

Laudo arbitral

Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., Sacsá

v.

Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil

Junio 11 de 2004

Bogotá, D.C., once (11) de junio de dos mil cuatro (2004).

Como se encuentran cumplidas las etapas procesales previstas en las normas que regulan el proceso arbitral (L. 446/98 y D. 1818/98), procede el tribunal a decidir el conflicto planteado en el escrito de convocatoria y en la respuesta que al mismo le dio la entidad convocada, profiriendo para ello la correspondiente decisión de mérito con la cual culminará este proceso promovido por la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., que en lo sucesivo se denominará “Sacsá”, contra la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, que en adelante se denominará “Aerocivil”, entidad pública descentralizada del orden nacional.

CAPÍTULO PRIMERO

Antecedentes

1) Origen y materia del arbitraje

A. El contrato de concesión 186 de 1996

El 9 de agosto de 1996 entre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., convocada y convocante respectivamente, se suscribió el contrato que de acuerdo con el documento que obra a los folios 314 a 374 del cuaderno de pruebas 2, se identifica como “contrato de concesión para la administración y explotación económica del Aeropuerto Rafael Núñez - Cartagena”, cuyo objeto según consta en la cláusula primera del mismo es el siguiente:

“Cláusula primera: objeto contractual. El objeto de este contrato es el de la administración y explotación económica por el sistema de concesión del Aeropuerto Rafael Núñez ubicado en el Distrito Especial de Cartagena de Indias, el cual presta servicio principalmente a la ciudad de Cartagena. La administración y explotación económica incluyen el manejo y mantenimiento directo del terminal, pista, rampa, instalaciones aeroportuarias, ayudas visuales de aproximación y zonas accesorias. La Aerocivil se reserva el manejo y la responsabilidad de las funciones de control y vigilancia del tráfico aéreo en ruta y el correcto funcionamiento y mantenimiento de las radioayudas aéreas, incluyendo las radioayudas de aproximación, y las comunicaciones y demás equipo destinado y necesario para el debido control aéreo establecidos por OACI.

Igualmente se obliga a mantener eficientes niveles de servicios en los equipos antes mencionados y a hacer las inversiones requeridas con tal fin”.

B. El pacto arbitral

Las partes estipularon el pacto arbitral del cual deriva la autoridad de este tribunal, mediante la cláusula quincuagésima séptima del contrato de concesión de la administración y explotación económica del Aeropuerto Rafael Núñez, 186 de 1996, que literalmente señala:

“Cláusula quincuagésima séptima. Mecanismos de solución de diferencias. Respecto de las discrepancias que puedan surgir por razón del presente contrato, en cualquiera de sus etapas, en caso de que no sea posible llegar a un acuerdo, las partes someterán sus diferencias a la decisión de un tribunal de arbitramento en derecho que deberá fallar según la ley del contrato y que será integrado por tres (3) miembros, escogidos de común acuerdo entre las partes. La designación, constitución y funcionamiento de tribunal se regirán por las normas legales vigentes en la materia.

Previamente a la decisión de someterse a un tribunal de arbitramento, salvo estipulación en contrario en el presente contrato, las partes podrán hacer uso de los diversos mecanismos de solución de controversias previstos por el inciso segundo del artículo 68 de la Ley 80, como son la amigable composición y la transacción.

Las partes conformarán con dos representantes de cada una de ellas, un comité para la definición y solución de los asuntos de carácter operativo del contrato. Dicho comité establecerá, adicionalmente, los parámetros de eficiencia y calidad del servicio exigibles por la Aerocivil al concesionario cuando no exista estipulación contractual o recomendación específica de la OACI sobre la materia. El comité fundamentará su actividad en los parámetros establecidos de manera general por la OACI o por un organismo internacional equivalente”.

C. Convocatoria del tribunal

Con fundamento en la estipulación arbitral transcrita, el 28 de marzo del 2003 Sacsá por intermedio de apoderado judicial, solicitó la convocatoria e integración de un tribunal de arbitramento al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de que por esta vía procesal se resuelvan las diferencias suscitadas entre ella y la convocada Aerocivil, a propósito del contrato de concesión, administración y explotación económica del Aeropuerto Rafael Núñez de la ciudad de Cartagena (contrato 186 de 1996), en la forma y con el contenido que indican las pretensiones formuladas en el mencionado escrito.

(i) Pretensiones de la convocante

La entidad convocante en la solicitud de convocatoria arbitral formuló las siguientes pretensiones, unas declarativas y otras de condena, así:

“Pretensión primera principal. Que se declare el incumplimiento por parte de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, del contrato de concesión 186 de 1996, celebrado entre este establecimiento público y la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A. el día 9 de agosto de 1996, y cuyo objeto, de conformidad con su cláusula primera, consistió en “la administración y explotación económica por el sistema de concesión del Aeropuerto Rafael Núñez ubicado en el Distrito Especial de Cartagena de Indias, el cual presta servicio principalmente a la ciudad de Cartagena”, por no haber reconocido al concesionario los valores correspondientes a la tasa aeroportuaria que este dejó de percibir durante el evento denominado “Cumbre de Río”, por disposición de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, en los términos y montos que resulten probados en este proceso”.

“Pretensión subsidiaria a la pretensión primera principal. Que se declare en relación con el contrato de concesión 186 de 1996 celebrado el del (sic) 9 de agosto de 1996 por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, con la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A. la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas no imputables al contratista, que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato de concesión 186 de 1996 en contra del concesionario”.

“Pretensión segunda principal. Que se declare que la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A. realizó una inversión adicional de capital con la celebración del contrato Sacsá 74 del 28 de febrero del 2000 y su otrosí del 1º de junio del 2001 con la Sociedad Aldeasa S.A., en los términos y para los efectos de lo previsto en la cláusula décima quinta - Inversiones de capital durante la vigencia de la concesión, literal b) Inversiones de capital adicionales del contrato de concesión 186 de 1996”.

“Pretensión tercera principal. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, al restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión 186 de 1996 a través del reconocimiento y pago de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de todo orden que a esta le fueron causados, bien sea en razón del incumplimiento contractual por parte de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, o por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato de concesión 186 de 1996, todo de conformidad con los artículos 4º, 5º y 27 de la Ley 80 de 1993, según resulten probados en este proceso”.

“Pretensión cuarta principal. Que como consecuencia de la declaración que se solicita en la pretensión segunda principal se condene a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, al restablecimiento del

equilibrio económico del contrato de concesión 186 de 1996 a través del reconocimiento de la inversión de capital adicional realizada por el concesionario con la celebración del contrato Sacsa 74 del 28 de febrero del 2000 y su otrosí del 1º de junio del 2001 con la Sociedad Aldeasa S.A., en los términos y para los efectos de lo previsto en la cláusula décima quinta inversiones de capital durante la vigencia de la concesión, literal b) Inversiones de capital adicionales del contrato de concesión 186 de 1996, suma que deberá ser adicionada con los (sic) correspondientes actualización e intereses, según lo determine el honorable tribunal de arbitramento”.

“Pretensión quinta principal. Que se condene a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, al pago de intereses moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa prevista en la cláusula vigésima tercera del contrato de concesión 0186/96 sobre las sumas líquidas actualizadas que resulten a su cargo, sea por su incumplimiento contractual o por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato de la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A. (cláusula vigésima tercera del contrato de concesión 0186/96; art. 5º, num. 1º de la L. 80/93)”.

“Pretensión primera subsidiaria de la pretensión quinta principal. En subsidio de la pretensión quinta principal, solicito que se condene a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, al pago de intereses moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa doblada del interés civil corriente sobre las sumas líquidas actualizadas que resulten a su cargo ya sea por su incumplimiento contractual o por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato en contra de la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A. (L. 80/93, art. 4º, num. 8º)”.

“Pretensión segunda subsidiaria a la pretensión quinta principal. En subsidio de la pretensión quinta principal y de la primera subsidiaria a la pretensión quinta principal, solicito que se condene a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, al pago de las sumas que resulten a su cargo junto con los correspondientes intereses comerciales desde la época de la causación de la obligación de repago de la inversión adicional realizada por el contratista concesionario, y de la causación de los sobrecostos y perjuicios de todo orden en los que este incurrió, hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio”.

Pretensión sexta principal. Que se ordene a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, dar cumplimiento al laudo arbitral que le ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

“Pretensión séptima principal. Que se condene a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, al pago de las costas del juicio y las agencias en derecho”.

(ii) Hechos en que se fundamenta la demanda

La entidad convocante adujo en su escrito de convocatoria, varios hechos que dividió en diferentes acápite que guardan correspondencia con el desarrollo de la relación jurídica y las circunstancias que le dieron origen a la controversia.

a) Mediante Resolución 6689 del 23 de octubre de 1995, la Aerocivil abrió la licitación pública 17 de 1995 para la concesión, administración y explotación económica del Aeropuerto Rafael Núñez de la ciudad de Cartagena, y posteriormente, por medio de la Resolución 2778 del 3 de mayo de 1996 adjudicó el contrato a la convocante Sacsa, situación esta que se formalizó mediante la suscripción del contrato de concesión 186 del 9 de agosto de 1996, tantas veces aludido.

b) En el mencionado contrato los “servicios básicos” fueron definidos como aquellos servicios de utilización de las instalaciones aeroportuarias para los pasajeros por el cual se cobraría la tasa aeroportuaria.

c) En cuanto a la regulación del régimen tarifario, las partes en la cláusula 2.3.1 acordaron que la Aerocivil se reservaba el derecho a cobrar las tarifas por el servicio de control de tráfico aéreo, impuestos, tasas, licencias, permisos, derechos y multas que no fueran cedidas al concesionario en el contrato. De esta forma, la Aerocivil cedía al cesionario los servicios básicos (que constan en el anexo 5 de los pliegos de condiciones), al igual que los cobros por servicios complementarios —servicios conexos a la actividad aeronáutica, no sujetos a regulación

tarifaria directa por parte de la Aerocivil—, así como los arrendamientos, concesiones o cualquier otra modalidad prevista en el Código de Comercio para la explotación de las áreas del aeropuerto y por servicios directos ocasionales —servicios conexos a la administración y explotación económica del aeropuerto, diferentes de la aviación, como son los servicios temporales de infraestructura para fines diferentes del transporte o servicios al pasajero, los cuales únicamente podrían ser prestados por el concesionario—.

d) A la Aerocivil correspondía, pues, la regulación de los servicios básicos cedidos, tales como los derechos de aeródromo y la tasa aeroportuaria, es decir, las tarifas por los servicios complementarios en los casos en que la utilización de los servicios prestados no fuera opcional para el usuario y no fueran ofrecidos por otra u otras personas distintas del concesionario en condiciones competitivas, serían aplicadas libremente por el concesionario, previa comunicación a la Aerocivil, los cuales en todo caso se reajustarían semestralmente con base en la variación del índice de precios al consumidor (IPC). No obstante, la Aerocivil se reservaba el derecho de exigir su modificación cuando se demostrara que los cobros excedían los costos y la utilidad razonable del concesionario.

e) Por su parte, el concesionario podía solicitar a la Aerocivil, modificaciones a los niveles tarifarios adoptados, con base en estudios técnicos realizados. En efecto, se estipuló que:

— “En caso que los niveles tarifarios por derechos de aeródromo y tasa aeroportuaria, adoptados en cualquier momento de la concesión por parte de la Aerocivil, sin que exista para ello una solicitud expresa del concesionario, sean inferiores a los adoptados por la Aerocivil en virtud de la última propuesta tarifaria del concesionario e indexados según el mecanismo establecido, la Aerocivil reconocerá el valor de los ingresos correspondientes al tráfico efectivo por la diferencia tarifaria generada. Para tal efecto, el concesionario —previa aprobación expresa de la Aerocivil— podrá descontar el pago de la cuota trimestral de la contraprestación el monto correspondiente a esta disminución de ingresos de acuerdo con el tráfico efectivo durante el período trimestral anterior, certificado por la Aerocivil. En caso que la disminución de ingresos supere el monto de la cuota de la contraprestación de un determinado trimestre, se podrá descontar del monto de la siguiente cuota incluyendo intereses a favor del concesionario a una tasa del DTF a 30 días más 2 puntos. Estos intereses solo se reconocerán sobre la parte de diferencia tarifaria no cubierta con la cuota de la contraprestación del trimestre siguiente a la causación de las diferencias tarifarias. De solicitarlo así por el concesionario, este mecanismo se aplicará por un período máximo de cuatro trimestres contados desde el primer trimestre en que se cause una diferencia tarifaria superior al valor de la cuota trimestral de la contraprestación. Pasado este período máximo, la compensación aquí establecida, junto con los intereses, será pagada directamente al concesionario con recursos de la Aerocivil”.

— “La Aerocivil elaborará los estudios para determinar el impacto de las modificaciones tarifarias sobre la demanda de los servicios ofrecidos por el concesionario y, en el caso de que los ajustes afecten dicha demanda, acordará con el concesionario los mecanismos para reestablecer la ecuación financiera del contrato”.

— “Las tarifas por servicios directos ocasionales se determinarán por el cálculo del costo incurrido por el concesionario en la prestación de dicho servicio más una utilidad razonable”. Tal utilidad razonable correspondía al quince por ciento (15%) de la tasa de retorno real al capital invertido en un período equivalente a la vida útil de la inversión efectuada”.

f) Sostiene Sacsá que la estructura tarifaria debía presentarse por los oferentes de conformidad con los parámetros del anexo 5 de los pliegos de condiciones, de forma tal que los ingresos del concesionario correspondían a: a) cargos por servicios básicos de aeronaves de pasajeros; b) servicios directos ocasionales; c) arrendamientos, concesiones y similares. Siendo ello así, la fijación de la tasa aeroportuaria era potestad reglamentaria de la Aerocivil pero esta debía partir de la tarifa ofrecida por el adjudicatario de la licitación, y al operar la cesión de los ingresos, constituía un derecho patrimonial del concesionario, de manera que solo este podía otorgar exenciones a la tasa aeroportuaria, mientras que la Aerocivil únicamente se reservó el derecho de disposición frente a los ingresos no cedidos. El monto vigente de la tasa aeroportuaria para la época de la licitación había sido determinado mediante las resoluciones 10457 del 23 de agosto de 1991, 8365 del 29 de diciembre de 1994 y 724 del 31 de enero de 1995, frente a ninguna de las cuales se hizo excepción en relación con categoría alguna de pasajeros.

g) Sacsá afirma que respecto de los ingresos por servicios básicos —derechos de aeródromo y tasa aeroportuaria— cuenta con capacidad dispositiva al ser ingresos a título de remuneración.

h) Con base en la cláusula vigésimo cuarta del contrato, Sacsá manifiesta que la Aerocivil solo se reservó las tarifas allí señaladas.

i) En cuanto a la cesión de los ingresos por servicios básicos Sacsá asevera que era su obligación recaudar las tarifas adoptadas por la Aerocivil, con base en la cláusula vigésimo quinta del contrato.

j) De otro lado, Sacsá dice que la modificación del contrato solo procedía por mutuo acuerdo de las partes plasmado en documento escrito. En efecto, el 25 de octubre de 1996 las partes suscribieron un otrosí que aclaró el contenido del contrato y corrigió algunas imprecisiones; posteriormente suscribieron el contrato modificatorio 001-98 restableciendo la estructura financiera por disminución del tráfico aéreo en lo atinente a la forma de liquidación de las cuotas trimestrales y a la ejecución por parte del concesionario de inversiones adicionales de capital ofrecidas por este en la propuesta técnico-comercial presentada; finalmente, por medio del contrato modificatorio 002-99 cambiaron los períodos semestrales que debían tomarse como base para establecer los índices de precios al consumidor y el índice de devaluación para que los reajustes pudieran ser aplicados para el período del 1° de enero y el 1° de julio de cada año.

En este punto de la demanda Sacsá precisa que nada se dijo en materia tarifaria, y que por eso las estipulaciones originales seguían vigentes.

k) Para Sacsá los ingresos que debía obtener por concepto de servicios básicos, servicios directos ocasionales y derechos de explotación comercial se rigen por las estipulaciones vinculantes de las partes conforme al artículo 1602 del Código Civil, por remisión expresa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues ello está previsto así tanto en los pliegos de condiciones como en el clausulado del contrato, de forma tal que la ecuación de las partes no puede ser lesionada por ninguna de ellas porque de ello depende la viabilidad del proyecto. Así, la Aerocivil no puede rebajar a su arbitrio el monto de la contraprestación, y el estatuto de contratación de la administración, prevé que es deber del ente público el preservar el “valor intrínseco de su remuneración”.

l) Al decir de la convocante, la Aerocivil ha otorgado exenciones en el pago de la tasa aeroportuaria, y que por tal circunstancia se ve en la obligación de reclamar el pago de los perjuicios por carecer de capacidad jurídica de disposición de tales ingresos.

m) Con ocasión del evento internacional llamado “Cumbre presidencial del grupo de Río” celebrado en la ciudad de Cartagena en el mes de junio del año 2000, se envió a la Aerocivil la comunicación Sacsá-RL-055, en la cual, en aras de obtener la compensación debida, solicitó descontar las exenciones a las comitivas participantes, de la cuota del setenta por ciento (70%) de la contraprestación.

n) Mediante la circular de 9 de junio del 2000, la dirección general de la Aerocivil respondió que los jefes de Estado y sus comitivas no se encuentran sujetos al pago de derechos de aeródromo, servicios de protección al vuelo, tasa aeroportuaria nacional o internacional o cualquier otro concepto que cubra el uso de infraestructura aeronáutica o aeroportuaria.

o) Frente a esta respuesta Sacsá respondió en comunicación Sacsá-RL-059 del 12 de junio del 2000, que la Aerocivil pretendía eliminar las fuentes de ingreso que fueron cedidas al concesionario.

p) La Aerocivil, en oficio 38-C/CTG-314 del 14 de junio del 2000, reiteró su posición manifestando que las operaciones no debían afectar financieramente al concesionario puesto que las mismas no se hallaban contempladas en el contrato.

q) Sacsá toma como base esta respuesta para reafirmar su posición, pues según ella, debido a que eso no fue lo realmente pactado en el contrato, se afectan los ingresos proyectados y reales del concesionario.

r) El 22 de septiembre del 2000, mediante comunicación Sacsá-GFC-259, el concesionario presentó factura por concepto de la tasa aeroportuaria de 330 pasajeros internacionales que asistieron a la Cumbre de Río y no cancelaron la tasa aeroportuaria, ello con base en la Resolución 2105 del 12 de junio del 2000, por derivarse de tal situación un perjuicio económico. La Aerocivil en febrero 15 del 2001 (oficio 38-C/CGF108), respondió que no reconoce la compensación porque las aeronaves de propiedad del Estado colombiano y de Estados extranjeros

amigos, están exentas del pago de derechos de aeródromo y de servicios de protección al vuelo, con base en el reglamento aeronáutico y la Resolución 4884 del 24 de diciembre de 1997, siendo que lo que efectivamente solicita Sacsá es el reconocimiento del pago de la tasa aeroportuaria y no el pago de los derechos de aeródromo y conceptos conexos.

s) Sacsá convocó el 20 de diciembre de 1999 el concurso público 010 para la adjudicación de áreas interiores del edificio principal y las áreas del edificio de carga del aeropuerto, y para la explotación económica y gestión comercial de artículos al por menor en régimen libre de impuestos y/o depósitos francos y/o “*duty free*” y área de venta sin exclusividad de régimen fiscal ordinario y/o “*duty paid*”. La única oferta fue presentada por la sociedad “Almacenes, Depósitos y Estaciones Aduaneros Sociedad Anónima, Aldeasa S.A.” (en adelante Aldeasa) en virtud de lo cual se celebró el contrato de concesión Sacsá 74 del 15 de febrero del 2000.

t) La concesión tenía por objeto la adecuación, manejo y mantenimiento directo de toda el área para el desarrollo de actividades comerciales y realizar las inversiones necesarias.

u) En el literal b) de la cláusula quince del contrato de concesión 186 de 1996 celebrado entre Sacsá y la Aerocivil (modificado en lo pertinente por el otrosí de jun. 1º/01), se estableció que las inversiones de capital adicional serían financiadas en su totalidad por Sacsá. De esta forma, Sacsá financiaría el valor total de las obras de construcción e instalación que se realizaran en la remodelación o puesta en marcha de las tiendas, en la forma y tiempo estipulados, permitiendo que Aldeasa descontara de la base para el pago variable la amortización de las obras ejecutadas tal como lo estipulaba la cláusula 1ª del contrato 186.

v) Sacsá presentó la relación de las inversiones de capital adicionales pero la Aerocivil las desconoció, lo que supone la configuración de un enriquecimiento sin causa.

(iii) Fundamentos de derecho invocados

a) El contenido de la concesión.

