

**Centro de Arbitraje de la Cámara de
Comercio de Bogotá**

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE**

**SOCIEDAD CONCESIONARIA
OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.**

CONTRA

**AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA**

Laudo Arbitral

Bogotá D.C., 27 de febrero de 2019

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

El Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir las controversias suscitadas entre la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A., como Parte Convocante, y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, como Parte Convocada y Demandada, de manera unánime profiere el presente Laudo arbitral en Derecho, después de verificar que se cumplieron en debida forma todas las etapas que la normatividad vigente (Ley 1563 de 2012 y demás normas complementarias) prevé y ordena para el desarrollo de los procesos arbitrales, con lo cual le pone fin al conflicto jurídico que las Partes sometieron a su conocimiento.

CAPÍTULO PRIMERO
ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO

1.1.- LA PARTE CONVOCANTE.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. OPAIN S.A., sociedad legalmente constituida, en principio, por escritura pública No. 2335 de la Notaría 25 de Bogotá de fecha 1 de septiembre de 2006 inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, bajo el N° 01633083, identificada con el Nit 900.105.860-4, con domicilio en la ciudad de Bogotá y representada legalmente, por su Gerente General, señor Alvaro González.

1.2.- LA PARTE CONVOCADA.

La AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, Agencia Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., de acuerdo con el Decreto 4165 de 2011 y cuyo representante legal es su actual Presidente, señor Louis Klein.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

2.- EL PACTO ARBITRAL.

En la cláusula 66 del Contrato 6000169OK de "CONCESIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN, EXPLOTACIÓN COMERCIAL, MANTENIMIENTO Y MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL EL DORADO DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C." del 12 de septiembre de 2006, obra la cláusula compromisoria, que a la letra expresa:

"TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

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

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

- a) El arbitraje será institucional. Las partes acuerdan designar para el efecto al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- b) El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros, escogidos de común acuerdo por las partes. En caso de desacuerdo serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- c) Los árbitros decidirán en derecho.*
- d) El tribunal se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1.989, Ley 23 de 1.991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, y por las demás normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.*
- e) La aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral no podrán ser sometidas a arbitramento.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

f) Los gastos que ocasione la intervención del Tribunal de Arbitramento serán cubiertos de conformidad con las normas aplicables."

3.- SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN LA ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO.

Las actuaciones adelantadas en el presente proceso arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

3.1.- Por conducto de apoderado judicial, la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.- OPAIN S.A. presentó las demandas arbitrales correspondientes a los números de radicación 5212, 5347, 5452 y 5934.

3.2.- Agotado el trámite de la designación de árbitros en cada uno de los trámites antes referidos, fueron nombrados los doctores Arturo Solarte Rodríguez, William Barrera Muñoz y Sergio Muñoz Laverde. El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 18 de diciembre de 2017 (Acta No. 1). En esta audiencia, el Tribunal, además de declararse debidamente instalado y de designar a su Presidente, fijó como su sede y la de su Secretaría al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y en esa misma sesión resolvió sobre la solicitud de acumulación de los procesos arbitrales con números de radicación 5212, 5347, 5452 y 5934, se designó Secretario, éste último de la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente aceptó su designación y tomó posesión dando cumplimiento al deber de información consagrado en la Ley.

3.3.- En desarrollo de la audiencia de instalación fueron admitidas por el Tribunal las demandas acumuladas y se ordenó correr traslado de las mismas por el término legal al extremo Convocado.

3.4.- El día 16 de enero de 2018 el apoderado de la parte Convocante presentó un escrito de reforma de la demanda, respecto las demandas instauradas por la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A. en contra de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, y que fueron objeto de acumulación mediante Auto 2 del 18 de diciembre de 2017.

3.5.- Mediante Auto 3 de 31 de enero de 2018 (Acta No. 2), antes de la notificación personal de las demandas admitidas, el Tribunal admitió la reforma de la demanda presentada y la secretaría del Tribunal procedió a realizar las

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

notificaciones correspondientes de conformidad con el artículo 612 del Código General del Proceso a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. El trámite de notificación concluyó el día 7 de febrero de 2018.

3.6.- El día 5 de febrero de 2018 la parte convocante presentó una solicitud de medidas cautelares, de la cual se corrió traslado por secretaría el día 7 de febrero siguiente, en los términos de los artículos 110 del Código General del Proceso y 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Posteriormente el día 21 de febrero de 2018, mediante Auto 4 (Acta No. 3), el Tribunal denegó la solicitud de medidas cautelares.

3.7.- El día 11 de abril de 2018 la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA contestó la demanda, y en el escrito correspondiente presentó excepciones de mérito y solicitó pruebas.

3.8.- El día 13 de abril de 2018 venció el término de traslado para la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Ambas entidades guardaron silencio.

3.9.- La parte Convocante mediante escrito de 25 de abril de 2018 describió el traslado de las excepciones de mérito propuestas por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

3.10.- Luego de que se señalara fecha y hora para el efecto, el 8 de mayo de 2018 se dio inicio a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, en la que las partes manifestaron que no fue posible lograr un acuerdo entre ellas, razón por la cual, mediante auto de la misma fecha, el Tribunal declaró fallida la etapa de conciliación, dio por terminada dicha fase y en cumplimiento de su deber procedió a fijar los honorarios y gastos del proceso, cuyo pago fue realizado oportunamente y en su totalidad por la parte Convocante quien solicitó la expedición de la certificación prevista en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012.

4.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES.

4.1.- El 5 de junio de 2018 se adelantó la primera audiencia de trámite, en la cual, después de estudiar el alcance del pacto arbitral respecto de la materia y la capacidad de los sujetos de cara a los asuntos sometidos a arbitraje, mediante auto de la misma fecha el Tribunal se declaró competente para

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

asumir y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento. La parte Convocada interpuso recurso de reposición en contra del auto mediante el cual se asumió competencia, no obstante lo cual el Tribunal no admitió los argumentos planteados por la recurrente y confirmó la providencia impugnada.

4.2.- Una vez resuelto el recurso de reposición contra el auto mediante el cual se asumió competencia para decidir el litigio sometido a su conocimiento, procedió el Tribunal a resolver sobre las solicitudes probatorias, mediante providencia a través de la cual decretó la totalidad de las pruebas oportunamente solicitadas por las partes con excepción de la inspección judicial pedida por la parte Convocante, la cual fue sustituida por una videograbación tal como lo permite el artículo 236 del Código General del Proceso.

4.3.- En el desarrollo del proceso fueron tenidos como pruebas la totalidad de los documentos aportados por las partes con la demanda reformada y con la contestación de la misma.

Fueron practicados a solicitud de las partes los testimonios de María Alejandra Montoya, Magda Andrea Toro (Acta 7), ANDREA CASTELLANOS GÓMEZ Y CARLOS FERNANDO ORTIZ (Acta 8).

Fue recibida y agregada al expediente la videograbación decretada por el Tribunal con el fin de acreditar la magnitud, complejidad y cumplimiento de las "obras voluntarias".

También se decretaron como pruebas de oficio i) los testimonios de Alfredo Diaz-Granados, Silvia Fernández (Acta 9) y Crisanto González (Acta 10); ii) el traslado del testimonio del estructurador del contrato doctor Álvaro Mauricio Durán Leal de fecha 26 de marzo de 2014, rendido dentro del trámite arbitral con radicación 2855 de OPAIN vs. AEROCIVIL, el cual fue recibido y puesto en conocimiento de las partes; y iii) copia auténtica de los documentos que contienen los antecedentes correspondientes a la Licitación Pública que dio lugar a la celebración del Contrato de Concesión No. 6000169 OK.

Fueron desistidos por las partes los testimonios de Nubia Consuelo Sandoval Díaz, el de Heyby Poveda, y el interrogatorio de parte del representante legal de la parte convocante.

4.4.- Una vez concluida la instrucción del proceso, el Tribunal señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones, la cual se celebró el 18 de diciembre de 2018.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

4.5.- El representante del Ministerio Público rindió concepto que fue agregado al expediente.

4.6.- Mediante auto de 5 de febrero de 2019, el Tribunal ordenó oficiar al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para que remitiera copia auténtica del laudo arbitral proferido en el trámite adelantado por SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A. contra la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA de fecha 11 de julio de 2018 (radicación 4921) y que se corriera traslado del mismo por el término de tres (3) días para que las partes se manifestaran, lo que estas hicieron oportunamente.

5.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.

La primera audiencia de trámite en este proceso se surtió el día 5 de junio de 2018, por lo cual el término de duración del proceso, que inicialmente fue de seis (6) meses, debía vencer el 5 de diciembre de 2018.

El término del Tribunal estuvo suspendido entre los días 13 de junio de 2018 y 13 de julio de 2018, ambas fechas inclusive (21 días hábiles), entre los días 18 de julio de 2018 y 30 de julio de 2018, ambas fechas inclusive (8 días hábiles), entre los días 1 de agosto de 2018 y 26 de agosto de 2018 (16 días hábiles), entre los días 7 de noviembre de 2018 al 9 de diciembre de 2018 (22 días hábiles) y entre los días 19 de diciembre de 2018 y el 4 de febrero de 2019 (47 días hábiles). Para un total de 114 días hábiles de suspensión del trámite.

Lo anterior implica que, de conformidad con lo ordenado por el Artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, al término de duración del proceso deben agregarse los 114 días hábiles durante los que el proceso estuvo suspendido.

En consecuencia, el término de duración del proceso vencerá el 21 de mayo de 2019, por lo que el presente laudo arbitral se profiere de manera oportuna.

**CAPÍTULO SEGUNDO
SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA**

1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Las pretensiones de la Parte Convocante fueron formuladas en su demanda, en los siguientes términos:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"PRIMERA: *Que se DECLARE que el procedimiento para la imposición de multas del Contrato de Concesión 6000169 OK de 2006 es el estipulado en la cláusula 63.20 del mismo.*

"SEGUNDA: *Que se DECLARE que, como consecuencia de la prosperidad de la primera pretensión, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, entidad contratante en virtud de la subrogación dispuesta por el Decreto No. 4164 de 2011, no puede declarar unilateralmente, siguiendo una actuación administrativa, mediante acto administrativo, el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en el Apéndice F, Capítulo 3, Tablas 1 y 2, sobre "Encuestas de satisfacción de usuarios" en los años 2015 y 2016, imponiendo multas por las sumas de \$13.627.632 y \$14.581.577, respectivamente.*

"TERCERA: *Que se DECLARE que, como consecuencia de la prosperidad de la primera pretensión, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, no puede declarar unilateralmente y mediante acto administrativo el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 27, numeral 27.2 del Contrato de Concesión, Cláusula Sexta del Otrosí No. 3 y en la Cláusula Segunda del Otrosí No. 12, relacionadas con la entrega del subproyecto "Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8", para imponer una multa, liquidada el 13 de julio de 2017 en la suma de \$10.935.401.276, como lo consignó la ANI en la Comunicación No. 2017701-0222084-1, radicada en Opain con el No. 20171100405922.*

"CUARTA: *Que se DECLARE que, como consecuencia de la prosperidad de la primera pretensión, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, no puede declarar unilateralmente y mediante acto administrativo el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 54, "Bienes de la Concesión", numeral 54.3 "Actualización del inventario de Bienes de la Concesión", literal b, del Contrato de Concesión, para imponer una multa, liquidada el 23 de agosto de 2017 en la suma de \$745.094.170, como lo consignó en la Comunicación No. 2017-701-027102-1 radicada en Opain con el No. 20171100499692.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"QUINTA: *Que se DECLARE que, como consecuencia de la prosperidad de la primera pretensión, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, no puede declarar unilateralmente y mediante acto administrativo el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 27 "EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN", numeral 27.2 "Verificación de las Obras" en la Cláusula 33 "OBRAS VOLUNTARIAS", numeral 33.3 "Ejecución de la Obra Voluntaria", en cuanto se refiere a la entrega del subproyecto de obra voluntaria del Muelle Sur – Ampliación Terminal de Pasajeros, del Contrato de Concesión, pactadas en el Otrosí No. 13 de julio de 2015, para imponer una multa, liquidada el 11 de octubre de 2017, por el periodo comprendido entre el 16 de mayo y el 16 de junio de 2017, en la suma de \$2.124.624.960, como lo consignó la ANI en la Comunicación No. 2017-701-033035-1, dirigida a OPAIN.*

"SEXTA: *Que se DECLARE que, como consecuencia de la prosperidad de la primera pretensión, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, no puede declarar unilateralmente y mediante acto administrativo el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 27 "EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN", numeral 27.2 "Verificación de las Obras" en la Cláusula 33 "OBRAS VOLUNTARIAS", numeral 33.3 "Ejecución de la Obra Voluntaria", en cuanto se refiere a la entrega del subproyecto de obra voluntaria del Muelle Norte – Ampliación Terminal de Pasajeros, del Contrato de Concesión, pactadas en el Otrosí No. 13 de julio de 2015, para imponer una multa, liquidada el 16 de junio de 2017, por el periodo comprendido entre el 17 de abril y el 16 de junio de 2017, en la suma de \$4.059.204.034,24, como lo consignó la ANI en la Comunicación No. 2017-701-040286-1 del 18 de diciembre de 2017, dirigida a OPAIN.*

"SÉPTIMA: *Que se DECLARE que el subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión, fue culminado cumpliendo con los fines contractuales en cuanto a la funcionalidad y operación exigida en el marco de las disposiciones del Contrato de Concesión.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"OCTAVA: *Que se DECLARE que las actividades ejecutadas por OPAIN después del 31 de enero de 2017 con relación a las obras asociadas al subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP, construidas y ejecutadas en los hitos 3, 6, 7 y 8 de la Etapa de Modernización y Expansión, han sido actividades de mantenimiento preventivo y correctivo y de ajustes o correcciones menores; normales y usuales en la ejecución y operación de obras públicas, requeridas para el cumplimiento del Contrato de Concesión y que, por tanto, no causan multas por su supuesto incumplimiento contractual.*

"NOVENA: *Que se DECLARE que OPAIN ha cumplido con la actualización del Inventario de bienes de la Concesión en las oportunidades dispuestas en el contrato, en particular con la entrega del Inventario Bienal a la que hace referencia el literal b de la Cláusula 54.3, en la forma que fuera prevista y utilizada por la AEROCIVIL y, por tanto, no se causan multas por su supuesto incumplimiento contractual.*

"DÉCIMA: *Que se DECLARE que OPAIN ha cumplido con el cronograma y especificaciones técnicas en la ejecución de las obras que voluntariamente asumió en beneficio de la Concesión y, por tanto, no se causan multas por su supuesto incumplimiento contractual.*

"DÉCIMA PRIMERA: *Que se DECLARE que OPAIN adelantó las gestiones para reconocer oportunamente el pago de las multas causadas, por las sumas de \$13.627.632 y \$14.581.577, dado el cumplimiento imperfecto de las obligaciones contractuales establecidas en el Apéndice F, Capítulo 3, Tablas 1 y 2, sobre "Encuestas de satisfacción de usuarios" en los años 2015 y 2016, respectivamente, en cumplimiento de los pactado en la Cláusula 63 del Contrato de Concesión.*

"DÉCIMA SEGUNDA: *Solicito que se condene en costas a la demandada."*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

2.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Los hechos de la demanda que sirven de fundamento a las pretensiones son los siguientes:

"Primero.- En el año 2005, mediante Resolución No. 5197, la AEROCIVIL ordenó la apertura de la Licitación Pública 5000091 OL, para la "Expansión y Modernización del Aeropuerto Internacional El Dorado - Fase 1", cuyo objeto fue seleccionar la propuesta más favorable para la celebración del Contrato de Concesión para que el Concesionario realizara, por su cuenta y riesgo, la Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Área Concesionada del Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C., bajo el control y vigilancia de la AEROCIVIL.

"Las leyes vigentes, para la apertura, trámite y adjudicación del contrato objeto de la licitación, eran las leyes 80 y 105 de 1993, no regulaban la imposición de multas por las entidades estatales. La jurisprudencia indicaba que las multas no eran una cláusula exorbitante, que se podían pactar en ejercicio de la autonomía de la voluntad y que su imposición era una competencia en cabeza del juez del contrato.

"En efecto, al entrar en vigor la ley 80 de 1993, las Entidades Estatales dejaron de tener el poder exorbitante de imponer multas, toda vez que ni el artículo 14, sobre facultades exorbitantes, ni otra norma de la citada ley, fueron expresos en consagrarlo. Ello no significaba que no se pudiera pactar, quedando la duda -en la época de expedición de la ley- si resultaba viable imponerlas y hacerlas efectivas directamente por las entidades públicas, esto es, sin acudir al juez del contrato.

"La jurisprudencia se inclinó por la tesis según la cual era posible pactar la cláusula de multas en virtud de la autonomía de la voluntad, pero no así que pudiera ser aplicada en forma directa y unilateral por las entidades públicas, sino que le correspondía al juez determinar su imposición.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"La Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó la anterior tesis en vigencia del nuevo régimen de la ley 80 de 1993, dado que consideró que ella no había consagrado ni las multas ni la cláusula penal pecuniaria, como cláusulas del contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias; así discurreó:

"...Adicionalmente la Sala llama la atención en que la Ley 80 de 1993 no consagra ni multas ni cláusula penal pecuniaria, como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias. Por consiguiente, cuando se pretenda utilizar esas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente. Cuando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare, porque el poder coactivo de la administración, que le permitía frente a determinados contratos imponer por sí mismo, las sanciones de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el decreto 222 de 1983, desapareció por derogatoria expresa que de ese decreto hizo la Ley 80 de 1993, artículo 81, sin que fueran reemplazadas por esta ley..." [Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 20 de febrero de 1997, exp. 12669. En el mismo sentido, sentencias del 16 de noviembre de 1994, exp. 8449; 10 de 1995, 15 de agosto de 1996, exp. 8358, entre otras]

"La misma Sección Tercera del Consejo de Estado, luego de cambiar de tesis, volvió a analizar el asunto sobre la imposibilidad de imposición unilateral de multas o cláusula penal por parte de la administración contratante; es decir, teniendo en cuenta el principio de legalidad que rige estos poderes, consideró dicha sección que la Administración carecía de competencia para estipular multas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y para imponerlas unilateralmente, porque la ley vigente no le atribuía la facultad para hacerlo, sin perjuicio de que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes pudieran convenirlas, pero no con esa connotación y, además, con la advertencia de que en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista, era deber de la entidad pública contratante acudir al juez del contrato a efectos de solicitar su imposición. Este criterio se adoptó por la Corporación en sentencia de 20 de octubre de 2005 (Exp. 14.279), así:

"...Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado. No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente. En el caso que nos ocupa, atendiendo entonces a que las resoluciones demandadas fueron expedidas por el FOSOP, sin tener competencia asignada para el efecto, se encuentran viciadas de nulidad y así se declarará por la Sala, acogiendo al respecto las pretensiones de la demanda”.[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de octubre de 2005, exp. 14279].

"Segundo. - *Cumplidos los trámites previstos, de conformidad con la Ley 80 de 1993 y la Ley 105 de 1993, mediante Resolución No. 3500 de 2006, la AEROCIVIL adjudicó a OPAIN el Contrato de Concesión No. 60001690K de 2006, para la Administración, Operación, Explotación Comercial, Mantenimiento y Modernización y Expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.*

"Tercero. - *El 12 de septiembre de 2006, la AEROCIVIL y OPAIN suscribieron el Contrato No. 6000169 de "Concesión de para la Operación, Explotación Comercial, Mantenimiento y Modernización y Expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá D.C.", que estipuló, entre otras, las siguientes cláusulas.*

**"CAPÍTULO VIII – RÉGIMEN SANCIONATORIO Y SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS**

CLÁUSULA 63.- MULTAS

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

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

*Las multas a las que se refiere la presente cláusula son apremios al **Concesionario** para el cumplimiento de sus obligaciones y, por lo tanto, no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios, de manera que pueden acumularse con cualquier forma de indemnización, en los términos previstos en el artículo 1600 del Código Civil. (Subrayo).*

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

63.20 Procedimiento para la imposición de multas

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

63.20.1.- Inicio del procedimiento por parte del Interventor

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

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

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

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

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

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

63.20.2. Inicio del Procedimiento por parte de Aerocivil

*Si **Aerocivil** encontrare que el **Concesionario** ha incumplido alguna de las obligaciones a que se refiere este **Contrato**, y que tal incumplimiento puede llegar a ser generador de multas en los términos señalados en los numerales anteriores, procederá a comunicar por escrito tal circunstancia tanto al **Concesionario** como al **Interventor**, exponiendo de una manera sumaria las razones por las cuales considera la existencia de un incumplimiento.*

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

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

*Dentro de los diez (10) **Días** siguientes al recibo de las comunicaciones arriba señaladas **Aerocivil** indicará por escrito al*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

***Concesionario** si considera que se ha causado, o no, una multa. **Aerocivil** basará su decisión en la comunicación del **Concesionario** a **Aerocivil** y en la opinión del **Interventor**, la cual deberá ser enviada por éste dentro del plazo de diez (10) **Días** arriba señalado. Si **Aerocivil** considera necesario, podrá solicitar tanto al **Concesionario** como al **Interventor** las aclaraciones o la información adicional que considere pertinente. Esta comunicación, en cuanto a las consideraciones de **Aerocivil** sobre la procedencia o improcedencia de la multa, no será considerada para efecto alguno como un acto administrativo. (Subrayo).*

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

63.21. Límite a la imposición de multas

*El valor total de las multas impuestas por **Aerocivil** al **Concesionario** no podrá superar el cinco por ciento (5%) del **Valor Estimado del Contrato**.*

63.22. Pago de las Multas

*Las multas serán pagadas por el **Concesionario** mediante una transferencia entre la **Subcuenta Principal** y la **Subcuenta de Excedentes de Aerocivil**, la cual será ordenada por **Aerocivil** a la **Fiduciaria** una vez exista una obligación de pago expresa y exigible por parte del **Concesionario** y a favor de **Aerocivil**, lo cual ocurrirá cuando el **Concesionario** reconozca la causación de una multa o cuando tal hecho sea declarado en la sede de solución de controversias a la que hubieren acudido las partes. (Subrayo).*

"Cuarto. - En Laudo proferido el 28 de septiembre de 2010, entre Opain y la Aerocivil, se expresó (...):

"Ahora bien frente a lo anterior, observa el Tribunal que en el Contrato no se prevé una facultad de imposición de multas por parte de la entidad estatal, sino un procedimiento en virtud del cual la causación de la multa dependerá de la aceptación de OPAIN o de la decisión del Tribunal Arbitral previsto para resolver la controversia entre las partes.

En efecto, el Contrato prevé el siguiente procedimiento para la imposición de la multa:

"...

"Como se puede apreciar, la multa se causa si OPAIN acepta el incumplimiento o no objeta la manifestación que en tal sentido le

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

formula la interventoría o Aerocivil dentro de los términos contractuales. De esta manera, en tales casos la multa tiene como fuente la voluntad de las partes y el efecto de la estipulación contractual. Es importante destacar que el contrato expresa que la manifestación de Aerocivil en el sentido de considerar que se ha causado una multa "no será considerada para efecto alguno como un acto administrativo". Lo cual significa que por ese acto no se impone la multa y es por ello que en caso de que OPAIN manifieste su discrepancia se acude a los mecanismos de solución de controversias".

"Quinto. - *Entre el 9 de julio de 2010 y el 4 de octubre de 2012, por demanda presentada por la AEROCIVIL, el Tribunal de Arbitramento (...) integrado para el efecto, se ocupó de resolver las diferencias existentes entre esa entidad y Opain en torno al cumplimiento de 31 obligaciones, respecto de las cuales la Aerocivil pretendía la declaratoria de incumplimiento y el pago de multas. El fundamento de derecho en el que la Aerocivil basó su demanda fue la cláusula 63 del contrato de concesión, mediante la cual las partes regularon la naturaleza de apremio de las multas, cuáles obligaciones generarían multas por su eventual incumplimiento y cuál el procedimiento a seguir.*

Dijo el juez del contrato (páginas 145 y sig.):

"De este modo, en la forma como fueron pactadas las multas en el Contrato celebrado, las mismas no son impuestas por la entidad pública, sino que ellas resultan de la aplicación del Contrato, pues el mismo en general dispone que las multas se causan por un determinado incumplimiento.

El procedimiento que el Contrato establece sólo tiene por objeto permitir que las partes lleguen a un acuerdo sobre la existencia de la multa como consecuencia del incumplimiento, y que si no lo logran se acuda al mecanismo de solución de controversias pactado en el contrato, con el fin de que el Tribunal Arbitral determine si la multa se causó o no.

Es pertinente precisar que el Diccionario de la Lengua de la Real Academia define "Imponer" señalando que es "Poner una carga, una obligación u otra cosa". Es claro en el presente caso que la manifestación de la Aerocivil en el sentido de que considera que se ha causado una multa no constituye una imposición de la misma, pues no pone en cabeza de Opain una carga o una obligación, pues dicha obligación surge por virtud del contrato por el hecho de la mora, de la misma manera que la obligación de pagar un interés

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

moratorio por el no pago oportuno de una suma de dinero, surge por virtud del contrato o de la ley, sin perjuicio de que ella pueda ser reconocida voluntariamente por las partes, o si ellas no llegan a un acuerdo por el juez. Por lo demás, la manifestación de la AEROCIVIL en el sentido de que considera que se ha causado la multa, no tiene el carácter de acto administrativo.

A este respecto no sobra recordar que en sentencia del 20 de junio de 2002 (Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0004-01 número interno 19488), el Consejo de Estado se pronunció respecto de un caso en el que un contrato estatal contemplaba que en caso de mora del contratista se causaría una multa diaria y se preveía un procedimiento para hacerla efectiva. En dicha providencia se señaló que la entidad pública envió una comunicación en la que "puso de presente al contratista que se habían configurado unos hechos de incumplimiento que daban lugar a la aplicación de las multas, por las causales y cuantías allí señaladas, de acuerdo con lo previsto en las cláusulas 22 y 23 del contrato". Señaló entonces el Consejo de Estado:

"La Sala comparte las apreciaciones que hizo el tribunal de arbitramento al asumir competencia para conocer del asunto, la defensa de la entidad pública al procedimiento pactado en el contrato para la aplicación de las multas y la posición del agente del Ministerio Público, en tanto coinciden en que el referido oficio no es un acto administrativo.

"Lo primero que cabe advertir es que el acto administrativo no tiene una forma sacramental, ya que no importa la que escoja la administración pública para manifestarse, sea una resolución, un oficio, una comunicación, circular o directiva, porque lo determinante será la situación jurídica que cree para el particular, los efectos jurídicos del mismo y su poder decisorio.

"Desde el punto de vista formal se ha entendido por acto administrativo todo acto proveniente de la administración que crea, modifica o extingue una situación jurídica subjetiva.

"La ejecutividad o autotutela declarativa del acto administrativo (art. 64 CCA), es la cualidad que destaca sus efectos inmediatos y que la doctrina explica así:

"Todos los actos administrativos, salvo aquéllos a que expresamente la Ley se lo niegue, son ejecutorios; esto es, obligan al inmediato cumplimiento aunque otro sujeto discrepe sobre su legalidad. Esta eventual discrepancia ha de instrumentarse precisamente como una impugnación del acto, impugnación que no suspende por ello la obligación de cumplimiento ni de su ejecución. Esta cualidad de los actos de la Administración se aplica en principio, con la excepción anotada, a todos los que la Administración dicte, bien sea en protección de una situación preexistente, bien innovativos de dicha situación, creadores de situaciones nuevas, incluso gravosas para el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

destinatario privado. La Administración puede, por tanto, modificar unilateralmente las situaciones jurídicas sobre las que actúa.

*"Por ello se dice que la decisión administrativa ("decisión ejecutoria" en la terminología francesa) se beneficia de una "presunción de legalidad" que la hace de cumplimiento necesario, sin necesidad de tener que obtener ninguna sentencia declarativa previa. Previamente a cualquier verificación por el juez (la cual queda desplazada a una eventual intervención a priori (sic) [debió decirse a posteriori] en el posible proceso impugnatorio que contra el acto puede montarse), la decisión de la Administración vincula a la obediencia. La doctrina francesa habla por ello, expresivamente, de un *privilege du préalable*, privilegio de decidir previamente a toda intervención del juez, en el doble sentido de que para ser obligatoria la decisión administrativa no precisa el previo control judicial y de que ese control sólo es posible cuando la Administración previamente ha decidido de manera ejecutoria." [*]*

"De aquí se desprende que el oficio No. 02362 de 18 de febrero de 1998, enviado por el representante legal de la entidad pública al consorcio contratista no constituye un acto administrativo, en tanto no contiene una decisión unilateral de la administración y no produjo efectos en forma inmediata, presupuestos necesarios para que tuviera esa calidad." (se eliminó la subraya).

"Es además pertinente destacar que en dicha sentencia el Consejo de Estado sostuvo que las entidades estatales podían imponer multas – posición que después modificó-, pero en el caso concreto concluyó que la entidad no lo había hecho, para lo cual expresó:

"Por lo anterior, la sala concluye que en el contrato No. 493/97 celebrado entre el Distrito Capital -Secretaría de Obras Públicas y el consorcio recurrente, la administración no hizo uso de sus poderes exorbitantes que le eran inherentes en virtud de la ley como ente público contratante para la dirección y ejecución del contrato, en tanto el procedimiento previamente pactado en las cláusulas 22 y 23 del mismo sustituyeron el ejercicio de ese poder, a tal punto que si dicho ente hubiere hecho uso de esos poderes aplicando las multas directamente, esto es, imponiéndolas al contratista con omisión del procedimiento previsto en el contrato, su manifestación de voluntad en tal sentido pese a que reuniría los atributos del acto administrativo, habría contrariado el contrato, en tanto con la estipulación de un procedimiento particular para los eventos en que el contratista incumpliera con sus obligaciones, renunció a la facultad de hacerlo en forma unilateral en ejercicio de su potestad sancionatoria".

*"Esta misma situación se presenta en el caso que se analiza, en el cual la AEROCIVIL no impone multas.
(...)*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"A este respecto observa el Tribunal que el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 dispone:

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

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

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

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

"En relación con este artículo observa el Tribunal que el mismo consagra la facultad para las entidades estatales sujetas a la ley 80 de 1993 para imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, previendo al efecto que esta decisión debe estar precedida de audiencia del afectado "y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista". Por consiguiente a la luz de este artículo es claro que cuando el mismo es aplicable, la entidad no podrá imponer las multas, cuando quiera que no se hallen pendientes de ejecución las obligaciones a cargo del contratista.

"Ahora bien, dicha norma contempla en su parágrafo transitorio que las facultades previstas en dicho artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o la cláusula penal pecuniaria pactadas en contratos celebrados con anterioridad a la ley 1150 "en

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas". Por consiguiente, para que se aplique esta norma es necesario que el contrato contemple la posibilidad para la entidad pública de imponer una multa y hacerla efectiva.

"En efecto, el Consejo de Estado en sentencia del 7 de octubre de 2009 (Radicado: 250002326000199603076-01 18.496), al referirse al contenido del artículo 17 de la ley 1150 expresó:

"(vi) Se otorga efectos retrospectivos a la norma en relación con las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

"El efecto retrospectivo implica, en criterio de la Sala, que: "...Si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, éstas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley..."

"Igualmente en providencia del 21 de febrero de 2011 (radicación: 25000232600020100019501) el Consejo de Estado expresó:

"Como se observa, en principio, este contrato cumple con los presupuestos contemplados en el párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 para que el mismo fuera aplicado: i) se celebró con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007; ii) se pactaron cláusulas de multas y cláusula penal pecuniaria; iii) se previó la competencia de la entidad para imponerlas y hacerlas efectivas; respecto de la cláusula penal pecuniaria se estipuló que se haría efectiva en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento y que se descontaría de los valores que el contratista tuviera a su favor." (se subraya)

"Como ya se expuso, en el presente caso no se contempló que la entidad estatal imponga la multa, sino que ella se causa por virtud del Contrato.

"Desde esta perspectiva es claro que no habiéndose consagrado en el Contrato de Concesión objeto del presente proceso la posibilidad de imponer las sanciones a las que se ha hecho referencia, no es aplicable el párrafo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"Ahora bien, el apoderado de la parte convocada también invoca el artículo 38 de la ley 153 de 1887 para sostener que en virtud del mismo debe aplicarse el artículo 17 de la ley 1150.

"El artículo 38 de la ley 153 de 1887 dispone lo siguiente:

"Artículo 38.- En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

"Exceptúense de esta disposición:

"1o) Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

"2o) Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido."

"Como se puede observar, dicho artículo establece que en materia de contratos, las infracciones al mismo deben sancionarse conforme a la ley bajo la cual se hubiere cometido. Ahora bien, para precisar el alcance de esta disposición conviene recordar que este artículo de la ley 153 de 1887 fue tomado de la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes de Chile de 1861. Respecto del artículo de dicha ley señala la doctrina:

"La primera excepción la trataremos al hablar de las leyes de procedimiento.

"En cuanto a la segunda, hay que advertir que se refiere a las penas que por la infracción del contrato impongan las leyes; no a las que hayan estipulado las partes voluntariamente, porque éstas quedan sujetas a lo dispuesto en el inciso 1º, esto es, se rigen por las leyes vigentes al tiempo de celebrarse el contrato. La razón es que los contratantes en virtud de la estipulación expresa han adquirido el derecho de que la pena estipulada se aplique indefectiblemente, llegado el caso de contravención; la pena entra entonces en la categoría de los efectos accidentales (efectos que pueden faltar o no en un contrato y que cuando existen es exclusivamente por acuerdo de las partes) del contrato, que, como sabemos, se rigen por la ley vigente a la fecha de la celebración de éste.

