5	“Del análisis de los datos obtenidos se puede concluir que el índice de perfil de la pista sur (13R-31L), cumple con las especificaciones de los procedimientos de mantenimiento aprobados”. “El valor del índice de perfil básicamente permaneció estable para el periodo agosto 2014 a septiembre 2014”.	CCF-230/14
29 de octubre de 2014	11.7	7.4	“Del análisis de los datos obtenidos se puede concluir que el índice de perfil de la pista sur (13R-31L), cumple con las especificaciones de los procedimientos de mantenimiento aprobados”. “El valor del índice de perfil básicamente permaneció estable para el periodo septiembre 2014 - octubre 2014”.	CCF-230/14
23 de diciembre de 2014	12	7.6	“Del análisis de los datos obtenidos se puede concluir que el índice de perfil de la pista sur (13R-31L), cumple con las especificaciones de los procedimientos de mantenimiento aprobados”. “El valor del índice de perfil básicamente permaneció estable para el periodo septiembre 2014 - octubre 2014”.	CCF-312/14
16 de enero de 2015	12.1	7.7	“Del análisis de los datos obtenidos se puede concluir que el índice de perfil de la pista sur (13R-31L), cumple con las especificaciones de los procedimientos de mantenimiento aprobados”. “El valor del índice de perfil básicamente permaneció estable para el periodo	CCF-010/15

			noviembre 2014 - diciembre 2014”.	
16 de febrero de 2015	12.5	7.9	“Del análisis de los datos obtenidos se puede concluir que el índice de perfil de la pista sur (13R-31L), cumple con las especificaciones de los procedimientos de mantenimiento aprobados”. “El valor del índice de perfil básicamente permaneció estable para el periodo diciembre 2014 - enero 2015”.	CCF-048/15
9 de marzo de 2015	12.9	8.2	“Del análisis de los datos obtenidos se puede concluir que el índice de perfil de la pista sur (13R-31L), cumple con las especificaciones de los procedimientos de mantenimiento aprobados”. “El valor del índice de perfil básicamente permaneció estable para el periodo enero 2015 - febrero 2015”.	CCF-067/15
15 de abril de 2015	13.1	8.3	“Del análisis de los datos obtenidos se puede concluir que el índice de perfil de la pista sur (13R-31L), cumple con las especificaciones de los procedimientos de mantenimiento aprobados”. “El valor del índice de perfil básicamente permaneció estable para el periodo febrero 2015 - marzo 2015”.	CCF-107/15
28 de julio de 2015	13	8.2	“Del análisis de los datos obtenidos se puede concluir que el índice de perfil de la pista sur (13R-31L), cumple con las especificaciones de los procedimientos de mantenimiento aprobados”. “El valor del índice de perfil básicamente permaneció estable para el periodo mayo 2015 - junio 2015”.	CCF-222/15
30 de octubre de 2015	12.9	8.2	“Del análisis de los datos obtenidos se puede concluir que el índice de perfil de la pista sur (13R-31L), cumple con las especificaciones de los procedimientos de	CCF-373/15

			<i>mantenimiento aprobados”.</i> <i>“El valor del índice de perfil básicamente permaneció estable para el periodo agosto 2015 - octubre 2015”.</i>	
12 enero de 2016	12.8	8.1	<i>“Del análisis de los datos obtenidos se puede concluir que el índice de perfil de la pista sur (13R-31L), cumple con las especificaciones de los procedimientos de mantenimiento aprobados”.</i> <i>“El valor del índice de perfil básicamente permaneció estable para el periodo octubre 2015 - diciembre 2015”.</i>	CCF-480/16
02 de noviembre 2016	13.4	8.5	<i>“Del análisis de los datos obtenidos se puede concluir que el índice de perfil de la pista sur (13R-31L), cumple con las especificaciones de los procedimientos de mantenimiento aprobados”.</i> <i>“El valor del índice de perfil básicamente permaneció estable para el periodo julio 2016 – septiembre 2016”.</i>	CCF-1033/16

En relación con las diferencias entre los resultados del índice de perfil medidos por la Interventoría de la Concesión y los realizados por la propia CODAD, el Tribunal precisa que, como ya se registró, en el capítulo de Especificaciones Técnicas del Pliego de Condiciones de la Invitación a Cotizar formulada por CODAD, se estipuló lo siguiente en relación con el suministro y colocación del Pavimento Asfáltico:

*“2.5 Suministro y colocación de Pavimento asfáltico (P-401)
(...)”*

7. El ensayo del perfilógrafo será a cargo de CODAD S.A. (Este párrafo cancela la primera oración del primer párrafo y el séptimo párrafo del parágrafo 401-5.2(5)a Profilograph).

(...)

16. Para la medición del Índice de perfil se empleará el Perfilógrafo AMES 2000; (...)la medición se realizará sobre cada calle de repavimentación de la Pista de Vuelo y sus resultados serán contabilizados y promediados cada 100 metros de Pista en unidades de milímetro/hectómetro y no en pulgadas/milla por décimo de milla, y serán aplicables los siguientes criterios de aceptación o rechazo en longitudes de 100m por el ancho de cada calle de pavimentación (7.5m) conforme a la siguiente tabla: (Este párrafo modifica el parágrafo 401-8.1 c Basis of adjusted Payment far Smoothness y la Tabla 7 Average Profile Index Smoothness Pay Factor)

Tabla Criterios de aceptación o rechazo por el Índice de perfil

Índice de Perfil	Criterios
Menor o igual a 14.2 mm/hm	Aceptado
Entre 14.2 y 20 mm/hm	Se aceptará sólo si cumple que el promedio del índice de perfil no es mayor de 142 mm/Km. En caso contrario se considera rechazado y se deberán corregir los defectos de regularización superficial mediante fresado o recrecido por cuenta del Contratista
Mayor a 20 mm/hm	Rechazado. Se deberán corregir los defectos de regularización superficial mediante fresado o recrecido por cuenta del Contratista

(...)"

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal concluye que la UT cumplió a cabalidad con la especificación técnica referida al índice de perfil de la Pista Sur, en los términos expresamente previstos en el Contrato de Obra, esto es, que sería determinado por CODAD (no por la interventoría del Contrato de Concesión) y medidos mediante el ensayo 456 de California, con un perfilógrafo AMES, y no con otro perfilógrafo de diferente tecnología, como el Dynatest utilizado por aquella interventoría.

(iii) Tomo II Sección 1 Especificaciones Técnicas de Construcción Volumen 1 "obras civiles", capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)", aplicables al mantenimiento de la Segunda Pista, en los numerales 6.4.9 transporte extendida y terminado, 6.4.10 compactación de la mezcla, 6.4.11 juntas, 6.4.14 ensayo de acabado superficial:

Señala la ANI en las Resoluciones Sancionatorias que la Sección 2 del Tomo 11 en el numeral 4.1 del título 4 de las Especificaciones del Contrato de Concesión estableció que se debía realizar una renivelación de las pistas aproximadamente cada seis (6) años, y que de hacerse con pavimento flexible, debía cumplirse con las especificaciones técnicas de construcción señaladas en los pliegos⁴⁹, las cuales se encuentran en el Tomo 11, Sección 1 "Especificaciones técnicas de construcción", Volumen 1 "Obras Civiles", que en su capítulo Sexto definen lo concerniente al "Pavimento bituminoso y base asfáltica (P401)", y en sus numerales 6.4.9., 6.4.10., 6.4.11. y 6.4.14. detallan el proceso de transporte, extendida y terminado, compactación de la mezcla, juntas y el ensayo de acabado superficial.

A lo largo de este proceso, la parte Convocante ha sostenido que las especificaciones técnicas de construcción de las obras aplicables al Contrato

⁴⁹ Resolución ANI 1776 de 2018. El numeral 4.1 de estas Especificaciones dispone: "4.1. Pavimento Flexible. En caso de que el Concesionario opte por esta alternativa, deberá, además de realizar el mantenimiento dentro de las condiciones señaladas en el numeral 4 de estas especificaciones de mantenimiento, realizar una renivelación de la segunda Pista, de las calles de interconexión, calles de rodaje y taxeos, aproximadamente cada seis (6) años. Esta renivelación debe ser de un espesor de seis (6) cms promedio, la cual deberá tener las mismas especificaciones técnicas de construcción señaladas en estos Pliegos".

de Concesión -y por ende el alcance de las obligaciones que de ellas se derivan-, en lo que se relaciona con el pavimento de la Pista Sur y de las Calles de Rodaje, eran al menos equivalentes a las aplicables al Contrato de Obra, y que cuando no lo eran, las del segundo contrato eran más estrictas que las del primero.

Por su parte, la Convocada ha insistido en que, por el contrario, en el Contrato de Concesión se pactaron unas especificaciones técnicas y unas obligaciones consecuenciales a cargo del Concesionario que no se incluyeron en el Contrato de Obra.

Al respecto, el análisis de los dictámenes periciales técnicos obrantes en este proceso lleva al Tribunal a la conclusión de que las especificaciones técnicas del Contrato de Concesión cuyo incumplimiento declaró la ANI en las Resoluciones Sancionatorias (contenidas en el Tomo II Sección 1 Especificaciones Técnicas de Construcción Volumen 1 "obras civiles", capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)", en los numerales 6.4.9, transporte extendida y terminado; 6.4.10, compactación de la mezcla; 6.4.11, juntas; y 6.4.14 ensayo de acabado superficial), coinciden sustancialmente con las establecidas en el Contrato de Obra, como pasa a verse:

Con quedó establecido, la UT se obligó a dar cumplimiento a las especificaciones técnicas contenidas en la recomendación FAA AC 150/5370-10E, con las modificaciones determinadas por CODAD en los numerales 1 a 16 de la Sección 2.5 del Pliego de Condiciones de la Invitación a Cotizar.

En lo que respecta a este incumplimiento declarado por la ANI en las Resoluciones Sancionatorias, en el dictamen pericial técnico de contradicción aportado por CODAD, el perito señala que los numerales del capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)", del Tomo II Sección 1 Especificaciones Técnicas de Construcción, tienen su correspondiente numeral en las especificaciones del Contrato de Obra, contenidos en el ítem P-401 Plant mix bituminous pavements de la Circular AC 150-5370-10E; y hace el siguiente parangón entre las especificaciones técnicas de los numerales 6.4.9, transporte extendida y terminado; 6.4.10, compactación de la mezcla; 6.4.11, juntas; y 6.4.14 ensayo de acabado superficial de las especificaciones técnicas del Contrato de Concesión y las especificaciones equivalentes de la Circular FAA AC 150/5370-10E⁵⁰, contenidas en los numerales 401-4.10 LAYDOWN PLAN, TRANSPORTING, PLACING, AND FINISHING; 401-4.11 COMPACTION OF MIXTURE; 401-4.12 JOINTS; y 401-5.2 ACCEPTANCE CRITERIA, b. Acceptance Criteria. (5) Smoothness:

Contrato de Concesión Capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)	Contrato de Obra e Invitación a Cotizar FAA, AC 150_5370_10E (P-401) (Traducción oficial Dra. María Teresa Lara)
6.4.9 TRANSPORTE EXTENDIDA Y TERMINADO <i>"Tan pronto llegue, la mezcla debe ser extendida por una pavimentadora"</i>	401-4.10 PLAN DE EXTENDIDO, TRANSPORTE, COLOCACIÓN Y ACABADO <i>"A su llegada, la mezcla deberá ser"</i>

⁵⁰ Ver página 64.