Sacsá argumenta que el contrato de concesión debe medirse en punto de la rentabilidad esperada por las partes en su ejecución, siendo ello, entonces, no un problema de aplicación de la ley sino conceptual.

— En este entendido, la construcción de obra pública o la prestación de servicios públicos por el sistema de concesión, encuentran su régimen jurídico en el estatuto de contratación de la administración pública, artículo 32 numeral 4º de la Ley 80. Igualmente las prestaciones contractuales se encuentran definidas por la Ley 80 cuando en su artículo 24 señala que son ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos de licitación y de los contratos que contravengan esas disposiciones.

— De esta forma, el contrato de concesión no es un contrato aleatorio sino conmutativo, pues garantiza el principio del equilibrio económico entre las partes, al pagarse a través de una fuente distinta a los recursos propios del Estado, dueño de la obra o titular del servicio.

— Por su parte, la Ley 105 de 1993 dotó a la administración de instrumentos jurídicos que aseguren el ingreso de los recursos públicos. Se prevé una fórmula para la recuperación de la inversión establecida en el contrato y no una variable que no cuente con el consentimiento del concesionario, o de lo contrario la entidad incurre en responsabilidad civil. Como puede concluirse, no existe la posibilidad de modificación unilateral de la fórmula de remuneración.

b) Incumplimiento del contrato por la entidad pública convocada.

— Partiendo del supuesto de que no se discute la existencia de acto administrativo alguno, la Aerocivil debe reconocerle a Sacsá la compensación por decisiones unilaterales tomadas por la primera y cuyos efectos negativos de carácter económico repercuten sobre la segunda.

— Si bien es cierto que la Aerocivil regula los derechos de aeródromo y la tasa aeroportuaria, tales conceptos corresponden a ingresos del concesionario por la administración de aeropuerto. En consecuencia, esa prerrogativa

no implica que la Aerocivil conserve implícitamente la facultad de disminuir los mencionados derechos económicos a su discreción.

— Las únicas reservas hechas por la Aerocivil en el contrato fueron:

Las tarifas por servicios de control de tráfico aéreo, impuesto de timbre a pasajeros que viajan fuera del país, y todas las otras tasas, licencias, permisos, derechos y multas que no fueran cedidas en el contrato.

Las tarifas por servicios complementarios, frente a las cuales se reservó el derecho de exigir su modificación si se excedían los costos y la utilidad razonable del concesionario.

c) Reconocimiento de una inversión adicional.

— Sacsá, dada su condición contractual, estaba obligada a ejecutar una inversión adicional sobre los locales comerciales de venta libre de lo que actualmente es el área de las salidas internacionales, cuyo costo para el año de 1996 se previó en \$ 2.088.000.000, con el objeto de iniciar las obras en el año 2000, todo ello con arreglo al denominado “contrato modificadorio 001–98” que, en punto del régimen estipulado por las partes para la realización de inversiones adicionales, reformó el literal b) de la cláusula 15 del contrato de concesión.

No se requería, por lo tanto, de acuerdo específico posterior entre la Aerocivil y Sacsá para que esta última emprendiera la ejecución de las actividades correspondientes, celebrando para el efecto el contrato de concesión 74 de 15 de febrero del 2000 con la sociedad Aldeasa S.A. cuyo objeto consistió, básicamente, en la adecuación, manejo, explotación económica y mantenimiento de toda el área correspondiente al grupo de servicios no aeronáuticos del Aeropuerto Rafael Núñez de la ciudad de Cartagena, destinada parte de dicha área a la venta de artículos al por menor en régimen fiscal libre con exclusividad y otra, sin exclusividad, a una empresa del mismo tipo bajo régimen fiscal ordinario, obligándose la compañía concesionaria a prestar en todo momento un servicio eficiente a los usuarios y con tal propósito, efectuar las inversiones necesarias.

— A juicio de la convocante, la actividad así descrita en sus lineamientos básicos y realizada bajo los términos del contrato 74.00, encaja en la definición de inversión de capital adicional para los efectos del contrato de concesión 186–96 origen del presente litigio, razón por la cual a aquella la inversión aludida ha de serle reconocida por el concepto indicado, todo de conformidad con los pliegos de condiciones y el clausulado contractual invocado.

D. Instalación del tribunal y admisión a trámite de la demanda

En audiencia celebrada el 11 de junio de ese mismo año se llevó a cabo la instalación del tribunal de arbitramento, conformado por los árbitros previamente designados por las partes de común acuerdo.

En esta audiencia de instalación se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la calle 72 N° 7-82 Piso 8, haciéndose así mismo la correspondiente designación de secretario.

Mediante auto el tribunal de arbitramento fijó las sumas provisionales por concepto de honorarios de árbitro y secretario y gastos de administración.

Oportunamente y dentro del término previsto en el inciso primero del artículo 22 de Decreto 2279 de 1989, las partes consignaron las sumas fijadas por concepto de honorarios de los árbitros, gastos de funcionamiento, protocolización y otros.

Mediante auto del 7 de julio del 2003 el tribunal de arbitramento admitió la solicitud de convocatoria presentada por Sacsá contra la Aerocivil, y ordenó correrle traslado a esta última por el término de 10 días, y reconoció personería a los apoderados de las partes.

El 10 de julio se notificó personalmente a la parte convocada el auto admisorio, y de la demanda junto con sus anexos se surtió el traslado por el término legal de 10 días hábiles.

E. Contestación de la demanda

Notificada legalmente la entidad convocada del auto admisorio de la demanda el día 10 de julio del 2003, mediante escrito presentado el 24 de julio del 2003 contestó la demanda, negando algunos de los hechos y admitiendo otros, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

(i) Contestación a los hechos

La contestación a los hechos de la demanda se dio por parte de la Aerocivil en los siguientes términos:

a) La Aerocivil admitió que mediante Resolución 6689 del 23 de octubre de 1995 abrió la licitación pública 17 de 1995 para la concesión, administración y explotación económica del Aeropuerto Rafael Núñez de la ciudad de Cartagena, y que posteriormente, por Resolución 2778 del 3 de mayo de 1996 adjudicó el contrato a la convocante Sacsá, situación que se formalizó mediante la suscripción del contrato de concesión 186 del 9 de agosto de 1996.

b) En cuanto a la regulación del régimen tarifario en la cláusula 2.3.1. sostiene la Aerocivil que el deber a su cargo de mantener el equilibrio y restablecerlo en casos de verse afectado por disminución de los ingresos, es simplemente una afirmación sin fundamento por cuanto Sacsá no ha definido ni reparado en el hecho causante del desajuste de la ecuación contractual.

Adicionalmente, en los pliegos de condiciones se establecieron las obligaciones de las partes y la regularidad del objeto del contrato, mientras que el equilibrio económico hace referencia es al período de ejecución.

c) Frente al tema de la tasa aeroportuaria en concreto, la Aerocivil sostiene que no es cierto que en la Resolución 7445 se establecieran exenciones de tasas aeroportuarias para algunos funcionarios públicos que viajan en misión diplomática. Adicionalmente argumenta que el contrato de concesión del aeropuerto no implica que los ingresos cedidos formen parte del patrimonio del concesionario, pues al ser una tasa (asimilada al concepto de impuestos), debe entrar a formar parte del presupuesto nacional. En efecto, la Aerocivil invoca en su favor el artículo 5° del Decreto 2724 de 1993 que establece que es función de la Aerocivil, fijar, recaudar y cobrar las tasas, tarifas y derechos que se generen por las concesiones, autorizaciones, licencias o cualquier otro tipo de ingreso o bien patrimonial, y llevar su registro.

d) Sostiene la convocada que los ingresos por servicios básicos no constituyen una remuneración a Sacsá puesto que la tasa es un ingreso del Estado. En efecto, a Sacsá solo se le delega la administración de las tasas para que cumpla con una finalidad propia del Estado. Para ello invoca la cláusula 23 del contrato, la cual expresamente señala: “otorga al concesionario una libertad relativa en lo que corresponde a la negociación de las tarifas de los ingresos por la prestación de servicios complementarios o directos ocasionales, previa comunicación a la Aerocivil, quien se reserva el derecho a exigir modificaciones cuando se demuestre que los cobros exceden los costos y las utilidades razonables del concesionario”.

e) La Aerocivil considera que el derecho de reserva estipulado en la cláusula 24, obedece al párrafo 3° del artículo 48 de la Ley 105 de 1994, mediante el cual “la Aerocivil conservará el control del tráfico aéreo y la responsabilidad por el correcto funcionamiento de las ayudas aéreas. Así mismo, ejercerá una adecuada supervisión sobre la seguridad aérea y el control técnico”.

f) La cláusula 2° del contrato modificadorio 01-98 del 1° de abril de 1998 adicionó el párrafo al literal b) de la cláusula 15 para efectos de programar las inversiones adicionales de capital que debía realizar el concesionario, pero sin modificar su contenido, el cual determinaba el acuerdo de las partes a que debía llegarse sobre la conveniencia de las inversiones adicionales de capital, las cuales serían financiadas en su totalidad por el concesionario.

g) La Aerocivil sostiene que no es cierto que se hayan hecho exenciones de pago de la tasa aeroportuaria a personas distintas a las previstas en los documentos de licitación. En efecto, en el registro histórico del Aeropuerto Rafael Núñez no contempla como operaciones comerciales las operaciones no comerciales generadas por las misiones oficiales y por eso sostiene que no se afecta al concesionario. Adicionalmente, señala que la negativa de reconocimiento de pago no solo se predica respecto de los derechos de aeródromo y protección al vuelo sino de la tasa aeroportuaria, puesto que nunca se ha cobrado a los jefes de Estado y las comitivas de gobierno. Es ello una costumbre internacional.

h) Frente a los argumentos expuestos por Sacsá sobre las inversiones adicionales de capital, la Aerocivil es de la opinión que el contrato con Aldeasa se hizo dentro de la órbita del derecho privado que le corresponde a Sacsá, razón por la cual no puede asumir las inversiones, y porque únicamente conoció de la apertura del concurso público. En efecto, la Aerocivil sostiene que esa inversión adicional fue plasmada en otrosí que se firmó entre Sacsá y Aldeasa luego de cuatro meses de ejecución del contrato, traspasándole a Sacsá esa obligación por razones de descapitalización de Aldeasa. En consecuencia, el otrosí modificó, que no aclaró, el contrato original y en tal medida la Aerocivil no puede convalidar las condiciones iniciales por ella aprobadas para el concurso público 010 de 1999.

De manera general, sobre la posición defensiva asumida por la Aerocivil cabe la siguiente síntesis:

a) Sacsá pretende un enriquecimiento sin causa a costa de la administración.

b) Sacsá omite citar el precepto legal que ha sido supuestamente quebrantado.

c) Adicionalmente, a Sacsá le corresponde la obligación legal y contractual de financiar todas las inversiones adicionales, previo acuerdo con la Aerocivil.

d) La tasa aeroportuaria supuestamente dejada de percibir por Sacsá con ocasión de la Cumbre de Río, no le pertenece porque los derechos de ingresos no fueron cedidos debido a que las operaciones no eran comerciales. En relación con las tasas no cobradas en el marco de la Cumbre de Río, sostiene la entidad pública convocada: (i) en el pliego de condiciones únicamente se registra la información de operaciones comerciales por concepto de pasajeros y carga. Siendo ello así, Sacsá no puede demandar ingresos de unas operaciones que no tuvo en cuenta para elaborar y presentar las proyecciones financieras requeridas; y (ii) la Aerocivil se reservó el derecho de conceder exenciones de tasas aeroportuarias en aquellas operaciones cuyos ingresos no fueron cedidos.

e) Y sobre la inversión adicional de capital cuyo reconocimiento exige la convocante, el escrito de contestación advierte lo siguiente: (i) la Aerocivil no tiene la obligación de financiar las inversiones adicionales realizadas por el concesionario; (ii) la cláusula 2ª del contrato modificatorio 001-98 prevé que el concesionario debe efectuar inversiones adicionales, programarlas y ejecutarlas; (iii) la Aerocivil aprobó el concurso público 010 pero no adquirió la obligación contractual de reconocer de su propio peculio las inversiones adicionales que realice el tercero que celebró el contrato con Sacsá. La suscripción del otrosí al contrato entre Sacsá y Aldeasa modificó sustancialmente la inversión a Sacsá para efectos de ser revertida a la amortización y así trasladarla a la Aerocivil.

f) Haciendo referencia al desequilibrio económico y financiero del que se dice ser víctima la convocante, afirma la Aerocivil en su réplica que: (i) Las circunstancias aducidas por Sacsá con ocasión de la Cumbre de Río no pueden tener incidencia en las condiciones económicas y financieras de la relación jurídica por cuanto desde que surge a la vida jurídica el contrato de concesión, las partes aceptan conocer cuál fue el beneficio, previamente proyectado por el concesionario y es en ese momento histórico que se traduce en la ecuación financiera del contrato. (ii) Para que se configure el rompimiento del equilibrio económico Sacsá necesita probar: a) que el contrato es de ejecución sucesiva; b) que se trata de un evento excepcional ajeno a la voluntad de las partes; c) que altere la economía del contrato; d) que no haya sido posible prever al momento de la suscripción del contrato; e) que haga especialmente onerosa la ejecución del negocio jurídico; f) que el contratante no hay(sic) suspendido la prestación del servicio. (iii) En este orden de ideas, la Aerocivil se opone a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones, y aclara que Sacsá no puede solicitar el pago de intereses convencionales civiles y comerciales porque el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 señala que debe aplicarse el interés civil moratorio si no se ha estipulado interés alguno en el contrato.

(ii) Excepciones de mérito

De otro lado, la convocada formuló las siguientes excepciones de mérito:

a) Falta de jurisdicción y competencia.

Los hechos invocados por Sacsá en cuanto a la inversión adicional corresponden a una relación contractual diferente al contrato de concesión 186 de 1996, a los cuales no le aplica la cláusula compromisoria de este último.

En circular del 9 de junio del 2000 emitida por la Aerocivil, se señaló que los jefes de Estado y comitivas no se encontraban sujetos al pago de derechos de aeródromo, servicios de protección al vuelo, y tasa aeroportuaria, entre otros, y ella constituye un acto administrativo de carácter general cuya legalidad no puede ser objeto de control por parte del tribunal de arbitramento.

b) Caducidad de la acción.

La acción de controversias contractuales prescribe a los 2 años contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto administrativo.

c) Falta de legitimación de la parte pasiva.

Sacsa solicita el reconocimiento de unas inversiones efectuadas por Aldeasa frente a las cuales la Aerocivil no está llamada a responder.

d) Incumplimiento de la cláusula compromisoria.

La Aerocivil sostiene que Sacsa no hizo uso de los mecanismos de solución directa previstos en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 tal como lo señala la cláusula compromisoria por ellas pactadas.

F. Traslado de las excepciones de mérito

Mediante escrito presentado el 26 de agosto del 2003, Sacsa describió el traslado de las excepciones de mérito invocadas por la Aerocivil, así:

(i) Respetto de la falta de jurisdicción y competencia

Sostiene Sacsa que del texto de la cláusula compromisoria es clara e inequívoca la intención de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral.

En cuanto a la inversión adicional, señala que existe un incumplimiento directo de las obligaciones de la Aerocivil, y por lo tanto su definición es de competencia exclusiva del tribunal de arbitramento. En efecto, la Aerocivil incumplió el contrato de concesión 186 de 1996 al no reconocer el contrato 74 suscrito con Aldeasa como una inversión adicional.

En el tema de tasas aeroportuarias, destaca que no se ha sometido a decisión del tribunal de arbitramento el control jurídico de acto administrativo alguno, sino el resarcimiento de un perjuicio, esto es, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Además de lo anterior señala que la facultad reglamentaria de la Aerocivil en ningún momento ha sido desconocida por Sacsa.

(ii) Respetto de la caducidad de la acción

Al respecto precisa que la Aerocivil parte del supuesto equivocado de que la controversia gira en torno a la legalidad de un acto administrativo.

De otra parte y para oponerse a la excepción aduce que el contrato de concesión objeto de debate se encuentra en ejecución y, en consecuencia, la acción es oportuna en los términos del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

(iii) Respetto de la falta de legitimación de la parte pasiva

Respetto de esta excepción de la convocada Sacta(sic) indica que únicamente está pretendiendo el reconocimiento de una inversión adicional en los términos del contrato 186 de 1996, que vincula claramente a la Aerocivil.

(iv) Respetto del incumplimiento de la cláusula compromisoria

Con relación al incumplimiento de la cláusula compromisoria, precisa que en varias oportunidades buscó el reconocimiento directo de las pretensiones ante la Aerocivil y así mismo, que fue la Aerocivil quien sugirió el procedimiento arbitral, como consta en el oficio 38-C/CGT-354 del 21 de junio del 2001.

2) Audiencia de conciliación

La audiencia de conciliación tuvo lugar el día 18 de septiembre del 2003, audiencia en la cual se encontraban presentes las partes, sus apoderados especiales, el representante legal de Sacsá, y el Ministerio Público.

La entidad convocante manifestó su ánimo conciliatorio presentando, mediante comunicación Sacsá-RL-039 de la fecha, una fórmula concreta de arreglo. No obstante lo anterior, y en virtud de la inasistencia del representante legal de la Aerocivil, el tribunal consideró que no podía llegarse a acuerdo alguno y declaró terminada la actuación para continuar con el trámite del proceso, registrado el fracaso del intento conciliatorio surtido en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998 en concordancia con el artículo 432, parágrafo 1º, del Código de Procedimiento Civil.

CAPÍTULO SEGUNDO

Trámite arbitral

1. Primera audiencia de trámite.

Debido al fracaso del intento conciliatorio, en la misma audiencia del 18 de septiembre del 2003 el tribunal de arbitramento ordenó continuar el proceso e iniciar la primera audiencia de trámite como corresponde hacerlo al tenor del artículo 124 de la Ley 446 de 1998.

Se ordenó la lectura del pacto arbitral contenido en la cláusula quincuagésima séptima del contrato de concesión 186 de 1996, así como las cuestiones sometidas a arbitraje, expresadas en la demanda, su contestación y las excepciones propuestas en ella.

A. La competencia del tribunal

En ejercicio de la facultad que le asiste de decidir sobre el alcance de la potestad arbitral a él atribuida a la luz de la cláusula compromisoria invocada e, igualmente, visto el contenido concreto de fondo de las cuestiones litigiosas que involucran las diferencias sometidas a arbitraje por las partes, el tribunal asumió competencia con apoyo en las siguientes razones:

(i) Las controversias planteadas por las partes en torno al incumplimiento contractual son de naturaleza transigible al ser de contenido patrimonial, particular y objeto de disposición y transacción entre sujetos plenamente capaces, y por ende, susceptibles de dirimirse mediante un laudo arbitral, a saber: que se declare que la entidad demandada incumplió el contrato de concesión 186 de 1996 por no haber reconocido al concesionario los valores correspondientes a la tasa aeroportuaria que este dejó de percibir durante la “Cumbre de Río”; que se declare que la convocante realizó una inversión de capital adicional con la celebración del contrato Sacsá 74 del 28 de febrero del 2000 con la sociedad Aldeasa; que como consecuencia de las declaraciones que anteceden, se condene a la Aerocivil al restablecimiento del equilibrio económico del contrato a través del reconocimiento y pago de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios, así como de la inversión de capital adicional realizada por la convocante, junto con los intereses moratorios causados y las costas del proceso;

(ii) Frente a la excepción de “falta de jurisdicción y competencia”, estimó el tribunal que de la lectura de las pretensiones se evidencia la conexión entre la inversión efectuada con base en el contrato Sacsá 74 del 28 de febrero del 2000 y el contrato 186 de 1996, sin perjuicio de lo que de forma definitiva se decidiera en el laudo arbitral.

(iii) Las partes cuentan con poder para transigir y han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y apoderados especiales. Adicionalmente, se encuentran facultadas para acudir al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos.

(iv) Se surtieron en debida forma todos los procedimientos preliminares durante las etapas de convocatoria e instalación del tribunal.

(v) Con ocasión de la interposición de un recurso de reposición por parte de la Aerocivil, el tribunal de arbitramento confirmó que en el presente trámite no existe controversia sobre la legalidad de un acto administrativo, ni planteamiento de razones de derecho adicionales que justifiquen la excepción falta de jurisdicción y competencia, razón por la cual no se necesita de un nuevo examen.

B. Decreto de pruebas

Admitida la competencia el tribunal procedió a decretar las pruebas solicitadas tanto por la parte convocante como por la parte convocada, así:

(i) Se ordenó tener como prueba documental la enunciada en el acápite de pruebas documentales de la demanda y su contestación.

(ii) Se ordenó librar oficios a la (*) Superintendencia Bancaria y al DANE, conforme a la petición obrante a folio 68 del cuaderno principal 1. Adicionalmente, se dispuso librar oficio a la Aerocivil para que remitiera el expediente administrativo correspondiente a la celebración del contrato 186 de 1996 y sus antecedentes.