"Así, pues, la excepción se refiere a las penas que impone la ley. Ejemplo: por la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato, se sancionaba su infracción con la indemnización de perjuicios, comprendiéndose en éstos no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante; si viene una nueva ley que dice que en la indemnización de perjuicios por la infracción de este contrato sólo se comprenderá el daño emergente, las infracciones que se efectuaren bajo el imperio de la antigua ley obligarán al lucro cesante a más del daño emergente, pero sólo obligarán a este último las infracciones verificadas bajo el imperio de la nueva ley" (se subraya)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*"Desde este punto de vista es claro que como quiera que en el presente caso no se trata de aplicar sanciones previstas en la ley, sino sanciones estipuladas en el Contrato no es aplicable la excepción contemplada en el segundo numeral del artículo 38 de la ley 153 de 1887 a la que hace referencia el apoderado de la parte demandada."
(Lo subrayado es nuestro)*

"Sexto. – El 23 de mayo de 2013, simultáneamente con la contestación de una demanda que había interpuesto OPAIN contra la AEROCIVIL, para que un tribunal de arbitramento resolviese una diferencia y multa contractual relacionada con la terminación del contrato de arrendamiento del Terminal Puente Aéreo por la entidad con Avianca y su explotación comercial; la AEROCIVIL presentó la demanda de reconvencción, que se anexa como prueba, para que ese juez del contrato, en aplicación del procedimiento pactado en la cláusula 63.20, declarase que OPAIN había incumplido 23 obligaciones, pidiendo que se declarase la causación de las multas y se condenara a su pago.

"Séptimo. - En virtud del Decreto ley 4164 del 3 de noviembre de 2011, la AEROCIVIL subrogó sus derechos y obligaciones contractuales de los contratos de concesión de infraestructura aeroportuaria a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, a partir del 1º de enero de 2014, en virtud de lo cual la Agencia Nacional de Infraestructura se subrogó del contrato de concesión celebrado por la Aerocivil con OPAIN (...).

"Octavo.- En el Laudo Arbitral proferido el 24 de agosto de 2015 por el Tribunal de Arbitramento [El Tribunal estuvo integrado por la Dra. Martha Cediél de Peña, quien lo presidiera, el Dr. William Barrera Muñoz y el Dr. Alejandro Venegas Franco]. convocado por OPAIN para resolver una diferencia relacionada con la explotación comercial del Terminal Puente Aéreo del Aeropuerto El Dorado, que la Aerocivil le confió a Avianca en el año 2004 en el respectivo contrato de arrendamiento de esa terminal y que luego le fuera cedido a Opain, proceso en el cual la Aerocivil presentó demanda de reconvencción para que el juez del contrato declarara 23 incumplimientos de obligaciones de Opain y ordenara el pago de las multas respectivas, con relación a esto último manifestó:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

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

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

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

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

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

"2.1. El principio de legalidad.

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

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio." (Negrillas fuera del texto)

"Este precepto contiene un mandato claro: las autoridades - administrativas o judiciales tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

trata de la potestad sancionadora, como quiera que es pilar fundamental del derecho sancionador del Estado.

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

"En este orden de ideas, para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la cláusula penal pecuniaria en los contratos, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad.

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

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

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

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

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten.

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

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

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

(...)

"3.6.1 Multas.

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

"Si bien es cierto, se encuentra coincidencia en el concepto de la multa en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, se han presentado notables divergencias, en el ámbito de aplicación así como en su naturaleza, a lo largo de su historia. Así encontramos las siguientes sentencias que demuestran tal coincidencia:

(...)

"3.6.1.3 Aplicación del derecho común.

Si como se ha dicho la multa es en esencia "convencional", la misma, debe tener como antecedente, el pacto contractual. En ese orden de ideas, la remisión al derecho común y a sus reglas, se ha hecho indispensable, como elemento y parámetro único, para su procedencia. No se trata entonces de una "sanción pública", en sentido estricto, sino por el contrario se trata de una "sanción

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

privada", que tiene un carácter económico, pero de la cual no se derivan consecuencias indemnizatorias.

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

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

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

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

(...)

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

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

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

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

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

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

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

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

"(...) pero lo que hicimos en su momento fue una aplicación estricta de la jurisprudencia como estaba, hicimos adendos (sic) para irnos acomodando a los cambios jurisprudenciales y lo que quedó en el contrato fue la última jurisprudencia que había antes de que la licitación se cerrara y repito, era una cosa muy sencilla; causales definidas si se han presentado los hechos oportunidad de que las partes digan si sí o si no, inicio de esa actividad por parte de la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

interventoría o por parte de la Aerocivil, si está de acuerdo el concesionario en cobro de multas pacíficas sin problema, si no está de acuerdo posibilidad de cualquiera de las dos partes de acudir al tribunal de arbitramento para que el tribunal sea el que decida si se ha causado las multas o no..."

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

"a. Se fundamentaron en la sentencia del 20 de octubre de 2005 ya comentada, en la cual el Consejo de Estado, señaló que no existía competencia por parte de las Entidades dentro de un contrato estatal, para imponer multas mediante acto administrativo, sino que ella le correspondía de acuerdo con las reglas propias del derecho privado al juez del contrato.

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

"c. Se estableció el concepto de multa "causada"

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

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

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

"En efecto, señala el artículo:

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

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

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

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

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

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

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

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

"...G. Conclusiones

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

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

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

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

"La competencia para la imposición unilateral de multas es una potestad pública que está sometida al principio de legalidad y el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

procedimiento para decretar dicha imposición tiene reserva de ley, por lo que de la autonomía de la voluntad está sustraída la facultad de regular tales situaciones.

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

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

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

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

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

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

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

"Por el contrario, establecieron un procedimiento que, otorgándole sí al concesionario todas las oportunidades para

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

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

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

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

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

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

"Noveno. — *El 3 de julio de 2015, OPAIN y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA suscribieron el OTROSÍ No. 13 para ejecutar, como obras voluntarias de OPAIN, por su cuenta y riesgo, sin lugar a contraprestación alguna, incluyendo los costos de supervisión e interventoría a cargo de la ANI, la construcción de la ampliación de las terminales del aeropuerto y sus correspondientes plataformas.*

"Con relación a las "OBRAS VOLUNTARIAS", el Contrato de Concesión dispone:

1.90.- Obras Voluntarias

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*Son aquellas obras ejecutadas a entera cuenta y riesgo del **Concesionario**, sin que su aprobación o ejecución implique una modificación de las condiciones del **Contrato de Concesión** y especialmente de los ingresos cedidos al **Concesionario**. La ejecución de las **Obras Voluntarias** tampoco implicará la asunción por parte de **Aerocivil** del costo de dichas obras. Las **Obras Voluntarias** se encuentran reguladas en la **iError! No se encuentra el origen de la referencia.** (sic) de este **Contrato de Concesión**.*

*CLAUSULA 33.- Sin perjuicio de la obligación del **Concesionario** de ejecutar las **Obras de Modernización y Expansión** en las condiciones y plazos previstos en el presente **Contrato de Concesión**, especialmente los definidos en las **Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión**, éste podrá desarrollar **Obras Voluntarias** a su entera cuenta y riesgo, sin que ello implique una variación en su remuneración o en la **Estructura Tarifaria**, previa aprobación de tales **Obras Voluntarias** por parte de **Aerocivil** y el **Interventor**. Para la ejecución de las **Obras Voluntarias** deberá atenderse al siguiente procedimiento.*

33.1.- Presentación del Proyecto

*Para la ejecución de cualquier **Obra Voluntaria**, el **Concesionario** deberá presentar a **Aerocivil** y al **Interventor** una solicitud para la construcción de nuevas instalaciones en el **Aeropuerto**, de conformidad con lo señalado en el artículo 6.3.4 del Reglamento Aeronáutico Colombiano (RAC) o por la norma que los sustituya modifique o complemente.*

*En adición a los requisitos que para la solicitud de construcción de nuevas instalaciones impone el RAC, el **Concesionario** deberá acompañar un cronograma de ejecución de la **Obra Voluntaria** que se propone realizar y un programa de ejecución de la **Obra Voluntaria** en la que se identifiquen los mecanismos que serán utilizados para que la realización de la misma no afecte la prestación de los **Servicios Asociados a los Ingresos Regulados**, los **Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados**, la **Seguridad Aeroportuaria**, la actividad aeronáutica o los parámetros de calidad de la **Operación del Área Concesionada**, previstos en el presente **Contrato de Concesión**.*

33.2.- Estudio del Proyecto

*Presentado el proyecto de la **Obra Voluntaria** por parte del **Concesionario**, **Aerocivil** tendrá veinte (20) **Días** contados desde su entrega para aprobar o improbar la solicitud presentada por el **Concesionario**.*

*Cualquier decisión (favorable o desfavorable) que tome **Aerocivil** respecto de la solicitud presentada por el **Concesionario** deberá estar debidamente sustentada. El rechazo de la solicitud podrá*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*fundamentarse en la necesidad del uso del área sugerida por el **Concesionario** para la realización de futuros desarrollos aeroportuarios, de acuerdo con los planes con que cuenta **Aerocivil**, o en el incumplimiento de los reglamentos aeronáuticos nacionales vigentes al momento de la solicitud.*

*En cualquier caso, el **Concesionario** reconoce que el desarrollo del **Aeropuerto**, diferente de aquel contenido en el presente **Contrato de Concesión**, obedece a una decisión discrecional de **Aerocivil** como propietario del **Aeropuerto** y como autoridad aeronáutica nacional.*

33.3.- Ejecución de la Obra Voluntaria

*Obtenido el permiso por parte de **Aerocivil**, el **Concesionario** podrá proceder a la ejecución de la **Obra Voluntaria**.*

***Aerocivil** directamente, a través del **Interventor**, o a través de un interventor seleccionado específicamente para la vigilancia y control de la **Obra Voluntaria** en atención a su magnitud o calidad, vigilará el cumplimiento de las condiciones técnicas de la **Obra Voluntaria**, de conformidad con el proyecto que fuera aprobado por ésta y, de ser el caso, impondrá las sanciones previstas en este **Contrato** por el incumplimiento de las condiciones de la aprobación impartida.*

"De otra parte, en la cláusula primera del OTROSÍ No. 13, las Partes acordaron lo siguiente: "(...) El cronograma general de las intervenciones se entiende como un cronograma estimado el cual será objeto de ajustes periódicos de acuerdo con los avances en las aprobaciones de diseños de detalle y ejecución de las obras sin perjuicio de lo dispuesto en el literal iv) de esta cláusula."

"HECHOS RELACIONADOS CON LA MULTA POR ENCUESTAS

*"**Décimo.** – El 23 de marzo de 2017, mediante comunicación con radicado No. 2017-701-008741-1, la Agencia Nacional de Infraestructura convocó al representante legal de OPAIN S.A. y a los representantes legales de las aseguradoras del contrato de concesión, "a la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011", con el propósito de "iniciar, tramitar y finalizar con el apoyo técnico y financiero" un proceso administrativo sancionatorio, concreta y específicamente por no alcanzar la calificación mínima de satisfacción de los usuarios en los años 2015 y 2016, en dos (2) de 27 ítems calificables, de acuerdo con resultados de encuestas realizada por la firma YANHAAS, en los últimos días del mes de julio de los años 2015 y 2016.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"De conformidad con la comunicación de la ANI, que se anexa como prueba, se le reprocha a OPAIN un presunto incumplimiento de la especificación técnica incluida en el capítulo 8 (numeral 8.4) del apéndice "F" de "Especificaciones Técnicas de Operación" y se valoró en \$13.789.100 (20 SMMLV del año 2016, a razón de 10 SMMLV por cada ítem que no superó la calificación mínima).

"La audiencia se citó para el 31 de marzo de 2017, a las 9:30 am.

"Décimo Primero. – *El 29 de marzo de 2017, mediante comunicación con radicado No. 2017-409-032984-2, Opain le explicó a la ANI las razones por las cuales ésta se estaba apartando y desconociendo lo acordado en el contrato en materia de multas y su procedimiento sancionatorio. Anexamos la comunicación como prueba.*

"Confiando en la solidez y valor de las razones expuestas, como en la sensatez y los principios de la función pública que gobiernan las actuaciones de la ANI, Opain optó por no acudir a la citación de la audiencia, para no dar a entender con su asistencia que estaba convalidando la nulidad de la actuación.

"Décimo Segundo. – *El 20 de junio de 2017, según comunicación con radicado de salida No. 2017-701-018932-1, la ANI citó de nuevo a los representantes legales de Opain y de las aseguradoras, para "REANUDAR" la audiencia iniciada el 31 de marzo de 2017, para continuar el "Procedimiento Administrativo Sancionatorio".*

"Refiriéndose a las explicaciones expuestas por Opain, sobre el procedimiento contractual estipulado para las eventuales multas que pudiesen causarse con ocasión del incumplimiento de obligaciones contractuales, la ANI señaló que deberían exponerse en la audiencia, como parte de los descargos, para permitirle a la ANI expedir el acto administrativo correspondiente.

"La reanudación de la audiencia la programó la ANI para el 27 de junio de 2017, a las 9:30 am.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"Décimo Tercero. – El 23 de junio de 2017, a través de la comunicación con radicado interno 20171000054301, OPAIN se dirige de nuevo a la ANI para reiterarle que el procedimiento de multas por eventuales incumplimientos contractuales es el pactado en la cláusula 63.20 del Contrato de Concesión, recordando explicaciones ya dadas y los pronunciamientos del juez del contrato.

*"HECHOS RELACIONADOS CON LA MULTA POR SUPUESTO
INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL SUBPROYECTO
DE VIAS, REDES, PARQUEADEROS Y SEPARACIÓN DE REDES*

"Décimo Cuarto. – El 13 de julio de 2017, mediante comunicación con radicado No. 2017-701-022084-1, la Agencia Nacional de Infraestructura convocó al representante legal de OPAIN S.A. y a los representantes legales de las aseguradoras del contrato de concesión, "a la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011", para adelantar el "Proceso administrativo sancionatorio por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 27, numeral 27.2 del Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006, la Cláusula Sexta del Otrosí No. 3 y la Cláusula Segunda del Otrosí No. 12, relacionadas con la entrega del subproyecto "Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8 del Proyecto Aeropuerto Internacional el Dorado Contrato".

"De conformidad con la comunicación de la ANI, que se anexa como prueba, se le reprocha a OPAIN un presunto incumplimiento de especificaciones técnicas y de los diseños aprobados, tales como falta de una separación adecuada de las redes secas y húmedas; con redes de tenedores, dentro y fuera del aeropuerto, sin cumplir especificaciones y algunas sin canalizar; hundimientos, fisuras y desgastes en las vías vehiculares; falta de losetas de pisos en andenes; postes pendientes de retiro; postes, losas, bordillos y sardineles desportillados; césped instalado sin el cumplimiento de especificaciones; supuesto incumplimiento de separar las aguas lluvias de las servidas; la no migración de parte de las redes de telecomunicaciones y eléctricas a la nueva infraestructura de redes; refiriendo hallazgos que sobre especificaciones que no están explícitamente solicitadas en el Contrato y que el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Interventor nunca solicito durante la construcción; haciendo imposible presentar oposición y defensa a los supuestos incumplimientos, en la medida en que no identificó las cajas específicas que estaban asociadas a cada uno de los hallazgos mencionados, ni la lista exhaustiva de los desagües que no cumplían especificación, o la identificación de las redes ni la ubicación de los hundimientos o supuestos desportillamientos ni, en general, la obvia y necesaria descripción del supuesto incumplimiento, que permitiese revisar, controvertir o subsanar.

"Además, la interventoría omite -con el silencio de la ANI- considerar la propiedad y la responsabilidad en la operación de las redes de telecomunicaciones y energía; la "soberanía" de la Aerocivil sobre las redes indispensables y necesarias para la operación aeronáutica y los convenios e instrucciones impartidas por ésta última en esas materias.

"La audiencia se citó para el 25 de julio de 2017, a las 2:30 pm.

"Décimo Quinto. – *El 24 de julio de 2017, mediante comunicación con radicado No. 2017-409-077257-2, Opain le explicó a la ANI las razones por las cuales ésta se estaba apartando y desconociendo lo acordado en el contrato en materia de multas y su procedimiento sancionatorio.*

"En efecto, sin perjuicio del contenido integral y literal del documento, Opain objetó y rechazó el procedimiento de multa invocado, explicando los fundamentos legales y jurídicos que hacían del procedimiento sancionatorio pactado en la cláusula 63.20 el único precedente; llamando la atención sobre lo que representaba como incumplimiento del contrato apartarse de sus estipulaciones unilateralmente; poniendo de presente que ya se había convocado un tribunal de arbitramento el 28 de junio de 2017, para que fuera el juez del contrato quien resolviera de diferencia existente respecto al procedimiento aplicable y, por última, señalando las inconsistencias, omisiones, imprecisiones, deficiencias y equivocaciones de la interventoría que recogía la ANI en la citación a descargos en el procedimiento administrativo unilateral que pretendía iniciar.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"Anexamos la comunicación como prueba.

"Décimo Sexto. – *El 25 de julio de 2017, como consta en el acta de la audiencia que se adjunta como prueba, la ANI desatendió el valor de las razones expuestas y actuando sin la sensatez y los principios de la función pública que gobiernan las actuaciones de la ANI, dio inicio a la audiencia sin la comparecencia de Opain. Ésta optó por no acudir a la citación de la audiencia, para no dar a entender con su asistencia que estaba convalidando la nulidad de la actuación.*

"De la lectura del acta de la audiencia se observa y concluye cómo la ANI le dio curso a su actuación administrativa unilateral y avanzó hasta decretar como prueba de oficio un pronunciamiento de la interventoría respecto de las afirmaciones de OPAIN contenidas en la comunicación referida en el hecho anterior, decretando la suspensión de la actuación en ese punto.

**"HECHOS RELACIONADOS CON LA MULTA POR SUPUESTO
INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ACTUALIZAR
INVENTARIO DE BIENES DE LA CONCESIÓN**

"Décimo Séptimo. – *El 23 de agosto de 2017, mediante comunicación con radicado No. 2017-701-027102-1, la Agencia Nacional de Infraestructura convocó al representante legal de OPAIN S.A. y a los representantes legales de las aseguradoras del contrato de concesión, "a la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011", para adelantar el "Proceso Administrativo Sancionatorio por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 54 "Bienes de la Concesión", numeral 54.3 "Actualización del inventario de Bienes de la Concesión", literal (b) del Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006. Proyecto Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá".*

"De conformidad con la comunicación de la ANI, que se anexa como prueba, se le reprocha a OPAIN un presunto incumplimiento de la obligación estipulada en el literal b de la Cláusula 54. (...), porque la Actualización Bienal del Inventario entregada el 18 de enero de 2017, con corte al 31 de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

diciembre de 2016, no individualizaba cada bien mueble con sus propias características y ubicación, en Excel.

"Como sustento del incumplimiento, se cita la comunicación de la Interventoría Financiera, Contable, Tributaria y Administrativa a cargo de JAHV McGregor SAS, del 31 de marzo de 2017, quien con informe JAHC-ARC-165-2017, radicado ANI No. 2017-409-034196-2, dice haber verificado la actualización de bienes inventariados y encontrado desactualizada su ubicación, toda vez que las características de los bienes no le permitían la plena identificación e individualización del bien mueble, pues podría tratarse de otro con iguales características.

"A juicio de la Interventoría, cada mesa o silla debe individualizarse de todas las otras, con sus propias identificación, especificaciones, ubicación y valor. "Cuando hizo el recorrido por las áreas de mantenimiento, Sala VIP, y Plazoleta de comidas no pudo determinar si las sillas que allí se encontraban eran las relacionadas en el inventario u otras con las mismas características, porque en el Excel de la Actualización del Inventario no se había registrado su plaqueta de identificación.

"La audiencia se citó para el 29 de agosto de 2017, a las 9:30 am.

"Décimo Octavo. – *El 28 de agosto de 2017, mediante comunicación con radicado No. 2017-409-091658-2, Opain le explicó a la ANI las razones por las cuales ésta se estaba apartando y desconociendo lo acordado en el contrato en materia de multas y su procedimiento sancionatorio.*

"En efecto, sin perjuicio del contenido integral y literal del documento, Opain objetó y rechazó el procedimiento de multa invocado, explicando los fundamentos legales y jurídicos que hacían del procedimiento sancionatorio pactado en la cláusula 63.20 el único procedente; llamando la atención sobre lo que representaba como incumplimiento del contrato apartarse de sus estipulaciones unilateralmente; poniendo de presente que ya se había convocado un tribunal de arbitramento el 28 de junio de 2017 y otro el 16 de agosto de 2017, para que fuera

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

el juez del contrato quien resolviera de diferencia existente respecto al procedimiento aplicable y, por última, señalando las inconsistencias, omisiones, imprecisiones, deficiencias y equivocaciones de la interventoría que recogía la ANI en la citación a descargos en el procedimiento administrativo unilateral que pretendía iniciar.

"Anexamos la comunicación como prueba.

*"**Décimo Noveno.** – Tenemos noticias, por las aseguradoras, que el 29 de agosto de 2017, la ANI dio inicio a la audiencia sin la comparecencia de Opain. Ésta optó por no acudir a la citación de la audiencia, para no dar a entender con su asistencia que estaba convalidando la nulidad de la actuación.*

*"HECHOS RELACIONADOS CON LAS MULTAS POR EL
SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DEL CRONOGRAMA Y
ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LAS OBRAS VOLUNTARIAS
EN EL MUELLE SUR DEL TERMINAL DE PASAJEROS*

*"**Vigésimo.** – El 26 de mayo de 2017, mediante comunicación JFA-A&C-0461-17, el Director Técnico de la interventoría, invocando las cláusulas 63 y 77 del Contrato de Concesión, dijo haber efectuado una verificación de la obra "Ampliación Muelle Sur – Ampliación Terminal de pasajeros nacional, Fase 1, entregadas por OPAIN", expresando que las obras entregadas no cumplían a cabalidad con la totalidad de las Especificaciones Técnicas ni con los diseños aprobados. Para demostrar que las obras no estaban terminadas el 15 de mayo de 2017, anexó un registro fotográfico con personal de subcontratistas trabajando.*

"Así mismo, anunció que pediría a la ANI que aplicara las sanciones de la Cláusula 63, de acuerdo con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

"Entre los innumerables hallazgos encontrados por la Interventoría destacamos, como ejemplo, la falta de aseo de los pisos, el deficiente terminado bajo las escaleras, la imposibilidad de probar la descarga de los sanitarios, manchas en algunos bloques de concreto de la fachada, láminas del cielo raso mal alineadas, desaseo de la cubierta, baños sucios usados por los obreros, ascensores sucios y sin retoques de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

pintura, cuartos de máquinas desaseados y sin retoques de pintura, la falta de señalización de la escalera exterior del módulo 25, tuberías sin marcar ni señalizar, tableros eléctricos desaseados, enlaces de cables UTP sin certificar, rótulos faltantes de identificar, mejorar el orden de cables y asear, identificar equipos de WIFI y hacerles limpieza, etc., etc., etc.

"Vigésimo Primero. – *el 12 de junio de 2017, OPAIN le respondió al Consorcio Interventor Técnico, que objetaba el incumplimiento y la eventual multa, porque, de una parte, el cronograma de las obras voluntarias se ejecutó oportunamente y el contrato establecía unos procedimientos y protocolos de verificación y entrega que el interventor no había cumplido, toda vez que inició el procedimiento sancionatorio sin que se cumplieran los 20 días de verificación de la Cláusula 27.2 y sin que le comunicara a OPAIN las Especificaciones Técnicas supuestamente incumplidas, otorgando un plazo razonable para que ésta las subsanara, como lo dispone la Cláusula 27.2.1.*

"Así mismo, le explica que consigna incumplimientos de ítems o actividades que no se podían ejecutar porque dependían de otras obras, complementarias asociadas o de adecuaciones de terceros tenedores de espacios.

"Al final de la comunicación, OPAIN le pone de presente a la Interventoría que lo que denomina incumplimiento de especificaciones técnicas no son más que condiciones normales en todas las obras, más aún en una de la magnitud y complejidad del aeropuerto, que son atendidas en un proceso de "postventa" y no una construcción sin cumplir las Especificaciones Técnicas.

"Vigésimo Segundo. – *El 29 de junio de 2017, según consta en comunicación JFA-A&C-0545-17, insiste en que el 15 de mayo de 2017 OPAIN no había terminado las obras porque los trabajadores seguían y siguieron trabajando los días posteriores. Así mismo, se ocupa de explicar por qué había incluido los ítems que corresponden a las obras complementarias y no a las obras voluntarias, insiste en algunos de los hallazgos anteriores y se ocupa largamente de exponer porqué las multas las debería imponer la*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

administración por acto administrativo unilateral y ya no por el juez del contrato.

"Vigésimo Tercero. – *mediante comunicación radicada el 31 de julio de 2017 en las oficinas del Consorcio JFA-A&C, interventor técnico del Contrato de Concesión, OPAIN le precisa a la Interventoría que el cronograma de las obras voluntarias pactado en el Otrosí 13 era "estimado" y sujeto a ajustes periódicos de acuerdo con el avance en las aprobaciones de diseños y de ejecución de las obras.*

"Le informó que la presencia de trabajadores en el sitio de las obras respondía a la natural necesidad de atender ajustes y actividades mínimas y menores, propios de las post ventas de la construcción de una infraestructura como la del Aeropuerto El Dorado; volviendo a indicarle que algunos de sus hallazgos de obras faltantes respondían a la dependencia que tenían con las obras complementarias.

"Vigésimo Cuarto. – *El 11 de octubre de 2017, mediante comunicación con radicado No. 2017-701-033035-1, la Agencia Nacional de Infraestructura convocó al representante legal de OPAIN S.A. y a los representantes legales de las aseguradoras del contrato de concesión, "a la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011", para adelantar el "Proceso Administrativo Sancionatorio por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 27 "EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN", numeral 27.2 "Verificación de las Obras" en la Cláusula 33 "OBRAS VOLUNTARIAS", numeral 33.3 "Ejecución de la Obra Voluntaria", en cuanto se refiere a la entrega del subproyecto de obra voluntaria del Muelle Sur – Ampliación Terminal de Pasajeros, del Contrato de Concesión.*

"De conformidad con la comunicación de la ANI, ésta invoca la ley 1474 de 2011 como fundamento de sus facultades sancionatorias unilaterales. Se le reprocha a OPAIN un presunto incumplimiento de las obligaciones de terminar las obras voluntarias de ampliación del Muelle Sur de la Terminal de Pasajeros el 15 de mayo de 2017 y de no cumplir las obras entregadas con las Especificaciones Técnicas, según

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

verificación de la Interventoría del 26 de mayo de 2017, respecto de la cual nos referimos en los hechos anteriores.

"La audiencia se citó para el 20 de octubre de 2017, a las 9:30 am. Y la multa se tasó en \$2.124.624.960, liquidada por los 32 días transcurridos entre el 16 de mayo y el 16 de junio de 2017, dejando a salvo la facultad de actualizar ese valor por cada día que pasara hasta que se profiriera una decisión de fondo.

"Vigésimo Quinto. – *El 19 de octubre de 2017, mediante comunicación con radicado No. 2017-409-112173-2, Opain le explicó a la ANI las razones por las cuales ésta se estaba apartando y desconociendo lo acordado en el contrato en materia de multas y su procedimiento sancionatorio.*

"En efecto, sin perjuicio del contenido integral y literal del documento, Opain objetó y rechazó el procedimiento de multa invocado, explicando los fundamentos legales y jurídicos que hacían del procedimiento sancionatorio pactado en la cláusula 63.20 el único precedente; llamando la atención sobre lo que representaba como incumplimiento del contrato apartarse de sus estipulaciones unilateralmente; poniendo de presente que ya se había convocado un tribunal de arbitramento el 28 de junio de 2017, otro el 16 de agosto de 2017 y uno más el 12 de septiembre de 2017, para que fuera el juez del contrato quien resolviera de diferencia existente respecto al procedimiento aplicable y, por última, señalando las inconsistencias, omisiones, imprecisiones, deficiencias y equivocaciones de la interventoría que recogía la ANI en la citación a descargos en el procedimiento administrativo unilateral que pretendía iniciar.

"Así mismo, se refirió al informe de la interventoría, explicando lo que ya se dijo en hechos anteriores.

"Anexamos la comunicación como prueba.

"Vigésimo Sexto. – *Tenemos noticias, por las aseguradoras, que la ANI dio inicio a la audiencia sin la comparecencia de Opain. Ésta optó por no acudir a la citación de la audiencia, para no dar a entender con su asistencia que estaba convalidando la nulidad de la actuación.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**"HECHOS RELACIONADOS CON LAS MULTAS POR EL
SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DEL CRONOGRAMA Y
ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LAS OBRAS VOLUNTARIAS
EN EL MUELLE NORTE DEL TERMINAL DE PASAJEROS**

***"Vigésimo Séptimo.* – El 18 de diciembre de 2017, mediante comunicación con radicado 2017-701-040286-1, que se anexa a la reforma de la demanda como prueba, la ANI convocó a OPAIN y a las aseguradoras, a una audiencia para iniciar un procedimiento sancionatorio por el presunto incumplimiento de las obligaciones del contrato referidas a las obras voluntarias de ampliación del Muelle Norte del Terminal de Pasajeros, que OPAIN voluntariamente propuso y se comprometió a ejecutar.**

"El procedimiento sancionatorio anunciado por la ANI fue el establecido en la ley 1474 de 2011 (artículo 86), apartándose de lo estipulado en el Contrato de Concesión 6000169 OK de 2006.

"El presunto -e inexistente- incumplimiento en el que se fundó la ANI para iniciar la actuación administrativa unilateral de incumplimiento, parte del informe de la interventoría del 15 de mayo de 2017 (JFA-AW&C-0435-17), "avalado por el supervisor del proyecto" y aunque refiere la abundante correspondencia cruzada entre esa fecha y el 16 de noviembre de 2017, nada dice de las siguientes comunicaciones de OPAIN, en las cuales registró la debida terminación de las obras voluntarias y consignó el cumplimiento de las especificaciones técnicas o las reparaciones de las observaciones menores anotadas por la interventoría:

- ✓ ***Comunicación 20179600004621 del 30 de mayo de 2017***
- ✓ ***Comunicación 20179500052201 del 20 de junio de 2017***
- ✓ ***Comunicación 20179500057281 del 5 de julio de 2017***
- ✓ ***Comunicación 2017960005901 del 11 de julio de 2017***
- ✓ ***Comunicación 2017960006651 del 1 de agosto de 2017***
- ✓ ***Comunicación 20179610007401 del 24 de agosto de 2017***
- ✓ ***Comunicación 20179500081861 del 18 de septiembre de 2017***

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

- ✓ *Comunicación 20179500099471 del 3 de noviembre de 2017*
- ✓ *Comunicación 20179500102131 del 16 de noviembre de 2017*

La multa a imponer, de 90 SMMLV por cada día del supuesto incumplimiento, por el periodo comprendido entre el 17 de abril y el 16 de junio de 2017 (61 días), se tasó en \$4.059.204.034,24 y la audiencia para imponer la sanción fue convocada para el 18 de enero de 2018. De ahí que la presente reforma de la demanda se radique formalmente y se informe a la ANI el día anterior.

"Vigésimo Octavo. – *Finalmente, es de referir que la convocatoria del 18 de diciembre de 2017, a la audiencia que pretende desarrollar en sede administrativa el procedimiento unilateral de imposición de la multa del hecho anterior, se hizo aun en contra de lo ocurrido el 5 de diciembre de 2017, cuando el interventor le informó a OPAIN, mediante oficio JFA-A&C-0982-17, que se anexa como prueba, que habiendo verificado las obras del subproyecto de obras voluntarias para la ampliación del terminal de pasajeros, muelle norte, fase 1, estas fueron encontradas "en un todo de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 27....", manifestando "su conformidad con la construcción...".*

"Se evidencia así el ánimo sancionatorio unilateral de la ANI, aun en contra de los hechos referidos por su interventoría.

"Respecto a la falsa premisa del interventor, según el cual las obras voluntarias no fueron entregadas en la fecha establecida en un cronograma estimado entregado por OPAIN, se debe tener en cuenta lo establecido en la cláusula primera del Otrosí No. 13 del 3 de julio de 2015 que al respecto señala: "(...) El cronograma general de las intervenciones se entiende como un cronograma estimado el cual será objeto de ajustes periódicos de acuerdo con los avances en las aprobaciones de diseños de detalle y ejecución de las obras sin perjuicio de lo dispuesto en el literal iv) de esta cláusula."

"Vigésimo Noveno. – *El 9 de enero de 2018, OPAIN radicó en la ANI la comunicación 2018-409-001414-2, en la que, por*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"enésima" vez explica la improcedencia del procedimiento sancionatorio administrativo unilateral que quiere desarrollar la ANI, explicando, además, que no hubo un incumplimiento contractual, toda vez que las obras se terminaron dentro del cronograma fijado y ajustable por el mismo OPAIN, salvo aquellas que, por la acción de los tenedores para adecuar sus locales, no se podían ejecutar. En lo demás, explicó OPAIN, las observaciones de la interventoría sobre incumplimiento de especificaciones técnicas, realmente se trataban de remates menores de obra y aseo de obra, que no afectaban la funcionalidad y operación de las mismas.

"Trigésimo. – *Ante el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio que desconoce lo pactado en... el Contrato de Concesión, incumpliendo sus previsiones, usando poderes que se otorga de manera unilateral, Opain se vio precisado a acudir al juez del contrato para que resuelva la controversia. De ahí esta demanda".*

3.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Tal como se indicó anteriormente, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA contestó oportunamente el escrito introductorio, dio respuesta a cada uno de los hechos de la demanda, solicitó la práctica de pruebas, objetó el juramento estimatorio y con el fin de enervar las pretensiones de la demanda formuló las excepciones de mérito que a continuación se relacionan:

3.1. Aplicación Inmediata de la ley por expresa disposición legal.

Se expresó por la Convocada que el Tribunal debe dar aplicación al procedimiento sancionatorio contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que el mismo es imperativo para la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

Manifestó que el régimen sancionatorio ha evolucionado, por lo que su entendimiento en la actualidad debe ser distinto al del momento en que se suscribió el Contrato.