<p>que permita una nivelación automática de las capas de pavimento y debe ser enrasada en capa uniforme de tal espesor que cuando el trabajo esté terminado tenga el perfil y pendientes indicados.”</p>	<p>colocada en todo el ancho por una pavimentadora de asfalto. Deberá esparcirse en una capa uniforme de profundidad tal que, al concluir el trabajo, tenga el espesor requerido y se ajuste al grado y el contorno indicados”.</p>
<p>6.4.10 COMPACTACIÓN DE LA MEZCLA “Cualquier mezcla que se vuelva floja y quebradiza, mezclada con polvo y de alguna manera defectuosa deberá ser removida y reemplazada con mezcla fresca y caliente que se compactará hasta conformarse a las áreas adyacentes. Este trabajo será hecho por el Concesionario a su costo. No se permite hacer parcheo en la capa superficial.”</p>	<p>401-4.11 COMPACTACIÓN DE LA MEZCLA “Cualquier mezcla que se suelte y se quiebre, se mezcle con tierra, contenga agrietamientos o sea en cualquier forma defectuosa deberá retirarse y reemplazarse con mezcla caliente fresca y compactarse de inmediato para conformarse con el área circundante. Este trabajo se realizará por cuenta del Contratista. No se permitirá el parcheo superficial.”</p>
<p>6.4.11 JUNTAS “La formación de juntas deberá hacerse de tal manera que se asegure una completa unión entre la sección interior y la nueva, de la capa. Todas las juntas deberán presentar la misma textura, densidad y acabado como las otras partes de la capa.”</p>	<p>401-4.12 JUNTAS “La formación de todas las juntas se hará de tal manera que se garantice un ligado continuo entre las capas y se obtenga la densidad requerida. Todas las juntas deberán tener la misma textura de las demás secciones de la capa y cumplir los requisitos de lisura y grado.”</p>
<p>6.4.14 ENSAYO DE ACABADO SUPERFICIAL “La superficie terminada no debe variar en más de 6 mm cuando se ensaye con una regla recta de 5 m de largo, colocada sobre el pavimento en sentido paralelo al eje central o en ángulo recto con el mismo eje.” “Después del cilindrado final la suavidad del acabado debe ser aprobada. Las protuberancias o depresiones excediendo la tolerancia especificada deben ser corregidas inmediatamente, por remoción del trabajo defectuoso y remplazándolo con material nuevo, como lo indique el Ingeniero Interventor. Este trabajo será por cuenta del Contratista.”</p>	<p>401-5.2 CRITERIOS DE ACEPTACIÓN. (5) LISURA “La superficie terminada de la capa final del pavimento no podrá variar más de ¼ de pulgada al evaluarse con una regla de 16 pies.” Nota de este perito: - ¼ de pulgada = 6mm - 16 pies = 5m “Se harán mediciones de lisura a intervalos de 50 pies y según los determine el Ingeniero. En la dirección longitudinal, se hará una lectura de lisura en el centro de cada franja de pavimentación. En la dirección transversal, las lecturas de lisura se harán continuamente a través de todo el ancho del pavimento. Sin embargo, no se harán lecturas de lisura transversal a través de cambios de nivel de diseño. En áreas de transición alabeadas, se ajustará la posición de</p>

	<p><i>la regla para mediar la lisura de la superficie y no las transiciones de nivel de diseño. Cuando más del 15 por ciento de todas las mediciones de un lote excedan la tolerancia especificada, el Contratista retirará el área deficiente hasta la profundidad de la capa final del pavimento y la reemplazará con material nuevo. No se permitirá el parcheo superficial. Las protuberancias aisladas podrán pulirse siempre que el espesor de la capa cumpla con el espesor especificado en los planos. La pulida de protuberancias se limitará a 15 yardas cuadradas. Las áreas que excedan las 15 yardas cuadradas requerirán remoción y reemplazo del pavimento de acuerdo con las limitaciones antes señaladas”.</i></p>
--	---

Por su parte, en el dictamen técnico aportado por LHS no aparece ninguna referencia a las tres primeras especificaciones aplicables al Contrato de Concesión, o a sus equivalentes aplicables al Contrato de Obra, ni allí se controvierte que aquellas le fueran aplicables a éste.

Respecto de la cuarta especificación, 6.4.14 ENSAYO DE ACABADO SUPERFICIAL de las especificaciones del Contrato de Concesión, señala el perito que “[e]l Pliego de condiciones de la invitación a cotizar del contrato CODAD-UT no incluyó este ensayo como requisito de aceptación, pues definió que, la regularidad superficial de la Pista tendría como criterio de aceptación el definido para el índice de perfil (numeral 2.5. de la invitación a cotizar 02/2011)”.

El Tribunal no considera de recibo la apreciación pericial en el sentido de que, como en el Pliego de Condiciones de la Invitación a Cotizar del Contrato de Obra se definió que la regularidad superficial de la Pista tendría como criterio de aceptación el definido para el índice de perfil (numeral 2.5. de la Invitación a Cotizar) y no el ensayo de acabado superficial, a la UT no le era aplicable la especificación técnica 401-5.2 CRITERIOS DE ACEPTACIÓN (5) LISURA de la Circular FAA AC 150/5370/10E (P-401). La razón para ello es que esta última especificación estaba expresamente contemplada en la Invitación a Cotizar y en el Contrato.

Con lo anterior, el Tribunal tiene por demostrado que, en relación con el tema que aquí se analiza, las especificaciones técnicas aplicables al Contrato de Concesión, cuyo incumplimiento se declaró por la ANI en las Resoluciones Sancionatorias, tenían su equivalente funcional en las especificaciones técnicas aplicables al Contrato de Obra.

Así las cosas, a continuación, se procederá a dilucidar el contenido concreto del incumplimiento contractual declarado por la ANI en cada caso, a fin de establecer si se cumple la condición de imputabilidad a la UT que daría lugar

(junto con el cumplimiento de las demás condiciones) a las pretensiones indemnizatorias y resarcitorias de la Demanda Reformada.

a. Respecto del numeral 6.4.9 "Transporte Extendida y Terminado":

La ANI declara, en las Resoluciones Sancionatorias, que las Especificaciones de Construcción del Contrato de Concesión (Tomo II, Sección 1 Volumen 1), establecen en el numeral 6.4.9 "*Transporte Extendida y Terminado*" que "(...) *la mezcla debe ser extendida por una pavimentadora que permita una nivelación automática de las capas del pavimento y debe ser enrasada en capa uniforme de tal espesor que cuando el trabajo esté terminado tenga el perfil y pendientes indicados (...)*".

El fundamento para declarar este incumplimiento consiste en que, al no haber colocado una capa de rodadura después de realizar el microfresado, CODAD incumplió con la especificación técnica de construcción mencionada (6.4.9), pues según ésta, el terminado debía hacerse con una pavimentadora y no con un corte mecánico en frío (el microfresado).

b. Respecto del numeral 6.4.10 "Compactación de la mezcla":

En cuanto al numeral 6.4.10 "Compactación de la mezcla", en la Resolución ANI 1776 de 2018 se señala que las Especificaciones de Construcción (Tomo II, Sección 1 Volumen 1) establecen en que "*Cualquier mezcla que se vuelva floja y quebradiza, mezclada con polvo y de alguna manera **defectuosa deberá ser removida y reemplazada con mezcla fresca y caliente que se compactará hasta conformarse a las áreas adyacentes. Este trabajo será hecho por el Concesionario a su costo. No se permite hacer parcheo en la capa superficial***". (resaltado en negrillas del texto original).

c. Respecto del numeral 6.4.11 "Juntas":

El incumplimiento en este caso es declarado por la ANI por cuanto las Especificaciones de Construcción (Tomo II, Sección 1 Volumen 1) establecen en el numeral 6.4.11 "Juntas" que "*Todas las juntas deberán presentar la misma textura, densidad y acabado como las otras partes de la capa*", y la interventoría Consorcio Aeroportuario (del Contrato de Concesión) planteó en el informe ya citado que "(...) *entre el Km 11+506 al k 11 +540 costado derecho del eje, se ha evidenciado fisuras longitudinales prematuras, y pérdida superficial del agregado*"⁵¹.

d. Respecto del numeral 6.4.14 "Ensayo de acabado superficial":

La ANI refiere en relación con este punto que las Especificaciones Técnicas de Construcción, en su numeral 6.4.14 establecen lo siguiente:

"(...) Cualquier variación debe ser corregida mediante el retiro y/o adición de materiales con su correspondiente compactación.

⁵¹ Resolución ANI 1776 de 2018, Página 18.

"La superficie terminada no debe variar más de 6 mm cuando se ensaya con una regla recta de 5 metros de largo, colocada sobre el pavimento en sentido paralelo al eje central o en ángulo recto con el mismo eje.

"Después del cilindrado final la suavidad del acabado debe ser probada. Las protuberancias o depresiones excediendo la tolerancia especificada deben ser corregidas inmediatamente, por remoción del trabajo defectuoso y reemplazándolo con material nuevo, como lo indique el Ingeniero Interventor. Este trabajo será por cuenta del Concesionario" (resaltado en negrilla de la cita de la ANI).

A este respecto, la ANI formuló la declaración de incumplimiento en los siguientes términos⁵²:

Respecto del numeral 6.4.9 "Transporte Extendida y Terminado" señaló "Se evidenció de parte de la Interventoría "Consortio Aeroportuario", problemas de acabado superficial, inclusive de más de 3 cm al paso de la regla de 5m. Lo anterior conllevó a la generación de depósitos de agua en la pista, que podían (sic) "(...) Se evidencia problemas de perfil longitudinal inclusive de más de 3 cm, el cual trae como consecuencia depósitos de agua en la pista, que genera en etapas de lluvia hidro-planeo a las aeronaves, el cual se puede convertir en problemas operacionales en la pista de aterrizaje y despejes de aeronaves, así mismo se observa la mezcla abierta y con fisuras"."

En relación con este numeral 6.4.14 "Ensayo de acabado superficial", sin embargo, en el Informe Final de Repavimentación de la Pista Sur y Calles de Rodaje Asociadas, la Interventoría de la Concesión señaló lo siguiente:

*"El índice de rugosidad Internacional se correlaciona con el paso de la regla que se encuentra en las especificaciones técnicas de construcción numeral **6.4.14 Ensayo de Acabado Superficial**" que dice: "... La superficie terminada no debe variar más de 6 mm cuando se ensaya con una regla recta de 5 metros de largo, colocada sobre el pavimento en sentido paralelo al eje central o en ángulo recto con el mismo eje...". Es decir que las depresiones y protuberancias "saltos" permitidos oscilan entre 0 a 6 mm para el presente contrato, lo que genera un Índice de Rugosidad (IRI) establecido para Aeropuertos que debe ser inferior a 2 m/Km valor recomendado por el Banco Mundial".*

Respecto de las mediciones efectuadas, el Informe Final concluye que "Una vez terminados los trabajos de corrección a la Pista autorizados por el Comité Técnico de Ingeniería como fue la aprobación de corte en frío que arrojó un valor de IRI de 1.88 m/Km, índice inferior al recomendado de 2 m/Km por el Banco Mundial". (Subrayado añadido).

Así las cosas, se tiene que la UT cumplió con esta especificación, si bien la Interventoría de la Concesión le reprocha a CODAD que dicho índice se alcanzó, pero "con un procedimiento no contemplado en las especificaciones

⁵² Resolución ANI 1776 de 2018, Página 19.

técnicas del contrato, que especifica que el terminado de la superficie de la Pista debe ser con mezcla en caliente y terminadora de asfalto”.