(iii) Conforme a lo solicitado por Sacsá, se ordenó la práctica de una prueba pericial a cargo de un perito único, para que rindiera dictamen sobre los puntos indicados en la solicitud contenida a folio 68 del cuaderno principal 1.

(iv) Se ordenó la citación de las personas solicitadas por la Aerocivil para rendir testimonio.

(v) Finalmente y por considerarlas necesarias para verificar hechos relevantes en orden a decidir la controversia, el tribunal ordenó de oficio la práctica de diligencias complementarias de prueba en los términos que indica el auto de veintiocho (28) de abril del año en curso, visible a folio 303 del cuaderno principal 2.

2. Instrucción probatoria.

A. Prueba testimonial

El 21 de octubre del 2003 se recibieron en audiencia los testimonios de la señora Lilia Mireya Beltrán (cfr. fls. 471 a 493 del cdno. de pruebas 2), del señor Germán Augusto Contreras (cfr. fls. 494 a 528 del cdno. de pbas. 2).

B. Prueba pericial

El día 21 de octubre del 2003 se posesionó de su cargo la perito Gloria Zady Correa (cfr. fl. 203 del cdno. ppal. 1), presentando al tribunal de arbitramento el dictamen ordenado el día 12 de noviembre del 2003 (cfr. fls. 529 a 556 del cdno. de pbas. 2). Sometida al trámite legal de contradicción, sobre el contenido de dicha experticia presentó la parte convocada el escrito visible a folios 219 a 221 del cuaderno 1, aduciendo que incurre en error grave por varios conceptos, alegación esta que por no ajustarse a las exigencias previstas en el artículo 238, numeral 5º, del Código de Procedimiento Civil, no recibió el trámite previsto en esta misma disposición (cfr. acta 7 de ene. 30/2004).

Posteriormente, por determinación oficiosa del tribunal el dictamen en referencia fue complementado mediante escrito presentado por la perito Gloria Zady Correa con fecha 7 de mayo del año en curso, visible a folios 566 a 606 del cuaderno de pruebas 2 del expediente.

De la experticia producida inicialmente, hay lugar a destacar los siguientes datos de hecho:

(i) Valores que el concesionario dejó de percibir por concepto de tasas aeroportuarias con ocasión del evento “Cumbre de Río”:

El 22 de septiembre del 2000, Sacsá emitió la factura 0006327 dirigida a la Aerocivil por concepto de tasas aeroportuarias internacionales por Cumbre de Río, por valor de \$ 20.407.834, correspondiente a 330 pasajeros, a

razón de USD\$ 28 cada uno, para un total de US\$ 9.240, y una tasa de cambio de \$ 2.208.64.

Dicha factura se soporta en planillas del plan de vuelo elaboradas por la Aerocivil así como en una relación de pasajeros (ver cuadro a fl. 2 del dictamen pericial) que salieron del evento en mención con destinos diferentes.

No fue posible confirmar el número de pasajeros por vuelo pues no en todas las planillas estaba el número de personas a bordo (razones de seguridad) y, por lo tanto, se efectuó únicamente un conteo físico al momento de abordar cuyo resultado numérico quedó registrado en la parte superior de la planilla.

(ii) Montos correspondientes a la financiación realizada por el concesionario para las inversiones requeridas en la ejecución del contrato Sacsa 74 del 2000, celebrado entre Sacsa y Aldeasa; verificación si respecto de esa inversión se ha dado amortización alguna y, en su caso, se establecerán los montos y forma como se ha amortizado esa inversión:

Sumas giradas con destino al contrato Sacsa 74 del 2000:

El monto de la financiación asciende a la suma de \$ 323.757.890.87, girada por Aldeasa a favor de Sacsa, así:

Por concepto de “adecuación para sus instalaciones”, la suma de \$ 263.781.601.20, de los cuales \$ 262.757.890.87 fue contabilizada por Sacsa como “ingresos recibidos para terceros”, y la suma de \$ 1.023.710.33 como “ingresos propios por diferencia en cambio”.

Con cargo a la ejecución de la obra (piso del proyecto), la sumas de \$ 5.992.351 y \$ 5.999.991.60.

Dichas sumas fueron consignadas en una cuenta bancaria diferente a las de Sacsa, de la cual se giró la totalidad de los pagos correspondientes a la construcción de la obra.

Sacsa giró la suma de \$ 61.000.000, aprobada como inversión adicional de capital por la Aerocivil según “acta de aprobación de inversiones adicionales años 2000-2001 y 2003 Aeropuerto Rafael Núñez contrato de concesión 0186-96”, de mayo 9 del 2003.

(iii) Inversión de los dineros descritos en el punto anterior:

Las sumas mencionadas fueron invertidas en la construcción de los locales del “*duty free*” y “*duty paid*” del aeropuerto. No obstante, en la contabilidad de Sacsa no aparece registrada la ejecución de la construcción a que hace referencia el contrato 74 del 2000.

Existen unos comprobantes de pago con soportes (facturas, nómina, notas débito y notas crédito), según las cuales el total de la construcción asciende a la suma de \$ 338.051.435.06 (ver anexo 1 del dictamen).

Siendo ello así, del valor total de la inversión en el contrato 74 del 2000, la Aerocivil solo reconoció la suma de \$ 61.000.000.

(iv) Amortización de la inversión:

En la contabilidad de Sacsa no aparece registro de amortización de la inversión, sino planillas de control de los montos trimestrales de amortización efectuada por Aldeasa (quien hizo casi la totalidad de la inversión del contrato 74 del 2000), para un total amortizado de \$ 208.415.813 (cuyo procedimiento se señala a fl. 8). Dicha amortización se refleja en la contabilidad de Sacsa indirectamente, esto es, a través del cálculo que hace para determinar del monto que Aldeasa tiene que pagar por concepto de arrendamiento mensual, de tal forma que cada vez que se hace amortización, el valor por concepto de arrendamiento a recibir disminuye.

El valor que se recibe por arrendamiento es el mínimo mensual pues en ningún período Aldeasa ha tenido utilidades.

Las cifras que se establezcan en las respuestas a las preguntas formuladas deberán ser actualizadas a la fecha del dictamen y sobre ellas se deberá presentar liquidación de los intereses, desde la fecha en que se causaron los

valores hasta la fecha del dictamen, a las siguientes tasas: IPC; intereses civiles legales (6%); intereses comerciales corrientes; intereses civiles legales doblados (12% sobre el valor histórico actualizado con IPC); intereses comerciales a la máxima tasa de interés permitida por la ley (C. Co., art. 884).

Concepto	Cumbre de Río	Inversión contrato 74
Capital inicial	\$ 20.407.834	\$ 277.051.437.05
Capital actualizado IPC	25.025.956	338.136.780
Interés civil legal (6%)	4.479.452	58.459.113
Intereses corrientes comerciales	13.952.719	182.595.266
Interés civil legal doblado (12%)	8.958.903	116.918.225
Interés comercial a la máxima tasa permitida por la ley	20.929.078	273.892.899

3. Audiencia final de alegaciones.

A. Conclusiones de Sacsa

En la audiencia celebrada el veinte (20) de febrero del 2004 (acta 9), la sociedad convocante Sacsa presentó sus alegatos de conclusión (cfr. fls. 228 a 276).

A efectos de demostrar la viabilidad de las pretensiones por ella incoadas, en esta oportunidad la apoderada de Sacsa se pronunció sobre las excepciones propuestas por la Aerocivil en los siguientes términos:

(i) Primero, ante la excepción de “falta de jurisdicción y competencia” sostiene Sacsa que las partes expresamente manifestaron su clara e inequívoca intención de atenerse a la jurisdicción arbitral, y que además, ni el contrato —que actualmente se encuentra en ejecución— ni la cláusula compromisoria han sido objeto de cuestionamiento alguno por las partes.

De otro lado, el tribunal de arbitramento se pronunció sobre su propia competencia y sostuvo que las pretensiones son de contenido patrimonial, se refieren a hechos ocurridos en desarrollo de un contrato estatal y a diferencias surgidas entre convocante y convocada —no a aquellas que pudiesen haber surgido entre la convocante y un tercero—.

La controversia surge directamente del incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Aerocivil: en el proceso no se discute la legalidad de acto administrativo alguno pues la demanda se dirige a obtener el restablecimiento del equilibrio económico; en cuanto a la pretensión segunda principal, dice Sacsa que la Aerocivil incumplió el contrato de concesión 186 de 1996 al no reconocer como inversión adicional el contrato 74 del 2000 y su otrosí celebrado entre Sacsa y Aldeasa.

(ii) La Aerocivil propuso la excepción de “caducidad de la acción”, partiendo del supuesto equivocado de que la controversia gira en torno a la legalidad de un acto administrativo. El contrato de concesión 186 es un contrato estatal que se encuentra en ejecución y que requiere de liquidación, razón por la cual solamente cuando ella se verifique operará la caducidad de la acción contractual.

(iii) Frente a la excepción de “falta de legitimación de la parte pasiva”, Sacsa reitera los argumentos esbozados en relación con la excepción de falta de jurisdicción y competencia, y solicita que el contrato celebrado entre Sacsa y Aldeasa, sino que se solicita que este sea reconocido como una inversión adicional, pues la falta de reconocimiento constituye la causa eficiente del perjuicio causado al contratista.

(iv) En cuanto se refiere al argumento de la Aerocivil consistente en que Sacsá incumplió la cláusula compromisoria por no haber utilizado los mecanismos de arreglo directo, esta última sostiene que en virtud del agotamiento de la instancia de negociación directa sin que se hubiese logrado acuerdo entre las partes, procede la solución de la controversia por vía arbitral.

Prosigue Sacsá en su alegato de conclusión con un recuento de las pretensiones de la demanda y los hechos probados en el proceso pues la controversia planteada es de naturaleza contractual.

Respecto de la reclamación originada en la exención de tasas aeroportuarias, sostiene Sacsá que su remuneración consistió en la cesión de ingresos correspondientes a las tarifas cuyo recaudo correspondía al concesionario, tal y como fue previsto en los pliegos de condiciones y en el clausulado del contrato. La ecuación contractual entonces, no puede ser modificada por una de las partes a su voluntad, y, en el evento de presentarse circunstancias que fundamentasen la facultad de modificación unilateral, la administración debe conservar las ventajas económicas del contratista, reconociendo el “valor intrínseco” de la remuneración pactada. Adicional a lo anterior, contractualmente se previó un mecanismo de compensación a favor del concesionario por el menor valor derivado de las decisiones de la Aerocivil. De otro lado, la reclamación de Sacsá versa sobre las tasas aeroportuarias y no sobre los derechos de aeródromo y los servicios de protección al vuelo, puesto que cuando en el contrato se estipuló “tasa aeroportuaria”, no se hizo distinción alguna entre los tipos de pasajeros, y de paso, la costumbre internacional no regula las relaciones entre el Estado colombiano y los particulares. Como conclusión, de omitirse el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se constituiría a favor de la Aerocivil un enriquecimiento sin causa legal o contractual que repugna la noción de interés público.

En cuanto al tema de la inversión adicional, asevera la sociedad convocante que el objeto del contrato suscrito por ella con Aldeasa consistió en la entrega por el concesionario (Sacsá) de un área determinada para su explotación económica, incluyendo su adecuación, manejo y mantenimiento, de forma tal que no puede confundirse este objeto con el hecho de que Sacsá traslade a la Aerocivil la obligación de financiar las inversiones adicionales, desconociendo que en un proyecto de concesión pueden conjugarse diversas maneras de ejecución, y que un contrato de administración delegada implica la entrega de unos recursos con destino a la ejecución de un objeto, como precisamente sucedió. Por otra parte, a la terminación del contrato de concesión 186, las obras realizadas en desarrollo del contrato 74 revertirán a la Aerocivil. Ahora bien, la modificación al contrato 74 recayó sobre la forma de pago, y obedeció a la imposibilidad económica de Aldeasa de ejecutar la obras pactadas en el tiempo pactado, razón por la cual Sacsá accedió a financiar a su contratista para evitar las consecuencias que el incumplimiento de Aldeasa pudiera ocasionarle en el contrato de concesión 186, inversiones que por estar previstas en el mismo, no debían ser aprobadas por la Aerocivil.

B. Conclusiones de la Aerocivil

El apoderado de la entidad pública convocada reitera en su escrito los argumentos sometidos a consideración del tribunal en su oportunidad, básicamente al responder la demanda oponiéndose a las pretensiones de la convocante.

(i) En relación con los valores dejados de percibir por la convocante por concepto de tasas aeroportuarias internacionales con ocasión de la Cumbre de Río, manifiesta que no obra en el proceso prueba suficiente sobre la suma reclamada, pues el documento base del dictamen parcial lo conforma la factura de cobro suministrada por Sacsá, siendo que según el artículo 1807 del Código de Comercio, el plan de vuelo —que debió haberse elaborado por el comandante de la aeronave—, es la fuente de información pertinente.

Adicionalmente, los antecedentes de la circular expedida por la Aerocivil se fundamentan en la costumbre internacional y en el principio de reciprocidad aplicable a los presidentes de las naciones.

(ii) Respecto del contrato celebrado entre Sacsá y Aldeasa sostiene la Aerocivil que la inversión se realizó sin amortización alguna con el contrato 186 de 1996, pues, como se desprende del dictamen, dentro de la contabilidad de Sacsá no aparece registro alguno y además, la amortización la efectuó Aldeasa, lo que significa que no se modificó la ecuación financiera del contrato, esto es, no se afectaron sus ingresos y estados financieros.

De otro lado, la “construcción de locales” a la que se hace referencia en el dictamen pericial como inversión

adicional por \$ 61.000.000, no corresponde a la realidad porque objeto del contrato de diseño arquitectónico, ejecución y dirección de obra por el sistema de administración delegada suscrito entre Sacsá y Rafael Puerta, correspondía a una “remodelación” por \$ 185.000.000. No obstante, el dictamen aclaró que la inversión adicional de \$ 61.000.000 se hizo bajo los parámetros del contrato mencionado, en desarrollo del 186 y no en desarrollo del 74 del 2000.

Si la inversión de Aldeasa se fundamentó en el derecho privado, la cláusula compromisoria del contrato 186 no le es extensiva. Sin embargo, ello no implica que la Aerocivil no pueda intervenir en la suscripción de contratos que el concesionario celebre con sus contratistas, por comprometer ello ingresos del concesionario. Lo que no es procedente —conforme los arts. 871 del C. Co. y 1603 del C.C.— es que luego de un año de ejecución del contrato 74, las partes decidan, sin conocimiento de la Aerocivil, introducirle un otrosí para no perjudicar la liquidez de Sacsá y trasladar los compromisos de pago de las obras realizadas por Aldeasa para ser revertido vía amortización a Sacsá. En efecto, Aldeasa no recibió utilidad como consecuencia de la amortización de los gastos de remodelación.

(iii) Finalmente, en relación con el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato sostiene la Aerocivil que dicho principio no solamente se origina por causas legales sino también por la ocurrencia de hechos ajenos a las partes, “tipificados en la doctrina de la imprevisión”, y que no se encuentra probado en el proceso la pérdida que tuvo Sacsá como consecuencia del no reconocimiento del gasto como inversión adicional. Además de que las remodelaciones hechas por Aldeasa no eran necesarias a juicio de la Aerocivil, luego no le van a prestar utilidad alguna cuando los bienes reviertan a su patrimonio.

C. Concepto del Ministerio Público

En el curso de la audiencia final, la procuradora 51 judicial rindió concepto (cfr. fls. 283 a 302 del cdno. ppal. 2), en el cual solicita al tribunal denegar las pretensiones incoadas por la sociedad Sacsá, principalmente por las siguientes razones:

A. El otrosí al contrato celebrado entre Sacsá y Aldeasa es extemporáneo con relación a la falta de liquidez invocada pues no solamente modifica en la práctica el objeto del contrato inicial —sin comunicarle a la Aerocivil—, sino que según el dictamen pericial, Aldeasa suministró los recursos financieros al señor Rafael Puerta Bula, además de suscribirse un año después de la construcción de las obras.

B. “Si el contrato fue por administración delegada no debería haber deudas con terceros, pues el fondo rotatorio del contratante paga directamente todos los costos a los proveedores, trabajadores, profesionales, y demás, incluido el que dirige la obra”.

C. No existe claridad en cuanto al pago de la obra civil ni en cuanto a las relaciones negociales y pagos entre Sacsá, Aldeasa y Rafael Puerta Bula. En consecuencia, no es claro el giro hecho por Aldeasa por \$ 262.757.890.87 ni el aporte de Sacsá por \$ 61.000.000, ni la forma como se llevó la contabilidad de la obra.

D. Para que el gasto fuera tratado como inversión adicional se requería que la Aerocivil así lo pactara expresamente y que Sacsá asumiera en su totalidad todos los costos y gastos de la obra.

E. La caducidad —de la acción— no puede declararse puesto que el contrato 186 de 1996 todavía se encuentra en ejecución.

F. En su concepto, la Aerocivil no pudo incluir en el contrato la tasa aeroportuaria objeto de debate puesto que nunca se había cobrado, era ocasional y no cuantificable. En efecto, Sacsá no tuvo la oportunidad de incluirla dentro de sus ingresos futuros y por lo tanto no existe pérdida económica alguna ni alteración del equilibrio económico.

G. El Ministerio Público considera que en las transacciones se incurrió en violaciones a las normas contables y tributarias, razón por la cual compulsó copias del proceso a la Superintendencia de Sociedades y a la DIAN.

4. Término de duración del proceso arbitral.

El decreto de las pruebas del proceso tuvo lugar el día dieciocho (18) de septiembre del 2003, en la primera audiencia de trámite (fls. 188 a 190 del cdno. ppal. 1) la cual concluyó en esa misma fecha.

Mediante auto dictado en la audiencia del once (11) de diciembre del 2003 el tribunal decretó la suspensión del proceso a partir de la fecha hasta el veinte (20) de enero del 2004 (fls. 215 y 216 del cdno. ppal. 1).

En audiencia del seis (6) de febrero del 2004 se declaró concluido el período probatorio (fls. 226 y 227 del cdno. ppal. 1), y se fijó fecha para audiencia de alegaciones finales el día veinte (20) de febrero del 2004.

Surtida dicha actuación y evacuadas así mismo las diligencias de prueba ordenadas de oficio por el tribunal, obra a folio 310 del cuaderno principal 2 del expediente el correspondiente informe secretarial al tenor del cual, revisada la actuación, el plazo para cumplir la misión encomendada por las partes a los árbitros en el caso presente, tiene vencimiento el tres (3) de julio del año en curso.

CAPÍTULO TERCERO

Presupuestos procesales y fundamentos del laudo

Síguese de cuanto queda expuesto, que la relación procesal en este caso existente 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 145 del Código de Procedimiento Civil, motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes convocantes y convocada, propósito en orden al cual son conducentes las siguientes:

Consideraciones

A. La licitación pública 17 de 1995

Bien conocida es la significativa importancia que, desde la óptica de la posterior ejecución de un contrato estatal de concesión celebrado mediante el procedimiento de licitación pública que reglamenta el artículo 30, Prg., de la Ley 80 de 1993, tiene el llamado pliego de condiciones. Este le permite a los oferentes conocer de antemano, con la exactitud necesaria, cuales son las obligaciones que contraen y los derechos que adquieren una vez perfeccionado el contrato e igualmente, los factores relevantes de tiempo, modo y lugar con arreglo a los que deberán llevar a cabo, por su cuenta y riesgo, la explotación del servicio público cuyo ejercicio la administración titular les concede, constituyendo dicho pliego, por lo tanto, el núcleo central de un sistema de contratación concebido, entre otras cosas, para garantizarle al contratista seleccionado que las condiciones con referencia a las cuales ofreció y que le sirvieron para efectuar sus cálculos de costos y beneficios —aspecto de inocultable relieve si se advierte que la remuneración que aspira obtener la determinan en últimas los resultados financieros de dicha explotación—, no se verán alteradas en el futuro por virtud de modificaciones con incidencia sustancial en la operación económica que a la concesión le sirve de base.

En este orden de ideas, por medio de la Resolución 6689 del 23 de octubre de 1995, la Aerocivil ordenó la apertura de la licitación pública 17 de 1995 con el fin de “recibir ofertas para otorgar mediante contrato de concesión, la administración y explotación económica del Aeropuerto Rafael Núñez de la ciudad de Cartagena. La administración y explotación económica incluyen el manejo y mantenimiento del terminal, pista, rampa, instalaciones aeroportuarias, ayudas visuales de aproximación y zonas accesorias. La Aerocivil cederá al concesionario los contratos vigentes de arrendamiento, concesión o similares sobre las áreas comerciales y los terrenos del aeropuerto. De igual manera, la entidad pública concedente cederá al concesionario los ingresos generados por las tarifas aplicables a los servicios aeroportuarios que este se obliga a prestar (...)”.