Expresó que, en efecto, en 2006, cuando se perfeccionó el Contrato, la Ley 80 de 1993, normatividad aplicable para la materia en aquel tiempo, no admitía que las multas pudieran ser aplicadas en forma directa y unilateral por las

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

entidades públicas. Por el contrario, si bien era posible que se pactara la imposición de multas por la voluntad de las partes, era el juez del contrato quien, en ultimas, determinaría su imposición.

Afirmó que el panorama cambió con la expedición de dos normas fundamentales: (i) el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y (ii) el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

A juicio de la Convocada, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 habilitó expresamente a la entidad contratante para imponer multas unilateralmente, siempre que ésta facultad se hubiera pactado entre las partes.

El argumento de la Convocante es del siguiente tenor:

*"De la lectura del artículo recién transcrito, así como de conformidad con el desarrollo jurisprudencial "El artículo 17 de la ley 1150 de 2007 habilita en forma expresa a la entidad contratante para imponer las multas o declarar el incumplimiento total o parcial del contrato con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal, **siempre que se hubiesen pactado**, y autoriza a obtener su pago por cualquier mecanismo. Puede afirmarse, entonces, que si bien antes de la ley 1150 de 2007 el tema de las multas no tuvo un tratamiento uniforme en cuanto a su tipicidad legal, esto es, acerca de su procedencia e imposición unilateral por la Administración, ahora no cabe duda sobre su existencia y la competencia para ejercerla con ese carácter por las entidades públicas en materia de contratación estatal, pues, pese a que se activa por la voluntad de las partes en tanto debe pactarse una estipulación en tal sentido, tiene un tratamiento excepcional para su aplicación y cobro en virtud de la citada ley, en la que se privilegiaron los principios de legalidad, igualdad y debido proceso." (Subrayado fuera de texto).*

Como puede verificarse de la norma y el aparte jurisprudencial, la ley 1150, previó la posibilidad de que la entidad contratante, de forma unilateral impusiera multas, siempre y cuando, en el contrato se hubiere pactado de tal forma, condición que no se cumple según lo acordado por las partes en el Contrato 6000169OK de 2006, por lo que, no existiendo acuerdo en relación con la aplicación unilateral de las multas por parte de la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

administración y siendo clara la condición fijada por el parágrafo transitorio del artículo 17, para el caso concreto del Contrato 6000169OK, bajo lo previsto en la Ley 1150, no resultaba posible que de manera unilateral la entidad contratante pudiera imponer multas."

Reconociendo que bajo el régimen del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no era posible que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA impusiera multas en el marco del Contrato de Concesión 6000169OK, la Convocada argumentó que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, vigente para el momento en que se iniciaron los diferentes procesos administrativos sancionatorios que dieron origen a la presente controversia, estableció la facultad de las entidades contratantes para imponer multas, sin necesidad de que existiera acuerdo para tal efecto. Al respecto, la Convocante expresó lo siguiente:

"Ahora bien, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, norma vigente a la fecha de presentación de esta contestación y vigente igualmente al momento de la iniciación de los cinco (5) procesos sancionatorios que dan origen al presente proceso arbitral, eliminó la condición prevista por el parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150, dando la posibilidad a que las entidades contratantes, de manera unilateral, y, sin la necesidad de que exista acuerdo al respecto, impongan directamente y a través de actos administrativos, multas a los contratistas incumplidos".

Con fundamento en lo anterior, la Convocante explicó que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 debía ser aplicado al Contrato de Concesión, aun cuando éste se hubiera expedido con posterioridad a la suscripción del Contrato. Al respecto la Convocante señaló que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 tiene el carácter de norma procesal, por lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, según el cual las normas procesales rigen de manera inmediata luego de su promulgación y prevalecen sobre las anteriores, debe ser éste el que se aplique para la imposición de multas en el caso particular.

Como consecuencia de las anteriores reflexiones, la Convocada señaló que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es una norma procedimental especial para la imposición de multas. En tal sentido, afirmó que se trata de una disposición legal que impone un límite a la autonomía de la voluntad de las partes, de tal suerte que lo estipulado en la cláusula 63 del Contrato de Concesión resulta inaplicable.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

3.2. Inepta demanda por no cumplir con los requisitos formales.

La Convocada señaló que la demanda reformada que presentó OPAIN adolece de defectos que impiden que tal escrito cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 82 del Código General del Proceso. Puntualmente, indicó que el escrito respectivo incumple el numeral quinto de la referida disposición, según el cual la demanda debe indicar *"Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados"*.

Al respecto, la Convocada afirmó lo siguiente:

"De la simple lectura de los hechos de la reforma [de la] demanda, es posible verificar que, dentro de los mismos, no se incluyó hecho o prueba alguna que soporte las pretensiones Séptima a Decima Primera. En efecto, si la parte demandante pretendía que el Honorable Tribunal declarara el cumplimiento de obligaciones a su cargo, a lo sumo, debió referenciar hechos en donde fuera evidente dicho cumplimiento".

A manera de ejemplo, la Convocada afirmó que la pretensión séptima, relativa a que se declare que el subproyecto vías, redes, parqueaderos, separación de redes REAN/RTAN/RTAP del hito 8 de la etapa de modernización y expansión fue culminado cumpliendo con los fines contractuales, no cuenta con hechos relacionados en la demanda reformada a partir de los cuales puedan tenerse elementos de juicio para determinar dicho cumplimiento. La anterior situación, a juicio de la Convocada, se repitió en las pretensiones octava a décima de la demanda reformada.

Por último, expresó la Convocada que, dada la deficiente estructuración de la demanda reformada respecto de los hechos que soportan sus pretensiones, el ejercicio de la defensa se dificultó al no poder desvirtuar hechos inexistentes en la demanda. Por tal motivo, solicitó que se desestimaran las pretensiones séptima a decima primera.

3.3. Falta de competencia del Tribunal para conocer de los presuntos incumplimientos.

La Convocada afirmó en su contestación a la demanda reformada que el Tribunal no es competente para conocer las pretensiones séptima a décima primera, por cuanto mediante estas solicitudes la Convocante pretende que se declare el cumplimiento de obligaciones del concesionario, suplantando así la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

facultad de la entidad estatal de imponer multas al contratista incumplido. Lo anterior, partiendo de la base de que la normatividad aplicable a la imposición de multas es el procedimiento contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Como sustento de su posición, afirmó la Convocada que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado con claridad que la administración cuenta con la facultad de imponer multas al contratante incumplido.

Dado lo anterior, sostuvo que el Tribunal debe declararse incompetente para conocer las pretensiones séptima a décima primera de la reforma de la demanda, toda vez que la facultad de imponer multas al contratista incumplido está radicada exclusivamente en cabeza de la entidad contratante.

**CAPÍTULO TERCERO
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.

En forma previa a adoptar la decisión de fondo que resuelva sobre las pretensiones y excepciones formuladas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se encuentran satisfechos los presupuestos procesales, en particular por cuanto la Convocada ha cuestionado su debida concurrencia en esta tramitación.

En consecuencia, debe establecerse si se cuenta con los requisitos que deben concurrir en todo proceso para que el juez pueda aplicar el derecho sustantivo y, en consecuencia, proferir una decisión de fondo. Como es suficientemente conocido, estos presupuestos corresponden a la capacidad para ser parte, la demanda en forma y la competencia¹.

¹ Sobre los presupuestos procesales, la Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente: "*Trátase de elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. No conciernen a la relación jurídica sustancial controvertida, causa petendi, petitum, ni a la legitimación en causa, aptitud o interés específico para deducir, controvertir o soportar la pretensión, cuestiones todas del derecho sustancial (CXXXVIII, 364/65), sino a "los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido del proceso (sentencia del 14 de agosto de 1995 exp. 4268), esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso, en tanto, el derecho de acción es una condición de la providencia favorable de la litis contestatio (LIX, 818; LXXV, 158 y XXVI, 93)".* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de julio de 2008. M.P. William Namen Vargas.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

En relación con la capacidad de las partes de esta controversia nada se ha discutido en la actuación y, por el contrario, esta acreditado suficientemente que tanto la Convocante como la Convocada son personas jurídicas con aptitud suficiente para comparecer a este proceso y lo han hecho mediante representantes debidamente constituidos.

Como la Convocada ha discutido particularmente que se cumplan los requisitos de demanda en forma y la competencia del Tribunal para dirimir la controversia, a continuación procederá el panel arbitral a realizar el análisis de estos presupuestos para efectos de verificar su presencia en esta actuación.

1.1. Demanda en Forma.

Según ya se ha señalado, en la contestación de la reforma de la demanda la Convocada manifestó que la demanda reformada no reúne los requisitos establecidos en el artículo 82 del Código General del Proceso. Puntualmente, afirmó que el escrito no cumple con el numeral quinto de la referenciada norma, el cual establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 82. REQUISITOS DE LA DEMANDA. Salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos:

(...)

5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados".

Al respecto, manifestó lo siguiente:

"De la simple lectura de los hechos de la reforma [de la] demanda, es posible verificar que, dentro de los mismos, no se incluyó hecho o prueba alguna que soporte las pretensiones Séptima a Decima Primera. En efecto, si la parte demandante pretendía que el Honorable Tribunal declarara el cumplimiento de obligaciones a su cargo, a lo sumo, debió referenciar hechos en donde fuera evidente dicho cumplimiento".

Respecto de esta temática el Consejo de Estado se ha manifestado de la siguiente manera:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"Ha dicho la Jurisprudencia de la Sala que la demanda es el instrumento a través del cual se ejercita el derecho de acción, es decir, que inicia el proceso judicial para obtener -mediante la sentencia- la resolución de las pretensiones que formula el demandante. Considerando, entonces, la importancia que tiene la demanda como mecanismo introductorio del proceso jurisdiccional, es preciso tener en cuenta que la normatividad ha establecido diversos requisitos para el cumplimiento del presupuesto procesal denominado "demanda en forma".

"De acuerdo con esto, no cualquier escrito denominado demanda pone en funcionamiento la jurisdicción, pues se debe cumplir con los requisitos dispuestos por la normatividad para estructurar la demanda en debida forma (...)."

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente respecto del cumplimiento del presupuesto procesal objeto de estudio:

"Dentro de dichos presupuestos es preciso destacar el relacionado con la aptitud formal de la demanda, cuya trascendencia es insoslayable si se repara en que ésta es el acto típico que funda el proceso, ya que contiene la declaración de voluntad del demandante por medio de la cual fija los hitos a través de los cuales habrá de transcurrir la litis, más concretamente, en cuanto que de ese modo expresa y delimita sus pretensiones, restringiendo a estos aspectos, el debate judicial.

"Consciente el legislador de la dimensión procesal de la demanda, estableció un conjunto de exigencias formales de carácter fundamental, por medio de las cuales pretende garantizar que dicho libelo agote los fines y efectos que le son propios, formalismo que debe mirarse en ese sentido, es decir como un aval de seguridad y legalidad procesal, y no, como suele suceder -y este asunto es ejemplo de ello-, con un criterio formalista, arcaico e inquisidor por medio del cual el juzgador, so pretexto de fútiles imprecisiones de la demanda, se sustraiga de

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de enero de 2015. C.P: Olga Mérida de De La Hoz. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00813-01(26408).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

su obligación de componer el litigio aplicando la voluntad concreta de la ley.

"De ahí que se haya sostenido que en aquellos casos en que exista cierta vaguedad en la demanda, el juez está en la obligación de interpretarla "...con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe ni modifique los capítulos petitorios del libelo. En la interpretación de una demanda, ha dicho la Corte, existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo..." (G.J. tomo XLIV, pág.439), facultad que se torna en un deber en cuanto compele al fallador a emplear sus atribuciones legales para evitar las decisiones inhibitorias (artículo 39 del Código de Procedimiento Civil)."³

Con fundamento en lo anteriormente ocurrido, el Tribunal considera que el escrito que contiene la demanda reformada sí cumple con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para ser considerado como una "demanda en forma", toda vez que los fundamentos fácticos que sirven de sustento a las pretensiones séptima a décima primera están relacionados en los hechos noveno a trigésimo de la demanda, en los cuales el demandante, además de controvertir la imputación de incumplimiento que se le ha formulado en las diversas actuaciones administrativas adelantadas por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y de discutir el procedimiento aplicable, afirma que no ha violado los deberes que le corresponden de conformidad con el contrato de concesión y su regulación complementaria solicitando, a su vez, la práctica de diversos medios probatorios para efectos de acreditar que ha ejecutado el contrato en los términos convenidos.

1.2. La Competencia.

La Convocada expresó en su contestación a la demanda reformada que el Tribunal no es competente para conocer de las pretensiones séptima a decima primera, toda vez que, a sabiendas de que mediante éstas se pretende que se declare el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, el Tribunal estaría usurpando la función de la entidad contratante de determinar unilateralmente el incumplimiento contractual a efectos de imponer multas.

Como sustento de su posición, la Convocada argumentó que, si bien al momento de la suscripción del contrato se estableció un procedimiento para la

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Exp. 5656. M.P. Jorge Castillo Rugeles.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

imposición de multas en el que, en caso de constantes desacuerdos entre las partes del contrato respecto de la multa, habría de ser el juez del contrato quien decidiera su imposición, el estado de cosas al respecto se modificó con la expedición de la Ley 1474 de 2011, la cual contempla en su artículo 86 un procedimiento específico y de obligatoria observancia para la imposición de multas por parte de las entidades estatales.

En tal sentido, la Convocada consideró que no es dable para el Tribunal pronunciarse sobre las pretensiones que involucran la determinación de si el concesionario cumplió o no con las obligaciones a su cargo derivadas del contrato de concesión 600169OK de 2006 y que, por el contrario, únicamente la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA está facultada para adoptar tal determinación.

Al respecto el Tribunal debe recordar lo que respecto de su propia competencia para conocer y decidir esta controversia, manifestó en la primera audiencia de trámite:

"6.2- Competencia:

"Para resolver sobre la competencia de este Tribunal de Arbitramento para adoptar decisiones respecto de las controversias que han sido planteadas en la demanda reformada y su respectiva contestación, el Tribunal estima pertinente realizar las siguientes consideraciones:

"6.2.1. *Las partes están facultadas para acudir al arbitraje en ejercicio del derecho constitucional de acceso a la Administración de Justicia, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Política y su desarrollo en la Ley 1563 de 2012.*

"6.2.2. *Las diferencias sometidas a decisión del Tribunal se refieren a asuntos de naturaleza patrimonial susceptibles de disposición y transacción, en el marco de la relación contractual materializada en el Contrato 6000169 de "CONCESIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN, EXPLOTACIÓN COMERCIAL, MANTENIMIENTO Y MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL EL DORADO DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C." de 12 de septiembre de 2006. Las pretensiones formuladas por **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A.-OPAIN S.A.** en el escrito que incorpora la reforma de la demanda, se encuentran*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*comprendidas dentro de las materias en relación con las cuales las partes habilitaron al tribunal de arbitraje para administrar justicia de conformidad con el pacto arbitral inicialmente transcrito. En efecto, en la Cláusula 66 del contrato antes mencionado se establece, en su parte inicial que, "Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, ejecución o liquidación de este **Contrato**, cuya resolución no sea competencia del **Amigable Componedor** de acuerdo con lo señalado en este **Contrato** será dirimida por un Tribunal de Arbitramento de conformidad con las reglas que adelante se establecen (...)"*

"6.2.3. Evaluado el pacto arbitral que sirve de fundamento al presente proceso, se observa que dicha estipulación fue acordada por sujetos de derecho con capacidad para el efecto, y no se advierte causal alguna que pueda afectar su existencia, validez o eficacia, aspectos éstos que, por lo demás, no han sido cuestionados por las partes de este trámite.

"6.2.4. Las partes han acudido al arbitraje por conducto de apoderados judiciales, a los que se les ha facultado para representarlas, cumpliendo la normatividad aplicable para el efecto.

"6.2.5. La parte Convocada, en el escrito de contestación de la demanda formuló la excepción que denominó "FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA CONOCER DE LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS", en la que, en síntesis, señaló que "el Honorable Tribunal no es competente para resolver las pretensiones Séptima a Decima Primera, por cuanto con las mismas se busca que el Tribunal declare el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario, desconociendo y suplantando la facultad que por mandato legal (Art. 86 de la Ley 1474 de 2011) se le hiciera a la entidad contratante de imponer multas al contratista incumplido". Destaca la parte Convoca[da] la potestad sancionadora otorgada a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en virtud del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, lo que, en su concepto, habilitó a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA para iniciar los cinco (5) procesos sancionatorios objeto del presente trámite arbitral, e imponer las multas correspondientes. Concluye, por tanto, que resulta evidente que siendo la facultad de imponer multas una facultad

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

que radica en la entidad contratante, por mandato constitucional y legal, no puede el Tribunal Arbitral pronunciarse al respecto por carecer de competencia para hacerlo, razón por la cual, debe el Tribunal declararse incompetente para conocer de las pretensiones Séptima a Decima Primera de la reforma de la demanda'.

"Por su parte, la Convocante, al descorrer el traslado de las excepciones de mérito, destacó el contenido de la Cláusula 63.20 del Contrato 6000169, en virtud de la cual las partes, y particularmente OPAIN, tiene "libertad" para acudir al arbitraje como mecanismo de solución de las controversias que se susciten con ocasión de las multas; así mismo, resaltó el contenido genérico de la cláusula compromisoria, que hace referencia a "cualquier divergencia" que surja entre las partes, para atribuirla al conocimiento del Tribunal; y finalmente, hizo referencia a las normas constitucionales y legales que habilitan al Tribunal de Arbitramento para resolver esta controversia, así como al comportamiento previo de la Convocada, para concluir que este Tribunal de Arbitramento es competente para conocer de todas las pretensiones incorporadas en la demanda reformada.

"Analizados los argumentos esgrimidos por las partes, el Tribunal considera que la incorporación en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de una reglamentación sobre la imposición de multas por parte de las entidades estatales, en el marco de los contratos celebrados por las entidades sometidas al régimen del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, e incluso para declarar el incumplimiento de sus contratistas, no elimina o desplaza la competencia del Juez del Contrato para pronunciarse respecto del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de los contratistas, e incluso sobre las multas impuestas en desarrollo de los contratos estatales. Al respecto se destaca, en primer término, que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la imposición de multas y la controversia que se pueda suscitar respecto de la situación de cumplimiento o incumplimiento del contratista, no sitúa la controversia en un debate relativo al ejercicio de potestades excepcionales al derecho común señaladas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, que pudiera limitar la competencia de los árbitros. De igual forma, en concepto del Tribunal, una interpretación como la propuesta por la parte Convocada afectaría en forma grave el derecho constitucional

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

fundamental de acceso a la Administración de Justicia, pues se le estaría vedando a los árbitros –y por extensión a los Jueces- la facultad de pronunciarse sobre el incumplimiento contractual, base de diversos medios de control de conocimiento de la Jurisdicción, con lo que se limitaría en forma ostensible el derecho de los administrados a obtener de la Administración de Justicia un pronunciamiento vinculante sobre sus legítimas aspiraciones. Por último, teniendo presente la forma amplia como están redactadas las cláusulas 63.20 y 66 del Contrato 6000169, la limitación a la competencia del Tribunal de Arbitramento que propone la parte Convocada iría en contra del texto y del sentido del pacto arbitral libremente consentido por las partes.

"6.2.6. *De las consideraciones que anteceden este panel arbitral concluye que se cumplen los requisitos para que el Tribunal asuma competencia para conocer de la demanda reformada, así como de las respectivas excepciones de mérito propuestas, en tanto se cumplen los presupuestos previstos por la ley, es decir: (i) la existencia de un pacto arbitral válido y eficaz celebrado por las partes de este trámite; (ii) las partes procesales coinciden con quienes convinieron el pacto arbitral, cumpliéndose el elemento subjetivo; (iii) las partes son plenamente capaces y están facultadas para disponer de sus derechos; (iv) la materia de las pretensiones de la demanda reformada así como la de las excepciones planteadas frente a las mismas está comprendida dentro de los aspectos contemplados por el pacto arbitral, por lo cual desde el punto de vista objetivo, en lo que debe tenerse en cuenta en esta etapa del trámite, el pacto arbitral y el objeto de la controversia coinciden; y, finalmente, (v) las pretensiones de la demanda son de carácter patrimonial y de naturaleza transigible y dispositiva."*

Debe destacarse que el señor representante del Ministerio Público, en su concepto final coincidió con la posición adoptada por el Tribunal respecto de la competencia del panel arbitral para resolver las diferencias a las que se hace alusión en la demanda reformada, expresando lo siguiente:

"(...) el Ministerio Público considera que es competencia del Juez del Contrato, en este caso, del Tribunal de Arbitramento, pronunciarse respecto del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de los contratistas, y sobre la declaratoria o no de las

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*consecuentes multas pactadas en la cláusula 63 del contrato en estudio*⁴

Evaluadas por el panel arbitral las reflexiones que en su momento realizó para efectos de asumir competencia en la primera audiencia de trámite, así como el pronunciamiento de la Procuraduría, no encuentra razón alguna para modificar su posición sobre el particular como lo solicita la Convocada, por lo cual reafirma su competencia para decidir de fondo la presente controversia.

Cuando resulte pertinente en el análisis de fondo sobre las pretensiones de la demanda reformada, el Tribunal volverá nuevamente sobre algunos de los aspectos tratados en el presente acápite de presupuestos procesales.

En consecuencia, y encontrando el Tribunal que concurren en forma plena los requisitos para dictar el laudo que decida sobre las pretensiones y excepciones formuladas por las partes, procede a continuación al análisis del fondo de la *litis*.

2. LA CONTROVERSIA SOMETIDA A DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

Son dos los puntos medulares de la controversia que deben ser resueltos por el Tribunal. El primero, tiene que ver con el mecanismo o procedimiento aplicable para efectos de evaluar la conducta del concesionario acerca de la eventual causación de multas a su cargo por el eventual incumplimiento de obligaciones, puesto que para la Convocante dicho procedimiento es el convenido en la cláusula 63.20 del Contrato de Concesión 6000169OK de 2006, al paso que para la Convocada es, después de la expedición de la Ley 1474 de 2011, el establecido en su artículo 86. El segundo, se relaciona con el cumplimiento o incumplimiento de algunas de las obligaciones derivadas del referido contrato, asunto que ocasionó divergencias por causa de los procedimientos administrativos de imposición de multas que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA puso en marcha de manera unilateral con apoyo en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

El Tribunal abordará separadamente estos dos frentes para despachar en ese orden las pretensiones de la demanda reformada puesto que, con apoyo en las conclusiones a las que se arribe respecto del primero, se analizarán las pretensiones primera a sexta. Las restantes, excepto la pretensión décima segunda que se refiere a costas, deberán decidirse con base en lo que se desprenda del segundo.

⁴ Página 34 del concepto.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

2.1. Procedimiento aplicable para la imposición de multas por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión 6000169OK.

2.1.1. Posturas encontradas de las partes.

2.1.1.1. Postura de OPAIN.

La pretensión primera de la demanda reformada es del siguiente tenor: *"Que se DECLARE que el procedimiento para la imposición de multas del Contrato de Concesión 6000169 OK de 2006 es el estipulado en la cláusula 63.20 del mismo".* En apoyo de su tesis, la Convocante comienza en su demanda sosteniendo que al entrar en vigor la Ley 80 de 1993, *"las entidades estatales dejaron de tener el poder exorbitante de imponer multas, toda vez que ni el artículo 14, sobre facultades exorbitantes, ni otra norma de la citada ley, fueron expresos en consagrarlo".* Complementa sosteniendo que *"la jurisprudencia se inclinó por la tesis según la cual era posible pactar la cláusula de multas en virtud de la autonomía de la voluntad, pero no así que pudiera ser aplicada en forma directa y unilateral por las entidades públicas, sino que le correspondía al juez determinar su imposición".* Al efecto cita un auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de febrero 20 de 1997, según el cual *"adicionalmente la sala llama la atención en que la ley 80 de 1993 no consagra ni multas ni cláusula penal pecuniaria como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias. Por consiguiente, cuando se pretenda utilizar estas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente. Cuando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare, porque el poder coactivo de la administración, que le permitía frente a determinados contratos imponer por sí mismo las sanciones de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el decreto 222 de 1983, desapareció por derogatoria expresa que de ese decreto hizo la Ley 80 de 1993, artículo 81, sin que fueran reemplazadas por esta ley..."*.

Cita también la sentencia de 20 de octubre de 2005, también de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la que se consideró que las entidades estatales no tenían competencia para estipular multas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y para imponerlas unilateralmente, porque la ley vigente no le atribuía la facultad para hacerlo: *"... ni en esta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

derogatoria que se hizo del decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado. No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia, y fue establecido por esta Sala mediante Providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales, e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual, y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para aplicarlas unilateralmente (...)".

OPAIN, al pronunciarse en relación con las excepciones propuestas por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, afirmó que *"la ley 1474 de 2011, no es una norma de carácter procesal que modifique la ritualidad de un juicio, como sí son las leyes 1437 (CPACA), 1563 (Arbitraje) y 1564 (CGP) del 2011 (sic)"*.

En sus alegatos de conclusión OPAIN manifestó, en relación con la fuerza obligatoria del contrato de concesión, que: *"[e]l contrato tampoco puede ser modificado por el legislador, así lo dispone el artículo 38 de la ley 153 de 1887, al ordenar que 'en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración', lo que significa que leyes posteriores no hacen parte del contrato. Sin embargo, esta regla general –como todas-, tiene sus excepciones: las leyes procesales y las leyes sancionatorias. Inclusive, la excepción de las leyes procesales viene en la misma ley 153 de 1887, que en su artículo 40 señala: Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que entren a regir."*

En esa misma oportunidad procesal, la Convocante se preguntó si *"¿puede una ley posterior a la celebración de un contrato con cláusula compromisoria, suprimir la competencia del tribunal de arbitramento?"*. Pregunta a la que respondió de la siguiente manera:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"[E]s el 'juez del Contrato' el competente para resolver las controversias sobre la aplicación de las multas pactadas en el Contrato de Concesión de septiembre de 2006, de conformidad con lo estipulado en las cláusulas 63.20 y 66 de este, toda vez que la cláusula compromisoria es una norma orgánica que no fue -ni pudo haber sido- modificada ni mucho menos derogada, expresa ni tácitamente.

"El procedimiento aplicable por el 'Juez del Contrato', obviamente no es el artículo 86 de la ley 1474 de 2011. Él debe estarse -hoy en día- a las leyes 1563/12 y 1437/11, así como al Código General del Proceso, por ser estas las normas de orden público y de aplicación general inmediata."

De manera que para la Convocante *"[C]uando se celebró el Contrato de Concesión, no tenía la entidad pública concedente la 'potestad' de 'imponerle' multas al concesionario, siguiendo una actuación administrativa y mediante acto administrativo unilateral. Era posible, por virtud de la autonomía de la voluntad, en caso de desacuerdo sobre la aplicación de la multa, que cualquiera de las partes del contrato acudiera a un tribunal de arbitramento para que, siguiendo el proceso arbitral y ejerciendo la potestad que, por disposición constitucional y legal, recibida por voluntad de las partes, resolviese si era o no aplicable la multa por incumplimiento"*.

2.1.1.2. Postura de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

Por su parte la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA planteó en la contestación a la demanda que la Ley 1474 de 2011 conlleva la aplicación preferente y exclusiva del procedimiento previsto en su artículo 86.

Se expresa así la Convocada:

"Para esta Agencia, la aplicación inmediata, exclusiva y retroactiva de lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, es un mandato legal de obligatorio acogimiento, lo que impide de manera rotunda la aplicación de las estipulaciones contractuales acordadas por las partes con la suscripción del contrato..."

Y para fundamentar esta aseveración plantea que el aludido texto legal es una norma de carácter procesal: *"Frente a la aplicación obligatoria, inmediata y retroactiva del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debe tenerse presente que*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

dicho artículo contempla indudablemente un procedimiento para la imposición de las sanciones, lo cual lo convierte en una norma de carácter procesal a la que le resulta aplicable lo ordenado por el artículo 40 de la ley 153 de 1887, en cuya virtud, las normas de carácter procesal rigen de manera inmediata a su promulgación..."

A tal efecto trae como referencia el concepto del 10 de octubre de 2013, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que sobre el mismo contrato objeto de este proceso, manifestó lo siguiente: *"En consecuencia es el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 la norma que actualmente regula la materia, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y su aplicación a los contratos celebrados con anterioridad a su vigencia, incluido el contrato de concesión 6000169OK de 2006 objeto de esta consulta, es claramente procedente en aplicación de los principios de efecto general inmediato y retrospectividad de la ley, los cuales fueron explicados por la Sala respecto del artículo 17 de la Ley 1150, pero especialmente por mandato del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, por cuya inteligencia en el tránsito de legislación de normas procesales `las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias ya iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación`"*

Expresa la Convocada en la contestación de la demanda reformada que *"... se resalta que el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, no consagró excepción alguna al procedimiento allí indicado, contrario a lo que sucedía con el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 que preveía en su parágrafo transitorio la limitación de la facultad sancionatoria a la existencia de un clausulado contractual en el que se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas"*

Al contestar el hecho quinto afirma la Convocada que,

"...la situación normativa cambió a partir de la expedición de la Ley 1474 de 2011 y particularmente teniendo en cuenta lo previsto en su artículo 86, ya que con éste el legislador eliminó la condición que disponía el parágrafo transitorio del Artículo 17 de la Ley 1150 y en su lugar dispuso la aplicación del procedimiento ahí previsto a la entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sin distinción o excepción alguna, por lo que, aquellos incumplimientos sucedidos

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

con posterioridad a la expedición de dicha ley, teniendo en cuenta el carácter retroactivo de la norma procesal, necesariamente debe tramitarse conforme al procedimiento previsto en el artículo 86".

Sobre la situación debatida a la luz de las disposiciones legales contenidas en las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, expresa la Convocada al formular sus excepciones:

"Como puede verificarse de la norma y del aparte jurisprudencial, la ley 1150, previó la posibilidad de que la entidad contratante, de forma unilateral impusiera multas, siempre y cuando, en el contrato se hubiere pactado de tal forma, condición que no se cumple según lo acordado por las partes en el contrato 6000169OK de 2006, por lo que, no existiendo acuerdo en relación con la aplicación unilateral de las multas por parte de la administración y siendo clara la condición fijada por el párrafo transitorio del artículo 17, para el caso concreto del contrato 6000169OK, bajo lo previsto en la ley 1150, no resultaba posible que de manera unilateral la entidad contratante pudiera imponer multas.

"Ahora bien, el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, norma vigente a la fecha de presentación de esta contestación y vigente igualmente al momento de la iniciación de los cinco (5) procesos sancionatorios que dan origen al presente proceso arbitral, eliminó la condición prevista por el párrafo transitorio del artículo 17 de la ley 1150, dando la posibilidad a que las entidades contratantes, de manera unilateral, y, sin necesidad de que exista acuerdo al respecto, impongan directamente y a través de actos administrativos, multas a los contratistas incumplidos.

"Respecto a la aplicación en el tiempo de lo previsto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, debe recordarse que éste tiene la naturaleza de norma procesal, por lo cual, le es aplicable lo previsto en el artículo 40 de la ley 153 de 1887, en cuya virtud, las normas de carácter procesal rigen de manera inmediata a su promulgación "[l]as leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias ya

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”
(subrayado del texto original).

Culmina la excepción denominada "*aplicación inmediata de la ley por expresa disposición legal*" con otra cita del ya referido concepto de 10 de octubre de 2013 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“...la competencia administrativa y los procedimientos para expedir los actos administrativos derivados de esas competencias son manifestación directa del principio de legalidad y, por lo mismo, solo el legislador puede establecerlos, por mandato de los artículos 6, 29, 121 y 122 de la Constitución política. Asimismo, las normas procesales son de orden público, de conformidad con los dictados del artículo 6 del Código de Procedimiento Civil.

"En esta medida, no es posible que las partes de un negocio jurídico estatal en virtud de la autonomía de la voluntad pueden convenir válidamente el procedimiento para el ejercicio de una potestad unilateral de la Administración, como es la imposición las multas en los contratos estatales, por la sencilla razón que las citadas normas constitucionales atribuyen exclusivamente al legislador dicha función, lo que les da el carácter de normas de orden público, respecto de las cuales no cabe el ejercicio, se insiste, de la autonomía de la voluntad".

2.1.1.3. Lo señalado por el Ministerio Público.

Considera el Agente del Ministerio Público que la pretensión primera de la demanda arbitral reformada tiene vocación de prosperidad, con fundamento en la distinta naturaleza que la Procuraduría encuentra en las disposiciones contenidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en el que distingue un primer apartado de naturaleza sustancial y un segundo segmento de naturaleza adjetiva o procedimental:

"Dada la naturaleza jurídica sustantiva de esta disposición de la Ley 1474 de 2011, la regulación de su aplicación en el tiempo debe ser la prevista en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en el sentido de que aquella rige solamente para los contratos que se celebren a partir de su vigencia. Para el caso, por tratarse de una

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

norma que reitera y complementa el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, debería entenderse que rige tal facultad excepcional para los contratos suscritos desde la promulgación de ésta y solamente tendrá efectos retrospectivos -por la libertad de configuración legislativa respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007 y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas."

(...)

"En conclusión respetuosa del Ministerio Público, para el caso del Contrato de Concesión 6000169 OK de 2006, si bien las partes pactaron multas para eventos de incumplimiento, no pactaron que la concedente tuviera la competencia o la facultad unilateral de imponerlas, mediante la expedición de un acto administrativo, y de hacerlas efectivas. Por el contrario, ante el desacuerdo del concesionario, la decisión final sobre la causación o no de las multas se dejó de consuno para el juez del contrato.

"En consecuencia, y en atención al principio de legalidad que rige la actuación administrativa, el párrafo transitorio de la Ley 1150 de 2007 no tiene efecto jurídico sobre las multas pactadas en el Contrato de Concesión 6000169 OK de 2006."