Respecto de estos reparos (Tomo II Sección 1 Especificaciones Técnicas de Construcción Volumen 1 "obras civiles", capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)", en los numerales 6.4.9, transporte extendida y terminado; 6.4.10, compactación de la mezcla; 6.4.11, juntas; y 6.4.14 ensayo de acabado superficial), el Tribunal encuentra que la principal prueba en que se basó la ANI para declarar el incumplimiento fue un informe de la Interventoría del Contrato de Concesión (Consortio Aeroportuario), identificado con el radicado 2014-409-029665-2, al que reiteradamente se refiere la Resolución ANI 1776 de 2018. En dicho informe la interventoría de la Concesión se manifestó sobre la no reposición de la capa de rodadura luego de la realización del microfresado en varias ocasiones, así:

En relación con el numeral 6.4.9 "*Transporte Extendida y Terminado*" el Informe señaló que “Lo anterior demuestra el incumplimiento de las especificaciones técnicas por parte del concesionario CODAD que le manifestó realizaría a la Aerocivil en su carta de compromiso y plan de acción y tomando decisiones unilaterales de no realizar ningún trabajo como es la colocación de la capa de rodadura después del microfresado lo cual traerá como consecuencias afectaciones a la estructura del pavimento ya que su terminado no es con terminadora de asfalto como lo establece la especificación técnica de construcción sino que la pista se entregó en un corte mecánico en frío que como bien es sabido debilita la superficie del pavimento de la pista; a lo cual agrega la ANI que el incumplimiento persiste, *“toda vez que la superficie se dejó expuesta y debilitada en su estructura”*⁵³ (Subrayado añadido; resaltado en negrillas es del texto original).

En relación con el numeral 6.4.10 "*Compactación de la Mezcla*" expresa que *“(...) para la realización de la actividad, las Especificaciones Técnicas de Construcción del contrato de concesión numeral 6.4.10 "Compactación de la Mezcla" establece que para cualquier mezclada [sic] de alguna manera defectuosa deberá ser removida y reemplazada con mezcla fresca y caliente (...)”, de lo que concluye la ANI que “... existe una aceptación por parte del Concesionario en el sentido de que se presentaron deficiencias en el procedimiento constructivo especialmente en la colocación de la carpeta de nivelación con mezcla asfáltica P401 FAA, que debían subsanarse removiendo y reemplazando con mezcla fresca y caliente y no mediante parcheos, siendo que las especificaciones técnicas de construcción establecían que no se podía corregir de esa manera”*⁵⁴ (Subrayado y resaltado añadido).

En relación con el numeral 6.4.14 “Ensayo de acabado superficial”, como ya se dijo, en el Informe Final de Repavimentación de la Pista Sur y Calles de Rodaje Asociadas, la Interventoría de la Concesión señaló lo siguiente:

*“El índice de rugosidad Internacional se correlaciona con el paso de la regla que se encuentra en las especificaciones técnicas de construcción numeral **“6.4.14 Ensayo de Acabado Superficial”** que dice: “... La superficie terminada*

⁵³ Resolución ANI 1776 de 2018, Página 17.

⁵⁴ Resolución ANI 1776 de 2018, Página 18.

no debe variar más de 6 mm cuando se ensaya con una regla recta de 5 metros de largo, colocada sobre el pavimento en sentido paralelo al eje central o en ángulo recto con el mismo eje...". Es decir que las depresiones y protuberancias "saltos" permitidos oscilan entre 0 a 6 mm para el presente contrato, lo que genera un Índice de Rugosidad (IRI) establecido para Aeropuertos que debe ser inferior a 2 m/Km valor recomendado por el Banco Mundial".

Respecto de las mediciones efectuadas, el Informe Final concluye que *"Una vez terminados los trabajos de corrección a la Pista autorizados por el Comité Técnico de Ingeniería como fue la aprobación de corte en frío que arrojó un valor de IRI de 1.88 m/Km, índice inferior al recomendado de 2 m/Km por el Banco Mundial.*

Es pertinente resaltar que este índice de 1.88 m/Km se alcanza con un procedimiento no contemplado en las especificaciones técnicas del contrato, que especifica que el terminado de la superficie de la Pista debe ser con mezcla en caliente y terminadora de asfalto tal como lo establece en las ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE CONSTRUCCIÓN Tomo II sección 1. Vol. I. Numeral 6.4.9"

3.2.6. La incidencia del Plan de Acción en las Resoluciones Sancionatorias

La Convocada sostiene que el incumplimiento del Contrato de Concesión por parte de CODAD declarado por la ANI en las Resoluciones Sancionatorias obedeció, específicamente, a que el Concesionario incumplió su propio Plan de Acción al negarse a colocar una capa de rodadura después del microfresado, ya fuera mediante un microaglomerado (propuesta que terminó siendo técnicamente inviable), o de una capa de rodadura de 4 cm de espesor, lo cual no le es imputable a la UT.

La Convocante argumenta al respecto, que el Plan de Acción no fue causa de la sanción de la ANI a CODAD⁵⁵ por cuanto éste *"no tenía como finalidad ni podía subsanar los errores en los procedimientos constructivos"*, ni estaba contractualmente previsto, y *"no fue señalado por la ANI en el cargo imputado, ni incluido en la relación de las obligaciones incumplidas"* en las Resoluciones Sancionatorias.

Como fundamento de su afirmación, CODAD hace referencia al dictamen técnico de contradicción que aportó, en el cual el perito Estrada afirma que en ninguna parte de las especificaciones técnicas del Contrato de Concesión *"se menciona que CODAD tenía la obligación de instalar una capa de rodadura de 4cm dentro de las exigencias de regularidad superficial de la pista"*⁵⁶; y que cuando en la Resolución ANI 1776 de 2018 se señaló que *"un plan de acción no reemplaza ni anula la exigibilidad de la obligación que se ejecutó de manera defectuosa"*, ello significa -según el perito⁵⁷- que *"el incumplimiento generado (...) por la mala ejecución de los procesos de extendida y terminado, no se anulaba con la ejecución de un plan de reparación para dejar operativa la pista"*, lo anterior por cuanto, en su criterio, *"El objeto y el resultado esperado*

⁵⁵ Alegato CODAD, páginas 85 y siguientes.

⁵⁶ Página 59 del dictamen técnico de contradicción.

⁵⁷ Ídem, página 67.

del Contrato de Obra era que la obra se hiciera bien, cumpliendo todos los requisitos de calidad o indicadores de pavimentación, y no tuviera que ser reparada”.

Es decir, según el criterio del perito, el incumplimiento de la obligación por no haber realizado la terminación del asfalto con una pavimentadora, como lo establecía la especificación técnica, era fatalmente insubsanable frente a CODAD y a la ANI, pues no valía ninguna media correctiva, aunque fuera aceptada por esta entidad.

Esta posición, sin embargo, no puede ser valorada como prueba por el Tribunal, en primer lugar, por cuanto no tendría sentido alguno elaborar un plan de acción para subsanar un incumplimiento (en lo cual estuvieron trabajando CODAD y la ANI por años), que no tuviera la virtualidad de subsanar o corregir las consecuencias de los errores constructivos. En segundo lugar, por cuanto tampoco es esa la interpretación que corresponde, rectamente, a las expresiones contenidas en la Resolución ANI 1776 de 2018, por cuanto lo que allí se registró es que “al no cumplirse el plan de acción o al hacerlo parcialmente, no se subsanó el incumplimiento ni las irregularidades presentadas por razón de la indebida repavimentación”, de lo que ha de entenderse, contrario sensu, que si se hubiera cumplido el plan de acción, se habría subsanado el incumplimiento, pues dicho plan, según lo afirma la propia ANI, “se trata de un salvavidas o medida correctiva que pretendía lograr el cumplimiento de unos niveles de servicio esperados y que la pista se entregara con las especificaciones técnicas y bajo unas condiciones mínimas para ser recibida”, lo que no deja margen de duda de que el cumplimiento del plan de acción habría permitido que la pista se entregara en condiciones para ser recibida por la ANI.

En relación con los antecedentes y la ejecución del Plan de Acción presentado por CODAD a la ANI, el Tribunal encuentra probados los siguientes hechos:

Desde fecha muy temprana en la ejecución de las actividades de renivelación de la Pista Sur, el Consorcio Aeroportuario (Interventoría del Contrato de Concesión) evidenció, en el informe N° 1 correspondiente al período **del 7 de marzo al 6 de abril de 2012**⁵⁸, deficiencias en el procedimiento constructivo en el terminado de la colocación de la carpeta asfáltica con P-401, que la llevaron a las siguientes CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

“1.- Los defectos en la re nivelación de la pista ha dejado claro que Codad no ha sido constructivamente muy exacto en las pendientes longitudinales y transversales, con la granulometría que se encuentra abierta, así como de manchas de pintura después de la señalización horizontal, esto principalmente ha generado grandes depósitos de agua después de lluvias en la Pista del aeropuerto El dorado, lo que puede generar hidropneumático, afectando la seguridad operacional del aeropuerto.

2.- En el Acta de No. 2 de seguimiento de la Repavimentación de la Segunda Pista, los representantes de la sociedad concesionaria Codad S.A., han reconocido el problema

⁵⁸ Informe 01 del 7 de marzo al 6 de abril de 2012. Anexo 4 del dictamen de contradicción.

constructivo y han planteado una solución de un micro fresado al tramo de 800 metros de longitud desde el taxeo November y la Pista 31L y si la solución no funciona constructivamente levantarán y aplicarán una nueva capa de mezcla asfáltica P-401 FAA.

3.- Desde el punto de vista de la Interventoría el micro fresado sin reponer capa alguna de rodadura, provocaría un área con una textura abierta, con un mayor desprendimiento de áridos, la cual ya no sería impermeable y provocaría con el tiempo y las lluvias un deterioro más acelerado que en el resto de la pista, aumentando la probabilidad de formación de baches en pista en un menor tiempo de uso, además el coeficiente de rozamiento aumentaría inicialmente en dicha área pues así pasa al realizar un fresado, lo que inicialmente podría provocar la queja de las compañías aéreas al encontrarse 2 áreas diferentes en la pista y que puedan provocar un mayor desgaste de sus neumáticos.

Lo recomendado es que se realice un fresado y se le ponga una capa encima de al menos 4 cm, tal y como pide la FAA, realizar solo el micro fresado para conseguir que el perfil y las pendientes sean las correctas puede provocar lo anteriormente expuesto.

4.- El concesionario Codad S.A., deberá proceder a dejar el terminado constructivo del tramo evaluado en el presente informe de conformidad con las “Especificaciones Técnicas de Construcción del Pliego de Condiciones”, ya que de acuerdo a estas especificaciones técnicas la entidad concedente y la interventoría recibirán los trabajos de repavimentación y/o nivelación de la carpeta asfáltica que actualmente se ejecutan en la Segunda Pista.

5. El concesionario Codad, deberá proceder a realizar los arreglos en el tramo que ha aplicado la carpeta de nivelación con las deficiencias descritas anteriormente, en los términos y/o notam que se fijó por el Comité Técnico de ingeniería para la repavimentación de la Segunda Pista”. (subrayado y resaltado añadidos).

Así, está probado que la Interventoría del Contrato de Concesión, desde un principio, le manifestó a CODAD que si no funcionaba la solución del microfresado propuesta, tenía la obligación de colocar una capa de 4 cm de pavimento P-401, lo cual deja sin piso la afirmación de la Convocante en su alegato de conclusión⁵⁹ en el sentido de que “(...) a la luz del Contrato de Concesión CODAD debía repavimentar, pero NO tenía la obligación de colocar una capa de rodadura de 4 cm después de la repavimentación, pues esto sería tanto como repavimentar dos veces. Las especificaciones aplicables a la repavimentación, según ya se ha explicado, eran las Especificaciones de Construcción, capítulo 6, Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401) las cuales a su vez habían sido tomadas de las normas de la FAA AC 150/5370-10A, normas que no contemplaban el IP como condición para la recepción de

⁵⁹ Página 266.

la repavimentación ni mucho menos la colocación de un recrecido como mecanismo de aceptación de las obras”.