(i) Objeto de la licitación

a) Las tarifas aeroportuarias en el pliego de condiciones (fls. 1 a 250 del cdno. de pbas. 1).

La Aerocivil en el pliego de condiciones consignó el alcance del término tasa aeroportuaria y previsiones en relación con el régimen tarifario.

Por tasa aeroportuaria según dicho acto administrativo debe entenderse “el valor que se cobra a los pasajeros por el uso de las instalaciones aeroportuarias”.

Las demás previsiones que el tribunal considera relevantes para adoptar las decisiones sometidas a su conocimiento, se consignaron en el numeral 2.3.1, lo relativo al régimen tarifario, en el capítulo VI las relativas a la cesión de los ingresos derivados de los servicios básicos complementarios y ocasionales y las estadísticas históricas internacionales (anexo 2.2), así como la consideración según la cual:

“En caso que los niveles tarifarios por derechos de aeródromo y tasa aeroportuaria, adoptados en cualquier momento de la concesión por parte de la Aerocivil, sin que exista para ello una solicitud expresa del concesionario, sean inferiores a los adoptados por la Aerocivil en virtud de la última propuesta tarifaria del concesionario e indexados según el mecanismo establecido en este numeral, la Aerocivil reconocerá el valor de los ingresos correspondientes al tráfico efectivo por la diferencia tarifaria generada. Para tal efecto, el concesionario —previa aprobación expresa de Aerocivil— podrá descontar del pago de la cuota trimestral de la contraprestación el monto correspondiente a esta disminución de ingresos, de acuerdo con el tráfico efectivo durante el período trimestral anterior, certificado por aquella. En caso que la disminución de ingresos supere el monto de la cuota de la contraprestación de un determinado trimestre, se podrá descontar del monto de la siguiente cuota incluyendo intereses a favor del concesionario a una tasa del DTF a treinta días más dos (2) puntos.

Estos intereses solo se reconocerán sobre la parte de diferencia tarifaria no cubierta con la cuota de la contraprestación del trimestre siguiente a la causación de las diferencias tarifarias. De solicitarlo así el concesionario, este mecanismo se aplicará por un período máximo de cuatro trimestres contados desde el primer trimestre en que se cause una diferencia tarifaria superior al valor de la cuota trimestral de la contraprestación. Pasado este período máximo, la compensación aquí establecida, junto con los intereses, será pagada directamente al concesionario con recursos propios de la Aerocivil.

“En el caso de que un aumento de tarifas, definido unilateralmente por la Aerocivil, supere las tarifas propuestas por el concesionario, esta diferencia será de la Aerocivil e incrementará la cuota trimestral.

La Aerocivil elaborará los estudios para determinar el impacto de las modificaciones tarifarias sobre la demanda de los servicios ofrecidos por el concesionario y en el caso de que los ajustes afecten dicha demanda acordará con el concesionario los mecanismos para restablecer la ecuación financiera del contrato.

Las tarifas por servicios directos ocasionales, se determinarán por el cálculo del costo incurrido por el concesionario en la prestación de dicho servicio, más una utilidad razonable.

Para los efectos de lo establecido en el presente numeral, se considera utilidad razonable del concesionario un quince por ciento (15%) de la tasa de retorno real al capital invertido en un período equivalente a la vida útil de la inversión efectuada”.

b) Las inversiones adicionales en el pliego de condiciones.

En el pliego de condiciones se consignaron previsiones relativas a las inversiones, de las cuales es conducente destacar:

- La consignada en el capítulo “Definiciones del pliego”, según el cual las inversiones de capital adicionales:
 - Son distintas de las inversiones obligatorias.
 - Deben realizarse por el concesionario a su propio costo y
 - Están destinadas a expansiones adicionales de la capacidad aeroportuaria, de acuerdo con lo definido en el numeral 2.3.6.2.
- El plan de inversiones de capital adicionales, que según el pliego de condiciones sería:
 - Propuesto por iniciativa de cualquiera de las partes.

— Definido de común acuerdo para la realización de inversiones de capital destinadas a la expansión de la capacidad de la administración y explotación económica del aeropuerto, y

— Contenido en el plan maestro aeroportuario.

En el numeral 2.3.6.2 se agrega que las inversiones adicionales se concentran en sitios específicos del aeropuerto y se enuncian, entre otros los terminales de pasajeros, incluyendo locales comerciales.

Por último se precisa que la Aerocivil tendrá un plazo de sesenta (60) días para pronunciarse sobre el proyecto de inversiones de capital adicionales presentado por el concesionario.

(ii) La oferta de Sacsá

a) La remuneración del concesionario.

De conformidad con la propuesta presentada por la convocante en el marco del procedimiento de contratación al que se viene aludiendo, documento allegado al expediente por las dos partes y que obra como anexo (cfr. fl. 309 del cdno. ppal. 2), ha(sic) lugar a observar lo siguiente:

“5. Esquema financiero

5.1. Proyección de ingresos

La composición de los ingresos está determinada por cuatro grandes rubros:

1. Servicios básicos

A. Derechos de aeródromo nacional y extranjero

(...).

B. Tasas aeroportuarias nacional e internacional

Los ingresos correspondientes por tasas aeroportuarias, son el resultado de la multiplicación de las tasas aeroportuarias fijadas por la Aerocivil para los pasajeros tanto nacionales como extranjeros, cuyo movimiento se estimó para el período de la concesión como aparece en tabla 3.2 del capítulo 3. Se parte de la tarifa fijada para 1996, y se estima que se incrementa con la inflación durante el período de la concesión.

C. Parques nacional e internacional

(...).

2. Servicios complementarios

(...).

3. Arrendamientos

En este renglón se incluyen los cánones de arrendamiento para las áreas (sic) de servicio de aviación como del terminal. En estos cánones (sic) de arrendamientos se consideran incrementos reales en los primeros años de la concesión como resultado de su actualización. A partir de ese momento los ingresos por arrendamiento se estima que crecerán con el índice (sic) de inflación.

4. Otros

(...)”.

“5.3. Estados financieros pro-forma

En este aparte se presentan los estados financieros pro-forma que incluyen balance general, estado de pérdidas y ganancias, y flujo de caja proyectados para los 15 años del período de la concesión. Estos estados financieros parten de los ingresos y costos ya presentados en los dos apartes anteriores. Sobre los resultados que arrojan estos estados financieros conviene destacar lo siguiente:

- El monto del capital aportado por los socios asciende a \$ 3.000 millones de pesos que se aportan durante el primer año de la concesión.
- El proyecto arroja un flujo de caja positivo. Sin embargo si se llegaren a necesitar recursos financieros adicionales a la financiación otorgada por la Aeronáutica Civil, estos se contratarían vía crédito en dólares, toda vez que se goza de una cobertura cambiaria natural por los servicios básicos internacionales cuyas tarifas están establecidas en dólares.
- Con el fin de ser conservadores en la estimación del flujo de caja se trabajó con una recuperación de ingresos equivalente a 30 días”.

Cuadro 2. Tarifa de cargos a los pasajeros para el año de 1996

Tarifas por cargo a los pasajeros	Cargos
Tasa aeroportuaria nacional (col \$/pasajero embarcado)	\$ 4.000
Tasa aeroportuaria internacional (us \$/pasajero embarcado)	US\$ 20

b) Costos por concepto de inversiones adicionales.

En su propuesta técnico-comercial, el concesionario ofreció en relación con las inversiones adicionales requeridas por el Aeropuerto de Cartagena, atendiendo a directrices internacionales establecidas por Schiphol:

“Anexo 3 - Plan comercial - Estudios preliminares.

I. Objetivos:

(...).

La estrategia de comercio al por menor que será formulada por el operador aeroportuario estará basada en los siguientes elementos:

- rango máximo de productos;
- coincidencia mínima de surtido;
- buenos precios;
- control por el aeropuerto;
- sociedad entre el aeropuerto y los comerciantes minoristas;

(...).

Con el plan comercial, el operador aeroportuario creará y promocionará la calidad del servicio y una utilización adecuada del aeropuerto. Todas las inversiones comerciales que el operador aeroportuario considere necesarias serán pagadas por este del fondo de capital adicionales”.

En la misma oferta se incluye, “5.2. Proyección de costos”, advirtió el concesionario:

“La estructura de costos estimada para la Sociedad Aeroportuaria de la Costa está conformada de la siguiente manera:

(...).

Inversiones adicionales.

De acuerdo con los estándares internacionales establecidos por Schiphol para la operación de sus aeropuertos, se ha determinado preliminarmente que el aeropuerto de Cartagena requiere de inversiones adicionales del orden de US\$ 3 millones; estas inversiones incluyen:

1. Inversiones en locales comerciales de venta libre de impuestos en el área de salidas internacionales.
2. Para el área de estacionamiento subutilizada se promoverá la inversión por terceros en base a un contrato de alquiler a largo plazo.
3. Cuando las compañías de aviación requieran de nuevas instalaciones para manejo de pasajeros y carga debido a incrementos en volumen de carga, la compañía del concesionario invertirá en las instalaciones.
4. Inversiones en sistemas de cómputo que permitan la implementación de sistemas de informática integrados para todo el aeropuerto”.

(iii) La adjudicación del contrato

El procedimiento licitatorio del que se han extraído los elementos de análisis reseñados en el aparte que antecede, concluyó con la adjudicación de la concesión a la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., Sacsá, convocante en este proceso, de acuerdo con lo señalado en los considerandos del contrato 186 de 1996, adjudicación que tuvo ocurrencia mediante Resolución 2778 del 3 de mayo de 1996 emanada de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, aquí convocada a arbitraje.

Las consecuencias que desde el punto de vista jurídico lleva consigo este acto administrativo, también les son conocidas a los compromitentes en este proceso. Aparte del deber que sobre la administración pesa de contratar el objeto licitado con la compañía adjudicataria, por virtud de dicho acto esta última adquiere en forma definitiva el derecho a que por principio, desde la celebración misma del contrato cuyo ciclo preparatorio ha quedado concluido, se mantenga inalterado el pliego de condiciones que, en consecuencia, a partir de ese momento se convierte en una verdadera “ley” fundamental para el buen desempeño de la concesión, la cual si bien es cierto que, en lo que atañe al régimen legal de organización del servicio en cuestión, se gobierna por reglas de derecho público, no por ello puede quedar desprovista de la debida protección la propiedad empresarial del concesionario, propósito en el que juega desde luego papel preponderante el principio bajo examen. En efecto, enseña la doctrina clásica (Gascón y Marín. *Derecho administrativo*, pág. 380) que atendida su naturaleza, en toda concesión administrativa es preciso diferenciar dos elementos dispuestos en constante equilibrio mientras subsista la relación contractual, a saber “... uno, el referente a la organización del servicio concedido, en lo que la administración debe siempre quedar libre en absoluto de modificarlo como entienda que mejor conviene al interés público; otro, el de concesión al particular en determinadas condiciones, las que figuran en el pliego que haya servido de base al otorgamiento de la concesión y a su aceptación por el particular, condiciones con arreglo a las cuales ha sido determinada la situación económica en que, respectivamente, se han colocado la administración y el concesionario y, sin necesidad de acudir a considerar la concesión como un contrato de derecho civil, ateniéndose solo a principios generales de derecho, el respeto a tal situación económica, motivo determinante para el particular para decidirse a aceptar la prestación de un servicio público, debe siempre existir respeto compatible con el derecho que a la administración se le reconoce, compatibilidad que fácilmente puede hacerse efectiva, mediante la rescisión del contrato, con indemnización o sin ella, en ciertos casos, o el otorgamiento de compensaciones económicas por las nuevas cargas que se le impongan al concesionario. En toda concesión, hay de por medio una empresa privada, pero sobre ella está el ser modo de gestión de un servicio público. Hay un aspecto contractual, pero domina la voluntad de la entidad pública a la que corresponde la organización del servicio, en lo relativo a este...”.

En este orden de ideas, el pliego de condiciones cuyo contenido fija el numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de

1993, forma parte del “título” de la concesión y por lógica inferencia, asume notable trascendencia como medio de interpretación del contrato para los fines señalados, motivo por el cual se ha sostenido con acierto que el alcance de los derechos y obligaciones que vinculan a las partes debe ser definido con sujeción a los actos precontractuales concurrentes a la formación del contrato, prioritariamente a lo que se dejó consignado en aquel pliego y en la oferta presentada por el adjudicatario, fuentes ambas de ineludible consulta en punto de resolver las eventuales controversias que llegaren a surgir entre las partes, tanto en el transcurso de la licitación como después de adjudicada y durante la ejecución de la concesión.

B. El contrato 186 de 1996 y sus modificaciones

1. Para los efectos de las decisiones que debe adoptar el tribunal y sin perjuicio de las que de manera especial se analicen a lo largo del presente laudo, resultan destacables las siguientes cláusulas del contrato 186 de 1996, además de las relativas al glosario de términos a los que ya se hizo referencia al consignar las previsiones del pliego de condiciones:

La cláusula primera, relativa al objeto del contrato, según la cual las prestaciones del mismo son las correspondientes a la administración y explotación económica del Aeropuerto Rafael Núñez ubicado en el Distrito Especial de Cartagena por el sistema de concesión, prestaciones que incluyen el manejo y mantenimiento directo del terminal, pista, rampa, instalaciones aeroportuarias, ayudas visuales de aproximación y zonas accesorias, reservándose la Aerocivil el manejo y la responsabilidad de las funciones de control y vigilancia del tráfico aéreo en ruta y el correcto funcionamiento y mantenimiento de las radioayudas aéreas, incluyendo las radioayudas de aproximación y las comunicaciones y demás equipo, destinado y necesario para el debido control aéreo establecidos por OACI, y asumiendo la misma entidad la obligación de mantener eficientes niveles de servicios en los equipos señalados y la de realizar las inversiones requeridas para ello.

La cláusula décima cuarta relativa al contenido del plan maestro aeroportuario de la cual se destacan:

“(…) deberá contener por lo menos los siguientes aspectos, señalando los objetivos, las inversiones necesarias, sus fuentes y los cronogramas de ejecución previstos:

(...).

m) Plan de ejecución de inversiones de capital adicionales”.

La cláusula décima quinta relativa a las inversiones de capital que durante la vigencia de la concesión debe efectuar el concesionario:

“a) ...

b) Inversiones de capital adicionales:

Durante el período de la concesión, cualquiera de las partes podrá proponer inversiones de capital para expansiones adicionales de la capacidad aeroportuaria distintas de las inversiones obligatorias, que estén en armonía con el plan maestro del aeropuerto. Estas inversiones se concentrarán principalmente en sitios específicos del aeropuerto, tales como: a) terminales de pasajeros incluyendo locales comerciales, *counters*, oficinas, áreas de manejo de equipaje, parqueadero, áreas para la prestación de servicios directos ocasionales y demás instalaciones de servicio al público; b) bodegas e instalaciones conexas destinadas a la prestación del servicio de movimiento de carga; c) áreas dedicadas a las compañías de servicios a la aviación, incluyendo las instalaciones utilizadas por las compañías de servicio y apoyo a los pasajeros, las de servicios de ayuda y apoyo a las aeronaves, servicios a la carga y sistemas de información para pasajeros.

De llegarse a un acuerdo entre las partes sobre la conveniencia de estas inversiones las mismas serán financiadas totalmente por el concesionario y para tal efecto se levantará un acta en la cual conste dicho acuerdo. La negativa de cualquiera de las partes deberá ser motivada con causa justificada.

La Aerocivil tendrá un plazo de sesenta (60) días para pronunciarse sobre el proyecto de inversiones de capital

adicionales presentado por el concesionario”.

La cláusula vigésima tercera, en la cual se enumeran los conceptos que constituyen los ingresos, entre ellos: a) las tarifas por servicios básicos, complementarios y directos ocasionales —la definición de estos servicios se consigna en el acápite terminología contractual del texto del contrato, en idénticos términos a los establecidos en los pliegos de condiciones, antes transcrito—, y b) los arrendamientos, cánones y demás emolumentos que se generen en los contratos de arrendamiento, concesión y, en general, en todos aquellos permitidos por el Código de Comercio para la explotación de las áreas y terrenos del aeropuerto.

En la misma cláusula se precisa que “la Aerocivil cederá al concesionario los ingresos correspondientes por servicios básicos, que según el glosario de términos del pliego de condiciones son “los servicios de utilización de pista y rampa para las aeronaves, por los cuales se cobran los cargos a las aeronaves por derechos de aeródromo, y de utilización de las instalaciones aeroportuarias para los pasajeros, por el cual se cobra la tasa aeroportuaria”. Los cobros por servicios complementarios y por arrendamientos, concesiones o cualquier otro permitido por el Código de Comercio, también serán del concesionario”.

La cláusula vigésima cuarta en la que se consignan las tarifas que la Aerocivil se reserva. Se señalan como tales: “a) las tarifas por el servicio de control de tráfico aéreo, b) impuesto de timbre a los pasajeros que viajan fuera del país, y todas otras tasas, licencias, permisos, derechos y multas que no sean cedidas al concesionario en el presente contrato”.

La cláusula vigésima quinta relativa a las obligaciones del concesionario en la cual se acordó que corresponde a este “recaudar las tarifas adoptadas por la Aerocivil para los servicios básicos que deberán ser pagadas por los usuarios del aeropuerto...”.

La cláusula vigésima séptima relativa a las obligaciones de la Aerocivil, en relación con las tarifas según la cual a esta corresponde no solamente “adoptar las tarifas por servicios básicos propuesta por el concesionario”, ceder al concesionario los ingresos derivados por los servicios básicos, complementarios y directos ocasionales, así como los ingresos por arrendamientos, concesiones o cualquier otra modalidad de explotación de las áreas del aeropuerto prevista en el Código de Comercio, de acuerdo con lo establecido en la cláusula vigésima tercera, a la cual se hizo referencia en un aparte anterior.

La cláusula vigésima novena relativa a la renuncia al derecho de reserva y al hábeas data, según la cual el concesionario renuncia a la reserva documental de la información contable y financiera que tenga estricta y directa relación con la administración del aeropuerto y el contrato de concesión.

En el contrato modificatorio 001-98 en punto a las inversiones de capital adicionales, el concesionario se comprometió a “efectuar inversiones adicionales de capital en cuantía de dos mil ochenta y ocho millones de pesos (\$ 2.088.000.000) m/cte., valor presente neto de 1996, las cuales deberán programarse a más tardar durante el año de 1999 e iniciar su ejecución durante el siguiente año, esto es en el año 2000. Queda entendido que el valor de las inversiones adicionales de capital deberá ser actualizado a pesos corrientes del año de ejecución de las inversiones”.

De esta manera quedó adicionado el literal b) de la cláusula décima quinta del contrato de concesión. Así, la ejecución de las inversiones adicionales de capital quedó “acordada” por las partes para que se diera en el tiempo y oportunidad previstos en el contrato modificatorio 1, según la programación del concesionario. Por ello, no se requería de acuerdo adicional entre las partes para que el concesionario emprendiera su ejecución, atendiendo así el compromiso contractual asumido.

Mediante la suscripción del acuerdo modificatorio 002 de 1999 al contrato de concesión, las partes decidieron variar los períodos semestrales que, de conformidad con lo establecido en la cláusula vigésima tercera del contrato de concesión, debían tomarse como base para establecer los índices de precios al consumidor (IPC) y de devaluación, determinándolos entre diciembre —mayo y junio— noviembre de cada año, con el objeto de que los reajustes pudieran ser aplicados desde el inicio del período para el cual fueran expedidos, esto es 1° de enero y 1° de julio de cada año. La Aerocivil en el texto del contrato modificatorio 002, aceptó expresamente esta

modificación “teniendo en cuenta las consideraciones prácticas que implica disponer de un tiempo prudencial para obtener la información estadística y financiera así como para producir, tramitar y legalizar los actos administrativos derivados de la obligación contractual pactada en la citada cláusula vigésima tercera”. Nada dijeron las partes al suscribir este “otrosí” sobre posibles reservas de la entidad pública concedente en materia tarifaria, quedando por tanto vigente el contrato de concesión en cuanto a derechos patrimoniales cedidos se refiere, en ellos incluidos los relacionados con los derechos de aeródromo y tasa aeroportuaria, que constituyen ingresos del concesionario bajo el contrato de concesión.

2. De conformidad con la prueba documental que obra a los folios 375 y 376 del cuaderno de pruebas 2, el 9 de agosto de 1996 se suscribió “otrosí” con el propósito hecho manifiesto por los contratantes de imprimirle “... mejor claridad...” al contrato en referencia.