"Valga manifestar además que, si las partes no pactaron que la concedente tuviera la competencia o la facultad unilateral de imponer las multas, no existe por sustracción de materia un procedimiento contractual para imposición de multas en el texto de la cláusula 63.20 del contrato tal y como se ha expuesto. Bajo ese entendido, la pretensión primera de la demanda arbitral, referida a "Que se DECLARE que el procedimiento para la imposición de multas del Contrato de Concesión 6000169 OK de 2006 es el estipulado en la cláusula 63.20 del mismo", tendría vocación de prosperidad, no en el sentido de que dicha cláusula contiene un procedimiento de imposición de multas, sino en el entendido de que para la imposición de multas las partes están en

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

libertad de acudir a los métodos alternativos de solución de controversias previstos en el contrato...⁵

2.1.2. Postura del Tribunal sobre el procedimiento aplicable.

2.1.2.1. Precisión preliminar.

Estima conveniente el Tribunal precisar que el denominado en la cláusula 63.20 del Contrato de Concesión 6000169OK de 2006 "*Procedimiento para la imposición de multas*", expresión que emplea la Convocante en la pretensión primera de la demanda reformada, no es, según se desprende de dicha cláusula, un "procedimiento" en el sentido jurídico - formal de la palabra como lo sería un "procedimiento judicial o administrativo" o un "procedimiento sancionatorio", sino que se trata de un simple mecanismo, trámite o manera de proceder a efectos de discutir entre las partes eventuales incumplimientos, con miras a establecer la posible causación de multas en favor de la entidad contratante, que, por tanto, no conduce indefectiblemente a la imposición de tales sanciones contractuales⁶. En efecto, como allí se pactó, solamente en caso de acuerdo o de falta de objeción por parte del contratista, se desencadenaría la asunción de una multa. En caso contrario, las partes previeron la posibilidad de acudir a los métodos de solución de controversias también estipulados en el contrato, dentro de los cuales está el arbitraje.

Con el alcance mencionado, el Tribunal interpreta la pretensión primera de la demanda.

2.1.2.2. Planteamiento general del asunto.

Este aspecto de la controversia enfrenta instituciones de enorme significado para el ordenamiento jurídico. De un lado, los contratos válidamente celebrados, que constituyen a no dudarlo verdaderas normas o reglas de comportamiento según principio general reconocido en el artículo 1602 del Código Civil (principio de normatividad del negocio jurídico) y, de otro, las leyes del Estado que en un momento dado pueden entrar en conflicto con determinados contenidos incluidos en contratos previamente celebrados.

Dicho con una sola idea: se plantea en este frente del litigio un conflicto de leyes en el tiempo a la luz de la celebración, en el ínterin, de un contrato cuya

⁵ Páginas 31 y 33 del concepto.

⁶ Según el Diccionario de la Lengua Española, procedimiento, en su segunda acepción, es el "[m]étodo de ejecutar algunas cosas".

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

existencia y validez no han sido puestas en entredicho en este trámite arbitral. Por tanto, en la medida en que la Convocante busca que el Tribunal declare que el "*procedimiento aplicable para la imposición de multas*" por eventuales incumplimientos es el acordado en el Contrato -que data del año 2006- al paso que la Convocada sostiene que el procedimiento aplicable es el que señala la Ley 1474 de 2011, la cual, en materia de multas, consagra disposiciones ciertamente diferentes a las que legalmente regían al momento de celebración del Contrato, es claro que el Tribunal debe definir los efectos del correspondiente tránsito de legislación.

Está plenamente acreditada la válida celebración, el 12 de septiembre de 2006, del Contrato de Concesión 6000169OK. Este es un punto pacífico de la controversia, razón por la cual no considera el Tribunal necesario detenerse sobre el mismo.

2.1.2.3. Metodología de análisis.

Partiendo (i) de la existencia del contrato *sub examine*, y concretamente de la cláusula de multas, el Tribunal continuará su análisis con (ii) un recuento legal y jurisprudencial acerca del pacto de multas en los contratos estatales, que le permitirá contar con los presupuestos conceptuales necesarios como insumo para examinar, a continuación, (iii) los principios, reglas y normas previstos en el ordenamiento jurídico colombiano para la solución del conflicto de las leyes en el tiempo y su aplicación a la presente controversia.

2.1.2.4. La cláusula de multas en el Contrato 6000169OK de 2006.

La cláusula es del siguiente tenor:

**"CAPÍTULO VIII – RÉGIMEN SANCIONATORIO Y SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS**

CLÁUSULA 63.- MULTAS

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

Las multas a las que se refiere la presente cláusula son apremios al Concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones y, por

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

lo tanto, no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios, de manera que pueden acumularse con cualquier forma de indemnización, en los términos previstos en el artículo 1600 del Código Civil.

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

(...)

"63.20 Procedimiento para la imposición de multas

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

63.20.1.- Inicio del procedimiento por parte del Interventor

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

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

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

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

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

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

63.22.2. Inicio del Procedimiento por parte de Aerocivil

Si Aerocivil encontrare que el Concesionario ha incumplido alguna de las obligaciones a que se refiere este Contrato, y que tal incumplimiento puede llegar a ser generador de multas en los términos señalados en los numerales anteriores, procederá a comunicar por escrito tal circunstancia tanto al Concesionario como al Interventor, exponiendo de una manera sumaria las razones por las cuales considera la existencia de un incumplimiento.

Si dentro de los diez (10) Días Hábiles siguientes al día en que se le haya informado al Concesionario lo previsto en el párrafo anterior, no hubiere objeción por escrito, dirigida a Aerocivil, por

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

parte del Concesionario, se entenderá tal silencio como una aceptación por parte del Concesionario en cuanto a la existencia del incumplimiento. En tal caso, Aerocivil podrá ordenar a la Fiduciaria el traslado del valor de la multa de la Subcuenta Principal a la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil. Durante este mismo lapso, el Interventor presentará al Concesionario y a Aerocivil su concepto sobre la procedencia o la improcedencia de la multa.

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

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

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

63.23. Límite a la imposición de multas

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

El valor total de las multas impuestas por Aerocivil al Concesionario no podrá superar el cinco por ciento (5%) del Valor Estimado del Contrato.

63.24. Pago de las Multas

Las multas serán pagadas por el Concesionario mediante una transferencia entre la Subcuenta Principal y la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil, la cual será ordenada por Aerocivil a la Fiduciaria una vez exista una obligación de pago expresa y exigible por parte del Concesionario y a favor de Aerocivil, lo cual ocurrirá cuando el Concesionario reconozca la causación de una multa o cuando tal hecho sea declarado en la sede de solución de controversias a la que hubieren acudido las partes...".

2.1.2.5. Evolución legal y jurisprudencial sobre el pacto de multas en los contratos estatales. Conclusiones.

Encuentra el Tribunal que para sustentar sus posturas las partes del proceso han hecho referencia a desarrollos legales y a diferentes decisiones que el Consejo de Estado ha emitido en cuanto al tratamiento de las multas en los contratos estatales. En tal sentido considera el Tribunal que debe hacerse referencia a la evolución legal, jurisprudencial y arbitral que en esta materia se ha dado en el derecho colombiano, pues dicho análisis resulta necesario para la adecuada fundamentación del presente laudo.

Poco pacífico y uniforme ha sido el desarrollo que el propio Consejo de Estado y la legislación han tenido en referencia a las multas. Los antecedentes normativos y por ende jurisprudenciales no han sido ajenos a la disyuntiva y tensión que presenta el contrato estatal en cuanto al derecho que lo nutre: no sólo el derecho privado sino también el derecho público⁷.

⁷ Al respecto señala CASSAGNE: "En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante, pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa.

"Ello no supone desconocer la ambivalencia que implica el hecho que el Estado (que es siempre una persona de derecho público) acuerda también contratos regulados, en punto a su objeto, por el derecho privado, ni tampoco que determinados contratos celebrados por particulares pasen a regirse por el derecho administrativo, en forma entremezclada con el derecho civil o comercial...". CASSAGNE, Juan Carlos. El Contrato Administrativo. Tercera Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 2009. Página 5.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

En ese orden de ideas, en la evolución que pasará a relacionarse se encuentran diferentes aspectos que resulta necesario abordar por el Tribunal, con la finalidad de resolver el conflicto que ha sido sometido a su consideración. Para ello utilizará el siguiente orden:

- a) El desarrollo legal y jurisprudencial.
- b) El desarrollo del tema en la justicia arbitral.
- c) Conclusiones.

a) El desarrollo legal y jurisprudencial.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993, se encuentran disposiciones específicas sobre la imposición de multas en el Decreto 150 de 1976 y en el Decreto 222 de 1983.

En el Decreto 150 de 1976, en su artículo 60, se establecía:

"Artículo 60. De las cláusulas sobre multas. En los contratos deberá incluirse la facultad de la Nación para imponer multas en caso de incumplimiento parcial, las que deberán ser directamente proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra la entidad contratante.

"Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 51 de este decreto.

"En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula..."

Señalaba el artículo 71 del Decreto 222 de 1983:

"Artículo 71. De la cláusula sobre multas. En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

"Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"En los contratos de empréstito no habrá lugar la inclusión de esta cláusula..."

Bajo la égida de los anteriores ordenamientos, se consideró a la estipulación sobre multas como una cláusula exorbitante, la cual debería ser impuesta por la entidad contratante mediante acto administrativo motivado. Así era manifestado de forma constante por la jurisprudencia de la época:

"...Ha dicho la jurisprudencia que la administración contratante tiene dentro de sus potestades exorbitantes la de declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista, mediante acto administrativo. Por eso se entiende que tenga el poder de imponer multas al contratista por sus incumplimientos parciales o declarar terminado el contrato por incumplimientos de mayor alcance. Poder éste que no podrá ejercerse sino antes del vencimiento del contrato y excepcionalmente luego de dicho vencimiento, pero solo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Esta es la jurisprudencia reiterada de la sala..."⁸

Se consideraba que las siguientes eran las características de las multas en contratos administrativos:

"...Las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica: inducir el cumplimiento del contrato. Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación) que sanciona no ya incumplimientos parciales y salvables, sino incumplimientos graves que muestran que ya el contrato no podrá cumplirse. Este poder exorbitante de imposición de multas tiene un límite temporal obvio: mientras esté vigente el contrato y la medida pueda producir el efecto deseado (el constreñimiento del contratista), ya que la medida no busca sancionar porque sí, sino sancionar para que el contratista que está incumpliendo se sienta compelido a cumplir..."⁹

⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de septiembre de 1991. Consejero Ponente: Carlos Betancourt Jaramillo.

⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 1 de octubre de 1992. Consejero Ponente: Carlos Betancourt Jaramillo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

La Ley 80 de 1993 guardó silencio frente a una regulación pública específica en materia de multas en los contratos estatales. Bajo las reglas señaladas en su artículo 13¹⁰, dejó a las partes la posibilidad de pactarlas, en respeto de la autonomía de la voluntad contractual. Ello trajo un nuevo escenario que se vio reflejado en el desarrollo jurisprudencial de los contratos celebrados en este período: no se trataba de cláusulas excepcionales al derecho común, menos aún eran expresión de la exorbitancia y no había competencia para que se emitieran actos administrativos para imponerlas por parte de las entidades estatales.

El Consejo de Estado, no fue ajeno a este nuevo escenario. Ya se anunciaban novedosas interpretaciones acordes con el cambio normativo de modelo, como se observa en auto del 20 de febrero de 1997:

"Adicionalmente la Sala llama la atención en que la Ley 80 de 1993 no consagra ni multas ni cláusula penal pecuniaria, como cláusulas implícitas en el contrato con el alcance de poderes exorbitantes o estipulaciones extraordinarias. Por consiguiente, cuando se pretenda utilizar esas figuras deberán ser expresamente convenidas por las partes y las circunstancias que las estructuren habrán de ser declaradas judicialmente. Cuando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare, porque el poder coactivo de la administración, que le permitía frente a determinados contratos imponer por sí mismo, las sanciones de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el decreto 222 de 1983, desapareció por derogatoria expresa que de ese decreto hizo la Ley 80 de 1993, artículo 81, sin que fueran reemplazadas por esta ley..."¹¹.

Poco pacífico fue el desarrollo jurisprudencial de la época, en donde en algunas decisiones se siguió señalando que el hecho de que la Ley 80 de 1993 no consagrara expresamente las multas como facultades exorbitantes, no

¹⁰ Señala el artículo 13: "De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley...".

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

implicaba que ellas no pudieran ser impuestas unilateralmente por la entidad contratante mediante acto administrativo¹².

Sin embargo, en sentencia del 20 de octubre de 2005 se retornó a la tesis sobre la inexistencia de competencia para imponer multas por las entidades contratantes mediante acto administrativo, reservándose la mencionada competencia al juez del contrato, con lo que se seguían los designios que al respecto establece el derecho privado:

"... Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado. No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a

¹² En tal sentido puede consultarse el Auto del 6 de agosto de 1998: *"Definido como está que las multas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista, el punto a considerar es si ese incumplimiento lo debe declarar el juez o si puede hacerlo directa y unilateralmente la administración a través de la expedición de un acto administrativo. Para la Sala la administración si tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla general otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos. En efecto, de conformidad con el art. 77 de la Ley 80 de 1993 'en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales'. A su vez, el artículo 23 del mismo estatuto prevé dentro de los principios con arreglo a los cuales se desarrollan las actuaciones contractuales, los particulares del derecho administrativo. Si la contratación estatal en los términos del artículo 3 de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan 'los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados', bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista..."*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente...."¹³.

En tal sentido se ha expresado en recientes pronunciamientos el Consejo de Estado:

"De conformidad con la Sentencia citada, cuyo contenido reitera la Sala en esta oportunidad, con la expedición de la Ley 80 de 1993 antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, si bien se habilitó a las partes del contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, para pactar la cláusula penal pecuniaria, no autorizó a las entidades contratantes en cuanto desapareció la competencia que les había sido otorgada por el Decreto-ley 222 de 1983, para expedir actos administrativos mediante los cuales impusieran unilateralmente multas o declararan el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en caso de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista particular, esto es sin necesidad de acudir al juez del contrato".¹⁴

"Durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, las partes podían pactar cláusulas referentes a multas y cláusula penal pecuniaria, no obstante, las entidades estatales no contaban con la facultad de hacerlas efectivas directamente, toda vez que la ley no lo consagró expresamente. Siendo ello necesario, en cuanto la justicia es función no confiada a las entidades públicas, tampoco a los particulares, sino a cargo de los jueces sometidos al imperio de la ley. Razón por la que las entidades debían acudir al competente....De lo anterior, se sigue que el

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 10 de noviembre de 2016. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

privilegio de autotutela administrativa que figura en el contrato que ocupa la atención de la Sala, es decir, la capacidad del sujeto contratante para tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva, sin necesidad de acudir el juez, comporta una competencia funcional que la entidad no puede adquirir por convención, lo que se traduce necesariamente en la vulneración del principio de legalidad, uno de los pilares y valores fundamentales del Estado de derecho que por lo mismo no se puede soslayar en orden a obtener el cumplimiento contractual... ”¹⁵.

Con la reforma que se hizo de la Ley 80 de 1993 en el año 2007 se retomó la discusión. En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, dispuso nuevamente una regulación pública de las multas. Señala el mencionado artículo:

"Del debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

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

"Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o

¹⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 8 de julio de 2016. Consejero Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas...".

En la interpretación del citado artículo el Consejo de Estado retornó en un principio, de forma poco precisa, a la concepción de la cláusula de multas como una manifestación de la exorbitancia, la cual ha venido siendo revaluada en posteriores decisiones.

En efecto mencionó en su momento:

"Esta consideración, conlleva a un análisis adicional, en el caso que ocupa a la Sala: ¿La imposición unilateral de multas pactadas, por parte de la entidad estatal contratante, constituye entonces una exorbitancia administrativa? La respuesta debe ser afirmativa, en concordancia con lo sostenido por la Sala en la sentencia de 20 de octubre de 2005. Sin duda alguna las multas que se analizan, son contempladas por el estatuto de la contratación estatal, como una capacidad de la entidad frente al contratista privado y no viceversa. Es entonces la naturaleza pública [de] una de las partes del contrato, la que justifica que en virtud de la función de dirección control y vigilancia, resulten procedentes las multas. La Ley 80 de 1993 como se observó no contempla a la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada. Si en desarrollo de ello, una entidad estatal la impusiera unilateralmente, ésta tendría la posibilidad de recibir un precio, a través de descuentos o cobros ejecutivos, posibilidad ésta que de manera alguna le resultaría viable al contratista. Se insiste en que esta posibilidad, debe concebirse dentro de la filosofía del rol que le corresponde a la entidad estatal en la ejecución del contrato, para con ello cumplir su objeto, que de una u otra manera guarda relación directa con los fines del Estado. Esta finalidad le ha servido en un caso similar, a la Corte Constitucional, para determinar la exorbitancia de una imposición de multas y la necesidad de la configuración legal de la misma. Es la condición entonces de la entidad estatal en relación con el contrato, entendido como instrumento para el cumplimiento de la función administrativa que le es propia, lo que justificaría la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

existencia de una prerrogativa pública consistente en la imposición unilateral de una multa, al contratista. Esta prerrogativa, sin embargo, según se anotó, debería estar contemplada en la ley, y en caso de ser así, con su ejercicio se verificaría una evidente exorbitancia administrativa.... a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad, un efecto retrospectivo, permitiendo que su imposición pueda hacerse, aún en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado "la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas". El párrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley. Vale la pena advertir, que de la aplicación en el tiempo de la disposición transcrita, se deriva una situación bien curiosa, con base en lo sostenido en los numerales anteriores; se trataría de una disposición legal que habilita a las administraciones públicas, para el ejercicio de prerrogativas públicas, a partir del reconocimiento de un contenido contractual que se convino formalmente antes de la entrada en vigencia de ésta, con base en unos efectos retrospectivos contenidos en ella..."¹⁶

A manera de ejemplo, y en forma opuesta, puede leerse la sentencia del 12 de agosto de 2013:

"En esta oportunidad se reitera que frente a la validez de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad impone multas al contratista, comoquiera que ello no comporta el ejercicio de una exorbitancia, los árbitros si pueden pronunciarse, tal como lo ha

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

considerado la Corporación al abordar y rectificar su Jurisprudencia en tan importante punto, para lo cual resulta necesario retomar y, por ende, reiterar las consideraciones y el análisis que sobre la facultad que asiste a los árbitros para decidir sobre la validez de los actos administrativos contractuales se efectuó en la sentencia que se transcribe in extenso..." (El subrayado fuera de texto).¹⁷

Sin embargo, ha existido una postura coincidente en cuanto a la aplicación del párrafo transitorio del mencionado artículo 17.

"Finalmente, la Sala precisa que si bien es cierto el párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, otorgó de manera retrospectiva facultad a la administración para imponer multas de forma unilateral, la Sección Tercera del Consejo de Estado en este último caso ha considerado que: El párrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley." En consecuencia, del análisis jurisprudencial antes expuesto, la Sala concluye que antes de entrar en vigencia de la Ley 1150 de 2007, se advertía la imposibilidad por parte de la Administración contratante de imponer de manera unilateral multas o cláusula penal o el incumplimiento contractual, reservando su imposición al juez del contrato. Además, la jurisprudencia ha sido clara en señalar que la facultad consagrada en el párrafo transitorio del artículo 17 de la referida Ley, se supedita a que la multa sea pactada con anterioridad a su expedición, pero que su imposición se produzca en vigencia de la citada norma, todo ello en cumplimiento del principio de legalidad que rige de manera estricta la facultad sancionatoria estatal..."¹⁸.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 3 de diciembre de 2015. Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de la Hoz.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

En igual sentido:

"Finalmente, la situación varió nuevamente cuando, mediante la Ley 1150 del 2007 se modificó la materia de la imposición de sanciones, y consagrando una marcada prevalencia de la autonomía de las partes del contrato, estableció en su artículo 17 la posibilidad de pactar las multas, así como la habilitación para la administración de imponerlas unilateralmente mediante un acto administrativo motivado...Puede surgir la duda de si a contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 del 2007 puede aplicarse la habilitación legal reseñada, en virtud de retrospectividad de la ley que se desprende del párrafo transitorio del artículo 17, mas ésta ya fue resuelta por la jurisprudencia de la Sala, que ha hecho hincapié en que la autorización en tal sentido solo puede ser aplicada a aquellas sanciones que hayan sido impuestas en vigencia de la ley, lo que en el caso de las multas, por su carácter apremiante, implica que para la fecha de la expedición de la ley debía estar en ejecución el contrato...Entonces, no se puede sino concluir que durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, y antes de que la Ley 1150 comenzara a regir, la administración carecía de la potestad de imponer multas de forma unilateral, puesto que esa norma solo le permitía pactarlas en el contrato, siendo indispensable que su imposición al contratista se produjera por parte del juez natural del contrato, y en todo caso, incluso para aquellos contratos celebrados antes de la reforma del 2007, era necesario que la imposición se diera en vigencia suya...Todo lo expuesto implica que, en atención al principio de legalidad que prevalece en materia de las funciones sancionatorias a cargo del Estado, en el caso concreto debe declararse la nulidad de los actos demandados por falta de competencia funcional de la Nación-Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto en ellos se ejerció una competencia que no estaba en cabeza de la entidad demandada, consistente en imponer de manera unilateral, mediante un acto administrativo motivado, una multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del actor..."¹⁹.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Por último y en lo que a su naturaleza y finalidad se refiere, se ha señalado:

"La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual. Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista..."²⁰

En la Ley 1474 de 2011, "por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública", se incorporaron una serie de artículos destinados a regular la contratación pública, entre ellos, los atinentes a la regulación del tema sancionatorio, como el artículo 86 que se transcribe a continuación:

"ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. *Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

"a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

"b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

"c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

"d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento..."

Específicamente y frente al Contrato de Concesión materia de la presente controversia, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emitió el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

10 de octubre de 2013 un concepto en el que consideró que el procedimiento pactado en la cláusula 63.20 es ineficaz de pleno derecho, de conformidad con lo establecido por los literales b) y d) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Allí se establecieron las siguientes conclusiones:

"...G. Conclusiones

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

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

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

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

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

"La cláusula 63.20.2 del contrato de concesión 6000169 OK de 2006 en la que se pacta un procedimiento para la imposición de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

las multas es ineficaz de pleno derecho por transgredir los literales b) y d) del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993. Por lo tanto no produce efectos jurídicos, y

"El procedimiento para la imposición unilateral de multas en un contrato estatal se encuentra actualmente establecido en las leyes 1150 de 2007, artículo 17, y 1474 de 2011, artículo 86..."²¹

b) El desarrollo del tema en la justicia arbitral.

El Contrato de Concesión 6000169OK de 2006 ha sido objeto de importantes decisiones en sede arbitral, en las que se ha hecho referencia al tema de las multas, al concepto emitido el 10 de octubre de 2013 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y a la interpretación del párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

En efecto, en el laudo emitido el 24 de agosto de 2015 se establecieron con meridiana claridad las siguientes consideraciones, que se transcriben *in extenso* por su importancia:

"... La cláusula de multas pactada en el contrato de concesión.

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

"Señala la mencionada cláusula:

"... CLAUSULA 63. MULTAS

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

²¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 10 de octubre de 2013. C.P. Álvaro Namén Vargas. Número único: 11001-03-06-000-2013-00384-00.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*"Las multas a las que se refiere la presente cláusula son apremios al **Concesionario** para el cumplimiento de sus obligaciones y, por lo tanto no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios, de manera que pueden acumularse con cualquier forma de indemnización, en los términos previstos en el artículo 1600 del Código Civil.*

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

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

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

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

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

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

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

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

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

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

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

"Entiendo que con base en eso hay laudos que he leído en donde se han producido multas aplicando, reconociendo que eso pasó entiendo también que hay un concepto de la sala de consulta en donde nos dice que es ineficaz un procedimiento que lo único que tiene es de palabra procedimiento porque era simplemente un cruce de comunicaciones entre las partes para ver si aceptaban o no de mutuo acuerdo que se había causado la multa y se evitaban el pleito y entiendo también que ese concepto dice que a ese contrato se le aplica la ley 1150, me llamó la atención que el concepto no subraya la parte del artículo de la 1150 que dice lo contrario y que por lo tanto a este contrato es una nueva manera de aplicar las multas, pero lo que hicimos en su momento fue una aplicación estricta de la jurisprudencia como estaba, hicimos adendos (sic) para irnos acomodando a los cambios

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

jurisprudenciales y lo que quedó en el contrato fue la última jurisprudencia que había antes de que la licitación se cerrara y repito, era una cosa muy sencilla; causales definidas si se han presentado los hechos oportunidad de que las partes digan si sí o si no, inicio de esa actividad por parte de la interventoría o por parte de la Aerocivil, si está de acuerdo el concesionario en cobro de multas pacíficas sin problema, si no está de acuerdo posibilidad de cualquiera de las dos partes de acudir al tribunal de arbitramento para que el tribunal sea el que decida si se ha causado las multas o no..."

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

"a. Se fundamentaron en la sentencia del 20 de octubre de 2005 ya comentada, en la cual el Consejo de Estado, señaló que no existía competencia por parte de las Entidades dentro de un contrato estatal, para imponer multas mediante acto administrativo, sino que ella le correspondía de acuerdo con las reglas propias del derecho privado al juez del contrato.

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

"c. Se estableció el concepto de multa "causada"

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

"(...) La aplicación de las disposiciones sobre multas contenidas en la Ley 1150 de 2007.

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

"En efecto, señala el artículo:

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

"En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

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

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

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

"(...) Lo expresado por la Sala de Consulta y Servicio y Civil.

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

"...G. Conclusiones

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

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

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

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

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

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

"La cláusula 63.20.2 del contrato de concesión 6000169 OK de 2006 en la que se pacta un procedimiento para la imposición de las multas es ineficaz de pleno derecho por transgredir los literales b) y d) del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993. Por lo tanto no produce efectos jurídicos, y

"El procedimiento para la imposición unilateral de multas en un contrato estatal se encuentra actualmente establecido en las leyes 1150 de 2007, artículo 17, y 1474 de 2011, artículo 86..."

"(...) Lo expresado por el apoderado de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

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

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

"... Es pues claro que la Ley 1150 vino a cerrar el debate jurisprudencial que se abrió luego de la entonces novedosa Ley 80 —que sujetó el contrato estatal al derecho privado— y estableció, con toda claridad, la facultad o competencia de las entidades

TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

estatales de imponerles multas a sus contratistas y de declarar el incumplimiento de obligaciones suyas de manera unilateral y mediante la expedición de actos administrativos, regla luego reiterada y precisada, en cuanto al procedimiento, en el artículo 86 de la Ley 1474.

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

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

"Por el contrario, establecieron un procedimiento que, otorgándole sí al concesionario todas las oportunidades para controvertir los planteamientos del interventor o de la Aerocivil, según el caso, le permitiera a la Aerocivil establecer de manera preliminar —como contratista y no como autoridad pública— si una determinada multa se ha causado y, por ende, hay lugar a aplicarla, dejando siempre la decisión final sobre la procedencia o no de las multas en manos del juez del contrato (párrafos finales de las cláusulas 63.20.1 y 63.20.2).

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

"(...) Lo dispuesto sobre multas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

"Para el Tribunal resulta claro que en el presente caso no nos encontramos ante la hipótesis prevista en el párrafo transitorio del artículo 17, en la medida en que en efecto en la cláusula 63 del contrato, no se incorporó de forma alguna la facultad para la parte contratante de imponer multas, sino que, siguiendo los antecedentes del contrato atrás referenciado, se consideró la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

postura jurisprudencial según la cual sería el juez del contrato quien entrara a evaluar la procedencia o no de las mismas.

"Difiere en tal sentido el Tribunal de lo señalado por la Sala de Servicio y Consulta Civil, en cuanto a que el procedimiento allí pactado es ineficaz. Por el contrario, considera que si bien es cierto existen normas imperativas, actualmente de reserva legal para el adelantamiento de los procedimientos sancionatorios incorporados en la Ley 1474 de 2011, el contrato en mención fue de aquellos no contemplados por el parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007..."²²

En igual sentido se afirmó en el laudo proferido el 4 de octubre de 2012:

"En relación con este artículo observa el Tribunal que el mismo consagra la facultad para las entidades estatales sujetas a la ley 80 de 1993 para imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones previendo al efecto que esta decisión debe estar precedida de audiencia del afectado 'y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista'. Por consiguiente a la luz de este artículo es claro que cuando el mismo es aplicable, la entidad no podrá imponer las multas, cuando quiera que no se hallen pendientes de ejecución las obligaciones a cargo del contratista.

"Ahora bien, dicha norma contempla en su parágrafo transitorio que las facultades previstas en dicho artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o la cláusula penal pecuniaria pactadas en contratos celebrados con anterioridad a la ley 1150 'en los que se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas'. Por consiguiente, para que se aplique esta norma es necesario que el contrato contemple la posibilidad para la entidad pública de imponer una multa y hacerla efectiva.

"En efecto, el Consejo de Estado en sentencia del 7 de octubre de 2009 (Radicado: 250002326000199603076-01 18.496), al referirse al contenido del artículo 17 de la ley 1150 de 2007 expresó:

"(vi) Se otorga efectos retrospectivos a la norma en relación con las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los

²² Laudo Arbitral de 24 de agosto de 2015 proferido en el trámite arbitral convocado por OPAIN contra AEROCIVIL (hoy ANI). Ábitros: Martha Cediél de Peña, quien lo presidió, William Barrera Muñoz y Alejandro Venegas Franco.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

"El efecto retrospectivo implica, en criterio de la Sala, que: "... Si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, éstas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de la ley..." (se subraya)

"Igualmente en providencia del 21 de febrero de 2011 (radicación: 25000232600020100019501) el Consejo de Estado expresó:

"Como se observa, en principio, este contrato cumple con los presupuestos contemplados en el párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 para que el mismo fuera aplicado: i) se celebró con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007; ii) se pactaron cláusulas de multas y cláusula penal pecuniaria; iii) se previó la competencia de la entidad para imponerlas y hacerlas efectivas; respecto de la cláusula penal pecuniaria se estipuló que se haría efectiva en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento y que se descontaría de los valores que el contratista tuviera a su favor." (se subraya)

"Como ya se expuso, en el presente caso no se contempló que la entidad estatal imponga la multa, sino que ella se causa en virtud del Contrato.

"Desde esta perspectiva es claro que no habiéndose consagrado en el Contrato de Concesión objeto del presente proceso la posibilidad de imponer las sanciones a las que se ha hecho referencia, no es aplicable el párrafo transitorio. Por consiguiente, no procede aplicar el artículo 17 de la ley 1150...²³.

²³ Laudo Arbitral de 4 de octubre de 2012 proferido en el trámite arbitral convocado por AEROCIVIL contra OPAIN. Ábitros: Juan Pablo Cardenas Mejía, quien presidió, Fernando Sarmiento Cifuentes y Guillermo Fernández de Soto.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

c) Conclusiones.

De lo expuesto anteriormente, esto es, atendiendo la evolución legal, jurisprudencial y arbitral sobre la imposición de multas en los contratos estatales, puede concluirse lo siguiente:

- i. Las multas según lo establecido por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 no son cláusulas excepcionales al derecho común, en la medida que requieren pacto contractual expreso para su procedencia y no se encuentran relacionadas entre aquellas facultades previstas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.
- ii. Tienen un carácter conminatorio.
- iii. Con anterioridad a la vigencia de la Ley 1150 de 2007, y bajo la aplicación de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales carecían de competencia para emitir actos administrativos e imponer las multas pactadas. La mencionada competencia correspondía al juez del contrato.
- iv. A partir de lo señalado por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, las entidades estatales contratantes han encontrado habilitación para imponer mediante acto administrativo motivado las multas que hayan sido pactadas.
- v. La aplicación del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 para contratos celebrados con anterioridad a su vigencia, queda sometida a lo señalado por el parágrafo transitorio del mismo artículo.
- vi. La cláusula 63 del Contrato de Concesión No. 6000169OK, suscrito el 12 de septiembre de 2006 entre la Concesionaria OPAIN S.A. y la AERONAUTICA CIVIL, se pactó atendiendo lo señalado en su momento por la Ley 80 de 1993 y la sentencia emitida por el Consejo de Estado el 20 de octubre de 2005 ya relacionada.
- vii. En desarrollo de lo anterior no se aplica al mencionado contrato lo establecido por el parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en la medida que no fue voluntad de las partes que la entidad contratante tuviera competencia para imponer las multas unilateralmente y hacerlas efectivas.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Sobre el efecto que la vigencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 tiene respecto de la cláusula de multas incorporada en el Contrato de Concesión No. 6000169OK, el Tribunal manifestará su conclusión luego del estudio que se acometerá en el siguiente apartado.

2.1.2.6 Principios, reglas y normas sobre conflicto de las leyes en el tiempo y su aplicación a la controversia sometida a consideración del Tribunal.

a) Marco constitucional y legal del principio de irretroactividad de las leyes y del conflicto de las leyes en el tiempo.

Para comenzar el análisis, conviene recordar los preceptos constitucionales sobre los cuales debe edificarse cualquier consideración en torno a la aplicación de la Ley en el tiempo y sobre el tránsito de legislación. Son ellos los contenidos en los artículos 58 y 29 de la Constitución Política. En palabras de la Corte Constitucional:

"La Carta Política regula la aplicación de la ley en el tiempo y el tránsito de legislación, en los artículos 58 y 29, según los cuales se impone como regla el principio de irretroactividad de la ley. La primera de ellas, prescribe que el Legislador no podrá expedir leyes que desconozcan o vulneren la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título conforme a las leyes civiles anteriores, salvo que se trate de leyes nuevas expedidas por motivo de utilidad pública o interés social, en cuyo caso los derechos de los particulares cederán ante los del interés público o social. Y la segunda, indica que 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable'".²⁴

Sobre este asunto, la Corte Constitucional también se ha pronunciado de la siguiente manera:

"Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-633 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquella, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes.