De esta manera, bajo el Contrato de Concesión era claro, o debería serlo para CODAD, que, ante las fallas en el procedimiento constructivo, si la solución de microfresado no resultaba adecuada o suficiente, tenía la obligación de fresar y recrecer el pavimento con una capa de rodadura de 4cm.

Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio de la obligación que recaía en la UT de conformidad con la Invitación a Cotizar y el Contrato de Obra, en el sentido de que si el índice de perfil de la renivelación no alcanzaba la medida exigida, de 14.2 mm/hm, debía *“corregir los defectos de regularización superficial mediante fresado o recrecido”* (entiéndase uno u otro procedimiento), por su cuenta⁶⁰, asunto éste que ya fue analizado por el Tribunal en el apartado correspondiente a la declaratoria de incumplimiento *“(iv) en la (Federal Aviation Administration, FAA) en la publicación titulada "Standards for Specifying Construction of Airports" (AC No 150/5370-10 Vigente en el momento de la repavimentación del año 2012), específicamente el Índice de Perfil Longitudinal (IP)”*.

El **1 de junio de 2012**, CODAD dirigió a la UAEAC, la comunicación JFR-073/12⁶¹ en la que le manifestó lo siguiente:

“Con base en lo anterior, (...) como una manifestación de nuestro interés e intención de continuar ofreciendo el mejor servicio al aeropuerto, así como que las obras de repavimentación de la pista Sur reúnan los requisitos y garantías técnicas más idóneas de estas características, en base a los avances que las nuevas tecnologías y las mejores prácticas conocidas y testadas en el sector proporcionan, respetando el espíritu del contrato de concesión.

Con esta finalidad estamos elaborando un Plan de Acción, que les presentaremos en breve, y reiteramos nuestro compromiso para que la obra que se está ejecutando cumpla con las condiciones para el recibo final de la pista en el aeropuerto de Eldorado”.

Esta comunicación fue seguida de otra, de fecha **15 de junio de 2012**⁶², en la que CODAD remite a la UAEAC *“el Plan de Acción para completar las labores de la repavimentación de la pista Sur del aeropuerto”, con el cual “completaría la segunda repavimentación prevista en el Contrato de Concesión 010-OP-95, cumpliendo con las condiciones de recibo de la pista, muy estrictas en cuanto a requerimiento de IP”*. Este Plan estaría conformado por el procedimiento de microfresado *“generalmente reconocido como terminación de pavimentos nuevos cuando se trata de corregir deficiencias en la regularidad de la superficie y ofrece un buen resultado a nivel de seguridad operacional y un tiempo de ocupación de la pista mucho menor que cualquier alternativa”*; seguida de un microaglomerado, que *“es un tratamiento superficial que se coloca encima de la mezcla P-401 para mejorar sus características*

⁶⁰ Anexos Dictamen de contradicción 3. Invitación a cotizar 2-2011.

⁶¹ Pruebas 14. Oficio 4 Aerocivil.

⁶² Comunicación JFR-098/12

superficiales. Con el microaglomerado se resuelve también la uniformidad de la textura”, de manera que “Una vez asegurada la regularidad superficial, el microaglomerado garantiza el cumplimiento de los requisitos exigidos por la UAEAC para las características superficiales del pavimento”.

En la misma comunicación CODAD expresa a la UAEAC que “La alternativa a esta propuesta, que consistiría en rebajar el fresado 5 cm para permitir la colocación de una nueva capa de p-401 no la consideramos idónea por el mayor riesgo en la ejecución en las condiciones actuales y el tiempo necesario de ocupación pista, que requiere 4 meses aproximadamente”.

El Plan de Acción presentado con la comunicación referenciada está en el documento preparado por la firma INECO, a instancias de CODAD⁶³, en el que se explican técnicamente los dos componentes del Plan.

En el Informe de Interventoría del Contrato de Concesión No. 04, correspondiente al período de **6 de junio a 7 de julio de 2012**⁶⁴, la Interventoría solicitó a CODAD “*dar cumplimiento a las especificaciones técnicas del proyecto en cuanto a las condiciones de Índice de perfil por tanto se tendría que hacer la corrección a todo el ancho y de la pista, es decir a los 45 metros de ancho. El contratista Concesionario CODAD S.A. debe realizar los ensayos correspondientes y entregar los resultados donde se evidencie la corrección y mejora del Índice de Perfil (IP) de la pista*”.

En el Acta de reunión N° 10 del Comité de Obra del **27 de junio de 2012**, transcrita en el Informe, se dejó constancia de los siguientes temas tratados:

“12. Con respecto al plan de acción presentado por CODAD S.A se requiere pronunciamiento del comité de ingeniería, así como también si se tiene una segunda alternativa por parte del Concesionario CODAD S.A. ya que las experiencias obtenidas con los tratamientos superficiales utilizados en aeropuertos de Colombia han sido deficientes. Por tal razón se debe tener una segunda propuesta para ser analizada en conjunto con el comité de Ingeniería.

13. CODAD S.A. manifiesta que la propuesta del microfresado y el tratamiento superficial mediante microaglomerado en frío garantiza la corrección a las deficiencias presentadas en la repavimentación de la segunda Pista del Aeropuerto. Trabajos que se desarrollarán en dos etapas.

14. Aerocivil e Interventoría solicitan se aclare si las condiciones del contrato suscrito entre el Concesionario CODAD S.A y la Aeronáutica Civil así como especificaciones técnicas para los trabajos de repavimentación de la segunda Pista permite la propuesta que CODAD S.A. presenta. Y se insiste en la presentación de una segunda alternativa para análisis y toma de decisiones.

⁶³ INFORME DE PLAN DE ACCIÓN PISTA SUR 13R-31L AEROPUERTO INTERNACIONAL EL DORADO-BOGOTÁ

⁶⁴ Anexo 7 Dictamen Técnico de Contradicción.

(...)

16. Codad S.A. informa que se están adelantando los estudios pertinentes para el diseño del microaglomerado en frío y que aun no tienen una fecha para la entrega de resultados ya que estos estudios se están haciendo en laboratorios de España. Se solicita Notam para los trabajos de microfresado de la pista sur los cuales pueden iniciar una vez se tengan los equipos, personal y se hagan los ajustes realizados en las pruebas de ensayo”. (Subrayado añadido).

En el Informe 05 del Consorcio Aeroportuario, correspondiente al período **del 6 de Julio al 7 de Agosto de 2012**, se dejó constancia de que para entonces se había realizado el microfresado de la trocha central de la Pista Sur 13R-31L en un ancho de 10 m a la izquierda y derecha del eje de la pista y en la totalidad de su longitud, y se continuaría en los costados de la pista hasta realizar microfresado a todo el ancho de la Pista es decir en los 22.5 m faltantes. Al respecto, la Interventoría expresó que “*La Pista Sur 13R – 31L ha mejorado la regularidad superficial de la capa de rodadura asfáltica. Se espera que el Concesionario CODAD S.A. entregue oficialmente los resultados de Índice de Perfil de la pista que cumpla con los valores esperados luego de la repavimentación de la pista y los establecidos en las especificaciones técnicas y condiciones contractuales*”.

En el Acta de reunión N° 12 del 12 del 11 de julio de 2012, transcrita en el Informe, se deja constancia en los temas tratados de lo siguiente:

“1. Con respecto a las inquietudes que se tiene sobre la propuesta presentada por CODAD S.A en la aplicación del microaglomerado en frío por parte de la interventoría y la Aerocivil, CODAD manifiesta que no se pueden responder hasta tanto no se tengan los resultados definitivos de las pruebas y ensayos que se están haciendo a los materiales para la mezcla lo cual puede llevar un tiempo entre 10 y 15 días.

2. La interventoría nuevamente hace énfasis en que se debería presentar una segunda alternativa por lo incierto que puede resultar los ensayos de laboratorio para la mezcla de los materiales por condiciones de compatibilidad química, adherencia y comportamiento de acuerdo con las condiciones atmosféricas de la zona.

3. La interventoría solicita al concesionario CODAD S.A. entregar respuesta a las inquietudes presentadas y requerimientos dentro del tiempo prudencial y acorde con las condiciones contractuales.

4. Se solicita a CODAD S.A. informar a los entes involucrados de las pruebas y procedimientos técnicos del tratamiento superficial así como de los controles que se tendrán en la propuesta presentada con el fin de hacer el seguimiento en caso tal que se tome como alternativa de solución” (Subrayado añadido).

En el acta de la siguiente reunión (N° 13 del 18 de julio de 2012) se registran

los siguientes temas:

*“1. La interventoría solicita pronunciamiento por parte de CODAD S.A. de las inquietudes presentadas a cerca del plan de acción para mejorar regularidad en la superficie de la pista Sur 13R-31L o emitir informe de las gestiones realizadas a la fecha, con el fin de tener una respuesta dentro plazo establecido en las condiciones contractuales. Igualmente se requiere que el Comité de Ingeniería de concepto sobre la aprobación del plan de acción.
(...)”*

*5. CODAD S.A. manifiesta que el plan de acción para corregir irregularidades de la Pista Sur contempla dos etapas, una que comprende mejoramiento del perfil de la Pista para lo cual se están haciendo los trabajos de microfresado y la otra que es la instalación de una capa superficial de microaglomerado que exige ensayos de laboratorio para saber la compatibilidad de los materiales y pruebas de campo para garantizar su aplicación. CODAD S.A. entregara respuesta oficial presentando cronograma de las actividades previas al Comité de Ingeniería para su aprobación.
(...)”*

7. La interventoría reitera la solicitud de tener una segunda propuesta en caso tal que el Comité de Ingeniería no apruebe la propuesta presentada en el plan de acción, al igual que no pueda resultar viable la instalación del microaglomerado una vez realizados los ensayos de laboratorio y las pruebas de campo”.

En el Informe de Interventoría 06 del Contrato de Concesión, correspondiente al período de **6 de agosto a 6 de septiembre de 2012**⁶⁵, la Interventoría manifiesta que *“Para dar cumplimiento de las condiciones de regularidad de la superficie de la pista Sur el concesionario CODAD S.A. presentó un plan de acción para corregir las deficiencias presentadas sin embargo a la fecha solo esta ejecutado la parte correspondiente a la realización del micro-fresado de la Pista, con lo cual se busca cumplir con los valores de Índice de perfil establecidas en las condiciones contractuales”.*

En el Acta de reunión N° 17 del Comité de Obra del 27 de junio de 2012, transcrita en el Informe, se dejó constancia de los siguientes temas tratados:

“14. CODAD S.A. manifiesta que los ensayos que se adelantaban para el diseño de la capa de microaglomerado arrojaron resultados no favorables debido a que los materiales no presentan compatibilidad y a corto plazo no se tendría certeza de la viabilidad de esta alternativa.”

15. La interventoría y Aerocivil solicitan al Concesionario CODAD S.A. se aclare la respuesta con el fin de tener una solución definitiva a los problemas de repavimentación de la Pista Sur, ya que de acuerdo a las condiciones del contrato no se puede dar mas espera, y los trabajos se deberán hacer de forma inmediata en

⁶⁵ Anexo 9 Dictamen Técnico de Contradicción.

mezcla asfáltica P-401" (Subrayado añadido).