En lo que hace a las materias que constituyen el objeto de arbitraje según los términos de las pretensiones y excepciones que han sido sometidas a conocimiento del tribunal, en la cláusula sexta del citado “otrosí” se aclaran los párrafos 8º y 9º de la cláusula decimoquinta. La aclaración se refiere al alcance de los términos “inversión ejecutada” que según lo señalado en la misma corresponde al “monto de capital efectivamente desembolsado por el concesionario” y “saldos reales no ejecutados” que corresponden a “los saldos reales no desembolsados”.

3. Contrato modificadorio 001 de 1998. Según se desprende del documento que obra a los folios 377 a 390 del cuaderno de pruebas 2, en el cual no consta la fecha de suscripción, entre convocante y convocada se celebró el contrato modificadorio 001-98, de cuyas estipulaciones para efectos del presente proceso arbitral deben destacarse el considerando 10 según el cual:

“10. Que mediante escrito PDA 0416-97 del 11 de agosto de 1997, la Aerocivil, considera viable, reestructurar la forma de liquidación de las cuotas trimestrales de la contraprestación a partir de la cuarta cuota trimestral de la concesión sin cambiar el valor presente neto de la contra prestación de \$ 24.150 millones de pesos de 1996, siempre y cuando el concesionario: i) ejecute el plan de reacondicionamiento conforme al contrato de concesión, esto es, dentro de los diez y ocho meses (18) meses posteriores a la aprobación del plan maestro; ii) ejecute las inversiones adicionales de capital ofrecidas en su propuesta técnico comercial y...” (resaltado fuera del texto).

Y lo estipulado en cláusula segunda cuyo texto es el siguiente:

“Cláusula segunda

Adicionase el literal b) de la cláusula décima quinta con el siguiente párrafo:

PAR.—El concesionario se compromete a efectuar inversiones adicionales de capital en cuantía de dos mil ochenta y ocho millones de pesos (\$ 2.088.000.000) m/cte, valor presente neto de 1996, las cuales deberán programarse a más tardar durante el año de 1999 e iniciar su ejecución durante el siguiente año, esto es en el año 2000. Queda entendido que el valor de las inversiones adicionales de capital deberá ser actualizado a pesos corrientes del año de ejecución de las inversiones” (resaltado fuera del texto).

4. Contrato modificadorio 002 de 1999. De acuerdo con el documento contractual que obra a los folios 395 a 398 del cuaderno de pruebas 2, en el cual no consta la fecha de suscripción, entre convocante y convocada se celebró el contrato modificadorio 002-99, de cuyas estipulaciones debe destacarse que de acuerdo con el mismo “la Aerocivil expedirá la resolución adoptando los nuevos niveles tarifarios para que estos entren a regir el 1º de enero y el 1º de julio de cada año”.

5. El contrato que a lo largo del proceso se identifica como el 186 de 1996, es un contrato que por razón de la naturaleza de la entidad contratante, las estipulaciones consignadas en las cláusulas cuadragésima tercera y cuadragésima cuarta, la índole de los bienes afectados y el servicio que en virtud del mismo presta la convocante, corresponde a un contrato estatal de conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En lo que se refiere al tipo de contrato, tal como fue denominado por las partes, corresponde en efecto a un contrato que ellas definieron como de concesión para la administración y explotación económica de un bien de propiedad estatal que forma parte de la infraestructura distrital de transporte con arreglo al artículo 17 de la Ley

105 de 1993, bien sobre el que la convocada —resultado de la fusión entre el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y el Fondo Aeronáutico Nacional, ordenada por el art. 67 del D. 2171/92— ejerce las facultades y funciones señaladas en este último decreto, autorizada, igualmente, para entregarlo en concesión por el artículo 48 de la ley recién citada.

En lo que se refiere al contrato mismo, es claro que se trata de un contrato de concesión para la prestación de un servicio público a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y como consecuencia de ello, de un contrato de concesión de servicios tal y como esta categoría negocial es definida en el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 antes citado. Se sigue de tal consideración, en síntesis, que en su esencia, el contenido y los efectos del referenciado contrato, al igual que ocurre con todos los de su género, se reducen a la asunción y posterior prestación continuada del servicio materia de concesión por el empresario —concesionarios— a quien por este medio le es encomendada la responsabilidad de hacerlo, percibiendo en compensación la retribución convenida que deriva, tiene su fuente por mejor decirlo, del hecho de consistir dicho servicio en una actividad comercial remunerativa con la cual, mediante tasas o tarifas y otras condiciones que la administración concedente fija y siempre controla, ese concesionario paga los gastos de explotación, obtiene beneficios hasta un límite razonable determinado de antemano y da una participación de ellos al Estado. Según queda visto, se trata además de una empresa que habrá de desarrollarse bajo las prerrogativas de la administración, características de los contratos estatales, así como con la garantía de la conservación del equilibrio económico del contrato mientras permanezca vigente en el tiempo la concesión otorgada, siendo de advertir también que, dentro de estos lineamientos generales, del contrato en estudio puede afirmarse que es mixto porque dentro del objeto que lo individualiza, se incluye la realización de obras de adecuación y mejora de las instalaciones del aeropuerto de la ciudad de Cartagena en varias de sus zonas y con vista en distintas finalidades “... de manera que se garanticen condiciones eficientes de servicio y de seguridad aeroportuaria a los usuarios, la carga, las instalaciones y la infraestructura...”, por lo que en estas circunstancias emerge igualmente con cargo a la sociedad concesionaria la obligación específica de ejecutar tales obras y las inversiones de capital que ellas demanden, unas “obligatorias” por cuenta de la Aerocivil y otras llamadas “adicionales” a su propio costo, organizando así el servicio con estricto apego a las previsiones del contrato y dentro de los plazos estipulados.

Así, pues, las estipulaciones integrantes del contrato en cuestión permiten establecer claramente que las partes concertaron un acuerdo en el cual el concesionario paga a la administración concedente, una contraprestación por los derechos de administración y explotación económica del aeropuerto y recibe, a título de remuneración por las obras que en desarrollo de la concesión debe ejecutar con miras a su mejoramiento, los ingresos señalados en la cláusula vigésima tercera, en la que, de la misma manera, se estimó, radica la utilidad razonable del concesionario.

Lo anterior permite calificar este contrato de conmutativo⁽¹⁾ y respecto del cual, por la misma causa, son predicables las previsiones legales relativas al equilibrio económico de los contratos consignadas en la Ley 80 de 1993 que las mismas partes aceptan en la cláusula vigésima tercera, reveladora sin duda del tipo de equilibrio financiero presupuestado en el contrato por las partes y que por sabido se tiene, en buena parte de los casos tiende justamente a nivelar los efectos posibles del poder de modificación unilateral con que cuenta la entidad pública concedente, modificación que puede afectar en tesis general, tanto el régimen reglamentario del servicio gestionado como las bases de los ingresos que tiene derecho a percibir el concesionario, partiendo la señalada estipulación del principio conforme al cual, la existencia del aludido poder no significa que en el contrato de concesión, el empresario quede a merced de la administración y su interés patrimonial legítimo no encuentre amparo jurídico suficiente; “... por el contrario —dice el Consejo de Estado— si el régimen jurídico de los contratos administrativos impone la prevalencia del interés público sobre el privado, lo hace sin menoscabo de la protección que este último requiere. Ciertamente el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que busca satisfacer el interés general, pero si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses patrimoniales de particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado, dentro del marco de disposiciones legales y principios que establecen en el derecho colombiano la oportunidad, razón y cuantía de esas reparaciones. La teoría jurídica moderna define con toda claridad la responsabilidad de la administración pública y en materia contractual la ha enriquecido con nuevas concepciones que buscan razonable y justa armonía entre el interés público que personifica la administración y el interés de los particulares que prestan directa o indirectamente su colaboración para el funcionamiento de los servicios públicos y asumen su prestación. El régimen del contrato administrativo —del que es paradigma por antonomasia la concesión de servicios públicos, se agrega— descansa en dos ideas

fundamentales: si de una parte afirma la existencia a favor de la administración de prerrogativas exorbitantes del derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del contratista al respeto del equilibrio financiero considerado en el contrato. Es en este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato...” (C.E. Anales. 1er. semestre de 1972, nums. 433-434, pág. 25).

Para los efectos de la presente decisión conviene destacar, igualmente, que la obligación de reversión señalada en la cláusula cuadragésima habrá de operar respecto del aeropuerto, las obras y mejoras efectuadas por el concesionario —que corresponden a las ejecutadas en virtud de las denominadas “inversiones obligatorias” y “adicionales”—, así como, respecto de los bienes adquiridos con el fin de servir al objeto de la concesión y los que hayan accedido a los inmuebles, sin derecho a indemnización alguna.

Lo anterior anticipa que las inversiones a que se hace referencia en el contrato, no son otra cosa que —o están representadas en— las obras y adquisiciones que, en general, corresponde realizar por su cuenta a un concesionario de un servicio público, a cambio de una remuneración que, se repite, en el presente caso está representada en los ingresos acordados que, por la misma causa comportan para la concedente(sic) obligaciones de diversa índole, entre ellas las de expedir la regulación de tarifas de acuerdo con lo pactado y no impedir al concesionario el cobro de las tasas cedidas, ni realizar actuaciones que puedan obstaculizar la obtención de este ingreso y de los demás beneficios convenidos.

C. Sobre las inversiones obligatorias y adicionales

No obstante que en el aparte anterior y con el detalle necesario se hizo referencia a las inversiones obligatorias y adicionales, por discurrir la controversia sobre el derecho al reconocimiento a favor de la convocante de unas determinadas inversiones, considera necesario el tribunal señalar que la obligación de efectuarlas, que corresponde a esta se extingue con la ejecución de las obras que conduzcan a la expansión de la capacidad aeroportuaria, a la obtención de un servicio eficiente y a garantizar la seguridad aeroportuaria, en el marco de las estipulaciones contractuales que a su vez remiten al plan maestro aeroportuario.

D. Sobre los ingresos del concesionario

Sin perjuicio de las precisiones que el tribunal efectuará al analizar en aparte posterior cada una de las pretensiones de la demanda, por tratarse de un contrato de concesión en el cual el concesionario asume la prestación del servicio y la obligación de mantenimiento y mejoras del mismo, debe el tribunal hacer de nuevo énfasis en que los ingresos, desde la perspectiva de la contratación estatal, corresponden a la remuneración a que hacen referencia, entre otros, el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, así como el numeral 4º del artículo 32 ibídem que al respecto señala que la misma podrá consistir en “derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien...”.

E. Las pretensiones de la sociedad convocante

(i) Sobre las pretensiones primera principal, primera subsidiaria y tercera principal.

En el entendido que las pretensiones indicadas en el acápite, tiene entre sí íntima conexión dado que el efecto jurídico cuyo reconocimiento en ellas se solicita, a la luz de la ley puede tener origen tanto en el incumplimiento imputable a las partes del contrato como a causas que a ellas les sean extrañas, el tribunal considera del caso estudiarlas conjuntamente.

Solicita la convocante que se declare ocurrido el incumplimiento o, en su defecto, el rompimiento de la ecuación económica del contrato por no haber percibido el valor de la tasa aeroportuaria durante el evento denominado “Cumbre de Río”, celebrado en la ciudad de Cartagena y, como consecuencia de ello, se declare que la Aerocivil debe proceder al pago de los sobrecostos o los perjuicios causados.

Para sustentar estas pretensiones manifiesta Sacsá que la Aerocivil incumplió la obligación derivada del contrato 186 de 1996, en virtud de la cual la entidad cedió la tasa aeroportuaria, sin realizar ninguna reserva sobre el particular.

Señala también que en virtud de tal cesión y con arreglo a las condiciones contractuales, el titular de los ingresos por tasa aeroportuaria es el concesionario y que son tales ingresos los que se tuvieron en cuenta al momento de presentar la oferta económica, sin considerar exenciones a dicho pago por liberalidad de la entidad, razón por la cual no se respetó el acuerdo contractual, en los términos del artículo 1602 del Código Civil, aplicable por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Por lo anterior, solicita que se condene a la Aerocivil a pagar los perjuicios causados a Sacsa, derivados del “desbordamiento en su facultad reguladora” y su negativa al pago de los ingresos dejados de percibir por las tasas aeroportuarias no recaudadas durante el evento en mención.

La parte convocada se opone a esta pretensión, manifestando que la Aerocivil tiene la facultad de fijar, recaudar y cobrar las tarifas y derechos generados por la prestación de servicios aeronáuticos y aeroportuarios. Así mismo señala que dentro de las proyecciones entregadas a los proponentes en la licitación 17 de 1995 para la concesión de la administración y explotación del Aeropuerto Rafael Núñez, únicamente se contemplaron las operaciones comerciales, sin incluir las operaciones no comerciales, tales como las cumbres de jefes de Estado y gobiernos del Grupo de Río y sus comitivas oficiales, que se realizan en aeronaves de propiedad de los Estados correspondientes.

De otra parte, la Aerocivil remite a la cláusula vigésima cuarta del contrato 186 de 1996, en la cual se consagra la reserva al derecho a cobrar las tarifas por concepto del servicio del tráfico aéreo o impuesto de timbre a los pasajeros que viajen fuera del país, y, de otras tasas, licencias, permisos, derechos y multas no cedidos al concesionario, lo cual significa que la entidad se reservó el derecho a conceder exención de tasas aeroportuarias en las operaciones cuyos ingresos no fueron cedidos, tal como aquellas referentes a las visitas de jefes de Estado y de gobierno y sus comitivas.

Al respecto argumenta que no fueron cedidas las tasas, pues estas mismas no fueron incluidas en el numeral 2.5.2.4.1 del pliego de condiciones, ni en el anexo 2, documentos suministrados a los proponentes para que fueran tenidos en cuenta en la elaboración y proyección de sus ingresos al presentar la propuesta.

En los alegatos finales, según se dejó visto en el resumen de la actuación procesal surtida, la Aerocivil señaló que el dictamen pericial que determinó los valores por concepto de tasas aeroportuarias internacionales por la Cumbre de Río, se basó en las planillas del plan de vuelo elaboradas por la Aerocivil, afirmando, además, que dicha información no es confiable, pues fue imposible confirmar el número de pasajeros por cada vuelo, dado que no en todas las planillas aparecía el número de personas a bordo, y el conteo físico que se hizo en el momento de abordar las aeronaves.

Advierte también que las planillas de vuelo no constituyen plena prueba, pues el único que puede certificar la información contenida en ellas es el comandante de la aeronave en virtud del artículo 1807 del Código de Comercio.

Finalmente, afirmó que la Aerocivil expidió la circular 17 del 2000, con fundamento en la costumbre internacional y en el principio de la reciprocidad, elementos que hacen parte del manejo de las relaciones internacionales del Estado, en los cuales no tienen injerencia los particulares.

Fijadas en los anteriores términos las posiciones encontradas de las partes respecto de la cuestión concerniente a las tasas aeroportuarias no cobradas por determinación de la Aerocivil a raíz de la Cumbre de Río, y el derecho que reclama la convocante de percibir su valor en tanto contractualmente constituye un ingreso que le pertenece, el tribunal analizará, con base en la ley, el pliego de condiciones, la oferta, el contrato, si procede o no lo solicitado en las pretensiones primera principal, subsidiaria de la primera principal y tercera principal.

Antes de iniciar el estudio correspondiente se considera necesario señalar que el problema jurídico central por resolverse consiste en determinar si le asiste derecho al concesionario de percibir el valor por concepto de tasas aeroportuarias no cobradas, en virtud de la expedición de la circular 17 del 2000 emanada de la Aerocivil. Y con este objetivo, a fin de establecer con exactitud qué conceptos fueron cedidos por la Aerocivil al concesionario durante la ejecución del contrato de concesión, se analizaron las previsiones que al respecto se consignaron en el pliego de condiciones, la propuesta y el contrato.

En relación con el régimen tarifario, en el pliego de condiciones de la licitación 17 de 1995, bajo el numeral 2.3.1, al que se hizo referencia en apartado precedente del presente laudo, se incluyeron como bases para la elaboración de la propuesta, las previsiones que posteriormente se incorporaron al contrato 186 de 1996, bajo las cláusulas vigésima tercera y vigésima cuarta.

El texto del numeral citado corresponde al siguiente:

“2.3.1. Régimen tarifario

La Aerocivil se reserva el derecho a cobrar directa o indirectamente las tarifas por el servicio de control de tráfico aéreo, impuesto de timbre a los pasajeros que viajan fuera del país, y todas otras tasas, licencias, permisos, derechos y multas que no sean cedidas al concesionario en el correspondiente contrato.

A la Aerocivil le corresponderá la regulación de las tarifas de servicios básicos cedidos, como son los derechos de aeródromo y tasa aeroportuaria. Además de los ingresos por arrendamientos, concesiones o cualquier otra modalidad prevista en el Código de Comercio y por la prestación de servicios complementarios y de servicios directos ocasionales.

Los cargos por arrendamiento y concesiones que perciba el concesionario serán definidos con base en concursos públicos. Para tal efecto, en los casos en que el concesionario esté en capacidad de seleccionar un nuevo contratista, bien sea por expiración de los contratos de arrendamiento (o similares) anteriores o por cualquier circunstancia que legalmente le permita hacerlo, el concesionario seleccionará dicho contratista siempre a través de mecanismos que garanticen la competencia y la transparencia del proceso.

Las tarifas por servicios complementarios, cuando se presten de manera opcional, o bajo condiciones de libre competencia, serán de libre negociación, salvo que por disposiciones legales o reglamentarias estén sujetas a regulación de autoridad pública competente. Las tarifas por servicios complementarios, en los casos en que la utilización de los servicios prestados no sea opcional para el usuario y no sean ofrecidos por otra u otras personas distintas del concesionario en condiciones competitivas, serán aplicadas libremente por el concesionario, previa comunicación a la Aerocivil, la cual se reserva el derecho de exigir la modificación de las mismas cuando se demuestre que los costos exceden los costos(sic) y la utilidad razonable.

Para efectos de la presentación de la oferta el oferente deberá presentar el estimativo general de ingresos por estos conceptos”.

Así mismo, en el capítulo VI, como responsabilidades de la Aerocivil, se incluyó la de:

“Ceder al concesionario los ingresos derivados de los servicios básicos complementarios y ocasionales, así como los ingresos por arrendamientos, concesiones o cualquier otra modalidad de explotación de las áreas del aeropuerto prevista en el Código de Comercio, de acuerdo con lo establecido en este pliego”.

También hicieron parte del pliego de condiciones las estadísticas históricas internacionales (anexo 2.2), en las cuales se incluyó información del movimiento de pasajeros internacionales desde 1980 hasta 1995 y la relativa al movimiento de carga internacional desde 1979 hasta 1994, indicando el número total de llegadas y salidas.

En lo que hace a las previsiones contractuales, con arreglo también a lo dicho líneas atrás, valga reiterar que en el contrato 186 de 1996 se definió en materia de ingresos, lo siguiente:

“Cláusula vigésima tercera: **Ingresos del concesionario.** El concesionario percibirá como ingresos por la administración y explotación económica del aeropuerto los siguientes: **a) las tarifas por servicios básicos, complementarios y directos ocasionales** y b) los arrendamientos cánones y demás emolumentos que se generen en los contratos de arrendamiento, concesión, y en general en todos aquellos permitidos por el Código de Comercio para la explotación de las áreas y terrenos del aeropuerto. Para el efecto, la Aerocivil cederá al concesionario los ingresos correspondientes por servicios básicos. Los cobros por servicios complementarios y por arrendamientos, concesiones o cualquier otro permitido por el Código de Comercio, también serán del concesionario.

A la Aerocivil le corresponderá la regulación de las tarifas de servicios básicos cedidos, como son derechos de aeródromo y la tasa aeroportuaria.

Además de los ingresos por servicios básicos, el concesionario podrá percibir ingresos por arrendamientos y concesiones, por la prestación de servicios complementarios y de servicios directos ocasionales. En los casos en que el concesionario esté en capacidad de seleccionar un nuevo contratista, bien sea por expiración de los contratos de arrendamiento o similares anteriores o por cualquier circunstancia que legalmente le permita hacerlo, el concesionario seleccionará a dicho contratista siempre a través de mecanismos que garanticen la libre competencia y la transparencia del proceso, según lo estipulado en el parágrafo de la presente cláusula. Los cargos por arrendamientos y concesiones que perciba el concesionario serán definidos con base en concursos públicos que serán supervisados por la Aerocivil. Las tarifas por servicios complementarios, cuando se presten de manera opcional, o bajo condiciones de libre competencia, serán de libre negociación, salvo que por disposiciones legales o reglamentarias estén sujetas a regulación de autoridad pública competente. Las tarifas por servicios complementarios, en los casos en que la utilización de los servicios prestados no sea opcional para el usuario y no sean ofrecidos por otra u otras personas distintas del concesionario en condiciones competitivas y las tarifas de los servicios directos ocasionales, serán aplicadas libremente por el concesionario, previa comunicación a la Aerocivil, la cual se reserva el derecho de exigir la modificación de las mismas cuando (sic) y de recaudar con las cuotas trimestrales las sumas cobradas en exceso cuando se demuestre que los cobros exceden los costos y la utilidad razonable de el concesionario.