"Cuando el artículo 58 de la Constitución, alude a la garantía de la propiedad privada y a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, y dispone que tales derechos "no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores", indudablemente está otorgando una protección a las situaciones jurídicas que definitivamente han quedado consolidadas bajo la vigencia de una ley.

"Sin embargo, es necesario precisar que la regla precedente no es absoluta, porque ella misma prevé la posibilidad de que se puedan afectar, los referidos derechos "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida", evento en el cual "el interés privado deberá ceder al interés público o social" ²⁵.

Respecto de la importancia que el principio de irretroactividad de la Ley tiene en los sistemas jurídicos, Enrique R. Aftalión ha expresado lo siguiente:

"El Estado establece la ley para que sea obedecida y es evidente que no puede ser obedecida una ley aún inexistente. Por otra parte, una solución contraria crearía un estado de inseguridad en los hechos, sin duda perjudicial para todos, ya que ninguna situación jurídica ni acto jurídico podrían considerarse firmes si los particulares estuviesen permanentemente expuestos a que un cambio de legislación los alterase o declararse inválidos.

Estas fundamentales razones han sido tenidas en cuenta por los legisladores, desde antiguo, para erigir en regla el principio de la irretroactividad. Así, ya el derecho romano sentó como regla, la

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-146 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

doctrina de la irretroactividad de las leyes -salvo que se dicten expresamente con relación al pasado y a asuntos pendientes-, principio que pasó luego al derecho canónico".²⁶

Desde la perspectiva legislativa, la Ley 153 de 1887 consagra en sus artículos 17 a 47 una serie de disposiciones sobre conflictos de la Ley en el tiempo. Para los efectos del caso que se analiza, conviene destacar las disposiciones contenidas en sus artículos 38 y 40, los cuales consagran lo siguiente:

"ARTÍCULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

"Exceptúense de esta disposición:

"1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

"2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido".

Y el artículo 40, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, dispone:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

"Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

"La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la

²⁶ Aftalión, Enrique R. Introducción al Derecho. Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. 1972. Buenos Aires, Argentina. pp. 525.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.

Los artículos transcritos de la Ley 153 de 1887 consagran el principio de irretroactividad de la ley, así como las excepciones al mismo principio. El profesor Rodrigo Noguera Laborde resume así las reglas establecidas en la precitada Ley 153:

"PRIMERA REGLA.- Los actos y los hechos creadores de situaciones jurídicas determinadas se rigen por las leyes preexistentes a tales actos y hechos. (...)

"SEGUNDA REGLA.- Otro tanto cabe decir de los efectos producidos por tales actos o hechos antes de la observancia de la nueva ley, porque donde hay una misma razón debe existir igual disposición. Si las situaciones jurídicas pasadas no pueden ser alcanzadas por las nuevas leyes, tampoco pueden serlo los efectos pasados de tales situaciones. (...)

"TERCERA REGLA.- Las situaciones jurídicas que no hayan nacido del todo a la fecha de la observancia de las nuevas leyes, quedan sometidas a éstas en lo referente a su constitución y existencia.

(...)

"CUARTA REGLA.- La ley nueva se aplica, en cambio, a los efectos de situaciones nacidas bajo la ley antigua. (...)

"QUINTA REGLA.- Se exceptúan del principio anterior los efectos de contratos celebrados bajo el amparo de la ley antigua, que seguirán rigiéndose por ésta. (...) Esta excepción se justifica plenamente porque, de lo contrario, no habría seguridad en las convenciones²⁷.

Marco Gerardo Monroy Cabra, al referirse al régimen establecido por la Ley 153 de 1887, afirma lo siguiente:

"Las condiciones de fondo requeridas para la validez del contrato se rigen por las leyes existentes en la época de su celebración.

²⁷ Noguera Laborde, Rodrigo. Introducción General al Derecho. Vol. II. Universidad Sergio Arboleda. 1994. Pp. 144- 147.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*Los efectos de los contratos son regidos por la ley en vigencia en la época de su perfeccionamiento. La aplicación de la no retroactividad de los contratos da confianza absoluta en la eficacia de estas, lo cual es indispensable para las transacciones (...)*²⁸.

Don Luis Claro Solar, al explicar la norma chilena (ley de 7 de octubre de 1861) coincidente con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, señala:

"En lo que concierne a las condiciones de fondo requeridas para su validez, los contratos son regidos por la ley existente a la época de su celebración. Un contrato, en efecto, crea derechos, adquiridos desde el momento de su perfeccionamiento, puesto que la aptitud que la ley concede para celebrarlo así, ha sido ejercida y esos derechos no deben, por consiguiente, recibir ataque alguno de una ley nueva que cambiara las condiciones de validez, requeridas por la ley que regía al tiempo de su celebración.

*"Del mismo modo, los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. (...). Hacerlos regir por una nueva ley, que los contratantes no han podido tener en vista al contratar, sería substituir una nueva convención a la que las partes han celebrado, y despojarlas, al mismo tiempo, de derechos adquiridos".*²⁹

Con base en los textos de la Ley 153 de 1887 que quedaron transcritos, es necesario, para efectos de la correcta aplicación de la ley en el tiempo, tener en cuenta la clasificación que divide a las normas en aquellas que son de orden sustancial para distinguirlas de las de naturaleza procesal. Esta clasificación, que con absoluta nitidez se desprende de los textos legales analizados, resulta fundamental para el asunto que ocupa la atención del Tribunal.

Las normas sustanciales son las que consagran derechos subjetivos y obligaciones o establecen las reglas de su modificación o extinción, e igualmente aquellas que estatuyen delitos y sanciones, mientras que las normas procesales disponen los procedimientos para hacer efectivos los derechos y

²⁸ Monroy Cabra, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Temis. 2003. Pp. 466.

²⁹ Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Editorial Jurídica de Chile. Tomo primero. Edición facsimilar. Santiago, 1978, pág. 79.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

obligaciones o declarar la adecuación de la conducta a la tipificación de los delitos y aplicar sus sanciones. Las normas procesales tienen carácter eminentemente instrumental y, por lo mismo, para cumplir su función suponen la existencia previa de las pertinentes disposiciones sustantivas. En palabras de la misma Ley 153 de 1887, normas procesales son aquellas "*concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado*" (enfatisa el Tribunal), así como "*las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios*".

A este respecto es pertinente tener en cuenta la doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sobre la naturaleza sustancial o procesal de los preceptos legales, pues, como es bien sabido, el recurso extraordinario de casación en varias de sus causales permite el cuestionamiento del fallo de segunda instancia por la violación de una "*norma de derecho sustancial*".

En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado así:

"En efecto, ha sido doctrina reiterada de la Sala, que norma sustancial es aquella que, "en razón de una situación fáctica concreta, declara, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas también concretas, entre las personas implicadas en tal situación" (CCLII, pág. 208), "sin que tengan ese calificativo aquellas que se limiten a definir fenómenos jurídicos o a descubrir sus elementos, como tampoco las que regulan determinada actividad procesal" (Auto del 5 de mayo de 2000, exp. C-9114)".³⁰

E, igualmente, el Consejo de Estado se ha referido a las normas jurídicas sustanciales y adjetivas, en los siguientes términos:

"Por otra parte, en relación con la aplicación de la ley en el tiempo y específicamente, sobre la vigencia de la Ley 678 de 2001 en procesos originados por hechos sucedidos con anterioridad a su promulgación, la Sala ha reiterado el principio general de que la ley rige hacia el futuro y sólo excepcionalmente, surte efectos respecto de hechos pasados; esto quiere decir que las normas de naturaleza sustancial contenidas en la nueva ley, como son las relativas a la calificación –dolosa o gravemente culposa– de la conducta del funcionario o ex funcionario en el caso del

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de octubre de 2005. Expediente No. 08001-31-10-004-2000-00591-01. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

llamamiento en garantía o la acción de repetición regulados en la Ley 678, deberá hacerse con fundamento en las definiciones y presunciones que esta normatividad comprende, siempre que los hechos sobre los cuales verse el litigio se hayan producido con posterioridad a su expedición; mientras que si fueron anteriores, deberá acudir al régimen jurídico que existía en la época de su producción. En cambio, aquellas normas de la Ley 678 que regulan aspectos procesales y por lo tanto son de orden público, rigen hacia el futuro y tienen efecto general inmediato, según lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las situaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Toda vez que los hechos sobre los cuales versa la presente litis son anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, para efectos de analizar la conducta del demandado se tendrán en cuenta las normas que en ese momento se hallaban vigentes".³¹

Debe tenerse presente, como es suficientemente conocido, que el carácter sustancial o procesal de una norma no puede definirse por la naturaleza del cuerpo legal en el que ella se encuentre, pues puede ocurrir, *v.gr.*, que el Código Civil incluya normas procesales, o que un estatuto procedimental incorpore disposiciones sustanciales³². Por supuesto, la naturaleza procesal o sustancial de una norma, tampoco depende de la calidad del funcionario frente a quien se esgrimen. Aunque lo más frecuente es que sean los jueces quienes deben aplicarlas, en el sistema jurídico colombiano existen normas claramente procesales que, no obstante, son aplicadas por funcionarios administrativos. Se insiste, es el contenido mismo de una disposición, lo que marca su naturaleza

³¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de febrero de 2009. Radicación No. 15001-23-31-000-1995-04677-01 (16458). M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

³² Al respecto, ver Devis Echandía, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. 2009. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Pg. 47; Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. 2001. 5ª edición. Editorial Librería del Profesional. Bogotá, Colombia. Pg. 11; Morales Molina, Hernando. *Curso de Derecho Procesal Civil*. 1991. 11ª Edición. Editorial A B C. Bogotá, Colombia. Pg. 185; y López Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil. Parte General*. Novena edición. Editorial Dupré. 2005. Bogotá, Colombia. Pg. 65.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

sustantiva o adjetiva, su contenido sustancial o procedimental. Más adelante el Tribunal volverá sobre este punto.

b) El problema jurídico planteado en el presente caso.

El problema jurídico presente en el caso que ocupa la atención del Tribunal radica en determinar si el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es una norma de carácter sustancial o procesal, toda vez que las partes han presentado posiciones contradictorias en este sentido. Como se recordará, el punto central de la argumentación de la Convocada radica en sostener que dicho texto legal es de orden procesal, lo cual lo sitúa en la hipótesis prevista en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para, sobre esa base, concluir que prevalece sobre normas anteriores

El precitado artículo dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. *Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”.

Respecto de esta norma la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ha asegurado que el procedimiento previsto para la imposición de sanciones, convierte a dicho artículo en una norma de carácter procesal a la que resulta aplicable lo ordenado por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, es decir, la aplicación inmediata. Incluso llega a afirmar que debe ser objeto de aplicación retroactiva. Por su parte, OPAIN ha sostenido lo contrario con apoyo en lo cual busca que se declare que el procedimiento para la eventual imposición de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

multas es el convenido en la cláusula 63 del Contrato de Concesión 6000169OK de 2006, transcrita con anterioridad.

Son claras las diferencias que presentan el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y la cláusula 63 del Contrato de Concesión 6000169OK de 2006. Obsérvese que el artículo 86 establece la potestad de las entidades públicas para decidir unilateralmente sobre la imposición o no de las multas o sanciones pactadas en el contrato o la declaratoria de incumplimiento junto con la efectividad de las indemnizaciones o de la cláusula penal, en su caso. Esta potestad unilateral no se pactó, ni se previó en la cláusula 63 del referido Contrato de Concesión, en donde, por el contrario, se acordó que la entidad pública (Aerocivil en su momento), podía comunicar al Contratista sobre la procedencia o improcedencia de la multa, sin que tal comunicación constituyera acto administrativo. Por el contrario, la Ley 1474 parte de la base de que la decisión *"sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento"* debe hacerse *"mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público"* (ordinal c), art. 89 Ley 1474 de 2011). En la cláusula 63, además, se convino que si el Contratista, dentro del término fijado para tal efecto, manifestaba su desacuerdo con el contenido de la comunicación de la entidad pública, se abriría paso a los métodos de solución de conflictos previstos en el Contrato para dirimir la controversia relacionada con la causación de la multa.

De igual forma, el acuerdo plasmado en el Contrato de Concesión 6000169OK de 2006 difiere de la disposición legal del artículo 86, en cuanto al mecanismo relacionado con la efectividad o causación de las multas. La Ley 1474 de 2011 con claridad describe un procedimiento administrativo que supone la celebración formal de una audiencia en la que se debe tomar una decisión mediante resolución motivada. Por su parte, como ya se advirtió, el mecanismo, o trámite, llamado *"procedimiento para la imposición de multas"*, pactado en la cláusula 63 del Contrato de Concesión, que puede ser iniciado por la entidad pública o por el interventor, se limita a un cruce de consideraciones sobre la existencia o no de incumplimientos contractuales y la procedencia de las sanciones, las cuales pueden ser objeto de aclaraciones por las partes, pero que en ningún caso resultan de obligatorio acatamiento para la parte supuestamente incumplida, toda vez que se pactó que *"[e]n tal caso, las partes estarán en libertad de acudir a los métodos de solución de controversias previstos en el Contrato para dirimir la controversia relacionada con la causación de la multa"*.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

c) La aplicación de la ley en el tiempo para el caso particular del Contrato de Concesión 6000169OK de 2006.

Lo primero que debe abordar el Tribunal es la naturaleza del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que de esta forma se podrá indagar sobre la correcta utilización de los preceptos consagrados en el régimen general de aplicación de la ley en el tiempo.

En un sentido semejante al que el Tribunal ha expuesto anteriormente, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que las denominadas normas procesales, más allá del establecimiento de un trámite en un proceso, son aquellas que están vinculadas a las formas propias de cada juicio. Esta es la razón de ser de dicho tipo de normas³³. En ese sentido también ha expuesto la Corte Constitucional lo siguiente:

*"La cláusula general de competencia de la que goza constitucionalmente el legislador, lo habilita con amplio margen de configuración, a regular los procedimientos, las etapas, los términos, los efectos y demás aspectos de las instituciones procesales en general. (...) De allí que las normas procesales, propendan por asegurar la celeridad y eficacia de las respuestas jurisdiccionales, y por la protección de los derechos e intereses de las partes, intervinientes y vinculados, en los procesos. Así, mientras el legislador, no ignore, obstruya o contraríe las garantías básicas previstas por la Constitución, goza de discreción para establecer las formas propias de cada juicio, entendidas éstas como **'el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del proceso, determinan los trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales o administrativas'**. Por ende, es extensa la doctrina constitucional que ha reiterado que acorde a lo establecido en los artículos 29, 150 y 228 de la Constitución, son amplias las facultades del legislador precisamente, para fijar tales formalidades procesales"³⁴ (resaltado fuera del texto).*

El Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre el concepto de norma procesal, desde la definición de norma sustancial y contraponiendo las dos categorías:

³³ Corte Constitucional sentencia C-398 de 2006. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

³⁴ Corte Constitucional sentencia C-662 de 2004. M.P. (e) Rodrigo Uprimny Yepes. Posición reiterada también en la sentencia C-227 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"De otra parte, desde el ángulo de la categoría normativa, como lo ha expresado la Sala en innumerables oportunidades, la ley 'sustancial' es aquella que confiere derechos a las personas, declara, constituye, extingue o modifica, obligaciones. (...). Las normas procesales, o adjetivas, son aquellas que regulan el procedimiento para hacer efectivo el derecho sustancial.

"Se advierte entonces, que las normas que regulan conductas e imponen sanciones tienen carácter 'sustancial' y no procedimental, (...)"³⁵ (resaltado fuera de texto).

En este sentido, encuentra el Tribunal que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no es una norma exclusivamente procesal, en la medida en que en su primer inciso confiere un derecho a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuando establece que ellas "... *podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal*". El referido artículo, en su parte inicial, confiere indudablemente una facultad de derecho sustancial para declarar el incumplimiento e imponer unilateralmente sanciones a favor de las entidades públicas, considerando que, como quedó ya dicho, antes de la vigencia del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, las entidades públicas carecían de cualquiera de estas prerrogativas. Así lo reconoció el Consejo de Estado en la sentencia del 20 de octubre de 2005, ya reseñada previamente.

Es decir, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 consagró un derecho sustancial a favor de las Entidades Públicas en materia de ejecución de los contratos estatales; motivo por el cual, dicha norma, en particular su inciso primero, no puede ser calificada como procesal, de aquellas concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, o aquellas concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios.

Para el 2006, año en el que se perfeccionó el Contrato de Concesión 6000169OK de 2006, la Entidad Pública (en ese momento la Aerocivil) no ostentaba la facultad sancionadora unilateral (ni en mayor o menor medida), y en su lugar se habilitaba un régimen mediante el cual se facultaba a las partes de los contratos de concesión para acordar la procedencia y alcance de las

³⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 10 de noviembre de 2000. C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié. Radicación número: 25000-23-27-000-1999-0715-01-10870.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

sanciones. En este sentido, el Tribunal coincide con la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, cuando en su concepto del 10 de octubre de 2013 calificó al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 como el **otorgamiento de una potestad a favor de las Entidades Públicas**³⁶. Sin embargo, no puede acoger la conclusión que alcanza esa misma Sala cuando afirma que "*Lo expuesto permite concluir que las multas pactadas en el contrato de concesión 6000169OK de 2006 pueden ser impuestas unilateralmente por la Aerocivil desde el momento mismo de la celebración del contrato, toda vez que tienen pleno sustento legal*"; lo anterior, en la medida en que si se ha calificado el otorgamiento de la facultad sancionadora unilateral como una potestad, así como también lo hace la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, no es viable concluir su aplicación inmediata y mucho menos retroactiva, puesto que tal prerrogativa no puede considerarse como una disposición procesal³⁷.

El Tribunal debe, con todo respeto, apartarse de las conclusiones alcanzadas por el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 10 de octubre de 2013, en la medida en que aplicar al contrato *sub examine* las facultades otorgadas por la Ley 1150 de 2007, o aquellas reconocidas por la Ley 1474 de 2011, implicaría, en ambos casos, aplicar retroactivamente disposiciones que no se encuentran en los casos de excepción a las reglas generales de vigencia de la ley en el tiempo y afectar, por ende, situaciones jurídicas de carácter subjetivo ya consolidadas. Insiste el Tribunal en que al momento de perfeccionarse el contrato objeto de análisis en el presente laudo, la entidad pública contratante carecía de cualquier tipo de facultad sancionadora unilateral y de esta forma se consolidó su manifestación de voluntad para obligarse frente al contratista; variar tal situación subjetiva, doce años después de su consolidación, implicaría, se reitera, reconocer efectos retroactivos a dichas normas posteriores que reconocen, se repite, derechos sustanciales a las entidades estatales. Cabe anotar que las facultades que

³⁶ "*Por otra parte, la potestad de imponer unilateralmente las multas y hacerlas efectivas mediante acto administrativo es concordante con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y el numeral 2º del artículo 4º ibídem, relativos a la dirección del contrato estatal, al ejercicio de las competencias de control y vigilancia en la ejecución del mismo, así como al reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias a las que haya lugar, respectivamente*". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 10 de octubre de 2013. C.P. Álvaro Namén Vargas. Número único: 11001-03-06-000-2013-00384-00.

³⁷ Los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no son actos administrativos, ni providencias judiciales en estricto sentido y en consecuencia no tienen fuerza vinculante, ni para la entidad que solicita el concepto, ni para la ciudadanía. Tal y como lo ha reconocido el mismo Consejo de Estado, los conceptos de esta Sala, acudiendo a su significación, son la manifestación de las opiniones técnico-jurídicas de una autoridad investida de funciones asesoras o consultivas. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 5 de febrero de 2015. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

ostentaba la entidad pública al momento de perfeccionarse el contrato estatal, no pueden ser entendidas como situaciones jurídicas y/o fácticas no consolidadas o en curso.

Para este Tribunal, al calificarse el primer inciso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 como una norma sustancial en cuanto consagra una facultad a las entidades estatales, la excluye de la previsión contenida en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y de la excepción contenida en el ordinal 1º del artículo 38 de esa misma Ley³⁸. Para el Tribunal, en consecuencia, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no puede ser aplicado al Contrato de Concesión 6000169OK de 2006 para desconocer de esa manera el contenido de su cláusula 63.20. Tal cláusula fue válidamente pactada en un contrato al que se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, las que, como se ha dicho insistentemente, no preveían la facultad unilateral de imposición de multas. La conclusión contraria supondría la aplicación retroactiva de la ley, que no se compece con los principios constitucionales y legales.

Esta misma conclusión encuentra sustento en la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha manifestado lo siguiente:

*"En definitiva, la regla general enseña que **a los contratos en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos (derechos y obligaciones), se les aplica la ley existente al momento de su nacimiento o celebración, lo cual implica que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos, so pena de una ilegítima retroactividad**"³⁹ (subrayado fuera del texto).*

*"En conclusión, la Sala ha sostenido que según lo previsto por el artículo 78 de la Ley 80 de 1993 concordante con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, **se debe aplicar la ley vigente al momento de la celebración del contrato estatal, dándose aplicación de esta manera al principio de irretroactividad, (...) En conclusión, la ley aplicable al contrato es y será siempre, aquella vigente para el momento de su celebración, (...) y debe quedar claro que es ésta y no otra, es decir, no se aplica la***

³⁸ No sobra agregar que la excepción de que da cuenta el ordinal 2º del art. 38 de la ley 153 de 1887, tampoco tiene cabida en este evento, comoquiera que tal precepto se refiere a disposiciones legales impositivas de penas, evento por completo ajeno a la controversia.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 1998-01122 de agosto 22 de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*ley que estuviera vigente en el momento en que se realizó el proceso de selección, el trámite de adjudicación o la ejecución del contrato*⁴⁰ (subrayado fuera del texto).

Pero hay más. Aún bajo la interpretación -que no podría compartir el Tribunal- según la cual el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no tiene naturaleza sustancial sino meramente procesal, carecería la Convocada de norma sustantiva que la habilitara para proceder unilateralmente y llegar mediante acto administrativo a la decisión de imponer o no multas, puesto que, como es bien sabido, la Ley 1150 de 2007 dispuso nítidamente en el párrafo transitorio de su artículo 17 que las facultades para la imposición unilateral de multas se circunscriben, respecto de contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la misma, a aquellos "*en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas*", cosa que no ocurrió en el Contrato 6000169OK de 2006.

En fin, reitera el Tribunal que el primer inciso del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en el cual la Convocada basa su defensa contra las pretensiones primera a sexta de la demanda reformada, ostenta naturaleza de norma sustancial en la medida en que confiere a las entidades estatales la facultad de imponer unilateralmente multas, lo que la excluye de la previsión del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y del ordinal 1º del artículo 38 *ibídem*, de tal manera que en materia de multas se entienden incorporadas al Contrato 6000169OK de 2006, las normas vigentes al tiempo de su celebración⁴¹.

En adición a lo anterior debe este Tribunal apartarse también muy respetuosamente de la consideración contenida en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 10 de octubre de 2013, en la que parece crear una diferencia inexistente entre los regímenes de transición de las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011. Para la Sala de Consulta,

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 2004-00558/36407 de mayo 28 de 2015. C.P. Jaime Orlando Santofirmio Gamboa.

⁴¹ Frente a la referencia que hace la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA en su escrito de alegatos de conclusión de la sentencia de 24 de julio de 2010, Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, encuentra el Tribunal que la misma obedece a una hipótesis distinta de la que ha sido puesta bajo su conocimiento, en la medida en que se trata de la imposibilidad para las entidades públicas en desarrollo de lo establecido en su momento por el artículo 87 del Decreto 2474 de 2008, reglamentario de la Ley 1150 de 2007, de señalar en sus manuales de contratación procedimientos en materia sancionatoria debido a que son temas de reserva legal.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

el régimen de transición de la Ley 1474 de 2011, contenido en su artículo 96⁴² *"solo contempló lo relativo a los procesos de selección y el régimen de inhabilidades y guardó silencio en relación con los contratos, lo cual significa que respecto de estos se aplican las normas generales de tránsito de legislación explicadas en los puntos precedentes"*, planteando una contraposición que en realidad no se presenta con el régimen de transición previsto en el artículo 31 de la Ley 1150 de 2007⁴³, en el cual sí se hizo referencia a los contratos.

Aunque efectivamente el régimen de transición de la Ley 1474 no menciona explícitamente los efectos en los contratos o convenios, lo cierto es que no era necesaria una referencia tal y como la que hace el régimen de la Ley 1150, en la medida en que esta última lo que plantea no es nada diferente al régimen general de la aplicación en el tiempo de las normas sustanciales. Es decir, que los contratos *"continuarán rigiéndose por las normas vigentes al momento de su celebración hasta su liquidación"*; precepto que sigue con exactitud lo establecido por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887: *"En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración"*.

Adicionalmente, considera pertinente destacar el Tribunal que la regulación realizada y aceptada por las partes en esta materia tuvo basamento de forma exclusiva en el derecho privado⁴⁴. En efecto, y tal como ha sido señalado en

⁴² Ley 1474 de 2011: *"ARTÍCULO 96. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Los procesos de contratación estatal en curso, a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación"*.

⁴³ Ley 1150 de 2007: *"ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Los procesos de contratación en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación. Los contratos o convenios a que se refiere el artículo 20 de la presente ley que se encuentren en ejecución al momento de su entrada en vigencia, continuarán rigiéndose por las normas vigentes al momento de su celebración hasta su liquidación, sin que sea posible adicionarlos ni prorrogarlos"*.

⁴⁴ Al respecto en el caso de entidades estatales cuyos contratos por su régimen especial se encuentran regidos en forma exclusiva por el derecho privado ha señalado el Consejo de Estado:

"De conformidad con la cita jurisprudencial antes transcrita, resulta claro que en aquellos contratos gobernados por el derecho privado - como el que ahora se examina - las entidades públicas no tienen potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se impusieran multas al contratista, no sólo por el plano de igualdad de las partes en los contratos regidos por el derecho privado, sino porque, además, no existe disposición legal alguna en la normativa privada que les asigne tal facultad. Al respecto es importante resaltar que la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista. Así mismo, es necesario señalar que la actividad en materia contractual desplegada por la Administración se encuentra supeditada al principio de legalidad en cuanto que sus decisiones deben encontrarse sometidas a las atribuciones y competencias determinadas expresamente por la Ley. Ello significa que cuando las entidades del Estado se relacionan con los particulares, mediante el vínculo contractual, el ejercicio de facultades requiere de definición legal previa y expresa, en tanto que es la propia Ley la que establece límites a la autonomía de la voluntad, por tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

esta decisión, no nos encontramos ante una imposición que obedezca al ejercicio de una potestad pública. Por el contrario fue voluntad de las partes, autorizadas por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, quienes determinaron que la potestad de imposición de las sanciones sería del juez del contrato, mas no de la entidad pública contratante.

En desarrollo de lo anterior, encuentra el Tribunal que el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado homologa en sus efectos la emisión de un acto administrativo al ejercicio de una facultad derivada de la exorbitancia contractual, situación ésta que como ha sido suficientemente explicado quedó expresamente excluida del contrato de concesión por autorización de la Ley de contratación pública, válidamente reflejada en la voluntad de las partes.

En efecto, considera el Tribunal que las cláusulas excepcionales al derecho común, que incorporan en parte lo que el derecho francés denominó como exorbitancia⁴⁵, obedecen a potestades expresamente señaladas en la ley⁴⁶. La presencia de un acto administrativo no hace que la cláusula devenga de suyo en excepcional o exorbitante, lo cual, según las reglas establecidas en el derecho contractual público, es un tema de reserva legal. En ese orden de

estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto la ley no las haya facultado para ello y, se reitera, las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual. En ese sentido, si bien es cierto que en el clausulado del contrato No. 3445/94 las partes contratantes convinieron en la posibilidad de que la entidad pública le impusiera unilateralmente multas al contratista, no lo es menos que en este caso ETB no estaba facultada por la Ley para imponer multas unilateralmente. Así las cosas, se concluye que ETB carecía de competencia funcional para imponer unilateralmente multas al contratista, por cuanto las normas de derecho privado no consagran dicha potestad y, en consecuencia, los actos que ahora se demandan se encuentran afectados de nulidad por vicio de incompetencia....De conformidad con la jurisprudencia que viene de verse, es claro entonces que la cláusula décima octava del contrato No. 3445/94 se encuentra viciada de nulidad por objeto ilícito por contravenir normas de orden público, en tanto que por tratarse de un contrato sujeto a normas del derecho privado, no resultaba posible pactar la imposición unilateral de multas por parte de la Administración, dado que dicha estipulación es a todas luces contraria al mandato constitucional según el cual la autoridad pública no puede hacer sino aquello que la Ley le autorice, norma que delimita el campo de acción de la Administración frente a los administrados y que goza de la naturaleza de orden público...." Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

⁴⁵ Al respecto señala SAILLANT: "En un contexto de derecho público, la exorbitancia es entonces una derogación, la sustracción a la regla común, al régimen jurídico normalmente aplicable. Pero hay que destacar que los jueces administrativos normalmente no utilizan éste término que para calificar las cláusulas de ciertos contratos. Las cláusulas exorbitantes son aquellas que se sustraen a la aplicación de la regla común, normalmente aplicable. Por qué este empleo restringido a unas cláusulas de los contratos? Puede ser porque justamente, en derecho público, lo que es común es sistemáticamente el derecho privado, entendido como el derecho de las relaciones privadas. Solamente estas cláusulas de contratos son quizás susceptibles de ser realmente calificadas como derogatorias...". SAILLANT, ELODIE. L'exorbitance en droit public. Editorial Dalloz. París, Francia. 2011. Página 33.

⁴⁶ Previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y que no fueron modificadas por la Ley 1150 de 2007.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

ideas, el acto administrativo constituye hoy en día la forma de imposición unilateral de la multa del contrato, sin que por tal motivo la cláusula de multas en un contrato estatal adquiera una connotación de exorbitancia.

El pacto realizado respecto de las multas por OPAIN y la Aerocivil en el año 2006 no tuvo variación alguna con la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto según lo previsto por esta norma en su párrafo transitorio, sólo procede su aplicación retroactiva para contratos celebrados con anterioridad a su promulgación, en el evento en que por voluntad de las partes se hubiese otorgado la facultad de imponer multas unilateralmente.

No puede entonces devenir como consecuencia del cambio normativo realizado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 una ineficacia *ipso iure* de la cláusula 63.20, en la medida en que, como se ha señalado, ella determina los pasos para una habilitación al juez del contrato (en el evento en que las partes del contrato tuvieran una controversia acerca de la causación de la multa pactada), que está plenamente respaldada en la normatividad de la época de celebración del acuerdo y en la postura jurisprudencial que guió la estructuración del contrato⁴⁷.

Por el contrario y dado que la ineficacia de pleno derecho cuenta con ordenación específica en materia de contratación pública en el artículo 24 numeral 5 de la Ley 80 de 1993⁴⁸, encuentra el Tribunal que las reglas que

⁴⁷ Tal como consta en el laudo arbitral de 24 de agosto de 2015, ya referenciado y transcrito a páginas 85 y siguientes donde obra la declaración del testigo ALVARO DURÁN, estructurador del contrato.

⁴⁸ Establece el numeral 5:

"5o. En los pliegos de condiciones o (términos de referencia):

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

*b) <Literal **CONDICIONALMENTE** exequible> <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o **concurso**.*

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

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

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

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

(Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos ~~o términos de referencia~~ y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.."

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

guiaron el proceso de contratación⁴⁹ y que podrían determinar dicha consecuencia, obedecieron al principio de legalidad en cuanto al tratamiento de

⁴⁹ Así quedó claro en la serie de modificaciones que al pliego de condiciones se realizaron mediante la Adenda No. 3 al proceso de licitación Pública No. 5000091 OL de 2005, en donde, según lo señalado por el propio estructurador del contrato, se modificaron los pliegos para excluir la imposición unilateral de multas por parte de la AEROCIVIL y señalar la competencia del juez en caso de controversia en cuanto a su causación. En tal sentido obra a Folio 467 del Cuaderno Principal un CD con los documentos precontractuales incluyendo la Adenda No. 3, donde expresamente en las páginas 39 y siguientes se encuentran las modificaciones introducidas a las condiciones del contrato en el capítulo de Multas así:

"43. EL INCISO PRIMERO DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 194), QUEDARÁ ASÍ:

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

En lo atinente a la cláusula 63.20, las modificaciones introducidas en la citada Adenda No. 3, obran en las páginas 45 y siguientes así:

"61. EL INCISO PRIMERO DEL NUMERAL 63.19 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 201), QUEDARÁ ASÍ:

Si el Concesionario incumpliere alguna de las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión, que no se encuentra incluida en las demás multas a que hace referencia la presente cláusula, se causará Aerocivil podrá imponer una multa diaria de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV). Estas multas se causarán hasta cuando el Concesionario demuestre que ha corregido el incumplimiento respectivo a satisfacción del Interventor.

62. EL INCISO SEGUNDO DEL NUMERAL 63.20.1 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 201), QUEDARÁ ASÍ:

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

63. EL INCISO CUARTO DEL NUMERAL 63.20.1 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 202), QUEDARÁ ASÍ:

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

64. EL INCISO QUINTO DEL NUMERAL 63.20.1 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 202), QUEDARÁ ASÍ:

Una vez comunicadas al Concesionario las consideraciones de Aerocivil sobre la causación procedencia o improcedencia de la multa, éste podrá manifestar, dentro de los diez (10) Días siguientes a la recepción de la comunicación, su desacuerdo con el contenido de la misma, que consistirá en la iniciación del procedimiento de Amigable Composición establecido en la CLÁUSULA 55 de este Contrato. Si dentro del plazo aquí estipulado, el Concesionario no cita al Amigable Compositor, se entenderá que está de acuerdo con las consideraciones de la Aerocivil sobre la procedencia o improcedencia de la multa. En tal

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

caso, las partes estarán en libertad de acudir a los métodos de solución de controversias previstos en el Contrato para dirimir la controversia relacionada con la causación de la multa.