En **octubre de 2012**, la interventoría Consorcio Aeroportuario emitió el INFORME FINAL DE REPAVIMENTACIÓN SEGUNDA PISTA Y CALLES DE RODAJE ASOCIADAS⁶⁶, en el cual dejó consignadas las siguientes manifestaciones:

“Ahora bien este informe complementa los informes 1 al 7 que incluían los trabajos de repavimentación de la Pista y donde se resalta los principales puntos de incumplimiento del concesionario Codad que específicamente tiene estrecha relación del acabado superficial del pavimento de la Pista que generados por problemas constructivos y estos a su vez generaron fallas en el índice de perfil índice de rugosidad y profundidad de la Textura de la mezcla asfáltica colocada.

La interventoría no tiene objeción por la calidad de los materiales utilizados en la elaboración de la mezcla asfáltica y o bituminosa ya que los ensayos de laboratorio nos arrojaron que se encontraban bajo los estándares de dureza, alargamiento desgaste para el material pétreo utilizado y de estabilidad, flujo y contenido de asfalto para la mezcla, sin embargo advertimos que debido a la deficiencia del acabado constructivo en la superficie de la Pista se puede presentar en la Segunda Pista problemas de oxidación envejecimiento, perdidas de la calidad del índice de perfil que repercutirá negativamente en los despegues y aterrizajes de las aeronaves del principal Aeropuerto del País, como por ejemplo aceleraciones y o saltos de las aeronaves en la Pista y deformaciones de la superficie por las condiciones atmosféricas a que se encuentra expuesta.

Llamamos la atención al comité Técnico de Ingeniería como a la Entidad Concedente que la Segunda Pista se entrega con un corte en frío o microfresado, trabajos que no son válidos para ser recibidos por la interventoría ya que este tipo técnica no se encuentra incorporado en las especificaciones técnicas del contrato de concesión pactado entre las partes. La interventoría desde el informe N° 3 siempre requirió al contratista CODAD para que después del corte en frío realizara una colocación de mezcla asfáltica en caliente.

A raíz de los problemas detectados por la interventoría en el acabado superficial de la pista el concesionario Codad presentó mediante un documento técnico realizado por un consultor externo a COADA como es la firma INECO de España a la Aerocivil y al Comité Técnico de Ingeniería una solución que comprendía dos actividades incluyentes como lo era un microfresado y luego un microaglomerado para sellar la capa de la peladura o corte del pavimento ya que este proceso de corte en frío retira el ligante que cubre el agregado del material pétreo y finos de la capa de pavimento.

⁶⁶ Anexo 20 Dictamen Técnico de Contradicción.

Los funcionarios de la Aerocivil que hacen parte del comité técnico de ingeniería aprobaron la primera etapa que correspondía al microfresado pero mantuvieron reserva sobre el tipo de material de mezcla en frío (microaglomerado) ofrecido en el documento técnico, ya que este tipo de material como lo advirtió la interventoría en carta dirigida a la Aerocivil y al Concesionario era un material que no estaba contemplado como acabado superficial en las especificaciones técnicas para la repavimentación de la pista sin embargo el Comité Técnico no se cerró a los avances tecnológicos y solicitó los respectivos análisis técnicos que garantizaran a la Aerocivil que este tipo de técnica tuviera una durabilidad de mínimo 6 años sin necesidad de repavimentación.

El concesionario nunca presentó los resultados a la Interventoría ni a la Aerocivil de los ensayos realizados a los materiales para el diseño de la mezcla de microaglomerado en frío y simplemente manifestó en un comité que los materiales que habían enviado para análisis de cantera existentes en Colombia, canteras y materiales que fueron escogidos bajo autonomía del Concesionario, no servían para este tipo de trabajos y de manera unilateral informó que el único trabajo que realizarían era el de microfresado.

No entendemos porque el concesionario Codad S.A. hizo un ofrecimiento de una solución técnica por fuera del marco de las especificaciones técnicas del contrato y sin que esta solución se hubiera previamente probado en los Aeropuertos de Colombia bajo las condiciones meteorológicas y ambientales que existen en el país, principalmente humedad, lluvias y temperatura.

En el informe encontraron el análisis para los puntos críticos que subsisten en la Pista y calles de rodaje tales como textura índice de rugosidad internacional e índice de perfil que no cumplen de acuerdo con las especificaciones técnicas del contrato” (Subrayado añadido).

No obstante, en el capítulo 2.4.4. CONCLUSIONES A LOS ANÁLISIS Y RESULTADOS DE ÍNDICE DE PERFIL EN LA PISTA SUR 13R-31L, el Informe Final de la Repavimentación la Interventoría Consorcio Aeroportuario formuló las siguientes manifestaciones, cuya pertinencia para el tema que se trata salta a la vista y ameritan su transcripción:

*“Llama la atención que aunque en el contrato de Concesión no se tiene en cuenta la forma de pago correlacionado con el Índice de perfil como lo presenta la recomendación de la circular **AC-150/5370-10F (FAA) P-401-8.1**, los trabajos ejecutados por la firma CODAD SA., debieron removerse en su totalidad, pues se consideran inaceptables.*

Ante la queja de los pilotos que hacían uso de la segunda pista para despegues y aterrizajes, la entidad requirió al Concesionario para que presentara a ésta y al Comité Técnico de Ingeniería, un plan de acción correctivo sobre los trabajos de repavimentación de la

pista- El Plan presentado por Codad S.A., en fecha 15 de junio de 2012 contemplaba en forma consecutiva dos acciones incluyentes entre sí, a saber: 1). microfresado y 2). microaglomerado en frío.

Después de analizado y discutido por el Comité Técnico el plan de acción presentado por Codad, el Comité aprueba: La iniciación inmediata de las tareas de microfresado y de toma de las pruebas o ensayos de laboratorio para determinar el diseño de la mezcla a utilizar en el microaglomerado en frío que se aplicaría sobre el microfresado- Sin embargo, el comité técnico consideró como una mejor solución la aplicación de una capa de mezcla en caliente.

Llegada la fecha de entrega del trabajo de microfresado establecida para el mes de agosto de 2012, el Concesionario no lo entregó y solo los terminó y entregó efectivamente hasta el día 10 de octubre de 2012. En ese lapso de tiempo y en los Comités de avance de la obra fue reiterativa esta interventoría en solicitar los resultados de las pruebas de laboratorio tomadas para el diseño de la mezcla de microaglomerado en frío.

En los mismos comités de avance de obra el concesionario manifestó entre muchas razones, la muerte de la persona que realizaba el análisis de las pruebas, la pérdida de los materiales en la aerolínea que fueron enviados a España entre otras.

Finalmente, En comité Técnico de Ingeniería el señor Jaime Reinal **representante legal del Codad** en compañía de los miembros del Comité Técnico de Ingeniería por parte del Concesionario señores Rodrigo Huertas, Alfonso Urrego y Aldemar Pinzón en representación de la Aerocivil, durante la reunión de comité, **manifestó que el trabajo de microaglomerado ya no se realizaría en razón a que las pruebas no dieron resultado satisfactorios para ser aplicados en la pista de Bogotá. Igualmente manifestó que no realizarían ninguna otra actividad de instalación de capa asfáltica sobre el microfresado pues entendían que las actividades realizadas a la fecha cumplen con las condiciones técnicas pactadas en el contrato.**

Observa la interventoría que el Concesionario nunca presentó el resultado de las pruebas supuestamente efectuadas y tampoco entregó los análisis del microaglomerado, ni emulsiones utilizados con arena-asfalto para determinar que efectivamente la realización del procedimiento de microfresado es suficiente para cumplir las especificaciones técnicas del contrato.

La interventoría solicitó de acuerdo con el informe N° 3 se aplicara una capa de aproximadamente 4 cm sobre el microfresado con el fin de prevenir la posible filtración de agua, deterioro envejecimiento y oxidación de la capa asfáltica” (Subrayado y resaltado añadidos).

Esta prueba para el Tribunal resulta de la mayor importancia, como quiera que data de la época en la que se presentaron los hechos que se debaten, proviene

de un tercero ajeno a los intereses de las partes en este proceso, y refleja, como quizás ninguna otra, los fundamentos que tuvo en cuenta la ANI para declarar el incumplimiento del Contrato de Concesión por parte de CODAD, de lo cual para el Tribunal se deriva la conclusión de que, contrario a lo que sostiene la Convocante, el Plan de Acción y sus vicisitudes fueron determinantes en la declaratoria de incumplimiento del Contrato de Concesión y en la consiguiente imposición de la cláusula penal.

En efecto, el Tribunal tiene por probado que la presentación por parte de CODAD a la ANI de dicho Plan, surgió como consecuencia de que, durante la construcción de la Pista Sur y las Calles de Rodaje, se presentaron deficiencias en los procedimientos constructivos, y que su propósito no era otro que el de subsanar las consecuencias de dichas deficiencias, como ya se señaló.

También se acreditó que el Plan de Acción estaba compuesto por dos acciones, concurrentes y sucesivas, que eran la realización del microfresado, para *corregir deficiencias en la regularidad de la superficie*, y un subsiguiente micro aglomerado, que garantizaba, según CODAD, que solventaría los problemas de *la uniformidad de la textura*. A este respecto, hay suficiente evidencia de que el procedimiento de microaglomerado estaba condicionado a que la ANI lo aceptara y que desde un comienzo la Interventoría del Contrato de Concesión advirtió a CODAD sus reservas frente a tal solución y su obligación, en caso de que la misma no fuera aplicable, de realizar un fresado y colocar una capa de rodadura de pavimento de 4 cm de espesor.

Por último, el Tribunal encuentra demostrado que el microaglomerado propuesto por CODAD resultó técnicamente inviable y que, una vez terminado el microfresado, el Concesionario se negó a llevar a cabo cualquier acción adicional en relación con la pavimentación (para entonces la alternativa del fresado y colocación de la capa de pavimento fresco en caliente de 4 cm), aduciendo que con el microfresado había cumplido con su obligación de nivelación de la Pista Sur y las Calles de Rodaje en conformidad con las especificaciones del Contrato de Concesión.

En este sentido, en la resolución ANI 1297 de 2017 se lee lo siguiente⁶⁷:

“En sentir de la Agencia, todos los hallazgos de las inspecciones aportadas al proceso, encuentran su razón de ser precisamente como consecuencia del microfresado sin que posteriormente se realizara el debido sellado del asfalto instalado, bien fuera con mezcla fresca o el micro aglomerado que, pese a no estar en las especificaciones técnicas del contrato, fue propuesto por el concesionario” (Subrayado y resaltado añadidos).

Por su parte, en la Resolución ANI 1776 de 2018, se registran las siguientes referencias al incumplimiento del Plan de Acción como causa de la declaratoria de incumplimiento del Contrato de Concesión:

“Al respecto, la interventoría "Consortio Aeroportuario" en el mismo

⁶⁷ Página 96.

informe 20144090296652 sobre la no reposición de la capa de rodadura luego de la realización del microfresado, manifestó: "Lo anterior demuestra el incumplimiento de las especificaciones técnicas por parte del concesionario CODAD que le manifestó realizaría a la Aerocivil en su carta de compromiso y plan de acción y tomando decisiones unilaterales de no realizar ningún trabajo como es la colocación de la capa de rodadura después del microfresado lo cual traerá como consecuencias afectaciones a la estructura del pavimento ya que su terminado no es con terminadora de asfalto como lo establece la especificación técnica de construcción sino que la pista se entregó en un corte mecánico en frío que como bien es sabido debilita la superficie del pavimento de la pista. Así mismo con el microfresado no se cumplió con el Índice de Perfil de la Pista (IP) y profundidad de Textura Estimada (EDT) ... ", incumplimiento este que persiste, toda vez que la superficie se dejó expuesta y debilitada en su estructura"⁶⁸.
(...)