Para estos efectos se considera utilidad razonable del concesionario un quince por ciento (15%) de la tasa de retorno real al capital invertido en un período equivalente a la vida útil de la inversión efectuada.

La **estructura tarifarias (sic) presupuesto para operaciones tanto nacionales como internacionales para los servicios básicos (derechos de aeródromo y tasa aeroportuaria)** será reajustada semestralmente en los meses de enero y julio, durante todo el período de la concesión con base en el índice de precios al consumidor (IPC) de los seis (6) meses anteriores, certificados por el DANE. La Aeronáutica expedirá la resolución correspondiente dentro de los cinco (5) primeros días del mes correspondiente. Para efectos del reajuste previsto, las tarifas para operaciones internacionales expresadas en dólares de los Estados Unidos de América se convertirán a pesos colombianos utilizando la tasa representativa del mercado certificada por la (*) Superintendencia Bancaria, al final del período semestral; y, en el evento de que el IPC supere las tasas de devaluación semestrales, se procederá al reajuste correspondiente. Durante la vigencia de la concesión el concesionario podrá solicitar a la Aerocivil modificaciones a la estructura tarifaria adoptada, con base en estudios técnicos elaborados de acuerdo con las pautas y metodologías que para tal efecto defina la Aerocivil. La Aerocivil evaluará este estudio y si lo considera viable técnica y económicamente lo aceptará y lo pondrá en vigencia mediante una resolución en un plazo no superior a cuarenta y cinco (45) días calendario.

En caso que la estructura tarifaria propuesta por derechos de aeródromo y tasa aeroportuaria, adoptada en cualquier momento de la concesión por parte de la Aerocivil, sin que exista para ello una solicitud expresa del concesionario, sea inferior a la adoptada por la Aerocivil en virtud de la última propuesta tarifaria del concesionario e indexado según el mecanismo establecido en esta cláusula. La Aerocivil reconocerá el valor de los ingresos correspondientes al tráfico efectivo por la diferencia tarifaria generada. Para tal efecto, el concesionario —previa aprobación expresa de la Aerocivil— podrá descontar del pago de la cuota trimestral de la contraprestación que se debe pagar directamente a la Aerocivil el monto correspondiente a esta disminución de ingresos, de acuerdo con el tráfico efectivo durante el período trimestral anterior, certificado por la Aerocivil. En caso que la disminución de ingresos supere el monto de la cuota de la contraprestación de un determinado trimestre, se podrá descontar del monto de la siguiente cuota incluyendo intereses a favor del concesionario a una tasa del DTF a treinta días, más dos (2) puntos. Estos intereses solo se reconocerán sobre la parte de diferencia tarifaria no cubierta con la cuota de la contraprestación del trimestre siguiente a la causación de las diferencias tarifarias. De solicitarlo así el concesionario, este mecanismo se aplicará por un período máximo de cuatro (4) trimestres contados a partir desde el primer trimestre en que se cause una diferencia tarifaria superior al valor de la cuota trimestral de la contraprestación. Pasado este período máximo, la compensación aquí establecida, junto con los intereses será pagada directamente al concesionario con recursos propios de la Aerocivil.

En el caso de que un aumento de tarifas definida unilateralmente por la Aerocivil, supere las tarifas propuestas por el concesionario, esta diferencia será de la Aerocivil e incrementará la cuota trimestral.

Para los efectos de la presente cláusula, la Aerocivil elaborará los estudios que permitan determinar el impacto de las modificaciones tarifarias sobre la demanda de los servicios ofrecidos por el concesionario y, en el caso de que los ajustes afecten la demanda, las partes acordarán los mecanismos para restablecer la ecuación financiera del contrato.

Las tarifas por servicios directos ocasionales, se determinarán por el cálculo del costo incurrido por el concesionario en la prestación de dicho servicio, más la utilidad del concesionario.

PAR.—El procedimiento para el concurso público a que se refiere la presente cláusula deberá basarse en los siguientes criterios:

Se establece un concurso público mediante el cual se escoge el proponente que ofrezca las mejores condiciones técnicas, relacionadas con la calidad del servicio, mezcla de productos e inversiones en presentación, entre otros. El concurso se efectuará garantizando la competitividad y transparencia. El concesionario deberá garantizar que los términos del concurso contengan los mecanismos necesarios para obtener y comprobar la información relacionada con el profesionalismo y la idoneidad moral del concursante, de tal manera que el concurso no pueda ser adjudicado a quien no cumpla estos requisitos.

2) Una vez escogida la mejor oferta técnica y profesional, se pactarán con el ganador del concurso las condiciones económicas. Si no se llega a un acuerdo con el ganador, se pasa a negociar con el siguiente en el orden de elegibilidad” (negrillas fuera del texto).

Cláusula vigésima cuarta: **Tarifas reservadas por la Aerocivil.** La Aerocivil se reserva el derecho a cobrar directa o indirectamente las tarifas por el servicio de control de tráfico aéreo, impuesto de timbre a los pasajeros que viajan fuera del país, y todas otras tasas, licencias, permisos, derechos y multas que no sean cedidas al concesionario en el presente contrato” (negrilla fuera del texto).

Así las cosas, queda claro que, a la luz de las cláusulas reseñadas, que por lo demás guardan consonancia en lo conducente con el contenido del pliego, el concesionario adquirió en virtud del contrato suscrito con la Aerocivil, el derecho a percibir a título de ingreso los derechos de aeródromo y la tasa aeroportuaria, entendiendo por este último concepto, de acuerdo con el glosario incorporado en el contrato 186, “... el valor que se cobra a los pasajeros por el uso de las instalaciones aeroportuarias...”, vale decir por la prestación de un servicio que al igual que los derechos de aeródromo que se cobran a las aeronaves, es catalogado como básico por contraposición a los denominados “servicios complementarios” y “servicios directos ocasionales”.

Importa, entonces, antes de examinar el mérito de las pretensiones de la convocante sobre este particular, efectuar unas breves puntualizaciones sobre el concepto de tasas, con el fin de poder llegar a una conclusión sólida que sustente la decisión correspondiente.

La Constitución Política establece, en su artículo 388 en materia de tasas:

“En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos”.

La Corte Constitucional, refiriéndose al concepto de tasas, se ha pronunciado diferenciándolas de las contribuciones y los impuestos, así:

“Las rentas parafiscales, según todo lo expuesto, tienen como característica esencial la destinación específica; no entran a engrosar el monto global del presupuesto nacional y, como se verá más adelante, se diferencian claramente de los impuestos y las tasas.

Como es bien sabido, en hacienda pública se denomina “tasa” a un gravamen que cumpla con las siguientes características:

El Estado cobra un precio por un bien o servicio ofrecido.

El precio pagado por el ciudadano al Estado guarda relación directa con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido.

El particular tiene la opción de adquirir o no el bien o servicio ofrecido.

El precio cubre los gastos de funcionamiento y las provisiones para amortización y crecimiento de la inversión.

Ocasionalmente, caben criterios distributivos (ej.: tarifas diferenciales).

Como se dijo anteriormente, las contribuciones parafiscales no pueden identificarse con las tasas. En primer lugar, porque el pago de las tasas queda a discreción del virtual beneficiario de la contrapartida directa, mientras que la contribución es de obligatorio cumplimiento. De otra parte, las contribuciones parafiscales no generan una contraprestación directa y equivalente por parte del Estado. Este no otorga ni un bien ni un servicio que corresponda al pago efectuado.

De otro lado, será un “impuesto”, siempre que cumpla con las siguientes condiciones básicas:

Se cobran indiscriminadamente a todo ciudadano y no a un grupo social, profesional o económico determinado.

No guardan relación directa e inmediata con un beneficio derivado por el contribuyente.

Una vez pagado, el Estado dispone de él de acuerdo a criterios y prioridades distintos de los del contribuyente. Su pago no es opcional ni discrecional. Puede forzarse mediante la jurisdicción coactiva.

Aunque se tiene en cuenta la capacidad de pago del contribuyente ello no se hace para regular la oferta y la demanda de los servicios ofrecidos con los ingresos tributarios, sino para graduar el aporte social de cada ciudadano de acuerdo a su disponibilidad.

No se destinan a un servicio público específico, sino a las arcas generales, para atender todos los servicios necesarios.

Queda, pues, claro que las contribuciones parafiscales se diferencian de los impuestos en la medida en que implican una contrapartida directa al grupo de personas gravadas; no entran a engrosar el erario público; carecen de la generalidad que caracteriza a los impuestos respecto del sujeto obligado a pagar el tributo y especialmente, porque tienen una determinada afectación” (cfr. C. Const., Sent. C-041, feb. 11/93, M.P. Ciro Angarita Barón).

La doctrina, por su parte define las tasas, así:

“Por tasas entendemos las remuneraciones que deben los particulares por ciertos servicios que presta el Estado. Al echar una ojeada al presupuesto nacional encontramos clasificadas como tasas, por ejemplo, las contribuciones que los bancos y las entidades sujetas al control de la (*) Superintendencia Bancaria pagan a esta; la contribución de las entidades fiscalizadas por la Contraloría General de la República; las cuotas de valorización de obras nacionales; el producto de peajes y transbordadores. Es decir, la remuneración a los servicios prestados por el Estado. La diferencia con las rentas de dominio público radicaría en que en las primeras el Estado está percibiendo el ingreso normal que genera la gestión industrial o comercial de algún patrimonio destinado a ese propósito, como cuando el Estado compra o vende trigo, cuando compra o vende electricidad, cuando explota las comunicaciones o cuando presta él también, en concurrencia con los particulares, servicios como el bancario.

En las tasas, por el contrario, se está cobrando una remuneración que no necesariamente tiene que cubrir el costo total del servicio” (cfr. Restrepo, Juan Camilo. *Hacienda pública*. Universidad Externado de Colombia, 1998).

En materia presupuestal, el Decreto 111 de 1996 clasifica las tasas como ingresos no tributarios, junto con las contribuciones, rentas contractuales, multas, transferencias, entre otras.

Ahora bien, en lo que se refiere a las tasas por uso de la infraestructura de transporte, la Ley 105 de 1993 señala:

“ART. 21.—Tasas, tarifas y peajes en la infraestructura de transporte a cargo de la Nación. Para la construcción y conservación de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, esta contará con los recursos que se apropien en el presupuesto nacional y además cobrará el uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios, buscando garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo.

Para estos efectos, la Nación establecerá peajes, tarifas y tasas sobre el uso de la infraestructura nacional de transporte y los recursos provenientes de su cobro se usarán exclusivamente para ese modo de transporte.

Todos los servicios que la Nación o sus entidades descentralizadas presten a los usuarios accesoriamente a la utilización de la infraestructura nacional de transporte, estarán sujetos al cobro de tasas o tarifas.

Para la fijación y cobro de tasas, tarifas y peajes, se observarán los siguientes principios:

- a) Los ingresos provenientes de la utilización de la infraestructura de transporte, deberán garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo.
- b) Deberá cobrarse a todos los usuarios, con excepción de las motocicletas y bicicletas.
- c) El valor de las tasas o tarifas será determinado por la autoridad competente; su recaudo estará a cargo de las entidades públicas o privadas, responsables de la prestación del servicio.
- d) Las tasas de peajes serán diferenciales, es decir, se fijarán en proporción a las distancias recorridas, las características vehiculares y sus respectivos costos de operación.
- e) Para la determinación del valor del peaje y de las tasas de valorización, en las vías nacionales, se tendrá en cuenta un criterio de equidad fiscal.

(...)”.

La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2724 de 1993, tiene las funciones de definir la estructura tarifaria en materia de transporte aéreo nacional e internacional y fijar el valor de la tasa aeroportuaria.

De lo anterior se colige que en efecto, cual lo precisa con exactitud el contrato 186, la tasa aeroportuaria es el valor que deben pagar los pasajeros por la utilización de la infraestructura de transporte aéreo, concepto que fue cedido a Sacsá por la Aerocivil a título remuneratorio, dentro de la concesión otorgada para la administración y explotación del Aeropuerto Rafael Núñez de Cartagena.

Con base en el marco legal y contractual esbozado, el tribunal procede ahora a examinar las pretensiones según las cuales se solicita declarar el incumplimiento de la Aerocivil, o en subsidio, declarar el rompimiento de la ecuación económica del contrato, y como consecuencia de lo anterior, ordenar el pago de los sobrecostos y perjuicios que le fueron causados por el incumplimiento o el rompimiento de la ecuación del contrato, tarea en la que se perfila como premisa de forzosa consideración el tener por establecido en el plenario, a la luz de lo que viene diciéndose, que el contrato de concesión 186 de 1996, celebrado entre la Aerocivil y Sacsá, definió de manera clara las obligaciones y derechos a cargo de las partes sobre los denominados servicios básicos, específicamente sobre las tasas aeroportuarias, y en virtud del artículo 1602 del Código Civil, se deben cumplir en los términos convenidos por las partes.

Es claro que en la cláusula vigésima tercera las partes acordaron que el concesionario recibiría a título de ingresos,

como contraprestación por la administración y explotación del aeropuerto, entre otros, las tarifas por servicios básicos, que incluyen la tasa aeroportuaria y los derechos de aeródromo. Y al propio tiempo, sobre los servicios básicos que fueron objeto de cesión, se indicó que la Aerocivil sería quien regularía las tarifas de estos, y realizaría su actualización semestralmente con base en el IPC.

Las tarifas sobre las cuales se reservó el derecho de cobrar directa o indirectamente la Aerocivil, fueron las incluidas en la cláusula vigésima cuarta, es decir, las tarifas por servicio de control de tráfico aéreo e impuesto de timbre a los pasajeros, sin que nada se hubiera expresado sobre las tasas aeroportuarias. En otras palabras, no se hizo constar explícitamente excepción o reserva alguna en relación con el cobro de dichas tasas y, en las estadísticas incluidas en el pliego de condiciones sobre el ingreso y salida de pasajeros, tampoco se consignó aclaración alguna que permitiera concluir a los proponentes la existencia de exenciones de la índole de las que son materia de disputa en el presente caso, ni se incluyeron datos que condujeran a entender inequívocamente que por fuerza de usos o costumbres internacionales, tales exenciones han debido ser objeto de consideración.

De otro lado, según el testimonio de la funcionaria Lilia Mireya Beltrán (cfr. fl. 476 del cdno. de pruebas 2) fue con ocasión de la celebración de la Cumbre de Río en la ciudad de Cartagena, que la Aerocivil se vio en la necesidad de expedir la circular 17 del 2000, para ordenar a los aeropuertos públicos abstenerse de cobrar la tasa aeroportuaria a los jefes de Estado y a sus comitivas, hecho que a juicio del tribunal es indicador inequívoco de que hasta ese entonces, el tratamiento de favor en materia de pago de tasas que dicha circular impone, no había dado origen a situaciones que obligaran a incluir los datos atinentes al tema en las proyecciones puestas a disposición de los proponentes dentro del procedimiento licitatorio que condujo a la celebración del contrato 186, tantas veces mencionado a lo largo de esta providencia.

Según se vio, la ley no realiza distinción alguna, y tampoco lo hace el contrato, sobre tipos de tasa aeroportuaria o excepciones para su cobro, por manera que es la Aerocivil quien, en virtud de su facultad regulatoria inherente a la organización del servicio, instruye a los operadores de aeropuertos públicos para que no realicen el cobro en cuestión, acto que por sus alcances e independientemente de la cuantía de la reclamación pecuniaria en esta especie sometida a arbitraje por la convocante, a no dudarlo tiene repercusión sustancial sobre el régimen financiero de la concesión, redundando en menoscabo —ahora desde luego y en el futuro seguramente, cada vez que se reúnan en Cartagena de Indias foros análogos a la Cumbre de Río—, de la remuneración que, dada la naturaleza del contrato, ha de entenderse que la entidad pública concedente se obligó a respetar en su integridad económica, siendo de su cargo, entonces, compensar al concesionario perjudicado de manera tal que se mantengan en equilibrio las condiciones constitutivas del mencionado régimen que presidieron la celebración de aquel, si es que por razones de interés general estima imperioso, en aras de la buena marcha del servicio concedido y en uso de su no discutida prerrogativa de dirección y regulación unilaterales, poniendo en práctica para el efecto procedimientos jurídicos propios del derecho público, hacer agregados de la estirpe del que aquí ha generado disparidad de pareceres entre los contratantes.

Teniendo en cuenta lo anterior, al existir una obligación pura y simple adquirida por la Aerocivil, que no fue condicionada en el contrato, ni en la ley, se deduce que la exención otorgada con ocasión de la celebración de la Cumbre de Río en Cartagena no puede ser impuesta al concesionario sin la competente compensación, en virtud de postulados de firme arraigo, tanto legal como jurisprudencial, de los que hoy en día da cuenta el primer inciso del artículo 90 de la Constitución Política.

Dicha norma señala:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

De cara a los argumentos en que apoya su oposición la convocada, debe recalcar una vez más que es necesario hacer cabal diferencia entre las facultades legales de la Aerocivil para regular las tarifas de la tasa aeroportuaria, de un lado, y del otro las obligaciones de esta para con el concesionario. No se está cuestionando en la solicitud de convocatoria, ni en el presente laudo, la legalidad de la circular 17 del 2000, en virtud de la cual se creó una exención al pago de la tasa aeroportuaria, pues es claro para el tribunal que la facultad de la entidad surge de la ley y esta no puede ser derogada o restringida por acuerdo entre las partes, ello en mérito de consideraciones

explicadas de vieja data por autorizados expositores; dice por ejemplo el profesor Gastón Jèze en sus *Principios generales de derecho administrativo*: "... Lo que el concesionario debe hacer funcionar es el servicio público, no solamente tal y como lo organizan el contrato de concesión y sus actas anexas, sino también conforme a las posibles modificaciones posteriores. Al modificar esta organización, la autoridad pública competente no viola el contrato de concesión; no afecta en lo más mínimo ese contrato, sino que modifica la "ley" general e impersonal de organización del servicio público concedido..." (op. cit., T. III. Cap. 5. Sec. IV).

En este orden de ideas, lo que sucede es que, en virtud de las obligaciones adquiridas por la compañía concesionaria en el contrato 186 de 1996, el cumplimiento de la circular mencionada le genera un detrimento pues el derecho a percibir la remuneración pactada en el contrato, se ve afectado con ocasión de la expedición del acto administrativo. En consecuencia, la negativa a la compensación de los valores dejados de percibir por aquella en virtud de la referida circular que ordena al concesionario abstenerse de cobrar la tasa aeroportuaria a jefes de Estado y comitivas, constituye un incumplimiento de la Aerocivil dentro del contrato 186 de 1996, pues en el mismo no se contempló tal posibilidad, y como ya se dijo, no existía una previsión contractual o legal que así lo permitiera.

De conformidad con el artículo 5º, numeral 1º de la Ley 80 de 1993, habrá lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, por el incumplimiento de la entidad estatal, en los términos del artículo 1613 del Código Civil, reconociendo el daño emergente y el lucro cesante.

En este caso, el daño consistió en no haber obtenido a tiempo el valor a que se tenía derecho, por lo tanto, su reparación consistirá en el reconocimiento del importe dejado de percibir por la exención concedida, calculado con base en el dictamen pericial practicado dentro del proceso.

Sobre la observación efectuada al dictamen pericial, a título de objeción por parte de la convocada, el tribunal la considera improcedente, por cuanto, no es exacto que en virtud del artículo 1807 del Código de Comercio, el comandante de la aeronave sea el único que puede certificar el número de pasajeros, y los estimativos se realizaron con fundamento en las planillas de la Aerocivil que certificaron la totalidad de personas que ingresaron al país como jefes de Estado y comitivas, con ocasión de la Cumbre de Río.

En efecto, el artículo 1807 del Código de Comercio establece:

“ART. 1807.—Son atribuciones del comandante de la aeronave:

1. Abrir y cerrar el plan de vuelo antes de la iniciación del viaje y al término del mismo;
2. Constatar que la aeronave y los miembros de la tripulación posean los libros, certificados y licencias exigidos;
3. Dejar constancia escrita, en el libro de bitácora, de los nacimientos, defunciones y demás hechos que puedan tener consecuencias legales, ocurridos a bordo o durante el vuelo;
4. Tomar las medidas necesarias para poner a disposición de la autoridad competente a la persona que comete un delito a bordo, y
5. Determinar, en caso de emergencia, el aeropuerto en que deba aterrizar”.

Según la norma transcrita, es el comandante quien abre y cierra el plan de vuelo, pero no es el único que puede certificar el número de pasajeros transportados ni menos aún las calidades oficiales con que viajan, razón por la cual, considera el tribunal, los documentos en que se basó la perito para rendir el dictamen correspondiente acerca del punto en cuestión, no pueden ser desestimados bajo la premisa según la cual no constituyen prueba atendible.