65. ELIMÍNESE EL INCISO SEXTO DEL NUMERAL 63.20.1 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 202):

El Amigable Componedor dirimirá la controversia, mediante la aplicación del procedimiento pactado en la CLÁUSULA 65 del Contrato. Si el Amigable Componedor, decide que el hecho generador de la multa en efecto ocurrió, Aerocivil impondrá la multa mediante acto administrativo, sujeto a los recursos y acciones de ley. Independientemente de la decisión del Amigable Componedor, Aerocivil se reserva el derecho de imponer, o no, la multa mediante acto administrativo también sometido a los recursos y acciones de ley.

66. EL INCISO SEGUNDO DEL NUMERAL 63.20.2 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 203), QUEDARÁ ASÍ:

Si dentro de los diez (10) Días Hábiles siguientes al día en que se le haya informado al Concesionario lo previsto en el párrafo anterior, no hubiere objeción por escrito, dirigida al Aerocivil, por parte del Concesionario, se entenderá tal silencio como una señal de aceptación por parte del Concesionario en cuanto a la existencia del incumplimiento. En tal caso, Aerocivil podrá ordenar a la Fiduciaria el traslado del valor de la multa de la Subcuenta Principal a la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil imponer la multa correspondiente mediante acto administrativo motivado, sujeto a los recursos y acciones de ley. Durante este mismo lapso, el Interventor presentará al Concesionario y a Aerocivil su concepto sobre la procedencia o la improcedencia de la multa.

67. EL INCISO CUARTO DEL NUMERAL 63.20.2 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 203), QUEDARÁ ASÍ:

Dentro de los diez (10) Días siguientes al recibo de las comunicaciones arriba señaladas Aerocivil indicará por escrito al Concesionario si considera procedente o no la imposición de que se ha causado, o no, una multa. Aerocivil basará su decisión en la comunicación del Concesionario a Aerocivil y en la opinión del Interventor, la cual deberá ser enviada por éste dentro del plazo de diez (10) Días arriba señalado. Si Aerocivil considera necesario, podrá solicitar tanto al Concesionario como al Interventor las aclaraciones o la información adicional que considere pertinente para efectos de tomar una decisión. Esta comunicación, en cuanto a las consideraciones de Aerocivil sobre la procedencia o improcedencia de la multa, no será considerada para efecto alguno como un acto administrativo.

68. EL INCISO QUINTO DEL NUMERAL 63.20.2 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 203), QUEDARÁ ASÍ:

Una vez comunicadas al Concesionario las consideraciones de Aerocivil sobre la posible causación procedencia e improcedencia de la multa, éste podrá manifestar, dentro de los diez (10) Días siguientes a la recepción de la comunicación, su desacuerdo con el contenido de la misma, que consistirá en la iniciación del procedimiento de Amigable Composición establecido en la CLÁUSULA 65 de este Contrato. Si dentro del plazo aquí estipulado, el Concesionario no cita al Amigable Componedor, se entenderá que está de acuerdo con las consideraciones de Aerocivil sobre la procedencia o improcedencia de la multa. En tal caso, las partes estarán en libertad de acudir a los métodos de solución de controversias previstos en el Contrato para dirimir la controversia relacionada con la causación de la multa.

69. EL INCISO PRIMERO DEL NUMERAL 63.22 DE LA CLÁUSULA 63 DE LA MINUTA DEL CONTRATO – MULTAS (PÁGINA 204), QUEDARÁ ASÍ:

Las multas serán pagadas por el Concesionario mediante una transferencia entre la Subcuenta Principal y la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil, la cual será ordenada por Aerocivil a la Fiduciaria una vez exista una obligación de pago expresa y exigible por parte del Concesionario y a favor de Aerocivil, lo cual ocurrirá cuando el Concesionario reconozca la causación de una multa o cuando tal hecho sea declarado en la sede de solución de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

las multas, lo que excluye cualquier referencia a una obligación por parte del juez que decide la controversia de reconocer la mencionada ineficacia y ordenar, por tanto, la falta de aplicación de un clausulado válida y legamente acordado por las partes del Contrato⁵⁰.

Corroborando lo anterior que los literales b) y d) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, citados en el concepto, obedecen a materias diferentes a las que son el centro de la presente controversia, y que son los atinentes al cumplimiento del principio de transparencia y selección objetiva señalados en el artículo 24 y en el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993 (hoy artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018).

En ese orden de ideas, no se dan los presupuestos que bien advierte la Corte Suprema de Justicia:

"Esta ineficacia, ostenta tipicidad legal rígida, es de derecho estricto, presupone norma o texto expreso, claro e inequívoco ("cuando en este código se exprese"), aplica en los casos taxativos previstos por la ley, es restringida, restrictiva, excepcional, excluye la analogía legis o iuris, aplicación e interpretación extensiva, no admite generalización ni extensión al regularse en normas imperativas, es drástica, per se e inmediata al acto, sin declaración judicial, aún cuando las controversias en torno a su procedencia, supuestos fácticos u ocurrencia o la solución de las situaciones jurídicas contrahechas al margen de la ineficacia la requieren..."⁵¹

controversias a la que hubieren acudido las partes, a partir del momento en que el acto administrativo que declara la multa se encuentre ejecutoriado y en firme..."

⁵⁰ Al respecto ha señalado el Consejo de Estado:

"Por la naturaleza misma del objeto a contratar, los criterios de selección varían en cada proceso y dependen de una adecuada etapa de planeación que debe efectuar la entidad para adelantar el proceso de licitación pública o concurso de méritos, es decir, de la realización de unos apropiados estudios previos que aseguren la consagración de unos criterios de selección que le posibiliten a la entidad la certeza de que la propuesta a escoger garantizará el desarrollo del objeto contractual materia de la adjudicación en el proceso de selección. En este sentido se debe tener presente que la Jurisprudencia de la Sala ha señalado que cuando las estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones vulneran las prescripciones del artículo 24 de la Ley 80, las mismas pueden ser controladas judicialmente a través de las correspondientes acciones establecidas para impugnar los pliegos de condiciones, así como pueden también ser inaplicadas por el juez por la vía de ilegalidad o la ineficacia de pleno derecho...". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: William Namén Vargas.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

d) Referencia a los límites al principio de incorporación a los contratos de las leyes vigentes a la época de su perfeccionamiento.

No desconoce el Tribunal que la regla según la cual en todos los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración encuentra los límites previstos tanto en la Constitución Política, como en la propia Ley 153 de 1887. Con todo, tales límites no son aplicables al caso que se estudia.

El Artículo 58 de la Constitución dispone:

"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social".

Y el inciso 1º del artículo 18 de la Ley 153 de 1887 establece:

"Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato".

Para el Tribunal es claro que la facultad que consagra el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 a las entidades públicas para imponer unilateralmente las multas pactadas en los contratos estatales, no está en conflicto con la estipulación contenida en la cláusula 63.20 del Contrato 6000169OK de 2006, según la cual, en caso de desacuerdo entre las partes acerca de la procedencia o no de la correspondiente multa, corresponde al juez del contrato dirimir la diferencia. Ni por asomo encuentra el Tribunal en el inciso primero del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, reconocimiento alguno de motivos de utilidad pública o de interés social, que conduzcan a vetar o a impedir que sea el juez del contrato estatal quien conozca y decida sobre las controversias relacionadas con la imposición de multas en caso de eventuales incumplimientos, en los contratos que, celebrados con anterioridad, así se haya válidamente convenido. Por tanto, desde la perspectiva del canon constitucional, no encuentra el Tribunal que en el caso que se estudia haya contraposición ninguna entre el interés privado, y el interés público o social.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Y lo propio cabe afirmar respecto del artículo 18 de la Ley 153 de 1887. En efecto, el inciso primero del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no incorpora motivos de moralidad o de utilidad pública para restringir el derecho subjetivo de acudir al juez del contrato cuando, con anterioridad a su expedición, se hubiese pactado que los desacuerdos en materia de multas serían dirimidos por dicho juez.

Expresado con otras palabras, el orden público, que es el que está plasmado en las leyes expedidas por motivos de utilidad pública, interés social o moralidad, no queda comprometido o se ve lesionado por el hecho de que se haya estipulado, con anterioridad a la vigencia de la Ley 1474 de 2011, que sea el juez quien defina la procedencia o improcedencia de la imposición de multas por eventuales incumplimientos contractuales y no la administración pública de manera unilateral. Antes bien, sin perjuicio de la validez de otro tipo de procedimientos, la presencia y actuación del juez es garantía de imparcialidad en un frente tan sensible. Para este Tribunal sería un contrasentido y lesionaría la administración de justicia, afirmar que dicha estipulación contraría el orden público de la Nación.

Así pues, no encuentra el Tribunal que los aludidos límites tengan aplicación al presente caso.

2.1.3. Conclusión sobre el procedimiento aplicable para la imposición de multas por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión 6000169OK.

Con apoyo en las consideraciones antes expuestas, el Tribunal estima que están llamadas a prosperar las pretensiones primera a sexta de la demanda reformada, y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo. En efecto, prospera la pretensión primera de la demanda reformada en cuanto que en ella se solicita que se declare que *"el procedimiento de imposición de multas del Contrato de Concesión 6000169 OK de 2006 es el estipulado en la cláusula 63.20 del mismo"*. En igual sentido, prosperan las pretensiones segunda a sexta de la demanda reformada, en cuanto que en todas ellas se solicita, de manera derivativa, que se declare que *"como consecuencia de la prosperidad de la primera pretensión la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI, no puede declarar unilateralmente y mediante acto administrativo el incumplimiento"* de las diversas obligaciones contractuales que en cada uno de tales pedimentos se señala para imponer las multas que igualmente allí se indican. Por las mismas razones declarará imprósperas las excepciones denominadas *"aplicación inmediata de la ley por expresa disposición legal"* y *"falta de competencia del tribunal arbitral para conocer de los presuntos incumplimientos"*.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

2.2. Análisis sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión 6000169OK de 2006 por parte de OPAIN,

Luego de haber analizado los motivos por los que el Tribunal estima que el procedimiento aplicable para la imposición de multas en el marco del Contrato 6000169OK de 2006 es el contenido en el clausulado contractual, particularmente en la cláusula 63.20, y no el del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y constatada la competencia del Tribunal para conocer de las pretensiones séptima a décima primera de la demanda, se procederá a continuación con el examen del particular cumplimiento o incumplimiento de algunas de las obligaciones derivadas del referido negocio jurídico, con el propósito de determinar, como juez del contrato, si procede hacer las declaraciones que se solicitan en tales pretensiones..

De manera general, la Convocante solicitó al Tribunal la declaración del cumplimiento de determinadas obligaciones contractuales, de conformidad con las pretensiones y hechos aducidos en la reforma de la demanda. Por su parte, la Convocada manifestó que la Convocante no relacionó hecho o prueba directamente relacionada con las circunstancias fácticas que sirvieran de fundamento a sus pretensiones, aspecto sobre el cual el Tribunal ya se pronunció al examinar los presupuestos procesales, pero que precisará con más detalle al emprender el estudio de cada una de las pretensiones.

Para el referido análisis, el Tribunal abordará individualmente las pretensiones séptima a décima primera formuladas por la Convocante en la reforma de la demanda, relativas precisamente a que se declare si las obligaciones que han sido objeto de discusión entre las partes fueron cumplidas o no por parte del concesionario.

2.2.1. Pronunciamiento particular sobre las pretensiones séptima a décima primera.

Considera el Tribunal que antes de acometer el análisis de este grupo de pretensiones y sus respectivas excepciones incorporadas en la demanda y su contestación, debe hacer referencia a la solicitud efectuada por el Ministerio Público en su concepto, según la cual:

"El Ministerio Público, solicita al Honorable Tribunal, en defensa del interés general y del patrimonio público que de encontrarse probados los incumplimientos parciales indicados en las pretensiones séptima a décima primera de la demanda, se condene al concesionario al pago de las multas

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

correspondientes, aun en el evento en que dichos incumplimientos hubieran sido superados.

"Tal solicitud resulta acorde al pacto contractual en el sentido de que el contrato establece que las multas se causaran hasta cuando el Concesionario demuestre que ha tomado las medidas necesarias y suficientes para corregir el incumplimiento respectivo a satisfacción del Interventor y de la Aerocivil..."⁵²

Al respecto el Tribunal debe advertir que procederá al análisis de las pretensiones y excepciones correspondientes, en estricto cumplimiento del principio de congruencia señalado en los artículos 280⁵³ y 281⁵⁴ del Código General del Proceso, así como en el artículo 187⁵⁵ de la Ley 1437 de 2011, y que lo obliga a circunscribir su decisión a lo peticionado junto con sus respectivas excepciones, todo dentro de lo que se haya acreditado probatoriamente, impidiendo cualquier fallo extra petita o ultra petita.

⁵² Página 58 del concepto.

⁵³ **"280. CONTENIDO DE LA SENTENCIA.** La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley"; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código.

Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación".

⁵⁴ **"ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS.** La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio..."

⁵⁵ **"ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA.** La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor".

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

En desarrollo del mencionado principio ha señalado el Consejo de Estado:

"En suma, [de] lo expuesto se colige que el principio de congruencia se erige como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso a las partes en el proceso judicial, en el sentido que al juez de la causa solo le resulta permitido emitir pronunciamiento con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado, sin que sea dable dictar sentencias por fuera (extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita), y en caso de omitir pronunciarse sobre (sic) solicitado como pretensión tiene el deber de explicar de forma clara las razones de tal omisión..."⁵⁶

En igual sentido, ha afirmado la Corte Constitucional:

"24.1. El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso..."⁵⁷

Por las razones anteriormente expuestas, debe concluir el Tribunal que no resulta procedente la solicitud del Ministerio Público, teniendo en cuenta que las pretensiones planteadas por OPAIN son de índole exclusivamente declarativa y que por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA no se presentó demanda de reconvención en la que se solicitara la imposición de multa alguna.

2.2.1.1 Pretensión Séptima.

La pretensión séptima consignada en la demanda reformada es del siguiente tenor: **"SÉPTIMA:** *Que se DECLARE que el subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión, fue culminado cumpliendo con los fines contractuales en cuanto a la funcionalidad y operación exigida en el marco de las disposiciones del Contrato de Concesión".*

El fundamento fáctico de esta pretensión lo encuentra el Tribunal en la interpretación de los hechos 14, 15 y 16 de la demanda reformada, junto con el sustento probatorio con el que la Convocante pretende acreditar el cumplimiento cuya declaración solicita, tal y como puede verse en los

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 26 de octubre de 2017. Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-455 de 2016. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

numerales 10 a 17 del acápite de pruebas documentales de la demanda. En especial, la expresión "*...señalando las inconsistencias, omisiones, imprecisiones, deficiencias y equivocaciones de la interventoría que recogía la ANI en la citación a descargos en el procedimiento unilateral que pretendía iniciar*" (hecho 15) es claramente constitutiva de circunstancia de hecho que sirve de base a la pretensión que se analiza. Por esta razón, el Tribunal declarará impróspera respecto de esta pretensión la excepción formulada por la Convocada y que denominó "*inepta demanda por no cumplir los requisitos legales*".

a) Postura de OPAIN.

Indica la Convocante en su demanda reformada que el día 13 de julio de 2017, mediante comunicación con radicado No. 2017-701-022084-1, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA convocó a OPAIN y a las aseguradoras que garantizaron el cumplimiento del Contrato de Concesión a la realización de la audiencia contemplada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con el fin de adelantar un proceso administrativo sancionatorio por el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 27, numeral 27.2 del Contrato de Concesión No. 60001690K de 2006, la cláusula sexta del otrosí No. 3 y la cláusula segunda del otrosí No. 12, relacionadas con la entrega del subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8 del Proyecto de Modernización y Expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado.

La Convocante solicita que se declare que de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión No. 6000169 OK, las obligaciones correspondientes al Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión fueron culminadas "*cumpliendo con los fines contractuales en cuanto a la funcionalidad y operación exigida en el marco de las disposiciones del Contrato de Concesión*".

Como fundamento de su pretensión, tanto en la demanda reformada como en sus alegaciones finales, la Convocante presentó esencialmente los siguientes argumentos: (i) que el debate respecto del cumplimiento de la obligación ya se surtió en sede arbitral, en la que se declaró el cumplimiento de las obligaciones correspondientes al Hito 8; (ii) que de las 1.299 cajas reportadas por la Interventoría Técnica en el capítulo A. REDES SECAS REAN/REAP/RTAN/RTAP, sólo 505 eran objeto del proceso de verificación del Hito 8 y que estas al 31 de enero de 2017 estaban terminadas; y (iii) que con las declaraciones, dictámenes y testimonios practicados en el proceso se pudo demostrar la efectiva culminación de las obligaciones contractuales del Hito 8 por parte de OPAIN.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

(i) La cosa juzgada.

En su escrito de alegatos de conclusión, el apoderado de OPAIN expresó que la discusión sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales relativas al Hito 8 fue dirimida por un Tribunal Arbitral mediante laudo proferido el 11 de julio de 2018.

Afirma la Convocante que en ese trámite arbitral el Tribunal accedió a la pretensión formulada por OPAIN frente a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, relativa a que se declarara que, exceptuando los subproyectos de los hitos 7, 7B y 8 que fueron objeto de la reprogramación y extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión No. 6000169OK, todas las demás obras de esta Etapa habían sido cumplidas.

Al respecto, la Convocante manifestó lo siguiente: *"OPAIN debía demostrar, como lo hizo, que todas las obras de redes, vías y Parqueaderos del Hito 8, obras que no habían sido reprogramadas en el Otrosí 21 del 2 de septiembre de 2016, ya estaban cumplidas"*⁵⁸.

Por lo anteriormente reseñado, la Convocante considera que el asunto hizo tránsito a cosa juzgada por haber sido objeto de debate y de decisión judicial. En tal sentido, sostiene que no es dable para este Tribunal volver a pronunciarse sobre el asunto de la referencia.

(ii) Obligación de construir REAN, RTAN, REAP y RTAP.

La Convocante explicó que, para alcanzar la modernización y adecuación del sistema de distribución de energía y telecomunicaciones del aeropuerto, generar los enlaces de comunicación requeridos entre edificaciones y lograr la separación de redes, se determinó en el Hito 8 la construcción de cuatro redes secas: la Red Eléctrica Aeronáutica ("REAN"), la Red Eléctrica Aeroportuaria ("REAP"), la Red de Telecomunicaciones Aeronáuticas ("RTAN") y la Red de Telecomunicaciones Aeroportuaria ("RTAP").

Afirmó que tales obras comprenden la construcción de canalizaciones compuestas por bancos de ductos y cajas de inspección. Seguidamente sostuvo que de las 1.299 cajas reportadas por la Interventoría Técnica en el capítulo A. REDES SECAS REAN/REAP/RTAN/RTAP en el documento con fecha del 28 de febrero de 2017, únicamente 505 eran objeto del proceso de verificación del Hito 8.

⁵⁸ Pág. 33 del alegato de conclusión.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Partiendo de lo anterior, el apoderado de la Convocante manifestó lo siguiente:

*"Con las pruebas allegadas se demuestra que las 505 cajas del Hito 8 estaban terminadas al 31 de enero de 2017 y los diferentes sistemas operando correctamente. Comparando, objetivamente, la totalidad del número de cajas del Aeropuerto Internacional El Dorado frente a aquellas del Hito 8 que presentan observaciones o ameritan algún tipo de ajuste menor, **porcentualmente no son representativas**, situación que, por ser marginal, no afecta en nada el funcionamiento ni operación normal del Aeropuerto, condición que, además, reconoce la interventoría técnica al afirmar que estas se encuentran funcionando y operativas, y que por tanto no ameritan dentro de la lógica y la razonabilidad incumplimiento contractual. Las observaciones que se presentaron en algunas de esas cajas corresponden a actividades propias de post ventas, entendiéndose como aquellos ajustes menores identificados de manera posterior a la entrega y puesta en uso, que no afectan la integralidad de la infraestructura, como son pañetes o cintas por ajustar"⁵⁹.*

En suma, la Convocante argumentó que las cajas correspondientes al Hito 8, que eran objeto de verificación, se encontraban terminadas integralmente el 31 de enero de 2017. Adicionalmente, sostuvo que haciendo un contraste entre el número total de cajas del Aeropuerto Internacional El Dorado y el número de cajas correspondientes al Hito 8 que fueron objeto de observaciones y ajustes, se obtiene un porcentaje no representativo y marginal que no afecta, en lo absoluto, la operación normal del aeropuerto. En tal sentido, solicita que se declare la culminación de las obligaciones contractuales del Hito 8.

(iii) Declaraciones, dictámenes y testimonios que dan cuenta de la culminación de las obligaciones del Hito 8.

Finalmente, el apoderado de la Convocante argumentó que durante el trámite procesal se acreditó el cumplimiento de las obligaciones relativas al subproyecto *Vías, Redes, Parqueaderos*, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto El Dorado.

Puntualmente, se fundamentó en el contenido del dictamen pericial de la firma IPC CONSULTORIA SAS ("IPC"), la declaración de la ingeniera Andrea Castellanos (directora general del CONSORCIO CONSTRUCTOR NUEVO DORADO – CCND), el testimonio de la ingeniera María Alejandra Montoya

⁵⁹ Pág. 34 del alegato de conclusión.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

(directora técnica del CONSORCIO CONSTRUCTOR NUEVO DORADO -CCND), la declaración rendida por el perito Antonio Vargas del Valle y la declaración del ingeniero Alfredo Diaz-Granados (Director General de la Interventoría Técnica de la Concesión).

1. Dictamen pericial de la firma consultora IPC.

La Convocante afirmó en su escrito de alegatos de conclusión que el dictamen pericial de la firma consultora IPC del 24 de abril de 2018, suscrito por el ingeniero Antonio Vargas del Valle, da cuenta de que, para el 31 de enero de 2017, el subproyecto vías, redes, parqueaderos, separación de redes REAN/REAP/RTAP y demolición de la secretaría de sistemas operacionales, se encontraba debidamente terminado por parte del concesionario.

2. Declaración de la ingeniera Andrea Castellanos.

De conformidad con lo alegado por la Convocante, mediante la declaración de la ingeniera Andrea Castellanos se pudo demostrar que dando cumplimiento a la cláusula 27 del Contrato de Concesión las obras se habían terminado y puesto en funcionamiento antes del 31 de enero de 2017.

Para la Convocante, la declaración de la ingeniera Castellanos fue clara en explicar cómo los diferentes hallazgos de la interventoría fueron indebidamente calificados como incumplimientos. Adicionalmente, resaltó la imposibilidad a la que se enfrentó OPAIN de efectuar la migración de redes, pues éstas solo podían ser modificadas por los operadores que las instalaron inicialmente.

3. Testimonio de la ingeniera María Alejandra Montoya

Con fundamento en la declaración de la ingeniera María Alejandra Montoya, la Convocante señaló que las obras de redes de telecomunicaciones estaban terminadas el 31 de enero de 2017.

Al respecto, la Convocante plasmó lo siguiente en su escrito de alegatos de conclusión:

"Ella -haciendo referencia a la ingeniera María Alejandra Montoya- nos ilustró sobre los sistemas de distribución de energía y de telecomunicaciones del Aeropuerto El Dorado, sobre la separación de redes prevista en el contrato de Concesión, en el Hito 8, sobre cómo se terminó la construcción de las cuatro redes secas establecidas en el mismo, siendo estas: la Red Eléctrica Aeronáutica (REAN), la Red Eléctrica Aeroportuaria (REAP), la Red

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

de Telecomunicaciones Aeronáuticas (RTAN) y la Red de Telecomunicaciones Aeroportuaria (RTAP).

"En su declaración, la ingeniera afirmó que, de las 1.299 cajas reportadas por la Interventoría Técnica en el informe de supuesto incumplimiento que dio origen a la controversia, sólo 505 eran objeto del proceso de verificación del Hito 8, porque las otras habían sido entregadas y recibidas en los hitos 3,6 y 7, todas ya incluidas en el plan de mantenimiento del Aeropuerto El Dorado.

"Esas 505 cajas del Hito 8, declaró la ingeniera, estaban terminadas al 31 de enero de 2017 y los diferentes sistemas operando correctamente. Las observaciones que se presentaron en algunas de esas cajas corresponden a actividades propias de post ventas, entendiéndose como aquellos ajustes menores identificados de manera posterior a la entrega y puesta en uso, que no afectan la integralidad de la infraestructura, como son pañetes o cintas por ajustar⁶⁰.

4. Declaración rendida por el perito Antonio Vargas del Valle en la audiencia solicitada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA para controvertir el dictamen pericial.

La Convocante argumentó que el ingeniero Antonio Vargas del Valle, quien suscribió el dictamen pericial elaborado por la firma de consultoría IPC, explicó cómo todos los servicios y operaciones asociados a las obras del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión funcionaban de manera adecuada.

En efecto, la Convocante resaltó que lo verdaderamente importante para efectos de determinar la culminación o no de las obras, es que éstas efectivamente se hubieran realizado, y que tengan la aptitud de funcionar. Con ese fundamento, resaltó la siguiente manifestación del ingeniero Antonio Vargas del Valle:

"DRA. PAZ: Y ¿qué pasaría con esos que no cumplen o que tienen observaciones?

SR. VARGAS: No, como ya comenté lo más importante es que la obra esté hecha y que esté funcionando eso para mí es muy importante, y que esté funcionando bien, no mal, pero que esté funcionando bien; y, lo otro es, ayuda más a la regulación, a la

⁶⁰ Alegatos de Conclusión parte Convocante, pág. 43.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

normalización de todas y, obviamente es deseable que se hagan, de hecho, lo hicieron en mucho o no lo hicieron, pero debe tener un tiempo para hacerlo”.

5. Declaración del ingeniero Alfredo Díaz-Granados

Por último, la Convocante expuso en su escrito de alegatos de conclusión que en la declaración del ingeniero Alfredo Díaz-Granados, director de la Interventoría Técnica del Contrato de Concesión, aunque éste afirmó que al 31 de enero de 2017 no se habían terminado las obras relativas al Hito 8, no proporcionó detalles al respecto.

Así mismo, expresó que de la declaración del mencionado ingeniero se colige que la migración de redes es una tarea que corresponde a personas diferentes a OPAIN, y que la Aeronáutica Civil había incurrido en un error al introducir, sin autorización, redes de telecomunicaciones por las redes que habían sido construidas para energía.

b) Postura de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

La parte Convocada se opuso a lo pretendido por OPAIN, esencialmente por considerar que las obligaciones contractuales del concesionario respecto de las obras del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto El Dorado se encontraban plenamente establecidas en el clausulado del Contrato de Concesión, de tal suerte que las mismas contaban con unas especificaciones técnicas y debían desarrollarse en un cronograma determinado, lo que no fue cumplido a cabalidad. En efecto, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA manifestó lo siguiente en su escrito de alegatos de conclusión:

*"Como se ha expuesto a lo largo del proceso con las pruebas aportadas, y tal y como se lee del contrato de concesión, especialmente en sus **cláusulas 21, 27, numeral 27.2 del contrato, cláusula 53, clausula (sic) sexta del Otrosí No. 3 y cláusula segunda del otrosí No. 12, Apéndice C** relacionadas con la entrega del subproyecto de Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de Redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (restantes) del Hito 8 e inventario de bienes, OPAIN tiene unas obligaciones propias, bajo unas especificidades técnicas y cronológicas que no ha cumplido de manera adecuada”.*

Con el objeto de dar sustento a su afirmación, la parte Convocada expuso principalmente los siguientes argumentos: (i) la falta de imparcialidad y

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

carencia de certeza en las declaraciones de las ingenieras Andrea Castellanos y María Alejandra Montoya; (ii) la ausencia de acta de recibo y verificación de las obras del Hito 8; (iii) la relevancia y gravedad de los incumplimientos del concesionario; (iv) la falta de previsión del concesionario respecto de la migración de redes; y (v) las deficiencias del dictamen pericial rendido por la firma IPC.

(i) Parcialidad y carencia de certeza en las declaraciones de las ingenieras Andrea Castellanos y María Alejandra Montoya.

La parte Convocada afirmó, en primer lugar, que la declaración de la ingeniera María Alejandra Montoya no fue imparcial. Lo anterior por cuanto la mencionada testigo está vinculada laboralmente a una sociedad constructora contratada por OPAIN para la ejecución de las obras en el Aeropuerto Internacional El Dorado. En tal sentido, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA concluyó que su declaración no fue imparcial dado que, de ninguna manera, afirmarí­a el incumplimiento de OPAIN.

La anterior conclusión se plasmó en el escrito de alegatos de conclusión presentado por la parte convocada de la siguiente manera:

"(...) como se especificó de manera precedente, es claro que la declaración de la ingeniera Montoya carece de imparcialidad y objetividad toda vez que, ella misma acepta que es contratista directa de OPAIN y la encargada de ejecutar como tal, gran parte de las obras del contrato de concesión"⁶¹.

La Convocada manifestó también que las declaraciones rendidas por la ingeniera Andrea Castellanos en el curso del proceso están viciadas de múltiples defectos. Puntualmente, hizo referencia a serias contradicciones y a la formulación de afirmaciones alejadas de la realidad.

La AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA sostuvo que la ingeniera Andrea Castellanos formuló afirmaciones contrarias a la realidad en su declaración. Particularmente, la parte Convocada manifestó que la declarante afirmó desconocer los índices de calidad de la obra establecidos en el Contrato, sin que esto pueda corresponder a la realidad. En efecto, afirmó la Convocada:

*"De igual forma, hay que resaltar que la ingeniera olvida la existencia de la **Cláusula 10 y Apéndice D sección 6** del contrato. La referida cláusula tuvo que ser leída en la audiencia de*

⁶¹ Alegatos de conclusión parte Convocada, pág. 25.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

testimonios ya que la ingeniera Castellanos afirmaba no conocer los índices de calidad de las obras: "no conozco los índices de calidad a los que hace referencia es la primera vez que escucho la palabra índices de calidad". (T.p.17) A lo anterior me pregunto, ¿Cómo se construye una obra con las especificaciones propias de un contrato, si el mismo, es desconocido por el subcontratista constructor?

"Ahora bien, no es cierto que la ingeniera Castellanos "desconociera los índices de calidad" pues como bien lo explica posteriormente durante su testimonio: "Calidad es que la obra esté para la función que se le pidió, o sea que cumpla los estándares para lo que se le pidió, funcionalidad que pueda funcionar..." (T.p.29)

"Igualmente, ante la pregunta del Procurador Lota de si la Ingeniera recordaba si en la realización de los diseños y planos para el tema de las cajas, de las redes en general se hacía referencia a la aplicación de alguna norma técnica en ese sentido y al cumplimiento de normas técnica (sic) a lo que la Ingeniera Castellanos respondió: Generalmente el contrato hace una lista de normas, entonces Codensa es una referencia, como referencia, como guía, entonces por ejemplo puedo decirle que Codensa está en la lista de normas y Retie para el tema eléctrico. (T.p.32)".

Con este fundamento la parte convocada considera que las declaraciones rendidas por las ingenieras María Alejandra Montoya y Andrea Castellanos presentan diversas inconsistencias que no permiten tomarlas como una referencia objetiva y certera para determinar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de OPAIN.

(ii) Ausencia de acta de recibo y verificación.

En su escrito de alegatos de conclusión, la parte Convocada manifestó que el incumplimiento contractual por parte de OPAIN respecto de las obligaciones del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión se encuentra plenamente demostrado por el hecho de que nunca se suscribió el acta de recibo a satisfacción por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. Sobre el particular, la parte Convocada afirmó lo siguiente:

*"el proceso de verificación, relacionado especialmente en la **cláusula 27 del contrato de concesión**, no es una simple etapa más en la ejecución del contrato. Dicha etapa es primordial*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

para la ejecución correcta del proyecto toda vez que, la misma, permite llegar a la conclusión de si las obras han sido o no ejecutadas en tiempo y de conformidad con las especificaciones propias del contrato.

"Así pues, cuando la ANI pregunta a la Ingeniera Montoya en qué consiste el proceso de verificación ella responde: "Cuando se termina la fecha establecida de entregar el proyecto o de finalización de plazo se entrega una descripción técnica del proyecto que es básicamente como una memoria descriptiva que comprende el proyecto, qué áreas de intervención tuvo, qué actividades comprende el proyecto, después de eso la interventoría hace un proceso de verificación que es inspección de sitio, pruebas, cuando sea del caso muchos sistemas requieren pruebas, se hacen inventarios también de los elementos que quedaron en cada uno de los proyectos.

"Y luego después de eso hemos tenido diferentes escenarios o la interventoría en algunas ocasiones nos pide subsanar cosas en otras ocasiones simplemente de una vez puede dar su conformidad que es como un comunicado y una vez se tiene conformidad por parte de la interventoría se suscribe un acta de verificación que esa acta de verificación ya la suscriben es Opain, ANI, nosotros como Epecistas (sic) debemos apoyar la presencia para llegar a esa etapa, pero ya cuando llega la carta de conformidad a la interventoría ANI, Opain suscribe con la interventoría un acta de verificación". (T.p.13) (Subrayado fuera de texto)

"De lo anterior, podemos concluir dos cosas: Primero, como se especificó de manera precedente, es claro que la declaración de la Ingeniera Montoya carece de imparcialidad y objetividad toda vez que, ella misma acepta que es contratista directa de OPAIN y la encargada de ejecutar como tal, gran parte de las obras del contrato de concesión. Segundo, La carta de verificación que se firma entre OPAIN, la ANI y la Interventoría, determina el real y efectivo cumplimiento de las obras en tiempo y de conformidad con las especificaciones dadas en el contrato. Por lo anterior, no existiendo acta de recibo y verificación de las obras, como es el caso de las obras del Hito 8, no existe un efectivo aval de la ANI y la Interventoría respecto del cumplimiento de las mismas, sea

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

porque no se cumplieron las especificaciones, o sea porque no se cumplieron las mismas en el tiempo”.