"Aterrizando este procedimiento a lo que realizó CODAD S.A. en la pista sur o Segunda Pista del Aeropuerto El Dorado se encuentra grosso modo y sin perjuicio de lo ya analizado en la Resolución recurrida, lo siguiente:

1. Desde el informe 01 de la Interventoría CONSORCIO AEROPORTUARIO, para el periodo del 7 de marzo al 6 de abril de 2012, se evaluó el mantenimiento de la renivelación de la carpeta asfáltica en la Segunda Pista y se advirtió de las reuniones en las que se trataron los avances de la obra de repavimentación y sus principales inconvenientes, señalándose desde entonces las deficiencias en el procedimiento constructivo especialmente en la colocación de la carpeta de nivelación con mezcla asfáltica P401 FAA, que conllevó a las siguientes conclusiones:

"1.- Los defectos en la re nivelación de la pista ha dejado claro que Codad no ha sido constructivamente muy exacto en las pendientes longitudinales y transversales, con la granulometría que se encuentra abierta, así como de manchas de pintura después de la señalización horizontal, esto principalmente ha generando [sic] grandes depósitos de agua después de lluvias en la Pista del aeropuerto El dorado, lo que puede generar hidroplaneo, afectando la seguridad operacional del aeropuerto.

"2. En el Acta de No. 2 de seguimiento de la Repavimentación de la Segunda Pista, los representantes de la sociedad concesionaria CODAD S.A., han reconocido el problema constructivo y ha planteado una solución de un micro fresado al tramo de 800 metros de longitud desde el taxeo November y la Pista 31 L y si la solución no funciona constructivamente levantarán y aplicarán una nueva capa de mezcla asfáltica P-401 FAA.

"3.- Desde el punto de vista de la Interventoría el micro fresado sin

⁶⁸ Página 17.

reponer capa alguna de rodadura, provocaría un área con una textura abierta, con un mayor desprendimiento de áridos, la cual ya no sería impermeable y provocaría con el tiempo y las lluvias un deterioro [sic] más acelerado que en el resto de la pista, aumentando la probabilidad de formación de baches en pista en un menor tiempo de uso, además el coeficiente de rozamiento aumentaría inicialmente en dicha área pues así pasa al realizar un fresado, lo que inicialmente podría provocar la queja de las compañías aéreas al encontrarse 2 áreas diferentes en la pista y que puedan provocar un mayor desgaste de sus neumáticos.

"Lo recomendado es que se realice un fresado y se le ponga una capa encima de al menos 4 cm, tal y como pide la FAA, realizar solo el micro fresado para conseguir que el perfil y las pendientes sean las correctas puede provocar lo anteriormente expuesto".

*"4.- El concesionario CODAD S.A., deberá proceder a dejar el terminado constructivo del tramo evaluado en el presente informe de conformidad con las **"Especificaciones Técnicas de Construcción del Pliego de Condiciones"**, ya que de acuerdo a estas especificaciones técnicas la entidad concedente y la interventoría recibirán los trabajos de repavimentación y/o re nivelación de la carpeta asfáltica que actualmente se ejecutan en la Segunda Pista.*

"5. El concesionario Codad, deberá proceder a realizar los arreglos en el tramo que ha aplicado la carpeta de nivelación con las deficiencias descritas anteriormente, en los términos y/o notam que se fijó por el Comité Técnico de ingeniería para la repavimentación de la Segunda Pista".

Estas situaciones fueron advertidas por la interventoría en sus informes subsiguientes relacionados y valorados probatoriamente en la Resolución 1297 de 2017 (numeral 5.3.1), a partir de las cuales CODAD S.A. presentó el 15 de junio de 2012 al Comité Técnico de Ingeniería y a la UAEAC, un plan de acción (JRF098 de 2012) que según documento denominado "INFORME PLAN DE ACCIÓN PISTA SUR 13R-31 L" definió las características de la pista sur luego de la repavimentación y presentar los lineamientos de su propuesta para lograr las características superficiales adecuadas y concluyó que:

"El comportamiento del pavimento de la Pista Sur del Aeropuerto Internacional El Dorado-Bogotá, tras la ejecución de la repavimentación mediante una mezcla tipo P- 401 con espesor medio de 7. 2 cm y la aplicación de los dos tratamientos superficiales asociados al Plan de Acción, sobre dicha capa, tiene una doble componente:

- *"Estructural ...*
- *"Superficial. La aplicación del tratamiento superficial mediante la técnica de microfresado, garantiza valores del índice de perfil de acuerdo con las exigencias del contrato de concesión. Por otra parte, la aplicación del tratamiento superficial mediante*

microaglomerado en frío sobre la mezcla existente P-401 confiere a la capa de rodadura las siguientes características superficiales, que debe cumplir para garantizar la seguridad operacional de las aeronaves que operan en la pista sur 13R-31L:

- "Coeficiente de fricción. Cumplimiento de valores para pista nueva o repavimentación, según Anexo 14 de OACI.
- "Macrotextura y microtextura. Capacidad de drenaje superficial y resistencia al deslizamiento a altas velocidades. y resistencia al deslizamiento a bajas velocidades. respectivamente), alcanzando valores de 1mm, de acuerdo con Anexo 14 de OACI.
- "PCI excelente, ya que si la pista mantenía esta calificación, antes de la actuación de repavimentación, después del conjunto de actuaciones realizadas y previstas en el Plan de Acción, lo cumplirá sobradamente.
- "Homogeneización de valores de textura y fricción en toda la superficie de la pista".

Lo cierto es, que en la Pista Sur del Aeropuerto El Dorado de Bogotá sólo se realizó el microfresado que para el Concesionario resultó suficiente para lograr los índices esperados contractualmente, limitándose al Índice de Perfil, aunque según el "INFORME FINAL DE REPAVIMENTACIÓN SEGUNDA PISTA Y CALLES DE RODAJE ASOCIADAS" de octubre de 2012, la interventoría CONSORCIO AEROPORTUARIO realizó los ensayos para determinar Índice de Perfil (IP), Índice de rugosidad Internacional (IRI), textura, Índice de Boeing para establecer las condiciones operativas de la Pista y encontró que no se cumplieron con las Especificaciones Técnicas y que no se alcanzó el índice de perfil contractual. Es más, según el Tribunal Arbitral de la UNIÓN TEMPORAL AEROPUERTO EL DORADO SAGLAS OBRAS Y SERVICIOS S.A. Y CONSTRUCTORA LHS S.A.S. contra CODAD S.A. en laudo del 15 de diciembre de 2015 (pág. 165), este perfil aumentó en relación con el verificado antes de la ejecución de los trabajos.

Por todo lo anterior, se encuentra que todas y cada una de las cláusulas mencionadas que se dicen incumplidas no limitadas al IP que fue lo que buscó superar el Concesionario con el microfresado, están estrictamente relacionadas con cada una de las prestaciones que se derivan del mantenimiento de la pista sur; así, cuando la Agencia se refiere en el acto administrativo recurrido sobre la repavimentación de la pista sur, sobre los niveles de servicio en la repavimentación como desarrollo de las actividades de mantenimiento, sobre las actividades de mantenimiento, sobre repavimentación, mantenimiento y especificaciones técnicas, sobre el proceso constructivo y de extendida y compactación de la mezcla conforme a las especificaciones técnicas, a las falencias en el proceso constructivo que conllevó a un resultado diferente y por fuera de promedios esperados de IP, Profundidad de textura,

perfiles longitudinales y el índice de rugosidad internacional, se está refiriendo a todas esas actividades que se vieron afectadas desde el proceso constructivo, sus mediciones, su plan de acción y que han impedido que a la fecha la Pista Sur haya sido recibida.

En efecto, no se trata de un tema gramatical como lo califica el apoderado de CODAD S.A. en su recurso, se trata de la exposición de todas las situaciones que han afectado la obligación de mantenimiento de la Pista Sur del Aeropuerto El Dorado, y que pese a ser catalogada como imprecisa, el Concesionario afirma como cumplida en cada una de las prestaciones que de ella se deriva y explica cada una de las actividades que en su sentir fueron superadas con el "microfresado" propuesto con ocasión de un plan de acción"⁶⁹.

(...)

"En sentir de la Agencia lo anterior analizado a la luz del material probatorio recaudado en el proceso da cuenta que:

1. La repavimentación realizada en el año 2012 por CODAD S.A. no se ejecutó de conformidad con las especificaciones de mantenimiento del contrato contenidas en el Tomo II Sección 2. Este incumplimiento está probado, en primer lugar, porque no lo ha discutido ni discute el Concesionario, quien expresamente así lo viene aceptando como consta en las Actas de Comité Técnico de Ingeniería y fue incluso un hecho reconocido en el ya mencionado Laudo Arbitral del 15 de diciembre de 2015, que resultó a favor del Concesionario y en contra de su contratista por los defectos en el proceso constructivo.

2. La repavimentación realizada en el año 2012 sin cumplir las especificaciones de mantenimiento es una situación de incumplimiento que a la fecha de esta Resolución no ha sido superada ni corregida por el Concesionario, al punto que no ha sido recibida la Pista ni por la Agencia ni por la UAEAC.

3. La repavimentación realizada en el año 2012 sin cumplir las especificaciones de mantenimiento, pretendió ser subsanada por el Concesionario mediante el plan de acción ya descrito, que en términos generales contempló un procedimiento con dos fases complementarias y no excluyentes entre sí: (i) la realización de un microfresado a la superficie, (i1) la instalación de un microaglomerado para el sellamiento de la superficie y (iii) el compromiso de levantar y aplicar una nueva capa de mezcla asfáltica P401 FAA, en el evento de que la solución no funcionara constructivamente.

4. De este plan de acción, nótese que sólo se ejecutó el microfresado aprobado por el Comité Técnico de Ingeniería, bajo el compromiso de no afectar la estabilidad y calidad de la capa de rodadura asfáltica estipuladas en el contrato, procedimiento que de acuerdo con la

⁶⁹ Página 19.

justificación del plan de acción buscaba mejorar el índice de perfil y mantener el sellamiento adecuado a lo largo de toda la superficie de la pista sur.

5. En cuanto a la segunda fase del procedimiento, debe recordarse que, si bien el Concesionario propuso un microaglomerado, este no fue aprobado por el Comité Técnico de Ingeniería debido a que el proceso de sellamiento de la superficie debía realizarse acorde con las exigencias técnicas de mantenimiento del contrato y de esta manera asegurar la calidad de la repavimentación.

Pero la no aprobación de este procedimiento, no indica que no fuera necesario culminar el proceso de sellamiento de la capa asfáltica, pues precisamente según la justificación misma del plan de acción CODAD, adicional al procedimiento de microfresado que obtendría el IP adecuado, con el microaglomerado se buscaba "garantizar la homogeneidad en la capa superficial que se había deteriorado con la técnica del microfresado, a la vez que se conseguirá un índice de condición de pavimento excelente, además de las características de fricción exigidas para una pista nueva (que ya se cumplían con las actuaciones anteriores)"

Y se justificó adicionalmente en el plan de acción propuesto por CODAD que "... el tratamiento superficial así definido, proporciona las características de macrotextura (capacidad de drenaje superficial y resistencia al deslizamiento a altas velocidades) y microtextura (resistencia al deslizamiento a bajas velocidades) a la capa de rodadura, necesarias para garantizar la seguridad operacional de las aeronaves que hacen uso de esta pista".

6. Es decir, que debía proponer en su plan de acción una opción distinta y técnicamente aceptable pero necesaria para completar el procedimiento adecuado para subsanar el incumplimiento en las especificaciones de mantenimiento en el proceso de repavimentación.