De otra parte, el dictamen pericial indicó:

“(…).

Dicha factura —la presentada por Sacsá con fecha sep. 22/2000, distinguida con el número 0006327— está soportada con las planillas del plan de vuelo, elaborada por la Aeronáutica Civil, y con una relación de pasajeros

que salieron con ocasión de la Cumbre de Río. Estos documentos dan cuenta de la salida de 330 pasajeros, con destinos diferentes, discriminados así:

(...).

No fue posible confirmar el número de pasajeros por cada vuelo, debido a que no en todas las planillas de vuelo, estaba el número de personas a bordo. Según información suministrada por las personas encargadas de la contabilidad de la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., dicha información salió de un conteo físico que se hace en el momento de abordar las aeronaves, pero, que debido a la seguridad que debían tener en este tipo de eventos, no tienen el registro de que pasajeros eran, como tampoco las planillas de conteo, únicamente se registra en la parte superior de la planilla de vuelo el número del conteo”.

Posteriormente, mediante complementación del dictamen obrante a folios 566 y siguientes del cuaderno de pruebas 2, producida por iniciativa oficiosa del tribunal, quedó establecido que de acuerdo con las planillas de vuelo elaboradas por la Aerocivil en ejercicio de las funciones de supervigilancia de la operación del Aeropuerto Rafael Núñez de Cartagena, el número de pasajeros que allí aparece registrado es de 252, luego a falta de cualquiera otra información sobre el particular que pueda ser de recibo como prueba, es esa cifra la que corresponde tomar como base para fijar el monto de la compensación que por concepto de tasas aeroportuarias y con fundamento en lo expuesto en estas consideraciones, le es adeudado por dicha entidad pública a la sociedad concesionaria.

De acuerdo con lo anterior, prosperan las pretensiones primera y tercera principales; por lo tanto, se procederá a declarar el incumplimiento del contrato por parte de la Aerocivil y a imponer la consiguiente condena, ordenada a resarcir los perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento.

(ii) Sobre la pretensión segunda principal.

La segunda pretensión principal es, o corresponde, a las calificadas como declarativas. La convocante la formula así:

“Pretensión segunda principal. Que se declare que la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A. realizó una inversión adicional de capital adicional con la celebración del contrato Sacsá 74 del 28 de febrero del 2000 y su otrosí del 1º de junio del 2001 con la sociedad Aldeasa S.A., en los términos y para los efectos de lo previsto en la cláusula décima quinta inversiones de capital durante la vigencia de la concesión, literal b) Inversiones de capital adicionales del contrato de concesión 186 de 1996”.

La primera observación por hacer es que el conflicto, en lo que se refiere a las denominadas “inversiones adicionales”, pareciera surgir de una diferencia de interpretación respecto de la viabilidad de considerar como “inversiones adicionales” obras de remodelación de las tiendas y almacenes de *duty free* y *duty paid* ubicadas en el primer piso del Aeropuerto Rafael Núñez, espacios cuyo uso y aprovechamiento comercial, como parte integrante de la operación y administración económica de dicho aeródromo a cargo de Sacsá, le fueron entregados por esta última, a título de “concesión” y según los términos del contrato “Sacsá 74” fechado el 15 de febrero del 2000, a la sociedad Aldeasa S.A.

El tribunal ha analizado el contenido de la comunicación 38-C/CGT-014 de la Aerocivil (cdno. de pbs. 2, fls. 462 a 469), así como las afirmaciones de hecho en que la convocante sustenta su demanda (num. 8º) y los argumentos mediante los cuales la convocada, en su contestación, se opone a que estos sean aceptados en la forma en que lo pide su contraparte, y partiendo de los elementos de análisis que estas piezas procesales suministran, encuentra que la discrepancia obedece en buena medida a la terminología utilizada por la Aerocivil, que tal como se desprende de los documentos contractuales (pliego de condiciones, cdno. de pbs. 1 y contrato 186 de 1996) no obstante señalar que el contrato es de concesión para la “administración y explotación económica del Aeropuerto Rafael Núñez, ubicado en el Distrito Especial de Cartagena de Indias el cual presta servicio principalmente a la ciudad de Cartagena”, a lo largo del clausulado contractual para describir, entre otras, las obligaciones de mantenimiento del terminal, pista rampa, etc... que constituyen prestaciones inherentes a “la administración y manejo” concedidas, las denomina “inversiones obligatorias” e igualmente, que para describir otras obras o labores que el concesionario quedó obligado a ejecutar en virtud del contrato modificatorio 1 por una cuantía de \$ 2.088.000.000, las llama

“inversiones adicionales”, expresión de suyo confusa que alude a aquellas inversiones “... distintas de las obligatorias que realizará la concesionaria a su propio costo para expansiones adicionales de la capacidad aeroportuaria...”.

Esta terminología que a criterio del tribunal no refleja con exactitud el sentido de la concesión estatal, dispuesta como un instrumento por medio del cual el Estado ejecuta las obras o presta los servicios que por disposición legal le corresponde avocar, constituye la causa de las dificultades interpretativas que se evidencian en el documento mediante el cual la Aerocivil “no reconoce el concurso público 010-99, como inversión adicional de capital”.

En efecto, en general, en los contratos de concesión de un determinado servicio, al concesionario que asume la prestación le corresponde realizar los gastos (inversiones) necesarios para efectuar la prestación del servicio concedido, dentro de los cuales se encuentran los relativos a la ejecución de las obras y labores relativas a su establecimiento —si se trata de un nuevo servicio— o los requeridos para su continuidad, esto es, aquellos que en un esquema de ejecución directa, se realizarían por la entidad estatal concedente con cargo a su presupuesto de inversión. En lo que hace a los ingresos, de la misma manera, si el servicio por prestarse comporta ingresos, el concesionario es beneficiario de los derechos de explotación que le sean concedidos.

La utilización del esquema concesional en este contexto y desde una perspectiva estrictamente jurídica, comporta simplemente la asunción por el concesionario de todas las labores y actividades inherentes al servicio, así como el derecho de obtener los beneficios derivados de la prestación durante el tiempo pactado, con la carga adicional, en casos como el presente, de pagar a la concedente, como una forma si se quiere de participación en los señalados beneficios de explotación según quedó explicado en aparte anterior de estas consideraciones, una contraprestación por la cesión o transferencia de aquel derecho de explotación.

En relación con el pago de la contraprestación en el contrato 186-96 se pactó que el concesionario lo efectuaría en un 70% mediante la entrega de unas determinadas sumas de dinero y en un 30%, mediante lo que la Aerocivil denominó “inversiones obligatorias”(2) que se concretan, entre otras, en la ejecución de obras y la adquisición de equipos que junto con los bienes y derechos que la concedente otorga o cede se incorporan a la obligación de reversión, pero no se consideran costos para efectos de la contraprestación, a las cuales se agregan las denominadas “inversiones adicionales” que de la misma manera no corresponden a nada diferente a obras o actividades cuyo costo asume el concesionario por considerarse expansiones adicionales de la capacidad aeroportuaria, según se define en el contrato de concesión 186-96 y que de conformidad con el pliego de condiciones sí constituyen un costo(3) .

En la cláusula decimaquinta del contrato de concesión 186-96 se acordó en relación con las denominadas “inversiones adicionales”:

“Cláusula décima quinta. Inversiones de capital durante la vigencia de la concesión. El concesionario estará obligado a realizar durante la vigencia de la concesión, inversiones de capital, así:

a) Inversiones obligatorias: (...).

b) Inversiones de capital adicionales:

Durante el período de la concesión, cualquiera de las partes podrá proponer inversiones de capital para expansiones adicionales de la capacidad aeroportuaria distintas de las inversiones obligatorias, que estén en armonía con el plan maestro del aeropuerto. Estas inversiones se concentrarán principalmente en sitios específicos del aeropuerto, tales como:

a) Terminales de pasajeros incluyendo locales comerciales, *counters*, oficinas, áreas de manejo de equipaje, parqueadero, áreas para la prestación de servicios directos ocasionales y demás instalaciones de servicio al público; b) Bodegas e instalaciones conexas destinadas a la prestación del servicio de movimiento de carga; c) Áreas dedicadas a las compañías de servicios a la aviación, incluyendo las instalaciones utilizadas por las compañías de servicio y apoyo a los pasajeros, las de servicios de ayuda y apoyo a las aeronaves, servicios a la carga y sistemas de información para pasajeros.

De llegarse a un acuerdo entre las partes sobre la conveniencia de estas inversiones las mismas serán financiadas totalmente por el concesionario y para tal efecto se levantará un acta en la cual conste dicho acuerdo. La negativa de cualquiera de las partes deberá ser motivada con causa justificada.

La Aerocivil tendrá un plazo de sesenta (60) días para pronunciarse sobre el proyecto de inversiones de capital adicionales presentado por el concesionario”.

Las mismas partes en el “contrato modificatorio 001-98” del contrato de concesión 186-96 consignaron bajo el considerando 10 y el parágrafo de la cláusula segunda ya antes transcritos, no solamente que estas se convertían en una obligación a cargo del concesionario, sino el valor por el cual debían ejecutarse y en qué se realizarían las mismas, lo cual implica que el acuerdo entre las partes a que hace referencia la cláusula decimaquinta se produjo como consecuencia de esa estipulación modificatoria, sin perjuicio naturalmente de las funciones de la Aerocivil en lo que se refiere a la supervisión y control de las obras que se ejecuten en desarrollo del susodicho convenio de inversión.

En síntesis, analizadas las citadas previsiones contractuales, se pone en evidencia que las denominadas “inversiones adicionales” cuya ejecución fue inicialmente prevista como eventual y sujeta a un acuerdo previo entre las partes, por efecto de la reestructuración acordada respecto a la forma de pago de las cuotas trimestrales de la contraprestación pactada en el contrato modificatorio 1, perdieron tal carácter y se convirtieron en una obligación a cargo de la convocante, precisa en su alcance económico y por ejecutarse en el marco de su oferta técnico comercial.

En efecto, del modificatorio 1 surge que tales inversiones no solamente constituyen una condición para que la fórmula de reestructuración de la forma de pago de las cuotas trimestrales de contraprestación surta todos sus efectos, sino una obligación a cargo de la convocante que, en el presente caso, ha probado que programó la ejecución de las mismas mediante la convocatoria al concurso público 10 de 1999 que fue avalado por la Aerocivil, e igualmente que las contrató en el año 2000 con la firma JPS Ltda., mediante un contrato de administración delegada del cual se desprende de manera clara que las mismas podrían facturarse a Sacsa y/o a Aldeasa Colombia.

Reitera el tribunal que de las pruebas aportadas y de los argumentos que durante el proceso hizo valer la entidad pública convocada, se deduce que la diferencia surge de la terminología utilizada en el contrato, en tanto que condujo a una interpretación errada por parte de la Aerocivil en lo que hace al contenido y alcance de los diversos negocios jurídicos ventilados en el presente caso. En efecto, si se atiende al hecho de que “las inversiones adicionales” a partir del modificatorio 1 constituyen una obligación a cargo de la convocante y que estas se concretan, entre otras, en la ejecución de las obras que desde un comienzo ofreció efectuar y así mismo, que la convocada acepta que el contrato de concesión 74 del 2000 se enmarca dentro de los dispuestos como medio para generar ingresos a favor del concesionario en el marco del contrato 186 de 1996 que, a su vez, comportó la obligación de ejecutar una parte de las obras ofrecidas —que habrán de revertir a la convocada al final de la concesión—, pierde todo asidero la duda que condujo a negar que las citadas obras constituyen “inversiones adicionales”.

Las pruebas demuestran de manera clara que el contrato Sacsa 74 del 2000 es un contrato vinculante que constituye la fuente, entre otras, de la obligación de ejecutar las obras de demolición, construcción y adecuación de las áreas que recibe Aldeasa, así como de los derechos de la explotación económica de las mismas (venta de artículos al por menor *duty free* y *duty paid*) a cambio de contraprestaciones que debe pagar a Sacsa, en los términos de la cláusula quinta del mismo contrato 74, que claramente precisa que dichos beneficios se ven disminuidos, entre otras, por la amortización de las obras construidas. La parte pertinente de la citada cláusula es la siguiente:

“A los efectos de este contrato, el beneficio neto sobre el que se aplicará el porcentaje a pagar en concepto de cantidad variable, se calculará como la diferencia entre (I) las ventas totales (*duty free* y *duty paid*), los ingresos por publicidad y cualquier otro ingreso y (II)(sic) el costo del producto, gastos aduanales, de seguros y transporte de mercancías, gastos de estructura y servicios generales, gastos de personal y amortizaciones.

Para calcular la cantidad variable, se considerará que el período de amortización de las obras de construcción e instalación deberá coincidir con el plazo de la concesión; el resto de los bienes y equipos incluido el mobiliario, deberán amortizarse en el plazo de cinco (5) años. En el supuesto de que hubiese que realizar nuevas obras por mejoras, el período de amortización deberá coincidir, en todo caso, con el de la finalización de la concesión, para la renovación del resto de bienes o equipos, en(sic) incluido el mobiliario, el período de amortización será de cinco (5) años, salvo que el período que reste hasta la finalización de la concesión fuese inferior, en cuyo caso se aplicará este último.

Los gastos de estructura y servicios generales no podrán representar, en ningún caso, una cantidad superior a la que corresponda del resultado de aplicar los siguientes porcentajes sobre ventas: (...)”.

Las anteriores previsiones implican, al contrario de lo que estima la convocada, que desde el momento mismo de la apertura del concurso 10 de 1999 adelantado para seleccionar al ejecutor de obras de la índole de las ofrecidas por la convocante para hacer por su cuenta y en adición a las “inversiones obligatorias”, la convocada no solamente las autorizó, sino aceptó que importaban la ejecución de obras de ese tipo, vale decir de las que las partes denominaron “inversiones adicionales”. El “otrosí” suscrito entre Sacsá y Aldeasa con fecha 1º de junio del 2001 (fls. 459 y 460 del cdno. de pbas. 2) en nada modifica esa aceptación ni da lugar a atribuirle un sentido diferente, en la medida en que del texto del mismo se desprende que entre la primera de dichas sociedades y Aldeasa Colombia —cesionaria esta última de todos los derechos de Aldeasa S.A desde feb. 25/2000— concertaron un acuerdo por obra del cual la primera le facilitó a la segunda recursos financieros con el fin de que esta cumpliera con las obligaciones de pago relativas a las obras de demolición, construcción y adecuación de la zona comercial entregada a título de concesión, aceptando que el reembolso correspondiente se pague por vía de amortización, vale decir, que Sacsá, como también hubiera podido hacerlo un tercero, facilitó los recursos para el pago de las obras que por corresponder a inversiones adicionales consignadas por el concesionario en su oferta técnico comercial, deben ser reconocidas como tales, con fundamento en el modificadorio 1 del contrato 186 de 1996, en virtud del cual Sacsá quedó obligada a ejecutarlas en un monto de \$ 2.088 millones.

Resumiendo, si la obligación a cargo de la convocante tenía por objeto, según ha quedado visto, la ejecución de obras materiales consistentes, entre otras, en la construcción y adecuación de las tiendas de *duty free* y *duty paid* del Aeropuerto Rafael Núñez, obras que ha quedado demostrado se realizaron luego de agotado el procedimiento de contratación correspondiente bajo supervisión de la Aerocivil, la cuestión sobre a expensas de quién se llevaron a cabo dichas obras, las que no obstante ello quedó demostrado en el proceso asumió finalmente Sacsá, no tiene por lo tanto la relevancia que la convocada ha pretendido darle.

Con base en lo anterior, atendiendo al contenido de la pretensión en estudio y a la luz de lo señalado en la pericia, apreciándola con las adiciones a ella efectuadas por solicitud oficiosa del tribunal, resulta acreditado en autos lo siguiente: (a) Que unas de las obras realizadas por Sacsá directamente para la construcción de locales “hall” bajo internacional del aeropuerto y cuyo importe final ascendió a \$ 61 millones (cfr. fl. 603 del cdno. 2 de pbas.) fue ya reconocido por la convocada como inversión adicional al tenor del acta de aprobación de inversiones de capital del 9 de mayo del 2003 (cfr. fl. 559 ib.); y (b) Que entre Sacsá en su condición de concesionaria, dentro del marco de la gestión empresarial bajo su responsabilidad, y la sociedad Aldeasa Colombia Ltda., se puso en práctica una operación financiera por virtud de la cual, la segunda de dichas entidades, suministró los recursos necesarios para llevar a cabo las obras materiales de adecuación de las tiendas de “*duty free*” y “*duty paid*” en el Aeropuerto Rafael Núñez de Cartagena, con cargo para la primera de reembolsarlos mediante un sistema pactado de amortización periódica con arreglo al cual, según se lee en la experticia citada, tiene incidencia directa “... en la base sobre la cual se calcula el monto de ingreso por arrendamiento...” de tal modo que “... cada vez que se hace amortización, el valor por concepto de arrendamiento a recibir disminuye...”, advirtiéndose que aun con el pago de instalamentos mensuales mínimos, tasados sobre la extensión del área ocupada, hay igualmente amortización. En consecuencia, el tribunal encuentra mérito suficiente para declarar, como en efecto lo hará, que Sacsá, al celebrar el contrato Sacsá 74 tantas veces aludido y asumir contra su patrimonio, por efecto del mecanismo financiero descrito, el costo final de las obras realizadas en cumplimiento de dicho acuerdo, obras que a su turno contrató con la firma JPS Ltda. en desarrollo del denominado “proyecto Aldeasa”, costo estimado pericialmente en la suma de \$ 277.051.437.05, realizó una inversión adicional en los términos y para los efectos de lo previsto en la cláusula décima quinta: “Inversiones de capital durante la vigencia de la concesión, literal b) Inversiones de capital

adicionales del contrato de concesión 186 de 1996”.

(iii) Sobre las pretensiones tercera y cuarta principales.

La convocante formula estas pretensiones como de condena, consecuenciales de la primera y segunda principales y se encaminan, la primera (tercera principal) a obtener el reconocimiento y pago de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de todo orden que aquella afirma le fueron causados, bien sea en razón del incumplimiento contractual por parte de la Aerocivil, o por la ocurrencia de hechos o circunstancias imprevistas que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato de concesión 186 de 1996; y la segunda (cuarta principal), consecuencial solamente de la segunda principal y encaminada a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión 186 de 1996 a través del reconocimiento de la inversión de capital adicional realizada por el concesionario con la celebración del contrato Sacsa 74 del 15 de febrero del 2000 y su otrosí del 1º de junio del 2001 con la sociedad Aldeasa S.A., en los términos y para los efectos de lo previsto en la cláusula décima quinta inversiones de capital durante la vigencia de la concesión, literal b) Inversiones de capital adicionales del contrato de concesión 186 de 1996, suma que al decir de la convocante, deberá ser adicionada con los correspondientes intereses y reajuste por depreciación monetaria, según lo determine el tribunal.

En cumplimiento de su deber de interpretación de la demanda, el tribunal estima que es su obligación precisar que por tratarse de pretensiones de condena, considerará de su contenido únicamente lo relativo a las solicitudes de pago formuladas y no los reconocimientos, en la medida en que respecto de estos ya consignó los fundamentos de la decisión declarativa correspondiente en los dos apartes anteriores.

Con base en lo anterior y respecto del pago de sobrecostos y perjuicios solicitados en la pretensión tercera principal, derivados de la prosperidad de la primera principal, el tribunal remite a lo tratado en este laudo en el punto (i) precedente “Sobre las pretensiones primera principal, primera subsidiaria y tercera principal” donde ya se pronunció sobre la condena solicitada en esta pretensión.

Respecto del pago de los sobrecostos y perjuicios a que hace referencia la pretensión tercera principal, pero derivados de la prosperidad de la solicitud de reconocimiento de las inversiones adicionales efectuadas en desarrollo del contrato Sacsa 74 del 2000, encuentra el tribunal que no obra prueba alguna de que los mismos se hayan causado y que por lo tanto, sean resarcibles en la forma en que lo pide la convocante.

En lo que se refiere a la pretensión cuarta principal, que la convocante deriva de la prosperidad de la pretensión segunda principal, el tribunal se estará a lo establecido por la perito que anexa al dictamen el acta que prueba que, respecto de las mismas, la Aerocivil ya reconoció como inversiones adicionales del año 2000 la suma de sesenta y un millones de pesos (\$ 61.000.000), quedando por lo tanto un saldo insoluto de doscientos setenta y siete millones cincuenta y un mil cuatrocientos treinta y siete pesos (\$ 277.051.437) cuyo detalle obra a folio 7 del dictamen. Esta inversión (costo) se entenderá efectuada en el mismo año, y en consecuencia, procede reconocerla por el valor actualizado a la fecha del presente laudo arbitral.