(iii) La relevancia y gravedad de los incumplimientos.

La parte Convocada afirmó que las inconsistencias en la ejecución de las obligaciones relativas al Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión, contrario a lo indicado por la Convocante, sí constituyen un verdadero incumplimiento del contrato y tienen la mayor relevancia.

Con el fin de comprobar su tesis, la Convocada se centró en lo que al respecto sostuvieron el ingeniero Alfredo Diaz-Granados, Director de la Interventoría Técnica, y la abogada Silvia Fernández, de la Interventoría Operativa, de la siguiente manera:

“Ahora bien, tal y como lo especificó el Ingeniero Diaz Granados en su testimonio, no estamos hablando de “simples” cables: “... voy a empezar por el sistema de potencia que es el sistema de fuerza, o sea, la parte eléctrica, dentro de eso mantener agua al interior de los sistemas cuando utilizamos cables a media tensión, que son cables que llevan unas tensiones muy altas, hablamos de 34.500 Kilovoltios, hablamos de 11.400 kilovoltios, son unas potencias muy grandes, el aeropuerto El Dorado consume lo que consume un pueblo de 50 a 60 mil personas... Entonces, al nosotros para manejar eso, se presentan unos problemas serios en los cables cuando uno los tiene bajo agua...” (T.p.41) “...Y las humedades, ahora qué ocurre con las humedades, los tiempos de vida de los cables se reducen, digamos que un cable normalmente de estos puede estar funcionando muy bien 15 años, al estar en contacto con agua permanente o humedades se reduce a 5 años, la reducción del tiempo de vida es muy importante también, eso daña los cables...” (T.p.42 y 43)

Ahora bien, la Interventoría operativa también ha reiterado los incumplimientos referidos. Esto se demuestra en la declaración de la Abogada Silvia Fernández cuando especifica: “No me han entregado el hito ocho, las obras del hito ocho no han sido entregadas mediante un acta verificación por parte de la Interventoría técnica quien es quien nos pasa esas actas”. (T.p.23) Y es que, el Hito 8 no cuenta con acta de verificación porque las obras construidas NO cuentan con las especificaciones propias exigidas en el contrato, por lo anterior, no es viable hablar

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

de mantenimiento de una obra cuando la misma ni siquiera ha sido construida en debida forma”.

Teniendo como fundamento lo anterior, la Convocada concluyó lo siguiente:

*"Ahora bien, es importante resaltar que, si bien muchas obras se encuentran en operación, esto **NO significa que se hayan recibido a satisfacción** y que, por lo mismo, se haya cumplido el contrato, ya que las mismas debían entregarse a satisfacción el 31 de enero de 2017. La necesidad y la importancia de las obras del aeropuerto el Dorado ha generado que, muchas veces, las mismas sean puestas en operación sin su recibo a satisfacción”.*

En el mismo sentido, la Convocada se pronunció respecto de las marquillas en los ductos que contienen la fibra óptica en los siguientes términos:

*"Como se expuso de manera precedente, ciertos incumplimientos que resultan, aparentemente, insignificantes como es el caso de las marquillas en los ductos que contienen la fibra óptica, podrán llevar a una catástrofe. Como bien lo afirmo (sic) en su testimonio el representante legal de la Interventoría técnica, Alfredo Diaz granados (sic), existen ductos que transportan las fibras ópticas del aeropuerto. Dichos ductos sin marquillas **NO** permiten identificar los cables y saber de dónde vienen y para donde (sic) van pudiéndose ocasionar una tragedia. Tragedia, que no podría ser atendida de manera diligente ya que, sin marquillas, no se contaría con la seguridad y certeza de saber qué cable es, cuál es su función, de donde (sic) viene y para donde va y cómo repararlo o reemplazarlo, por lo que, **NO** nos encontramos frente a un incumplimiento menor”⁶².*

Finalmente, la Convocada manifestó que el hecho de que no se hubiera suscrito el acta de verificación del cumplimiento contractual tiene una consecuencia muy importante y es que esta es necesaria para que pueda darse inicio a la etapa de mantenimiento de las obras. En consecuencia, afirmó que, a pesar de que la Convocante indique lo contrario, a la fecha no se ha podido dar inicio al mantenimiento de las obras del Hito 8.

⁶² Alegatos de conclusión parte Convocada, pág. 38.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

(iv) La falta de previsión del concesionario respecto de la migración de redes.

Respecto del argumento presentado por la parte Convocante en el sentido de que la migración integral de redes resulta imposible para OPAIN pues depende de terceros, como las empresas prestadoras de servicios públicos, la Convocada expresó que, como concesionario, era responsabilidad de OPAIN prever este tipo de situaciones, y tomar las decisiones correspondientes antes de celebrar el Contrato de Concesión.

Tal argumento fue expuesto por la Convocada en su escrito de alegatos de conclusión, así:

"Ahora, si bien es cierto que el traslado de ciertas redes necesitan de la aceptación y colaboración de entes ajenos a Opain, como es el caso de Codensa, también es cierto que el contrato cuenta con una matriz de riesgos, riesgos asumidos por el concesionario y que, de manera diligente debió haber estudiado cuando decidió asumir la ejecución del presente contrato de concesión"⁶³.

(v) Las deficiencias del dictamen pericial rendido por la firma IPC.

La Convocada presentó una serie de observaciones al dictamen pericial rendido por la firma IPC el día 24 de abril de 2018, tendientes a cuestionar su contenido y sus conclusiones. Puntualmente, las referidas anotaciones pueden resumirse en lo siguiente:

1. Para la realización del dictamen pericial, el perito omitió el estudio de las obligaciones contenidas en el apéndice D del Contrato de Concesión. Y es que, según la parte Convocada, la mayoría de las obligaciones que fueron incumplidas se encontraban en el referido apéndice.

2. El perito de la firma IPC no realizó un estudio cuidadoso e integral del Contrato de Concesión, pues se equivocó en el señalamiento del plazo estimado para la concesión.

3. No es válido el argumento consignado en el dictamen pericial consistente en que la obligación de separación de redes no podía ser ejecutada por OPAIN pues correspondía a la Aerocivil y a Codensa, pues según el clausulado contractual el concesionario conocía desde un principio los trámites que debían adelantarse para dar cumplimiento al contrato en los términos establecidos en el mismo.

⁶³ Alegatos de conclusión parte Convocada, pág. 29.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

4. El dictamen pericial incluye un registro fotográfico en el cual se evidencian algunas de las obras ejecutadas por OPAIN, relativas a las redes. En dichas fotos puede verse que para el día 24 de abril de 2018 hay faltantes y desperfectos en la obra que evidencian el incumplimiento del concesionario.

5. Considerando que las obligaciones del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión no se agotaban con las redes eléctricas y de telecomunicaciones, sino que también contemplan obras de vías de acceso al aeropuerto, urbanismo, redes de alcantarillado de aguas negras y lluvias, taponamiento de conexiones erradas, señalización y demarcación, parqueaderos, entre otras, se concluye que el análisis efectuado por el perito es superficial pues, en realidad, sólo estudió alrededor del 50% de las obras que conforman la totalidad del subproyecto.

6. La revisión por parte de la Interventoría Técnica respecto de las cajas se hizo sobre la totalidad de ellas puesto que las que fueron recibidas en los Hitos 3, 6 y 7 no contaban con cableados, numeración, marquillas y desagües. Por esta razón, no es de recibo el argumento expuesto en el dictamen pericial en el sentido de que de las 1.299 cajas reportadas por la Interventoría solo 505 corresponden al Hito 8.

7. La afirmación del perito en el sentido de que *"si se descartan los comentarios que no son aplicables, el porcentaje de observaciones sería aún menor al 4%"* resulta desafortunada, pues para hablar de cumplimiento contractual, la obra debe estar terminada en un 100% dentro de los términos temporales establecidos en el contrato.

c) Postura del Ministerio Público.

Luego de analizar las pruebas testimoniales que fueron practicadas en el curso del proceso, el Ministerio Público arribó a la conclusión de que, casi dos años después del vencimiento del plazo contractual para la entrega de las obras a satisfacción, no se ha podido suscribir el acta de verificación correspondiente respecto de este hito del Contrato. Dado lo anterior, aunado a la especial relevancia del asunto por tratarse de un servicio público, el Ministerio Público consideró que se encuentra acreditado el incumplimiento del concesionario⁶⁴.

⁶⁴ Concepto del Ministerio Público, pág. 44.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

d) Incorporación de copia auténtica del Laudo proferido el 11 de julio de 2018 en la controversia suscitada entre OPAIN, por una parte, y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y AEROCIVIL, por la otra (expediente 4921).

Con posterioridad a la fecha de alegatos de conclusión, el Tribunal advirtió que si bien el laudo arbitral de 11 de julio de 2018 proferido en la radicación 4921 fue incorporado al expediente de este proceso según consta en acta No. 9 de 25 de septiembre de 2018, se constató que en esa oportunidad no se corrió traslado a las partes de manera formal para que manifestaran lo que consideraran pertinente.

En consecuencia, mediante auto de 5 de febrero de 2019, el Tribunal ordenó oficiar al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para que remitiera copia auténtica del laudo arbitral proferido en el trámite adelantado por SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A. contra la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA de fecha 11 de julio de 2018 (radicación 4921) y que se corriera traslado del mismo por el término de tres (3) días para que las partes manifestaran lo que consideraran pertinente.

En oportunidad, las partes presentaron sendos escritos pronunciándose sobre el laudo varias veces referido y sobre sus efectos respecto de esta controversia, lo que hicieron en los siguientes términos:

i) Posición de OPAIN.

La parte Convocante sostuvo en el escrito con el que recorrió el traslado concedido mediante auto de 5 de febrero de 2019 que, en proceso arbitral anterior, el juez del contrato declaró el cumplimiento por parte de OPAIN de sus obligaciones contractuales relativas con las obras de "*Vías, Redes, Parqueaderos, separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (restantes)*", por lo que no sería admisible que el presente Tribunal declarara su incumplimiento.

La Convocante explicó que entre las partes del presente proceso arbitral, y en el marco del mismo Contrato de Concesión, ya se había presentado anteriormente una diferencia en la que se puso en entredicho el cumplimiento de las obras del subproyecto "*Vías, Redes, Parqueaderos, separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (restantes)*".

En aquella oportunidad, según adujo la Convocante, se debatió la procedencia de la reducción del 4% de la remuneración a OPAIN -disposición establecida en la cláusula 24 del Contrato de Concesión para los eventos de extensión del

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

plazo de construcción de las obras- como consecuencia de la inminente necesidad de prolongar el plazo de culminación para ciertas obras, por razones ajenas a OPAIN. Puntualmente, la Convocante expresó que OPAIN se rehusó a la extensión de la Etapa de Modernización y Expansión -lo cual implicaba una reducción del 4% de su remuneración-, toda vez que las obras por las que se hacía necesario realizar la extensión, correspondían apenas al 1% de la totalidad de las obras por construir. Ante tal situación, según afirma la Convocante, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA propuso que se aceptara la extensión de la Etapa, realizando un descuento a la remuneración de OPAIN ya no del 4%, sino de un valor proporcional que se ajustara a lo ya ejecutado, y a las obras que no se habían podido culminar por motivos externos a OPAIN.

Según explicó la Convocante, este fue el origen de la controversia por la cual se convocó a un tribunal de arbitraje el 9 de septiembre de 2016, en el cual la pretensión primera de la demanda instaurada por OPAIN consistió en la declaratoria de que, salvo los subproyectos de los hitos 7, 7B y 8 que fueron objeto de reprogramación mediante el Otrosí No. 21, todas las demás obras de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión fueron cumplidas.

Así las cosas, observando que el subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (restantes) no fue objeto de reprogramación en el Otrosí No. 21, la Convocante concluyó que la decisión del referido tribunal de arbitraje de darle prosperidad a la mencionada pretensión primera incluyó la declaratoria de que las obras del referido subproyecto fueron cumplidas por OPAIN.

En efecto, la Convocante afirmó que *"(...) sí (sic) ya el juez del contrato, a efectos de establecer qué estaba cumplido y qué no, para luego ocuparse de resolver si proporcionaba o no el descuento del 4%, declaró en providencia judicial definitiva ejecutoriada que las obras no reprogramadas en el Otrosí 21 fueron cumplidas por OPAIN, de manera que las obras de "Vías, Redes, Parqueaderos, separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (restantes)", que no fue reprogramada en el Otrosí 21 y goza de esa declaratoria de cumplimiento, debe tenerse como tal, con efecto de cosa juzgada"*.

En suma, la Convocante reafirmó su posición en el sentido de que, respecto del debate sobre el cumplimiento del subproyecto *"Vías, Redes, Parqueaderos, separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (restantes)"*, operó el fenómeno

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

de cosa juzgada, toda vez que ya fue objeto de discusión y decisión en sede arbitral. Así, para la Convocante, no es dable para el presente Tribunal volver a pronunciarse al respecto.

ii) Posición de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

En el escrito con el que describió el traslado concedido mediante auto de 5 de febrero de 2019, la Convocada manifestó que el hecho de que mediante laudo arbitral del 11 de julio de 2018 se hubiera declarado la prosperidad de la pretensión primera, a que ya se ha hecho referencia, no hace cosa distinta que reafirmar la posición de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA sobre el incumplimiento del subproyecto "*Vías, Redes, Parqueaderos, separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (restantes)*" del hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión.

La posición de la Convocada, en efecto, se resume en las siguientes líneas: "*De lo anterior se concluye que la prosperidad de la pretensión primera, es decir que, salvo los Sub proyectos de los Hitos 7, 7B y especialmente el **Hito 8** objeto del presente trámite arbitral, se reafirma la posición de la ANI en el sentido de establecer que OPAIN incumplió y sigue incumpliendo con las obligaciones propias del contrato de concesión*".

De lo anterior se colige que, para la Convocada, la decisión del precedente tribunal de arbitraje consistió en determinar el cumplimiento de las obras de la Etapa de Modernización y Ampliación, salvo las correspondientes a los subproyectos de los hitos 7, 7B y 8. En consecuencia, a juicio de la Convocada, en el laudo arbitral del 11 de julio de 2018 se estableció que las obras correspondientes a los subproyectos del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión, no estaban cumplidos a esa fecha.

Para reafirmar su posición la Convocada manifestó que al 14 de febrero de 2019 el subproyecto "*Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (restantes) del hito 8*" de la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado no cuenta con acta de verificación, por lo que no es posible afirmar que la obra ya fue debidamente terminada por parte de OPAIN.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

e) Análisis del Tribunal.

Teniendo en cuenta el planteamiento expuesto por la Convocante en los alegatos de conclusión, en el sentido de que respecto de la pretensión séptima de la demanda reformada se habría presentado el fenómeno de cosa juzgada, y analizadas las posiciones de las partes al respecto según lo transcrito en precedencia, debe proceder el Tribunal a analizar el Laudo Arbitral proferido el día 11 de Julio de 2018 en la controversia suscitada entre OPAIN, por una parte, y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y AEROCIVIL, por la otra (expediente 4921).

La Convocante, al respecto, expresó lo siguiente:

"6.2.1.- COSA JUZGADA. El cumplimiento de esta obligación ya fue objeto de debate judicial y de pronunciamiento del juez del contrato, con efecto de cosa juzgada.

"En efecto, el 9 de septiembre de 2016, OPAIN presentó demanda arbitral contra la ANI con el objeto de que se declarara la viabilidad de proporcionar el pago del 4% los ingresos brutos establecido en la cláusula 24 del Contrato de Concesión, por cuenta del cumplimiento de todas las obras de la Etapa de Modernización y Expansión a 31 de enero de 2017, salvo las siguientes obras de acuerdo con lo establecido en el Otrosí 21 del 2 de septiembre de 2016:

"HITO 7. RESAS PISTA NORTE

"HITO 7B "SUPERFICIES DE PROTECCIÓN ANTIEROSIÓN POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE I", SUPERFICIES DE PROTECCIÓN ANTIEROSION POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE II EXPANSIÓN DE BAHÍAS DE ESPERA PISTA NORTE - FASE 2

" HITO 8 NIVELACIÓN FRANJAS PISTA NORTE DEMOLICIÓN HANGAR AVIANCA FASE II Y PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE II SISTEMA DE ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE I RECONFIGURACIÓN PLATAFORMA TPA (ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES POR HIDRANTES, POSICIONES TIPO C, D y E).

"Obra en el cuaderno de pruebas, a folios 186 – 271, el laudo proferido el 11 de julio de 2018, en el cual, respecto a la pretensión de que:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"PRIMERA: Que se DECLARE que, salvo los subproyectos de los hitos 7, 7B y 8 que fueran objeto de la reprogramación y extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión No. 6000169 ok; reprogramación pactada en el Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016; todas las demás obras de esa Etapa fueron cumplidas por OPAIN."

"Profirió el siguiente Fallo:

"SEGUNDO: En los términos dispuestos en la parte considerativa declarar la prosperidad de las pretensiones Primera y Segunda contenidas en la demanda presentada por la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A.**"

"OPAIN debía demostrar, como lo hizo, que todas las obras de redes, vías y Parquederos del Hito 8, obras que no habían sido reprogramadas en el Otrosí 21 del 2 de septiembre de 2016, ya estaban cumplidas.

"De ahí la pretensión y de ahí el laudo del tribunal".

Planteado el asunto en los términos que se dejan reseñados, el Tribunal considera pertinente realizar algunas consideraciones respecto de la institución de la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico colombiano, simplemente con el propósito de tener suficientes elementos de juicio para realizar, posteriormente, un adecuado análisis del argumento de cosa juzgada planteado por la Convocante.

Uno de los principios de mayor relevancia en los distintos ordenamientos jurídicos, con sobrada razón, es el de seguridad jurídica. Mediante éste se busca dar certeza a las personas, con el fin de que ellas puedan confiar en que las situaciones con relevancia jurídica se van a mantener estables no obstante el transcurso del tiempo. Por supuesto, lejos de comprender la seguridad jurídica como un postulado inamovible y absoluto, lo que se busca es que no haya cambios abruptos e inesperados que alteren gravosamente las relaciones con relevancia jurídica y la convivencia de las personas en sociedad.

En materia judicial, puntualmente, la seguridad jurídica se ve materializada, entre otras figuras, en la institución procesal de la cosa juzgada. Ésta se define como "(...) *una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica”.*⁶⁵

En línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que la cosa juzgada “(...) *se presenta cuando el litigio sometido a la decisión del juez, ya ha sido objeto de otra sentencia judicial; produce efectos tanto procesales como sustanciales, por cuanto impide un nuevo pronunciamiento en el segundo proceso, en virtud del carácter definitivo e inmutable de la decisión, la cual, por otra parte, ya ha precisado con certeza la relación jurídica objeto del litigio”.*⁶⁶

En el sistema jurídico nacional el principio de seguridad jurídica se desprende de lo establecido en los artículos 2, 29 y 228 de la Constitución Política y su contenido ha sido desarrollado legislativamente. Así, por ejemplo, el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

“Artículo 189. Efectos de la sentencia.

“(...

“La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.”

En línea con lo anterior, el artículo 303 del Código General del Proceso es del siguiente tenor:

“Artículo 303. Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de junio de 2014. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

"En los procesos en que se emplaze a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

"La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión."

En consecuencia, tradicionalmente se ha considerado que para que opere la cosa juzgada deben acreditarse una serie de elementos de identidad entre el nuevo proceso y el que fue decidido con anterioridad. Estas son (i) identidad en el objeto; (ii) identidad en la causa; y (iii) identidad en los sujetos. Sobre cada uno de ellos, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:

"- Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

"-Identidad de causa petendi (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"-Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada."⁶⁷

Por lo anterior, una decisión preexistente puede tener efectos vinculantes que impiden que lo que ya ha sido objeto de decisión sea nuevamente analizado en proceso posterior, siempre que exista, en primer lugar, identidad en el objeto, esto es, que se tengan las mismas pretensiones en los términos anteriormente referidos; es requerido igualmente que haya identidad en la causa, de tal suerte que los hechos que sirven de fundamento para las pretensiones sean, en esencia, los mismos en ambos procesos; por último, se hace indispensable que haya identidad jurídica entre las partes, es decir, que se trate de los mismos sujetos procesales, o de sus sucesores.

Debe el Tribunal, en consecuencia, analizar los elementos aducidos por la Convocante respecto de la cosa juzgada en relación con la pretensión que se analiza, teniendo en cuenta los criterios anteriormente referenciados. Solo así será posible arribar a una conclusión certera sobre la cuestión de si es dable, para el presente Tribunal, pronunciarse sobre la culminación del subproyecto Vías, Redes, Parquaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto El Dorado, en los términos solicitados por la Convocante.

Análisis de los requisitos propios de la cosa juzgada

(i) Identidad en el objeto

Si bien la forma en que se planteó el fondo del asunto fue diferente en uno y otro proceso, el Tribunal observa que las pretensiones formuladas, objeto de nuestro estudio, se orientan al mismo propósito: la ejecución de las obligaciones del concesionario respecto del hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado. Y a este respecto no sobra precisar que el requisito de identidad en el objeto no significa que las pretensiones deban ser formalmente iguales, sino que, desde el punto de vista material, se dirijan a la misma finalidad. En ese contexto, a juicio del Tribunal la pretensión séptima del actual proceso arbitral se encuentra necesariamente incluida en la pretensión primera de la controversia decidida en el laudo proferido el 11 de julio de 2018.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

En efecto, la pretensión primera del anterior proceso arbitral fue formulada de la siguiente manera: **"PRIMERA:** *Que se DECLARE que, salvo los sub proyectos de los hitos 7, 7B y 8, que fueran objeto de la reprogramación y extensión de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión No. 6000169 Ok; reprogramación pactada en el Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016; todas las demás obras de esa Etapa fueron cumplidas por OPAIN".*

Por su parte, la pretensión séptima de la reforma a la demanda presentada por OPAIN en el proceso arbitral que nos ocupa es la siguiente: **"SÉPTIMA:** *Que se DECLARE que el subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión, fue culminado cumpliendo con los fines contractuales en cuanto a la funcionalidad y operación exigida en el marco de las disposiciones del Contrato de Concesión".*

Es de resaltar que el subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8 es una de las obras que debía desarrollar el concesionario en la Etapa de Modernización y Expansión. Consecuencia de ello es que, al pretender la declaratoria de cumplimiento de las obras de la Etapa de Modernización y Expansión, se incluya la declaratoria de cumplimiento del referido subproyecto. Lo anterior, siempre y cuando el mismo no hubiera sido objeto de reprogramación mediante el Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016.

Así las cosas, a efectos de determinar si existe identidad en el objeto, corresponde al Tribunal discernir sobre el siguiente interrogante: ¿El subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión fue objeto de reprogramación mediante el Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016?

Si la respuesta a la anterior pregunta es afirmativa, habría de descartarse la identidad en el objeto, pues la pretensión del primer proceso excluiría la declaratoria de cumplimiento del subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión.

Por el contrario, si la respuesta es negativa, la pretensión de que se declare el cumplimiento de las obras de la Etapa de Modernización y Expansión necesariamente incluiría la declaratoria del cumplimiento del subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión, por lo que sí habría identidad en el objeto.

Al respecto es pertinente destacar que mediante el Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016 se acordó lo siguiente:

"CLÁUSULA PRIMERA. *Las Partes acuerdan reprogramar las fechas máximas de terminación de los siguientes Subproyectos según se indica a continuación:*

"Hito 8 A

*"RESAS PISTA NORTE": **Noviembre 30 de 2017***

*"SUPERFICIES DE PROTECCIÓN ANTIEROSIÓN POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE II" y "EXPANSIÓN DE BAHÍAS DE ESPERA PISTA NORTE - FASE 2": **Noviembre 30 de 2017***
*"NIVELACIÓN FRANJAS PISTA NORTE": **Noviembre 30 de 2017***

"Para las SUPERFICIES DE PROTECCIÓN ANTIEROSIÓN POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE II, RESAS PISTA NORTE, Y NIVELACIÓN DE FRANJAS PISTA NORTE, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

*"1. Entrega por parte de la ANI de los diseños de detalle definitivos de las intervenciones eléctricas para el sistema CAT III debidamente aprobados y definición del alcance de las mismas a cargo de **OPAIN**.*

*"2. Definición por parte de la Aerocivil de las ventanas operacionales con las cuales contará **OPAIN** para la ejecución de los trabajos en la pista norte, las cuales deberán ser como mínimo iguales a las que hasta a la fecha han sido otorgadas con 20 días de cierre de la pista norte al mes con seis horas de cierre por día, que incluyen 2 domingos al mes con 14 horas de cierre por día. 3. Definición y acuerdo entre las partes del valor y el cronograma de ejecución de las intervenciones eléctricas para el sistema CAT III. 4. Definición por parte de la Aerocivil de la fecha y duración del desplazamiento del Umbral requerido para ejecutar las Intervenciones que se encuentren pendientes en la cabecera 13L cuya duración mínima deberá ser de 3 meses. 5. Ejecución por parte de la Aerocivil de las actuaciones eléctricas necesarias conforme a lo dispuesto en el Laudo del 4 de octubre de 2012, el cual define las condiciones de inicio de las obras en la RESA occidental y franjas de Pista Norte. 6. Entrega por parte de la ANI de la comunicación donde se incluya el programa coordinado de las intervenciones a ejecutar por terceros en las mismas áreas en las que **OPAIN** ejecutará las obras que le corresponden. 7. Definición por parte de la **ANI** del alcance de las obras a ejecutar en la cabecera 13L.*

"Parágrafo Primero: *La ANI manifiesta que los entregables 2 y 4 descritos en el párrafo anterior así como su alcance no son de su resorte y en ese sentido, su actuación únicamente se limitará a*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*procurar que haya una adecuada coordinación entre la **AEROCIVIL** y **OPAIN**.*

***"Parágrafo Segundo:** Para la zona de la NIVELACIÓN DE FRANJA PISTA NORTE DENOMINADA FASE "3" la **ANI** entregará la modificación al diseño detallado, de las intervenciones a ejecutar en la Fase 3 de la Pista Norte para la mitigación de la interferencia que se presenta con las obras en la calle de salida rápida actualmente en ejecución por parte de CODAD, debidamente aprobada*

*"Una vez se cuente con comunicación formal de la **ANI** en la que se defina el alcance del diseño CAT III que le corresponda ejecutar a **OPAIN** y se cuente con el diseño debidamente aprobado en un plazo máximo de 30 días hábiles siguientes a la recepción de la mencionada comunicación, **OPAIN** debe entregar a la **ANI** y al interventor técnico, los siguientes productos:*

*"Cantidades de obra, listado de precios de materiales e insumos, análisis de todos los precios unitarios (en formato excel) y el presupuesto de obra (en formato excel), que permitan revisar las fórmulas. Igualmente, **OPAIN** debe entregar los APU's debidamente detallados y soportados con cotizaciones o subcontratos o facturas. Costos indirectos debidamente detallados y soportados. Cronograma de obra en formato Project.*

***"PARÁGRAFO PRIMERO.** En caso de que una o varias de estas circunstancias no se materialicen con la anterioridad suficiente de tal forma que garantice el inicio de las respectivas obras, las partes se comprometen a suscribir un acta de reprogramación en la cual se deberá establecer con el mayor nivel de detalle las condiciones de ruta crítica y las actividades a realizar por las partes y los terceros que ejecutan obras en la pista norte, cuyos efectos deberán ser revisados por las partes.*

"Hito 8B:

*"DEMOLICIÓN HANGAR AVIANCA FASE II, y PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE II": Noviembre 30 de 2018, siempre y cuando Avianca restituya el Hangar 2 a **OPAIN** el 31 de marzo de 2018.*

"Hito 8C:

"SISTEMA DE ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE I" y RECONFIGURACIÓN PLATAFORMA TPA (ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES POR HIDRANTES, POSICIONES TIPO C, D y E) atendiendo lo indicado en la comunicación de la ANI No. 2014-309- 014832 del 06 de agosto de 2014: 30 septiembre de 2018.

***"PARÁGRAFO SEGUNDO.** En caso de que las circunstancias se materialicen con la anterioridad suficiente de tal forma que garantice el inicio de las respectivas obras, **OPAIN** a los quince (15) días*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

siguientes de recibir la comunicación escrita de la ANI donde informe sobre tal evento, contará con los siguientes plazos para ejecutar las obras:

"Hito 8A

"RESAS PISTA NORTE": 3 meses.

"SUPERFICIES DE PROTECCIÓN ANTIEROSIÓN POR CHORRO DE TURBINA EN CABECERA PISTA NORTE FASE II" y "EXPANSIÓN DE BAHÍAS DE ESPERA PISTA NORTE - FASE 2": 3 meses

"NIVELACIÓN FRANJAS PISTA NORTE": 13 meses

"Hito 8B:

"SISTEMA DE ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE I": 5 meses

"DEMOLICIÓN HANGAR AVIANCA FASE II: 2 meses PLATAFORMA HANGAR AVIANCA FASE II: 5 meses.

"Hito 8C:

"SISTEMA DE ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES y RECONFIGURACIÓN PLATAFORMA TPA (ABASTECIMIENTO DE COMBUSTIBLES POR HIDRANTES, POSICIONES TIPO C, D y E) atendiendo lo indicado en la comunicación de la ANI No. 2014-309-014832 del 06 de agosto de 2014: 13 meses

"PARÁGRAFO TERCERO. La fecha de finalización de los demás subproyectos contenidos en la cláusula segunda del Otrosí No. 12 al Contrato de Concesión no se modifica. Para tales efectos, la fecha de entrega de estos subproyectos es el 31 de enero de 2017.

"CLÁUSULA SEGUNDA. Las Partes manifiestan que en virtud de la reprogramación de la ejecución de los Subproyectos regulada en el presente documento, la fecha de finalización de la Etapa de Modernización y Expansión se prorroga hasta el 30 de noviembre de 2018. En caso de que AVIANCA no restituya el Hangar 2 el 31 de marzo de 2018, las partes se comprometen a suscribir un acta de reprogramación en la cual se deberá establecer con el mayor nivel de detalle las condiciones de ruta crítica, las actividades a realizar por cada una de ellas y los efectos que se deriven de dicha situación, sin que esta reprogramación genere sanciones o multas a OPAIN siempre y cuando los retrasos no le sean imputables".

Como se observa, el subproyecto vías, redes, parqueaderos, separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8 de la Etapa de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Modernización y Expansión no fue mencionado en el Otrosí No. 21, por lo que se concluye que no fue objeto de reprogramación⁶⁸.

En ese orden de ideas, al no estar incluido este particular subproyecto en las excepciones mencionadas en la pretensión primera de la demanda del proceso arbitral anterior, es evidente que dicha pretensión abarcó la declaratoria de cumplimiento del Subproyecto Vías, Redes, Parquaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión No. 6000169OK.

Puesto de otra forma, puede afirmarse que la pretensión primera de la demanda del proceso arbitral anterior tiene carácter genérico, respecto de la especie de la pretensión séptima de la demanda reformada del actual proceso arbitral. Como corolario de lo anterior, estima el Tribunal que sí hay identidad de objeto entre los dos procesos.

⁶⁸ Así inclusive es reconocido por la propia ANI en el Memorando No. 2017-704-005657-3 de fecha 07/04/2017 (Asunto: Solicitud formal de inicio de procedimiento administrativo sancionatorio. Proyecto Aeropuerto Internacional El Dorado Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006. Por el presunto incumplimiento de sus obligaciones contractuales contenidas en el otrosí No. 12 al contrato de concesión relacionadas con la entrega del subproyecto "Vías, Redes, Parquaderos, Separación de Redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8.") suscrito por los doctores Andrés Figueredo Serpa y Priscila Sánchez Sanabria, Vicepresidente de Gestión Contractual y Gerente de Gestión Contractual 2 respectivamente:

" 9. El 2 de Septiembre de 2016 la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y el Concesionario OPAIN S.A., suscribieron el Otrosí No. 21 al Contrato de Concesión No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006 para la ADMINISTRACION, OPERACIÓN, EXPLOTACION COMERCIAL, MANTENIMIENTO Y MODERNIZACION Y EXPANSION DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL EL DORADO LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, de la ciudad de Bogotá D.C. donde acordaron reprogramar las fechas máximas de terminación de ciertos subproyectos, entre los que se destacan: RESAS PISTA NORTE, NIVELACION FRANJAS PISTA NORTE, EXPANSION DE BAHIAS PISTA NORTE – FASE 2 y, VIAS, REDES, PARQUEADEROS BUSES REGIONALES, SEPARACION REDES REAN/RTAN/RTAP (RESTANTES) Y DEMOLICION DE SECRETARIA DE SISTEMAS OPERACIONALES. 10. No obstante, lo anterior, la ANI y OPAIN convinieron en el párrafo tercero de la cláusula primera del otrosí No. 21 al contrato de concesión, que la fecha de finalización de los demás subproyectos contenidos en la cláusula segunda del otrosí No. 12 al contrato de concesión no se modifica y que, para tales efectos, la fecha de entrega de esos **subproyectos era el 31 de enero de 2017.**

11. El citado párrafo tercero era aplicable para el subproyecto denominado "VIAS, REDES, PARQUEADEROS BUSES REGIONALES, SEPARACION REDES REAN/REAP/RTAN (RESTANTES) Y DEMOLICION DE SECRETARIA DE SISTEMAS OPERACIONALES" que pertenece al Hito 8...". Este documento obra en las pruebas aportadas en CD por la parte Convocada.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

(ii) Identidad en la causa.

Si bien el contexto en el que se plantearon los dos procesos objeto de análisis es diferente, es claro para el Tribunal que los hechos que sirvieron como fundamento en uno y otro proceso son, principalmente, las diferencias existentes entre OPAIN y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA respecto del cumplimiento de las obligaciones de la Etapa de Modernización y Expansión a cargo del concesionario. Con fundamento en una interpretación integral y armónica de ambos procesos, se colige que los fundamentos fácticos que dieron origen a las pretensiones fueron los mismos, a pesar de las diferencias en las razones que llevaron al inicio de cada uno de los procesos.