7. No obstante, el Concesionario no presentó ninguna propuesta diferente al microaglomerado, ni tampoco insistió en ejecutar la segunda etapa de su plan de acción, por considerar que con el microfresado fue suficiente para lograr el cumplimiento de las exigencias en lo que al IP se refiere, siendo que dicho indicador no era el único por cumplir para corregir las falencias aceptadas durante el proceso de repavimentación de la pista Sur.

8. En efecto, lo que no tuvo en cuenta el Concesionario, es que el objetivo de implementar un plan de acción, no se limitaba a lograr los parámetros del IP, sino solventar el hecho probado de incumplimiento de las especificaciones de mantenimiento que no se cumplieron en el proceso de repavimentación. proceso en el que se insiste, existieron errores constructivos.

9. Con esto, está demostrado en la actuación que el Concesionario no culminó con el proceso de sellamiento de la capa asfáltica después del microfresado o en general culminar el proceso de

corrección de las falencias de la repavimentación con un recubrimiento superficial, lo que conllevaría afectaciones a la estructura del pavimento, al tiempo que su finalización no se efectuó con terminadora de asfalto como lo establece la especificación técnica de construcción, dejando la pista con un corte mecánico en frío que debilita la superficie del pavimento.

10. Es decir que **CODAD S.A. no completó el plan de acción, mismo que propuso para subsanar los errores del proceso de repavimentación, luego, continuaron y han permanecido de manera indefinida en el tiempo, todos los errores y falencias de la repavimentación aceptados y no discutidos por CODAD S.A., que incluso desde el contrato de concesión (Tomo 11, Sección 1, Volumen 1) y aun ante el fracaso del plan de acción, lo obligaba a realizar el reemplazo de la mezcla defectuosa por una mezcla nueva y caliente.**

11. Estas situaciones han conllevado a que desde el año 2012 y durante toda la etapa de mantenimiento del contrato, la pista sur no cumpla además con los requerimientos establecidos y esperados contractualmente por razón de las falencias en el proceso de repavimentación y la no implementación de un plan de acción que las subsanara.

12. Así, no puede limitarse el Concesionario a los resultados del Índice de Perfil luego del proceso de microfresado, pues se insiste, se trata de una obligación de mantenimiento que abarca todo un proceso de repavimentación, los resultados que de ella se esperaba y los niveles que debían alcanzarse, así dicha especificación no era la única por cumplir para corregir las falencias del proceso, pues como se indicara desde el pliego de cargos, se trata también de todas las especificaciones técnicas de construcción contenidas en el Tomo II Sección 2 Especificaciones Técnicas de Mantenimiento; Tomo II Sección 1 Especificaciones Técnicas de Construcción, volumen 1 "obras civiles", capítulo 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)", aplicables al mantenimiento de la Segunda Pista, en los numerales 6.4.9 transporte extendida y terminado, 6.4.10 compactación de la mezcla, 6.4.11 juntas, 6.4.14 ensayo de acabado superficial, la AC No 150/5370-10 Vigente en el momento de la repavimentación del año 2012, específicamente el Índice de Perfil Longitudinal (IP) y, la AC150/5320-12A (actualmente derogada por la nueva circular AC150/5320-12C) cuyo objeto es "medida, construcción y mantenimiento de superficies antideslizantes en superficies y pavimentos de aeropuertos", específicamente la Profundidad de Textura Estimada (ETD)"⁷⁰.

(...)

"Sin embargo, es de aclarar que si bien quedó el IP dentro del rango de 15 pulgadas/milla (valoración que valga advertir es un criterio para el pago) en todo caso, no se cumplió con las condiciones técnicas contractuales establecidas para el recibo de la pista, como

⁷⁰ Página 26 y siguientes.

dan cuenta las Actas del Comité Técnico de Ingeniería, situación que permite corroborar el argumento de la Agencia, en el sentido de que el incumplimiento no se centra en alcanzar el IP, sino el cumplimiento de todo el proceso de repavimentación y sus especificaciones técnicas que no se subsanaron al no ejecutarse un plan de acción completo y satisfactorio.⁷¹
(...)

“En conclusión, la pista no cumplió con las condiciones para ser recibida por la Interventoría y la UAEAC, en la medida en que fue entregada por CODAD S.A. con un corte en frío o microfresado no contemplados en las especificaciones técnicas, pues pese a haberse aprobado en virtud del plan de acción propuesto, lo cierto es que tanto la interventoría como la Aerocivil, según las sesiones del Comité Técnico de Ingeniería, pidieron que dicho proceso se cumpliera a cabalidad, con la colocación de una mezcla asfáltica en caliente que a la fecha no se ha realizado. En ese orden, siendo que el plan de acción propuesto no se completó ni se ha completado a la fecha, colocando una capa de rodadura posterior (se insiste, al margen de los resultados en las mediciones del IP), no se logró por parte del concesionario subsanar las irregularidades propiciadas por el acreditado indebido proceso constructivo de la repavimentación. Es decir, que al no cumplirse el plan de acción o al hacerlo parcialmente, no se subsanó el incumplimiento ni las irregularidades presentadas por razón de la indebida repavimentación, porque además sea de resaltar, que un plan de acción no reemplaza ni anula la exigibilidad de la obligación que se ejecutó de manera defectuosa, se trata de un salvavidas o medida correctiva que pretendía lograr el cumplimiento de unos niveles de servicio esperados y que la pista se entregara con las especificaciones técnicas y bajo unas condiciones mínimas para ser recibida, circunstancia que como se vio no ha ocurrido hasta el momento de esta decisión”⁷² (Subrayado y resaltado añadidos).

Con lo anterior, el Tribunal encuentra que, si bien la causa remota de los defectos que acusó la Pista Sur y por los cuales la ANI declaró el incumplimiento del Contrato de Concesión por parte de CODAD y le impuso la cláusula penal pecuniaria pactada en dicho Contrato fue el incumplimiento de las especificaciones constructivas por parte de la UT, lo cierto es que la causa jurídicamente relevante que generó los efectos perjudiciales para CODAD, que aparece diáfana bajo cualquiera de las teorías de la causa (equivalencia de las condiciones, causa próxima, causa eficiente, causa adecuada, o un la teoría de la imputación objetiva)⁷³, fue la propia decisión de la Convocante (unilateral y autónoma respecto de la UT), de no completar el Plan de Acción que presentó a la UAEAC que contemplaba la corrección de los defectos constructivos atribuibles a la UT, mediante la ejecución del microfresado seguido del microaglomerado, a sabiendas de que, de no resultar éste factible,

⁷¹ Página 29.

⁷² Página 40.

⁷³ Rojas-Quiñones, Sergio & Mojica-Restrepo, Juan Diego, De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana, 129 Universitas, 187-235 (2014). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.caio>

debía colocar una capa de pavimento fresco y caliente de 4 cm sobre la Pista Sur; y su posterior decisión (también inconsulta frente a la UT) de negarse a llevar a cabo cualquier intervención adicional sobre la Pista Sur, ya que fueron estas acciones y omisiones, imputables exclusivamente a CODAD, las que hicieron que los defectos de construcción de la Pista Sur no fueran subsanados y permanecieran a lo largo del tiempo; dando lugar a que afloraran los defectos y a la postre, a la declaratoria de incumplimiento y a la imposición de la cláusula penal mediante las Resoluciones Sancionatorias.

Teniendo en cuenta los análisis que preceden, el Tribunal concluye lo siguiente:

1. Los incumplimientos de CODAD del Contrato de Concesión, declarados en las Resoluciones Sancionatorias respecto de la **Profundidad de Textura Estimada (ETD)** y del **Índice de Perfil (IP)**, no fueron imputables a hechos u omisiones de la UT.
 2. En cuanto a los incumplimientos en relación con las especificaciones técnicas (contenidas en el Tomo II, Sección 1, Volumen 1 "obras civiles", capítulos 6 "Pavimento Bituminoso y Base Asfáltica (P-401)", en los numerales 6.4.9, transporte extendida y terminado; 6.4.10, compactación de la mezcla; 6.4.11, juntas; y 6.4.14 ensayo de acabado superficial), si bien las obligaciones del Contrato de Concesión cuyo incumplimiento declaró la ANI se corresponden con obligaciones a cargo de la UT bajo el Contrato de Obra, la causa de la declaratoria de incumplimiento de CODAD proferida por la ANI consistió en que el Concesionario no dio cabal cumplimiento al plan de acción al que se comprometió con la ANI y por el contrario decidió unilateralmente no realizar ningún trabajo adicional al microfresado, particularmente, la colocación de la capa adicional de rodadura que, no pudiendo ser el microaglomerado, debió haber sido la colocación de una capa asfáltica en caliente de 4 cm, actuaciones en las que la UT no tuvo ninguna participación o incidencia, por lo que este incumplimiento tampoco es imputable a hechos u omisiones de la demandada.
- 3.2.7. La ausencia de notificación o requerimiento a la UT para reparar las deficiencias de las obras a las que hacen referencia las Resoluciones Sancionatorias dentro del período de garantía del Contrato de Obra.

La Convocada sostiene que CODAD jamás le hizo requerimiento alguno para la reparación de la repavimentación, distinta de la actividad de microfresado que efectivamente realizó la UT.

Sobre el particular, el perito que elaboró el dictamen pericial técnico aportado por LHS a este proceso manifestó lo siguiente⁷⁴:

“Soportado en las Actas de comité de obra y comunicaciones del año 2012, relacionadas en la respuesta a la pregunta 3.2.10, se encuentra que la única acción correctiva exigida por la INTERVENTORÍA DE SU CONTRATO DESSAU SAS Y CODAD durante la repavimentación de la Pista Sur y Calles de Rodaje, fue

⁷⁴ Dictamen pericial David Gómez Villasante, sección 3.2.15, página 105.

la de realizar el microfresado a la totalidad de la Pista Sur, como requisito para el recibo a satisfacción de esta. No se han encontrado solicitudes de intervención con microaglomerado.”

Por el contrario, la Convocante afirma en su alegato de conclusión⁷⁵ que los incumplimientos y defectos en las obras de repavimentación de la Pista Sur fueron conocidos por la UT y fue consciente de su obligación de reparar, afirmación que basa en diversas comunicaciones en las que, según CODAD, esta parte y la Interventoría Dessau CEI *“informaron y reclamaron reiteradamente a la UT por los defectos presentados sobre la Pista Sur desde el año 2012 en adelante, a pesar de lo cual la UT jamás tomó las medidas remediales necesarias para cumplir a cabalidad con las especificaciones técnicas”*.

Las comunicaciones citadas por la Convocante se pueden clasificar de la siguiente manera:

1. Un primer grupo de comunicaciones, que datan de entre el 5 de marzo y el 7 de junio de 2012, es decir, durante la construcción de la repavimentación y aún antes de la ejecución cabal del microfresado; de manera que, tratándose de la obligación de la UT de reparar las obras con posterioridad a su entrega, al amparo de la cláusula Décima Sexta del Contrato de Obra, tales pruebas no son, por el factor temporal, demostrativas de requerimientos para reparar los defectos consecuenciales de los errores constructivos, pues como ya quedó dicho las obras se terminaron en octubre de 2012 y fueron recibidas por CODAD en diciembre del mismo año.