(iv) Sobre la pretensión quinta principal.

Se encamina esta pretensión a obtener del tribunal una condena en intereses moratorios sobre las sumas líquidas actualizadas que resulten a cargo de la Aerocivil, a la tasa pactada en la cláusula vigésima tercera del contrato.

Esta pretensión en lo que se refiere a la suma que el tribunal ha considerado, derivada del no reconocimiento de los valores correspondientes a la tasa aeroportuaria que el concesionario dejó de percibir con ocasión del evento “Cumbre de Río”, está llamada a prosperar en cuanto a la obligación de pago de intereses moratorios, no así en lo que hace referencia a la tasa solicitada en la demanda para fijar su importe, toda vez que la señalada tasa está prevista para un evento contractual específico que no permite realizar una aplicación extensiva de la misma al caso de autos.

La misma pretensión respecto de la suma de doscientos setenta y siete millones cincuenta y un mil cuatrocientos treinta y siete pesos (\$ 277.051.437), no habrá de prosperar pues considera el tribunal que, por la naturaleza de la obligación, no hay lugar a reconocimiento alguno de intereses moratorios.

(v) Sobre la pretensión primera subsidiaria de la quinta principal.

En consonancia con lo anterior, el tribunal avoca la decisión respecto de la pretensión primera subsidiaria de la quinta principal para señalar que respecto de la tasa aplicable a los intereses de mora que se han considerado procedentes en relación con la pretensión quinta principal, se aplicarán los consagrados en el artículo 4° numeral 8° de la Ley 80 de 1993 en concordancia con lo dispuesto al respecto por el Decreto 679 de 1994, esto es, el doble del interés civil sobre el valor histórico actualizado, y así se consignará en la parte resolutive de esta providencia.

F. Las excepciones de la convocada

(i) Como primera excepción de mérito, invoca el apoderado de la Aerocivil la “falta de jurisdicción y competencia” del tribunal de arbitramento.

El primer argumento base de esta excepción se fundamenta en que los hechos invocados por Sacsá, en cuanto a la inversión adicional cuyo reconocimiento reclama, corresponden a una relación contractual diferente al contrato de concesión 186 de 1996 y, por lo tanto, a tales hechos no se aplica la cláusula compromisoria en él estipulada. El segundo argumento se basa en que la circular del 9 de junio del 2000, emitida por la Aerocivil, que señala que los jefes de Estado y sus comitivas no se encuentran sujetos al pago de derechos de aeródromo, servicios de protección al vuelo y tasas aeroportuarias, entre otros, constituye un acto administrativo de carácter general respecto de cuya legalidad no puede efectuar pronunciamiento válido la jurisdicción arbitral.

Frente a esta excepción que implica una solicitud de declinatoria, referida en concreto a la extensión del pacto compromisoria fuente del presente arbitraje por cuanto, en virtud de los motivos indicados, las cuestiones controvertidas desbordan, a juicio de la convocada, los límites de la habilitación arbitral que de dicho pacto surge, son pertinentes las consideraciones que a continuación se exponen, las cuales conducen a reiterar la decisión adoptada sobre el particular en la primera audiencia de trámite.

Concebida la jurisdicción como la función estatal de administrar justicia, y la competencia como aquella facultad del juez para conocer determinados asuntos —medida de la jurisdicción—, en materia arbitral, el artículo 116 de la Constitución Nacional faculta a los particulares, actuando en calidad de árbitros, para ejercer dicha función pública en los términos que determina la ley. A este respecto sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia C-431 de 1995 que “no obstante el arbitramento se origina en un negocio jurídico privado, por virtud de la habilitación de las partes —una vez se ha llegado a acuerdo entre las partes—, quien le otorga la facultad de administrar justicia a los particulares en la condición de árbitros, es la misma Constitución Política...”. Al partir de esta base se tiene, entonces, que son las mismas partes quienes expresando su voluntad a través de un acuerdo, escogen el arbitramento como el mecanismo adecuado para resolver sus diferencias —potenciales o actuales—, y habilitan a los árbitros para actuar, emitiendo una decisión definitiva y obligatoria que, en últimas, no es cosa distinta al acto equivalente a la sentencia jurisdiccional, que tuvieron en mira las partes comprometidas al poner en marcha en arbitramento por ellas pactado (C. Const., sents. T-957/95, C-294/95, C-299/96 y C-242/97, entre otras). Y, a su turno, el numeral 2° del artículo 147 del Decreto 1818 de 1998 autoriza a los árbitros para que, en la primera audiencia de trámite, resuelvan sobre su propia competencia, facultad esta según la cual si se cuestiona la validez o eficacia de la cláusula compromisoria o del compromiso, son dichos árbitros los llamados a decidir y por ende fijar así el ámbito material dentro del cual, legítimamente, pueden ejercer la autoridad de la que aquellas partes los han investido.

Para el cumplimiento de este cometido, es preciso tener presente que la competencia del tribunal de arbitramento no solamente se encuentra limitada por el carácter temporal de su atribución, sino también por la naturaleza del asunto litigioso comprometido; en efecto, la eficacia de la cláusula compromisoria y de manera más general del pacto arbitral, se debe examinar bajo la óptica del “test” de arbitrabilidad objetiva, según el cual, solamente pueden someterse a arbitraje aquellas controversias respecto de las cuales las partes pueden disponer, toda vez que involucran derechos cuya disputa no tiene que ser inevitablemente resuelta por los órganos jurisdiccionales del Estado. En la controversia sometida a estudio se observa, además de la capacidad de las partes, y que los apoderados tienen el derecho de postulación procesal, que tanto las pretensiones invocadas en la demanda como las excepciones analizadas en este laudo, se originan en la ejecución de un contrato estatal, son transigibles y de contenido patrimonial, y por lo tanto, susceptibles de ser resueltas en sede arbitral.

En efecto, y como lo sostiene la convocante, fue clara e inequívoca la intención de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral para dirimir las controversias que pudiesen surgir en relación con el contrato. En otras palabras, este caso no se controvierte la legalidad de la manifestación de voluntad de la administración ni su facultad de reglamentación del servicio aeroportuario, expresada esta última según quedó visto líneas atrás en la circular 17 tantas veces citada, sino que sencillamente se solicita la declaratoria de incumplimiento del contrato y el restablecimiento de su equilibrio económico mediante el reconocimiento de las sumas dejadas de percibir por diferentes conceptos. Como lo ha sostenido con ahínco el Consejo de Estado, e igualmente ha hecho lo propio la Corte Constitucional, mientras que la legalidad de los actos administrativos no puede ser objeto de transacción y por ende, tampoco de arbitramento, pues en ella se compromete el orden jurídico y el ejercicio del poder público —asuntos estos que no están sujetos a disposición de las partes—, cuando la querella sometida a su conocimiento es exclusivamente de carácter patrimonial, los árbitros sí tienen competencia para pronunciarse sobre esta (C.E., Sec. Tercera, S. de lo Contencioso Administrativo, sent. de feb. 23/2000), principio que hace necesario insistir una vez más en que en los contratos estatales, y de modo particularmente relevante en los de obra y concesión de servicios públicos, de ordinario concurren normas impuestas por la administración contratante por motivos de interés general, y estipulaciones puramente contractuales, siendo estas últimas las que versan sobre las relaciones propiamente económicas, financieras y de negocio entre las partes, y es en consecuencia, respecto de estas y no de las primeras, que puede producir sus efectos el arbitraje respecto de diferencias, actuales o futuras, que en ellas tengan origen, nunca sobre aspectos regulados directamente por legislación imperativa de derecho público. En síntesis, lo que en la especie de autos es materia de debate, no es en manera alguna el alcance de las facultades que le incumben a la Aerocivil para entregar en concesión la administración explotación del Aeropuerto Rafael Núñez de Cartagena, y menos aún el poder con que cuenta para expedir actos de la naturaleza del contenido de la circular 17 de junio del 2000, ni la legitimidad del ejercicio de dicha facultad que en ese acto se pone de manifiesto, luego la excepción en estudio no está llamada a prosperar.

(ii) La segunda excepción de mérito propuesta por la entidad convocada es la de “caducidad de la acción de controversias contractuales”.

Señala la Aerocivil que, según el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la mencionada acción se extingue a los dos años contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto administrativo, y siendo así que la circular 17 fue expedida el 9 de junio del 2000, y, además, que el contrato “de diseño arquitectónico, ejecución y dirección de obra por el sistema de administración delegada” tenía vigencia hasta el 14 de enero del 2002, la caducidad operó por cuanto la demanda arbitral se presentó el 28 de marzo del 2003.

Esta excepción tampoco está llamada a prosperar por las razones que a continuación se indican:

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo señala el ámbito en el que tiene lugar el llamado “contencioso contractual”, aludiendo entre otros a los eventos de incumplimiento del contrato y solicitud de indemnización de perjuicios. Por su parte, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 preceptúa que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo, y los demás que lo requieran, deben liquidarse. En tercer lugar, los literales c) y d) del numeral 10 del artículo 136 del código ya mencionado, señalan el momento a partir del cual comienza a correr el término de caducidad, ya sea dos (2) años desde la firma del acta si la liquidación tuvo lugar de mutuo acuerdo, ora dos (2) años desde la ejecutoria del acto aprobatorio de la misma si la liquidación hubiese sido hecha de manera unilateral por la administración, o bien, dos (2) años a partir del incumplimiento de la obligación de liquidar, si procediese la liquidación en sede judicial.

El Consejo de Estado ha sostenido que la liquidación final del contrato tiene por objeto el que las partes del negocio jurídico definan sus cuentas y decidan en qué estado quedan después de cumplida su ejecución, finiquitando así la relación que las une (C.E., auto, jul. 17/2003, S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Tercera, exp. 24041).

En este orden de ideas, el término para el “cuestionamiento de la validez de actos jurídicos contractuales (contrato, actos bilaterales, actos unilaterales de la administración y del particular) y de otras conductas jurídicas (hecho del príncipe), o no imputables a las partes co-contratantes (hechos imprevisibles)” (C.E., auto, nov. 6/2003, S.

Contencioso Administrativo, Sec. Tercera), en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, es de dos años. Esencialmente, la caducidad de la acción se refiere a la extinción del derecho a entablarla, de manera tal que si no se presentó la demanda dentro del término establecido para ello, el derecho se extingue, esto es, el término de caducidad inicia desde la liquidación final del contrato, es perentorio e improrrogable y una vez vencido no necesita de declaración, ni judicial ni de parte.

La caducidad que tiene la virtualidad de proponerse como excepción de fondo por la parte demandada —y precisamente con más veras en el proceso arbitral ya que en este no proceden las excepciones previas al tenor del art. 141 del D. 1818/98—, en la controversia sometida a decisión del presente tribunal, no ha tenido operancia y por ende no hay lugar a reconocerle los efectos impeditivos o si se quiere extintivos que reclama en su favor la convocada. En efecto, como bien lo sostiene la parte actora en este proceso, el contrato de concesión origen de las diferencias sometidas a arbitramento, no solamente conservaba vigencia para la fecha de presentación de la demanda arbitral, sino que actualmente se encuentra en ejecución y requiere de liquidación a su debido tiempo, razones por las cuales la excepción no tiene asidero y debe ser desestimada.

(iii) En tercer lugar propone la entidad convocada, la excepción de “falta de legitimación de la parte pasiva”.

Fundamenta esta excepción en que la convocante solicita el reconocimiento de unas inversiones, efectuadas por la sociedad Aldeasa, frente a las cuales la Aerocivil no está llamada a responder por no haber participado de esa relación contractual.

Se observa que en las pretensiones segunda principal, tercera principal, cuarta y quinta principales, la convocante Sacsá solicita el reconocimiento por parte de la Aerocivil —que no de ninguna otra entidad o sociedad—, del valor de una inversión adicional en los términos del literal b) de la cláusula décimo quinta del contrato 186 de 1996 suscrito entre dichas partes. Y tales solicitudes se derivan, precisamente, del incumplimiento en que ha incurrido la Aerocivil al no reconocer la inversión adicional efectuada por la convocante bajo el contrato 74 del 15 de febrero del 2000 celebrado con la sociedad Aldeasa.

Como consecuencia de lo anterior, no se remite a duda que la parte pasiva en este proceso se encuentra plenamente legitimada para comparecer al mismo y afrontar las pretensiones que contra ella aduce la convocante, razón de suyo suficiente, a juicio del tribunal para que esta excepción propuesta no pueda prosperar.

(iv) Como última excepción de mérito invoca el apoderado de la entidad convocada la de “incumplimiento de la cláusula compromisoria”.

A este respecto sostiene la Aerocivil que Sacsá no hizo uso de los mecanismos de solución directa previstos en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 tal como lo mandaba la cláusula compromisoria por ellas pactada, motivo por el cual estima que el arbitraje no es viable, tesis que al igual que las anteriores, igualmente carece de fundamento como pasa a explicarse a continuación.

El artículo 68 de la Ley 80 de 1993 prevé la posibilidad de acudir al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en dicha ley —entre lo cuales se encuentra el arbitramento—, y a la conciliación, la amigable composición y la transacción. A continuación, el artículo 70 del estatuto contractual citado, señala que en los contratos estatales las partes pueden estipular la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir como consecuencia de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

Al respecto el Consejo de Estado ha sostenido: “Es indispensable destacar que el hecho relativo a que las partes hayan convenido que previo a la autorización del arbitramento agotarían otros mecanismos de solución de conflictos dirigidos a lograr un acuerdo entre ellas, no se traduce en que estas quedaban obligadas a agotarlos, porque tratándose de la regulación de un aspecto propio y dentro de la autonomía privada de los contratantes, estos estaban en capacidad de modificar el pacto de compromiso, en este caso, y acudir directamente al arbitramento. Esto se deduce de la regulación legal prevista en el Código Civil según la cual “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (art. 1602) (sent., abr. 4/2002, S. Contencioso Administrativo. Sec. Tercera, exp. 21328).

En el presente caso las partes no se limitaron a señalar el artículo 68 de la Ley 80 de 1993 como una posibilidad de buscar mecanismos para solucionar sus conflictos, razón por la cual no existe ambigüedad alguna en la redacción de la cláusula que conduzca a desechar la aplicabilidad del pacto arbitral. Aparte de lo anterior se tiene el hecho expuesto por Sacsá en su escrito de oposición a las excepciones, consistente en que dicha sociedad, en varias oportunidades, buscó el reconocimiento directo de las pretensiones ante la Aerocivil, y fue esta última quien sugirió el procedimiento arbitral (ofi. 38-C/CGT-354, jun. 21/2001). A su turno, el primer párrafo de la cláusula compromisoria pactada contiene un mandato claro y expreso de someter las diferencias a la decisión de árbitros en caso de no llegarse a un acuerdo directo, y el segundo párrafo, no obstante señala que “las partes **podrán** hacer uso de los diversos mecanismos de solución de controversias previstos por el inciso segundo del artículo 68 de la Ley 80, como son la amigable composición y la transacción” (negrilla fuera del texto), se refiere a una autorización a futuro, esto es, a una hipótesis que podía o no tener lugar dependiendo de la voluntad de las partes, y sobretodo, sometida a dos condiciones, primero, salvo estipulación en contrario en el contrato, y segundo, previa en todo caso al mandato de someterse a una decisión arbitral.

CAPÍTULO CUARTO

Costas

Conforme a lo dispuesto por los artículos 392 numerales 1° y 5°, y 393 numeral 3° del Código de Procedimiento Civil, considerando que la demanda no prospera en su integridad y en atención a la cuantía de las pretensiones en ella contenidas que son desestimadas, se condenará a la entidad pública convocada Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, a reembolsar el ochenta por ciento (80%) de las costas en que incurrió la convocante Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., Sacsá, señalándose como agencias en derecho la suma de siete millones de pesos m./cte. (\$ 7.000.000) que se tiene en cuenta en la liquidación que a renglón seguido se efectúa:

- 50% de los gastos y honorarios del tribunal: \$ 14.550.000.
- Honorarios de la perito a cargo de la convocada: \$ 5.000.000.
- Agencias en derecho: \$ 7.000.000.

Total de las costas: \$ 26.550.000.

Ochenta por ciento (80%) del total de las costas: \$ 21.240.000.

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, el tribunal de arbitramento convocado para dirimir las controversias suscitadas entre la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., Sacsá, y la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, por decisión unánime de sus miembros, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, incumplió el contrato de concesión 186 de 1996, celebrado con fecha nueve (9) de agosto de 1996 para la administración y explotación económica del Aeropuerto Rafael Núñez que presta servicio principalmente a la ciudad de Cartagena, por no haberle reconocido a la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., Sacsá, en su carácter de concesionaria, los valores correspondientes a las tasas aeroportuarias que esta última, por disposición de aquella entidad pública, dejó de percibir durante el evento denominado “Cumbre de Río”.
2. Declarar que la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., Sacsá, con ocasión de la celebración y ejecución del contrato Sacsá 74 de febrero del 2000 suscrito por ella con la sociedad Aldeasa S.A., complementado posteriormente por el “otrosí” de fecha primero (1°) de junio del 2001, realizó una inversión de capital adicional que tiene derecho a que le sea reconocida en los términos y para los efectos de lo previsto en la cláusula

decimaquinta (15ª) —Inversiones de capital durante la vigencia de la concesión (letra b)— del contrato de concesión 186 de 1886.

3. Condenar a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, a pagarle a la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., Sacsá, los perjuicios patrimoniales experimentados por esta última al no percibir, como tenía derecho a hacerlo de conformidad con el contrato de concesión 186 de 1996, el valor de las tasas aeroportuarias que no le fueron pagadas como consecuencia del evento denominado “Cumbre de Río”.

4. Desestimar por falta de mérito la pretensión deducida por la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., Sacsá, en orden a que se condene a la convocada a reconocerle y pagarle sobrecostos causados por la no percepción de tasas aeroportuarias durante la celebración de la “Cumbre de Río”, así como también la pretensión en virtud de la cual pide el pago de perjuicios y sobrecostos por el no reconocimiento de la inversión de capital adicional a que se refiere el segundo punto de la parte dispositiva del presente laudo.

5. Condenar a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, a pagarle a la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., Sacsá, como consecuencia de las declaraciones precedentes y a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión 186 de 1996, la cantidad de quince millones quinientos ochenta y cuatro mil ciento sesenta y cuatro pesos m./cte. (\$ 15.584.164) valor establecido en el proceso de las tasas aeroportuarias dejadas de percibir por la segunda de dichas entidades a raíz de la realización del evento denominado “Cumbre de Río”, junto con los intereses de mora causados sobre dicha suma de conformidad con el artículo 4º, número 8 de la Ley 80 de 1993, liquidados hasta la fecha de la presente providencia, lo que asciende a un monto total de veintiocho millones doscientos cincuenta y cinco mil doscientos cincuenta y ocho pesos m./cte. (\$ 28.255.258).

6. Condenar así mismo a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión 186 de 1996, a reconocer en favor de la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., Sacsá, y para los efectos de la cláusula decimaquinta (15ª) de dicho contrato, la realización de una inversión adicional por la suma de doscientos setenta y siete millones cincuenta y un mil cuatrocientos treinta y siete pesos m./cte. (\$ 277.051.437), que, actualizada con el correspondiente ajuste por depreciación monetaria asciende a la cantidad de trescientos cincuenta y tres millones quinientos setenta y siete mil novecientos noventa y dos pesos m./cte. (\$ 353.577.992).

7. Declarar que en armonía con las decisiones contenidas en los apartes precedentes de la parte dispositiva del presente laudo, no hay lugar a efectuar pronunciamiento sobre las pretensiones acumuladas de manera eventual en la solicitud de convocatoria (demanda) entablada por la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., Sacsá, distinguidas como pretensiones subsidiaria de la primera principal y segunda subsidiaria de la quinta principal.

8. Desestimar por falta de fundamento las excepciones propuestas por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, en el escrito de respuesta (contestación) a la solicitud de convocatoria (demanda).

9. Imponerle a la parte convocada, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, de conformidad con lo expuesto en la parte expositiva del presente laudo, la obligación de pagarle a la convocante, la Sociedad Aeroportuaria de la Costa S.A., Sacsá, la cantidad de veintiún millones doscientos cuarenta mil pesos m./cte. (\$ 21.240.000), equivalente al ochenta por ciento (80%) del importe de las costas causadas.

10. Por secretaría expídanse copias auténticas de la presente providencia con destino a cada una de las partes, al Ministerio Público y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

11. En firme esta providencia, protocolícese el expediente por el presidente en una notaría del círculo de Bogotá, D.C.

Esta providencia queda notificada en audiencia.

Bogotá, D.C. once (11) de junio de dos mil cuatro (2004).

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, presidente—*Martha Clemencia Cediél de Peña*, árbitro—*Felipe de Vivero*

Arciniégas, árbitro.

Fernando Pabón Santander, secretario.