2. Un segundo grupo está conformado por las siguientes comunicaciones remitidas por CODAD a la UT:

- Comunicación JFR-062/13 del 29 de mayo de 2013, mediante la cual CODAD informó a la UT *“sobre deslizamientos superficiales encontrados en dicho mes y que correspondían a las obras realizadas por la UT durante el año 2012, por lo que le solicitó ejecución de medidas correctivas”*⁷⁶.
- Comunicación JFR-074/13 del 21 de junio de 2013, mediante la cual CODAD *“requirió a la UT la ejecución de un plan de emergencia preventivo frente a los distintos daños que se estaban presentando sobre las zonas que UT había intervenido en las obras de repavimentación”*⁷⁷.
- Comunicación JRF-097/13 del 9 de julio de 2013 mediante la que *“CODAD puso de presente a la UT que de conformidad con la cláusula decimosexta del Contrato de Obra le solicitaba la ejecución de distintos trabajos tendientes a mitigar los daños ocasionados por las obras mal realizadas por la UT”*⁷⁸.
- Comunicación JRF-158/13 del 10 de diciembre de 2013, mediante la

⁷⁵ Alegato de conclusión CODAD, numeral 3.6, páginas 124 y siguientes.

⁷⁶ Ídem, página 149.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Ídem, página 154.

cual “CODAD solicitó a la UT el pago de la multa que impuso la UAEAC a CODAD mediante Resolución 06784, la cual había tenido como causa las deficientes obras de repavimentación ejecutadas por la UT en el año 2012”⁷⁹

- Comunicación CCF-286/14 del 28 de noviembre de 2014, con la cual “CODAD volvió a reclamarle a los integrantes de la UT por los deterioros que se estaban presentando en la Pista Sur y exigió la realización de las actividades necesarias para reparar los daños presentados”⁸⁰
- Finalmente, la Convocante señala que “en mayo del 2014 CODAD demandó en reconvenición a la UT por los defectos que presentaban las obras realizadas y posteriormente en enero de 2018 CODAD volvió a demandarla por los defectos presentados en la Pista Sur y en las Calles de Rodaje, por lo que allí la UT también conoció sobre los defectos existentes en las obras que ésta había realizado”⁸¹

Todas estas comunicaciones se refieren a los requerimientos que le formuló CODAD a la UT para que reparara los defectos que se revelaron en la repavimentación, principalmente en las calles de rodaje, y para que le reembolsara el valor de la multa que le impuso la UAEAC a CODAD mediante Resolución 06784; y lo que encuentra el Tribunal es que todas tienen relación, exclusivamente, con las reclamaciones que fueron objeto de las demandas que CODAD presentó en mayo de 2014 y en enero de 2018, las primeras de las cuales fueron cabalmente pagadas por la UT en virtud de Laudo de 2015, y las segundas fueron superadas definitivamente mediante la transacción que celebraron las partes del segundo proceso, por lo cual, como ya se dijo, las obligaciones a cargo de la UT quedaron definitivamente solucionadas. Por lo tanto, en ninguna parte se encuentra alguna reclamación o requerimiento de CODAD frente a la UT en el sentido de que reparara los defectos evidenciados por la ANI en las Resoluciones Sancionatorias y que dieron lugar a la declaratoria de incumplimiento del Contrato de Concesión y a la imposición de la cláusula penal a CODAD.

3. En el tercer y último grupo, CODAD menciona su comunicación 20171000020751 de septiembre de 2017, mediante la cual “había reclamado a la UT los perjuicios ocasionados por la sanción impuesta ya que dicha sanción tenía como fundamento el incumplimiento en la repavimentación de la Pista Sur, la cual había sido efectuada por la UT. Asimismo, le puso de presente las cláusulas contractuales décima tercera, décima sexta y vigésima primera que obligaban a la UT a resarcir tales perjuicios”.

Esta comunicación tampoco prueba requerimiento alguno de CODAD a la UT para que reparara los defectos de la Pista Sur que dieron lugar a las resoluciones Sancionatorias; por el contrario, la comunicación tenía por objeto ponerle de presente a la UT *ex post facto*, que debería resarcir a CODAD por el valor de la sanción impuesta por la ANI.

En conclusión, quedó probado en el proceso que CODAD no notificó ni requirió

⁷⁹ Ídem, página 155.

⁸⁰ Ídem, página 157.

⁸¹ Ídem, página 161.

a la UT para que reparara los defectos en la Pista Sur a los que se refieren las Resoluciones Sancionatorias, en desarrollo de lo pactado en la cláusula Décima Sexta del Contrato de Obra, y que CODAD resolvió, motu proprio y sin informar de ello a la UT, negarse frente a la UAEAC a efectuar cualquier intervención adicional en la Pista Sur con posterioridad a la actividad de microfresado, aduciendo que las obras habían satisfecho todas las especificaciones técnicas que le eran exigibles.

Lo que resulta de todos los análisis expuestos es que no existe, en el caso presente, la necesaria relación de causalidad entre los actos u omisiones de la UT y el daño cuya indemnización se reclama; de conformidad con el siguiente recuento:

Durante la ejecución de las obras de repavimentación de la Pista Sur y las Calles de Rodaje la UT incurrió en incumplimiento de algunas especificaciones de construcción, que a la postre resultaron en la aparición de defectos en las obras entregadas.

Esos incumplimientos constructivos eran subsanables o reparables, mediante remedios que fueron conocidos para CODAD. El primero, consistía en la ejecución de un microaglomerado en el pavimento, que según los análisis y manifestaciones de CODAD ante la UAEAC garantizaría la corrección de los errores constructivos y permitiría entregar la pista con todas las especificaciones técnicas, pero que no pudo ser utilizado, al parecer, por la falta de los insumos necesarios a nivel local.

El segundo remedio, ese sí factible, consistía en la colocación de una capa asfáltica en caliente de 4 cm, el cual, de conformidad con las especificaciones técnicas aplicables, constituía el correctivo adecuado para subsanar deficiencias constructivas y para evitar las consecuencias posteriores de defectos de las obras.

Sin embargo, esta solución que habría corregido los errores constructivos y evitado la aparición de defectos en la Pista Sur y en la Calle de Rodaje Mike, no fue implementada por la negativa de CODAD a hacerlo, bajo el argumento, que esgrimió ante la UAEAC, de que con el microfresado se habían satisfecho todas sus obligaciones constructivas y de que la pista y las calles estaban de conformidad con las especificaciones técnicas exigibles, decisión en la cual la UT no participó y de la cual no fue informada.

Finalmente, está probado que CODAD nunca requirió a la UT para que ejecutara el trabajo remedial de la pista sur consistente en la colocación de la capa asfáltica de 4 cm, lo cual resulta coherente con la posición del Concesionario, pues fue CODAD, y no la UT, la que se negó a ejecutarlo frente a la UAEAC.

Así, la causa de la multa impuesta por la ANI no radica en que se hubieran contravenido ciertas especificaciones constructivas durante la construcción de las obras, sino en que las mismas no se subsanaron, pudiendo haberlo sido, acto que le es exclusivamente imputable a CODAD.

3.2.8. El sentido de la decisión del Tribunal

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal declarará que no se cumplió la condición para el nacimiento de la obligación indemnizatoria a cargo de la UT, en los términos del Contrato de Obra, por lo que las pretensiones de la Demanda Reformada habrán de ser denegadas.

Habida cuenta de que esta decisión obedece a la carencia de los fundamentos fácticos y jurídicos para la procedencia de las pretensiones, el Tribunal no habrá de examinar las excepciones propuestas por la Convocada.

3.2.9. Sobre las pretensiones subsidiarias

Teniendo en cuenta que las pretensiones principales no habrán de prosperar, corresponde entrar a resolver las pretensiones subsidiarias propuestas por la convocante en las cuales, en síntesis, se solicita condenar a la UT al resarcimiento de los perjuicios consistentes en el pago de la cláusula penal contemplada en el contrato de concesión, en favor de la ANI.

Los argumentos para resolver esas solicitudes son idénticos a los ya analizados, pues como se concluyó, la causa de la imposición de esa cláusula penal no resulta atribuible a incumplimientos contractuales de la UT y por ende no puede establecerse un nexo de causalidad entre la referida sanción y la actuación de la convocada, razón por la cual no resulta admisible ordenar la reparación de perjuicios reclamada subsidiariamente.

CAPÍTULO III COSTAS Y JURAMENTO ESTIMATORIO

1. Sobre el juramento estimatorio

El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la ley 1743 de 2014, dispone que, si la cantidad estimada bajo juramento excediere en un 50% la que resulte probada, se condenará a la parte a pagar al Consejo Superior de la Judicatura una suma equivalente al 10% de la diferencia entre la suma estimada y la probada. Dicha sanción será del 5% cuando quien hizo el juramento no demuestre los perjuicios.

Como se puede observar en la exposición de motivos que dio lugar a la expedición del Código General del Proceso, la institución que aquí se analiza fue creada con el fin de disuadir a las partes de formular demandas temerarias o altamente infundadas y frenar aquellas expectativas desmedidas de ganancia de los litigantes, como consecuencia de un abuso del derecho de litigar.

Dos son los supuestos que prevé la norma para la aplicación de la sanción, ambos se dan en el caso en el que el Juez entre a analizar los daños. El primero consiste en que, probado el detrimento, este exceda la suma estimada; y, el segundo, que no se demuestre perjuicio alguno. Aquél, como se observa, es por exceso en la estimación en relación con lo que finalmente se pruebe en el proceso; el último, hace alusión a la ausencia absoluta de prueba que conlleva la negación de las pretensiones. En ambos casos se considera que el litigante ha sido desmedido en su reclamación, ya sea porque prueba menos de lo que pide o por cuanto no demuestra nada de su aspiración, y, por ende, debe ser sancionado.

Analizado el capítulo correspondiente al juramento estimatorio contenido en la demanda principal reformada el Tribunal advierte que no hay lugar a aplicar sanción alguna pues, la no prosperidad de las pretensiones no obedece a una falta de prueba del daño ni a un exceso de la misma, sino a que el Tribunal no encontró probados los supuestos de hecho y de derecho que hubiera permitido acceder a ellas.

Por esta razón a pesar de que las pretensiones de la demanda no se abren paso, no habrá lugar a proferir la condena prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, pues, se reitera, el Tribunal no advierte una conducta temeraria que deba ser sancionada.

2. Sobre las costas

El artículo 365 del Código General del Proceso dispone que “1. (s)e condenará en costas a la parte vencida en el proceso”.

Como quiera que no habrán de prosperar las pretensiones de la demanda reformada se proferirá condena en costas en contra de la demandante, precisando que en atención a que ella pagó la totalidad de gastos y honorarios del Tribunal, solamente se le condenará al pago de las agencias en derecho las cuales, en atención a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por las partes, el Tribunal fija en la suma de \$50.000.000⁸².

CAPÍTULO IV PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral convocado por **COMPAÑÍA DE DESARROLLO AEROPUERTO EL DORADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN - CODAD S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, para dirimir las controversias surgidas con **CONSTRUCTORA LHS S.A.S.**, administrando justicia, por habilitación de las Partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Negar la totalidad de las pretensiones de la demanda reformada.

SEGUNDO: Condenar a **COMPAÑÍA DE DESARROLLO AEROPUERTO EL DORADO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN - CODAD S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** a pagar a **CONSTRUCTORA LHS S.A.S.** la suma de \$50.000.000 por concepto de costas y agencias en derecho.

TERCERO: Ordenar la expedición de copias de este laudo con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes.

⁸² Si bien el numeral cuarto del artículo 366 del Código General del Proceso dispone que se deberán aplicar las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, el Tribunal considera que ellas no resultan aplicables a este caso por cuanto el Acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 expresamente dispone en su artículo primero que será aplicable a los procesos que se adelanten en las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa.

CUARTO: Ordenar la devolución del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

Esta providencia queda notificada en estrados.


ANTONIO PABÓN SANTANDER
Presidente


LUIS ARTURO DE BRIGARD CARO
Árbitro


RICARDO VANEGAS BELTRÁN
Árbitro


ROBERTO AGUILAR DÍAZ
Secretario