El objetivo de la declaración de cumplimiento incluida en la pretensión primera del proceso arbitral previamente concluido era que, con ese fundamento, se declarara lo siguiente (subraya y resalta el Tribunal): "***TERCERA: Solicito que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y con fundamento en la función que cumple la referida cláusula 24 del Contrato de Concesión, el principio de proporcionalidad, la equidad y la aplicación analógica de la ley; se le dé aplicación a los artículos 1596 del Código Civil, 867 del Código de Comercio y a la Ley 80 de 1993, reduciendo proporcionalmente el descuento del porcentaje del 4% de los ingresos regulados y no regulados, pactado en la cláusula 24 del contrato, durante la ejecución del Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016, es decir a partir del 1 de febrero de 2017 y hasta que se termine la Etapa de Modernización y Expansión; reducción que deberá responder a un porcentaje que represente lo que falta del cumplimiento de la obligación principal.***"

Según se puede observar en la transcripción antes realizada, la Convocante del anterior proceso arbitral buscó que se declarara que, salvo algunas excepciones, las obras de la Etapa de Modernización y Expansión fueron cumplidas por el concesionario. Esto con el objetivo de que se redujera, en proporción al grado de cumplimiento, el porcentaje de 4% de los ingresos regulados y no regulados que se debía descontar con ocasión de las obras de la Etapa de Modernización y Expansión que debieron ser extendidas.

Por su parte, la pretensión séptima del proceso que nos ocupa, relativa a la declaración de culminación de las obras en el subproyecto vías, redes, parqueaderos, separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión No. 6000169OK, tiene como finalidad que no se impongan multas al concesionario con ocasión del incumplimiento que la interventoría de la obra y la AGENCIA

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA han afirmado se presenta respecto de las obras a que se ha hecho referencia.

Como se puede observar, la intención o el propósito final de las declaraciones de cumplimiento en uno y otro proceso es diferente. Sin embargo, no puede negarse que la estructuración de las pretensiones primera y séptima del anterior y del actual proceso, respectivamente, parte del mismo fundamento fáctico: el cumplimiento o no de las obligaciones en cabeza del concesionario respecto de las obras de la Etapa de Modernización y Expansión.

No podría admitir la lógica y la necesidad de seguridad jurídica, entonces, que si en un proceso anterior se declaró el cumplimiento de una obra, se decida en un proceso posterior que dicha obra no ha sido cumplida. Por tal motivo, a juicio del Tribunal, sí hay identidad en la causa entre el trámite precedente y el actual proceso arbitral.

(iii) Identidad en los sujetos.

No hay mayor problema en verificar que hay identidad en los sujetos de uno y otro proceso, pues ambos tienen como convocante a OPAIN, y como convocado a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, aun cuando en el primer proceso arbitral se vinculó como litisconsorte por la parte pasiva a la Aerocivil.

Habiendo verificado la identidad en el objeto, en la causa y en los sujetos, corresponde ahora al Tribunal hacer algunas precisiones respecto del alcance de la decisión tomada en el Laudo arbitral del 11 de julio de 2018, con el fin de decidir sobre la existencia o no del efecto de cosa juzgada respecto del asunto que debe decidir este Tribunal en el Laudo que hoy se profiere.

En la parte resolutive del Laudo del 11 de julio de 2018 se estableció lo siguiente respecto de la pretensión primera que hasta el momento se ha estudiado:

"SEGUNDO: En los términos dispuestos en la parte considerativa declarar la prosperidad de las pretensiones Primera y Segunda contenidas en la demanda presentada por la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A.**"

Si bien es cierto que la pretensión séptima formulada por OPAIN en su reforma a la demanda, dentro del actual proceso, es específica en el sentido de buscar

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

la declaración de la culminación de las obligaciones a su cargo en el Subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión No. 6000169OK, "*cumpliendo con los fines contractuales en cuanto a la funcionalidad y operación exigida en el marco de las disposiciones del Contrato de Concesión*", tal asunto particular se encuentra incluido en la decisión que en aquel entonces tomó el Tribunal arbitral mediante Laudo del 11 de julio de 2018, que decidió sobre la generalidad de las obligaciones relativas a la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión No. 6000169OK, que no hubieran sido objeto de reprogramación mediante el Otrosí No. 21.

De todo lo anterior puede concluirse que existe una relación de género y especie entre las pretensiones del primer proceso arbitral y las del segundo trámite. Habiendo comprobado que el subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP (Restantes) del Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión del Contrato de Concesión No. 6000169OK no fue objeto de reprogramación mediante el Otrosí No. 21, este Tribunal concluye que la decisión de declarar la prosperidad de la pretensión primera de aquel trámite arbitral, incluye, inexorablemente, la declaratoria de cumplimiento del referido subproyecto.

Debe destacarse que en las consideraciones del Laudo Arbitral de 11 de julio de 2018, el Tribunal tuvo como fundamento para darle prosperidad a la pretensión primera planteada por el demandante lo siguiente: (i) verificación del contenido del Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016, e identificación de las obras que fueron objeto de reprogramación por virtud de éste; (ii) concepto del ingeniero Luis Orlando Muñoz respecto de las obras que habían sido cumplidas en su integridad para el 1 de febrero de 2018; y (iii) lo consignado en una tabla relativa a las obras de la Etapa de Modernización y Expansión.

Adicionalmente, debe mencionar el Tribunal que si bien el fenómeno de cosa juzgada no fue planteado por las partes en las oportunidades procesales para presentar sus posiciones de fondo, es menester tener presente que el Laudo Arbitral de que se trata se profirió el 11 de julio de 2018, cuando dicha etapa del trámite arbitral ya se había surtido y se estaba desarrollando la fase probatoria⁶⁹. Al respecto corresponde mencionar que de conformidad con el artículo 281 del Código General del Proceso "*[e]n la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el*

⁶⁹ La primera audiencia de trámite y el respectivo decreto de pruebas se llevaron a cabo el 5 de junio de 2018, tal como consta en acta No. 5.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que ley permita considerarlo de oficio”, fundamento normativo este que el Tribunal considera suficiente para hacer la declaración que en oportunidad se le solicitó por la parte interesada respecto de la presencia del fenómeno de cosa juzgada en este asunto.

En suma, luego de observar que entre el proceso arbitral anterior y el actual existe identidad de objeto, causa y sujetos, que el cumplimiento de las obligaciones relativas al subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de Redes REAN/REAP/RTAN/RTAP del Hito 8 fue objeto de debate en sede arbitral anterior, y que mediante Laudo arbitral del 11 de julio de 2018 se declaró el cumplimiento de las obras de la Etapa de Modernización y Expansión que no fueron reprogramadas mediante el Otrosí No. 21 del 2 de septiembre de 2016, con fundamento en los elementos de convicción que aquel panel arbitral valoró dentro del marco de su autonomía como juzgador, el Tribunal concluye que lo decidido respecto de este debate mediante decisión arbitral anterior que se encuentra en firme hizo tránsito a cosa juzgada, por lo que al decidir sobre la pretensión séptima de la demanda reformada se indicará en la parte resolutive del presente laudo que ha operado el fenómeno de cosa juzgada.

2.2.1.2. Pretensión Octava.

La Convocante formuló en su reforma de la demanda la pretensión que a continuación se cita: **"OCTAVA:** *Que se DECLARE que las actividades ejecutadas por OPAIN después del 31 de enero de 2017 con relación a las obras asociadas al subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP, construidas y ejecutadas en los hitos 3, 6, 7 y 8 de la Etapa de Modernización y Expansión, han sido actividades de mantenimiento preventivo y correctivo y de ajustes o correcciones menores; normales y usuales en la ejecución y operación de obras públicas, requeridas para el cumplimiento del Contrato de Concesión y que, por tanto, no causan multas por supuesto incumplimiento contractual".*

El Tribunal encuentra que el fundamento fáctico de esta pretensión está directamente relacionado con el de la pretensión séptima de la demanda reformada, que arriba se mencionó, en cuanto que la declaración que en esta pretensión solicita la Convocante, relacionada con las labores de mantenimiento, está directamente relacionada con la culminación de las obras asociadas al subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP, construidas y ejecutadas en los hitos 3, 6, 7 y 8 de la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Etapa de Modernización y Expansión. Por esta razón, el Tribunal declarará impróspera respecto de esta pretensión la excepción formulada por la Convocada y que denominó "*inepta demanda por no cumplir los requisitos legales*".

a) Postura de OPAIN.

La Convocante manifestó en su escrito de alegatos de conclusión que, luego de haber entregado las obras incluidas en el Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión, comenzaron a efectuarse actividades de mantenimiento, ajustes y correcciones menores en las obras de redes, vías y parqueaderos. Afirmó que, en consecuencia, como no se trata de un incumplimiento contractual, la anterior situación no puede dar lugar a la imposición de una multa.

Con el objeto de sustentar su planteamiento, OPAIN se basó en las declaraciones de los ingenieros Andrea Castellanos y Carlos Fernando Ortiz, este último Gerente de Ingeniería, Arquitectura y Mantenimiento de OPAIN.

Puntualmente, la Convocante afirmó lo siguiente sobre el particular en su escrito de alegatos de conclusión:

"El ingeniero Carlos Fernando Ortiz, funcionario de OPAIN responsable del mantenimiento del Aeropuerto, bajo juramento declaró que, el 1 de febrero de 2017, había recibido terminadas las obras de Redes, Vías y Parqueaderos del hito 8, respecto de las cuales no tuvo que presentarle observaciones al consorcio constructor, ni ha encontrado deficiencias constructivas en el desarrollo del mantenimiento a su cargo.

"El ingeniero Ortiz describió qué puede suceder con las obras, particularmente con aquellas de cajas de las redes, cuya manipulación, luego de construidas, normalmente general (sic) desgastes, que le corresponde reparara (sic) y que hacen parte más de actividades post construcción y de mantenimiento -que OPAIN ha venido atendiendo- que deficiencias constructivas.

"También explicó el ingeniero lo relacionado con la separación y subterranización de redes y como esa (sic) son responsabilidades de los operadores de servicios públicos domiciliarios o de telecomunicaciones. OPAIN construye, pero el operador es el único que puede manipular su red.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"El Ing. Ortiz, finalmente, puso de presente que recibió terminadas las obras de redes, vías y parqueaderos del hito 8; que las incluyó en sus planes de mantenimiento, ejecutando esa actividad con conocimiento y sin cuestionamientos de la interventoría" (pág. 52).

b) Postura de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

La parte Convocada, en forma contraria a lo sostenido por OPAIN, manifestó que no es dable hablar de una etapa de mantenimiento cuando ni siquiera se ha hecho una entrega a satisfacción, junto con la correspondiente verificación de la interventoría, de las obligaciones relativas al Hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión del subproyecto *Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP.*

Al respecto, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA hizo la siguiente manifestación en su escrito de alegatos de conclusión:

"Ahora bien, la Interventoría operativa también ha reiterado los incumplimientos referidos. Esto se demuestra en la declaración de la Abogada Silvia Fernández cuando especifica: "No me han entregado el hito ocho, las obras del hito ocho no han sido entregadas mediante un acta verificación por parte de la Interventoría técnica quien es quien nos pasa esas actas". (T.p.23) Y es que, el Hito 8 no cuenta con acta de verificación porque las obras construidas NO cuentan con las especificaciones propias exigidas en el contrato, por lo anterior, no es viable hablar de mantenimiento de una obra cuando la misma ni siquiera ha sido construida en debida forma.

*"Ahora bien, se reitera al H. Tribunal que, si bien es cierto, y de conformidad con lo declarado por el Ingeniero Diaz Granados, OPAIN solicitó **este año** un nuevo proceso de verificación invocando la **Cláusula 27.2 del contrato de concesión**, no es menos cierto que el concesionario incumplió con su obligación contractual y que la ANI, como entidad contratante tenía y tiene la obligación de exigir en tiempo y en forma lo estipulado en el contrato de concesión. Ahora bien, la verificación se encuentra en proceso, con lo cual, no podemos aun (sic) afirmar que, el concesionario a hoy ha cumplido con lo estipulado" (pág. 23).*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

c) Postura del Ministerio Público.

El Ministerio Público, con el fundamento principal de las declaraciones rendidas por el señor Alfredo Antonio Diaz-Granados, Interventor Técnico del Contrato de Concesión, destacó que el hecho de que no se haya podido suscribir el acta de verificación correspondiente a las obligaciones del Hito 8 da cuenta de que aún no se han cumplido en su totalidad las obligaciones por parte del concesionario. En palabras de la Procuraduría:

"Estas y otras declaraciones del interventor reflejan que a esa fecha, después de casi dos años de vencimiento del plazo para la entrega de las obras a satisfacción, no ha sido posible suscribir el acta de verificación correspondiente porque no se ha cumplido con la totalidad de obligaciones del concesionario, que según declaraciones del mismo interventor no son demás menores sino que pueden afectar la seguridad de la infraestructura y por ende, del servicio público de transporte aéreo" (pág. 44).

d) Análisis del Tribunal.

Evaluada las posiciones de las partes y examinado el material probatorio obrante en el expediente, el Tribunal considera que la pretensión octava de la demanda reformada no está llamada a prosperar por cuanto dicha solicitud, en sus precisos términos, está enderezada a que se declare que *"las actividades ejecutadas por OPAIN después del 31 de enero de 2017 con relación a las obras asociadas al subproyecto Vías, Redes, Parquederos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP, construidas y ejecutadas en los hitos 3, 6, 7 y 8 de la Etapa de Modernización y Expansión, han sido **actividades de mantenimiento preventivo y correctivo y de ajustes o correcciones menores; normales y usuales en la ejecución y operación de obras públicas, requeridas para el cumplimiento del Contrato de Concesión y que, por tanto, no causan multas por supuesto incumplimiento contractual**"* (se destaca), y para el Tribunal es claro que las actividades de mantenimiento dentro del Contrato de Concesión 6000169OK tienen una significación precisa y corresponden a una etapa contractual para la cual deben superarse otras, según requisitos previamente definidos por las partes.

En efecto, en los términos del numeral 1.80 del acápite de Definiciones del Contrato de Concesión 6000169OK, por **Mantenimiento o Mantenimiento del Área Concesionada** deben entenderse *"todas aquellas actividades ejecutadas por el **Concesionario**, en los términos previstos en la CLAUSULA 42*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

del Contrato de Concesión y en el Apéndice G ("Especificaciones Técnicas de Mantenimiento") del Contrato de Concesión."

Ahora bien, en el segundo inciso de la cláusula 42 del Contrato se señala que *"el **Concesionario** será responsable de efectuar el **Mantenimiento** de cada una de las **Obras de Modernización y Expansión** desde el momento en que tales **Obras de Modernización y Expansión** sean verificadas por parte del **Interventor y Aerocivil**, mediante la suscripción de un **Acta de Verificación**".*

Obsérvese que, según el numeral 1.6. de las definiciones contractuales, las Actas de Verificación *"[s]on las actas suscritas por el **Interventor, el Concesionario y Aerocivil** en las cuales se consigna la terminación de una **Obra de Modernización y Expansión** así como su conformidad con lo establecido en el presente **Contrato de Concesión** y en las **Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión**, de conformidad con lo señalado en el numeral 27.2 de la **CLÁUSULA 27** de este **Contrato**".* A su vez, en el mencionado numeral 27.2 de la Cláusula 27 del Contrato de Concesión se establecen los requisitos para el recibo de las obras junto con los documentos que deben acompañarse para el efecto, el procedimiento para que se surta la aprobación por parte del contratante y del Interventor, así como la necesidad de suscribir el documento denominado Acta de Verificación de las Obras de Modernización y Expansión.

Como consecuencia de los términos contractuales a que se ha hecho referencia es claro para el Tribunal que, si bien existe cosa juzgada respecto del cumplimiento de las obras asociadas al subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP, construidas y ejecutadas en el hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión, también es evidente que respecto de ese específico subproyecto no se ha suscrito la correspondiente Acta de Verificación, requisito este indispensable para que las labores del concesionario pasen a la etapa de mantenimiento, entendida esta expresión, obviamente, en los términos contractuales.

Sobre la no suscripción del Acta de Verificación, requisito indispensable para pasar a la etapa de mantenimiento, resulta evidente, en primer término, que la Convocante no acreditó dicha circunstancia a lo largo del proceso, y en segundo lugar, que obran en el expediente diversas declaraciones de testigos en las que los directamente involucrados en la elaboración de dicho documento manifiestan que hasta la fecha de sus respectivas comparecencias ante el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Tribunal aún no se había firmado el Acta de Verificación de las obras asociadas al subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP, construidas y ejecutadas en el hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión.

Se destaca por su relevancia el dicho del Interventor Técnico del proyecto, ingeniero Alfredo Diaz-Granados, quien al respecto señaló:

"DR. BARRERA: Algunos de estos temas ya ingresaron a mantenimiento formalmente?"

"SR. DÍAZ-GRANADOS: No es posible doctor, yo le explico contractualmente no es posible, solamente ingresan a mantenimiento y a operación el día en que se firme el acta de verificación, que debe ser firmada por la entidad, por la Agencia Nacional de Infraestructura, por el concesionario, por el representante legal de la interventoría que soy yo, una vez eso quede en firme la firma del acta nosotros formalmente se la enviamos a la interventoría operativa de mantenimiento, y lo mismo a la interventoría financiera para que ellos comiencen todos sus proceso, antes no es posible.

"(...)"⁷⁰

Asimismo, la señora Silvia Fernández, directora de Interventoría Operativa de la Concesión, señaló:

"No me han entregado el hito ocho, las obras del hito ocho no han sido entregadas mediante un acta verificación por parte de la Interventoría técnica quien es quien nos pasa esas actas".⁷¹

Ahora bien, el ingeniero Carlos Fernando Ortiz, Gerente de Ingeniería y Mantenimiento de OPAIN, manifestó en su declaración que la entidad venía haciendo mantenimiento a las obras desde que las mismas fueron entregadas por el contratista a quien se encargó la realización de las obras, pero lo cierto es que se trata de obras de "mantenimiento" en el contexto de la estructura administrativa y operativa del concesionario, pero no para los efectos del Contrato de Concesión 60001600K pues al no haberse suscrito el Acta de Verificación, en los términos a los que se ha hecho referencia, las obras

⁷⁰ Cuaderno de Pruebas No 3. Folios 80-96.

⁷¹ Cuaderno de Pruebas No. 3. Folios 59-71.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

asociadas al subproyecto Vías, Redes, Parqueaderos, Separación de redes REAN/REAP/RTAN/RTAP, construidas y ejecutadas en el hito 8 de la Etapa de Modernización y Expansión, aún no han entrado formalmente y de acuerdo a lo establecido por las partes en la etapa de "Mantenimiento" en términos contractuales.

Frente a la mención por parte de la Convocante de dos actas en formato de OPAIN que obran en el expediente a folios 457 a 452 del Cuaderno Principal, queda claro para el Tribunal que no se estaba formalmente en la etapa del Mantenimiento en los términos del contrato.

Sobre este punto, en desarrollo del testimonio de la señora Silvia Fernández, directora de Interventoría Operativa de la Concesión, se dijo:

"DR. GARCÍA: Le voy a poner de presente con venia señor Presidente a la testigo unas actas del 19 de febrero, otra del 28 de febrero, de la Interventoría CEO que nos dijo que se identificaba así.

SRA. FERNÁNDEZ: COA.

DR. GARCÍA: COA perdón, COA.

DR. SOLARTE: De qué año doctor.

DR. GARCÍA: De este año.

DR. SOLARTE: De éste.

DR. GARCÍA: De este año, son actividades donde hacen reuniones, se toman, se tratan temas y se refiere precisamente a actividades de mantenimiento, obras de contricciones (sic) de redes del hito ocho.

DRA. PAZ: Quería saber si los documentos estaban en el expediente.

DR. GARCÍA: No, esos son posteriores.

DR. SOLARTE: No habría inconveniente en que se los ponga de presente a la testigo en la medida en que el testigo está declarando sobre sí se hace o no un control sobre las obras de mantenimiento, después determinamos si se debe incorporar en el expediente y se pondrá en el traslado para efectos de que realice las manifestaciones que considere convenientes.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

SRA. FERNÁNDEZ: Sí aquí veo la firma de un ingeniero nuestro, de Rolando Mendoza, electricista, que un día me dijo que estaba mirando las cajas de inspección, sí, porque le parecía que estaban mal construidas, tan pronto me dijo eso yo le dije Ronaldo usted no tiene que mirar eso porque todavía no nos la han entregado, pero sí la reconozco y aquí está Ronaldo Mendoza un funcionario de COA.

Pero no era su labor, lo hizo por mera liberalidad pero tan pronto se le llamó la atención, no lo volvió hacer porque él no podía mirarlas porque eso no está entregado a nosotros por ende no lo podíamos revisar todavía pero sí tengo que admitir que aquí está la firma de un ingeniero que pertenece a nuestra empresa pero quizás él en su afán en cumplir la verdad somos ansiosos y quería mirar y yo le dije no, no, y de hecho me invitó a mí a que fuéramos y yo le dije yo no voy a ir porque eso no nos lo han entregado cuando nos lo entreguen con acta lo podemos revisar de lo contrario no, o sea nosotros todavía no recibimos cajas y ni la revisamos.

DR. GARCÍA: Entonces salvo esa excepción se podría afirmarse y no es una pregunta de sí o no, sino es para que usted libremente responda, qué las obras de redes, parqueaderos y vías del hito ocho, están siendo pues digamos no sabe que están siendo mantenidas o no por OPAIN?

SRA. FERNÁNDEZ: Todavía está la Interventoría técnica a cargo de ella tan pronto nos la entreguen será mi responsabilidad para mantenimiento, en este momento no.

DR. GARCÍA: Cómo es esos procedimientos internos entre las Interventorías de entregarle una a la otra?

SRA. FERNÁNDEZ: El ingeniero a cargo de la Interventoría técnica nos entrega unas actas de verificación, una vez nos las entrega nosotros ya somos como los dueños del tema y empezamos a mirarlas, hasta tanto no se dé eso nosotros somos cuidadosos y no nos metemos en terreno del ingeniero en este caso el ingeniero...

DR. GARCÍA: Entonces el acta de verificación viene a ser el suiche que arranca la actividad de Interventoría operativa, perdón de mantenimiento.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*SRA. FERNÁNDEZ: Sí de mantenimiento cumple mucho de los temas*⁷².

Por otra parte, observa el Tribunal que en la pretensión objeto de estudio se solicita un pronunciamiento respecto de las actividades de mantenimiento preventivo y correctivo de las obras que corresponden a los "hitos 3, 6, 7 y 8 de la Etapa de Modernización y Expansión", no obstante lo cual se extraña cualquier actividad probatoria enderezada a acreditar que respecto de los hitos 3, 6 y 7 se hubiera entrado formalmente en fase de Mantenimiento –en los términos contractuales-, o, incluso, que se hubieran allegado medios probatorios con lo que se demostraran las labores de simple mantenimiento que el concesionario haya realizado respecto de ellas.

Como conclusión de todo lo anteriormente señalado, el Tribunal declarará que no prospera la pretensión octava de la demanda reformada.

2.2.1.3. Pretensión Novena.

En la pretensión novena de la demanda reformada la Convocante solicita lo siguiente: "**NOVENA:** *Que se DECLARE que OPAIN ha cumplido con la actualización del Inventario de bienes de la Concesión en las oportunidades dispuestas en el contrato, en particular con la entrega del Inventario Bienal a la que hace referencia el literal b de la Cláusula 54.3, en la forma que fuera prevista y utilizada por la AEROCIVIL y, por tanto, no se causan multas por su supuesto incumplimiento contractual*".

La referida pretensión encuentra su fundamento fáctico en el hecho décimo séptimo de la reforma de la demanda, según el cual mediante comunicación con radicación No. 2017-701-027102-1, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA convocó a OPAIN y a los representantes legales de las aseguradoras en el Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006 para la realización de la audiencia contemplada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con el fin de adelantar un proceso administrativo sancionatorio por el presunto incumplimiento de las obligaciones establecidas en la cláusula 54, relativa a la actualización del inventario de bienes de la concesión. De manera análoga a lo referido por el Tribunal en relación con la pretensión séptima, la expresión "...señalando las inconsistencias, omisiones, imprecisiones, deficiencias y equivocaciones de la interventoría que recogía la ANI en la citación a descargos en el procedimiento unilateral que pretendía iniciar" (hecho 18) es constitutiva de circunstancia de hecho que sirve de base a la pretensión novena. Igualmente, en el acápite de pruebas documentales de la demanda

⁷² Cuaderno de Pruebas No. 3 Folios 68 y 69.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

reformada, la Convocante relaciona los documentos identificados con los numerales 18 y 19, con los que manifiesta que acredita el cumplimiento de la obligación a que hace referencia esta pretensión. Por esta razón, el Tribunal declarará impróspera respecto de esta pretensión la excepción formulada por la Convocada y que denominó "*inepta demanda por no cumplir los requisitos legales*".

a) Postura de OPAIN.

En los alegatos de conclusión la Convocante manifestó que la obligación contenida en el Contrato de Concesión de presentar inventarios de bienes actualizados nunca fue incumplida. Sostuvo, por el contrario, que el origen de las dificultades presentadas con los inventarios fue que el interventor consideró, intempestivamente, que la obligación debía cumplirse de una manera distinta a la forma en que venía siendo atendida hasta ese momento.

Al respecto, la Convocante afirmó lo siguiente:

"El honorable tribunal recibió la declaración decretada de oficio del interventor contable, administrativo y financiero, pudiendo comprobar que la diferencia había nacido por una nueva interpretación, que el interventor había adoptado luego de conocer un hallazgo de la Contraloría, acogida para que todo funcionara mejor.

"En los folios 499 – 504 del cuaderno principal se encuentra el Acta de Metodología para la presentación del inventario del 30 de agosto de 2018, que indica que lo que existía era una diferencia de interpretación que luego surgió en el año 2017, superada en este último momento."

Con este fundamento, la Convocante explicó que OPAIN, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y la Interventoría adelantaron mesas de trabajo los días 8 de mayo de 2018, 24 de mayo de 2018, 7 de junio de 2018, 5 de julio de 2018 y 14 de agosto de 2018. Producto de este trabajo, afirmó la convocante que el 30 de agosto de 2018 se suscribió el "ACTA MATODOLOGICA (sic) PARA LA PRESENTACIÓN DEL INVENTARIO DE BIENES DE LA CONCESIÓN ENTRE OPAIN S.A- JAHV McGregor S.A.S, y la ANI", en la que se estableció una metodología para la actualización y presentación del inventario de bienes, para que resultara aplicable a partir del 2019.

Adicionalmente, la convocante afirmó que mediante comunicación JAHV-ARC-592-2018 con fecha del 24 de agosto de 2018, la Interventoría manifestó a la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA que los hechos generadores del presunto incumplimiento habían sido superados.

En consecuencia, la Convocante afirmó que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA decidió terminar el proceso administrativo sancionatorio iniciado contra OPAIN por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales contempladas en la cláusula 54 del Contrato de Concesión, relativas a la actualización de inventario de bienes de la Concesión⁷³.

De todo lo anterior, la Convocante concluyó lo siguiente:

"Quedó demostrado, entonces, que Opain, desde ningún punto de vista, presentó incumplimiento alguno a la cláusula 54.3, ya que la situación presentada fue una diferencia en la interpretación, lo cual se evidencia en los documentos antes transcritos, toda vez que las partes se pusieron de acuerdo en la metodología a ser aplicada en la presentación del inventario bienal".

b) Postura de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

La parte Convocada reconoció, en efecto, que el 30 de agosto de 2018 se suscribió un acta en la que se establecieron lineamientos para la presentación de los inventarios de bienes. Sin embargo, resaltó que el contenido de dicha acta habría de tener efectos hacia el futuro, con el objetivo de evitar controversias y discrepancias sobre la materia en los períodos venideros. En ese sentido, afirmó que el acta a la que hace alusión la Convocante no exonera a OPAIN, de ninguna manera, del incumplimiento de la obligación contemplada en la cláusula 54 del Contrato de Concesión que se presentó en el año 2017, respecto del inventario a 31 de diciembre de 2016.

c) Postura del Ministerio Público.

Para el Ministerio Público resulta claro que existió un incumplimiento contractual en este punto. Sustentó su posición en el hecho de que, como en todas las obligaciones contempladas en el Contrato de Concesión, la única forma de pregonar su cumplimiento es mediante el recibo a satisfacción por parte de la entidad contratante. Por esta razón afirmó que la no entrega oportuna y a satisfacción del inventario bienal actualizado configura un incumplimiento contractual.

⁷³ La decisión se adoptó Mediante Resolución No. 2159 del 29 de noviembre de 2018.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

d) Análisis del Tribunal.

El problema jurídico que ha de resolverse en este punto radica en la definición de si, en efecto, la actualización bienal del inventario de bienes presentado por OPAIN el 19 de enero de 2017, con corte al 31 de diciembre de 2016, cumplía con los estándares requeridos para el cabal cumplimiento de la obligación según lo estipulado en la cláusula 54.3 del Contrato de Concesión No. 6000169OK de 2006, y, en particular, si la presentación de tales actualizaciones del inventario de bienes se había realizado *"en la forma que fuera prevista y utilizada por la AEROCIVIL"*.

A efectos de resolver la controversia planteada, el Tribunal destaca principalmente las siguientes pruebas: (i) informe de la Interventoría Técnica con número de radicado JAHC-ARC-165-2017, fechado del 31 de marzo de 2017⁷⁴; (ii) correspondencia cruzada entre las partes y la Interventoría JAHV MacGregor aportada en CD por la parte Convocada, (iii) acta de Metodología para Presentación de Inventario con fecha del 30 de agosto de 2018, producto de las mesas de trabajo realizadas entre OPAIN y la ANI, con la participación de la Interventoría⁷⁵; (iv) informe de la Interventoría Técnica con fecha del 24 de agosto de 2018⁷⁶; y (v) declaración rendida por el señor Crisanto González Rivera el 6 de noviembre de 2018⁷⁷.

Efectuada la evaluación del material probatorio a que se ha hecho referencia, observa el Tribunal lo siguiente:

i) De conformidad la cláusula 54.3 del Contrato de Concesión, titulada **"Actualización del Inventario de Bienes de la Concesión"**, esta obligación está concebida en los siguientes términos:

"Bianalmente, a partir de la fecha de suscripción del Acta de Entrega, el Concesionario deberá entregar a Aerocivil y al Interventor una actualización del Inventario de Bienes de la Concesión. En dicha actualización del Inventario de Bienes de la Concesión se incluirán los siguientes elementos:

"(...)

⁷⁴ Cuaderno de pruebas No. 1 Folios 220 a 240. Expediente 2392

⁷⁵ Cuaderno principal. Folios 499-504.

⁷⁶ Cuaderno principal. Folios 486-498.

⁷⁷ Cuaderno de pruebas No. 3. Folios 72-79.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*"b) Los bienes muebles adquiridos por el **Concesionario** o por un tercero y que se encuentren destinados a la prestación del servicio objeto del presente **Contrato**, y que por lo tanto forman parte de los **Bienes de la Concesión**. En este caso habrá de describirse las características de tales bienes, así como su cantidad y ubicación en el **Área Concesionada**".*

ii) Desde que se firmó el Acta de Entrega de los bienes dados en concesión se realizaron tres actualizaciones del inventario de bienes, respecto de las cuales no se presentaron dificultades en cuanto a la "identificación plena" de los activos, así como a su ubicación, toda vez que la relación elaborada por OPAIN era verificada por la Interventoría, teniendo en cuenta la información allí contenida y con el acompañamiento de funcionarios de OPAIN para efectos de constatar que los bienes incorporados en el inventario correspondieran físicamente a los que se encontraban en las instalaciones del Aeropuerto, todo esto mediante la verificación de los listados y de las plaquetas que sirven para identificar los bienes.

iii) Para el inventario correspondiente a la vigencia bienal que terminaba el 31 de diciembre de 2016, presentado el 19 de enero de 2017, la Interventoría puso de presente las dificultades que se presentaron para el mencionado procedimiento de identificación plena, pues en dicha oportunidad tal labor no fue posible como consecuencia de la falta de acompañamiento por parte de OPAIN para realizar las correspondientes verificaciones, ni, en todo caso por la falta de disponibilidad de toda la información necesaria para llevar a cabo dicho proceso de validación.

iv) Las dificultades mencionadas se mantuvieron durante todo el año 2017, y fueron solucionadas en la segunda mitad de 2018, luego de que se realizaran diversos procesos de verificación utilizando procedimientos consagrados en Normas Internacionales de Auditoría (NIA 530) y se realizaran diversas mesas de trabajo entre los involucrados con las cuales se acordaron los criterios que deberán utilizarse hacia el futuro, a partir del inventario con corte al 31 de diciembre de 2018. Fruto de este proceso se firmó el Acta de Metodología para Presentación de Inventario con fecha del 30 de agosto de 2018.

v) El proceso mencionado en el numeral anterior permitió superar las diferencias que se presentaron respecto del inventario con corte al 31 de diciembre de 2016, lo que motivó, adicionalmente, que se diera por terminado el procedimiento administrativo sancionatorio que la ANI había iniciado por el presunto incumplimiento de la obligación a la que hace referencia el numeral 54.3 del Contrato de Concesión 6000169OK.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

vi) Ahora bien, como se puede observar en el texto de la pretensión octava de la demanda reformada, allí se le solicita al Tribunal declarar *"que OPAIN ha cumplido con la actualización del Inventario de bienes de la Concesión en las oportunidades dispuestas en el contrato, en particular con la entrega del Inventario Bienal a la que hace referencia el literal b de la Cláusula 54.3, en la forma que fuera prevista y utilizada por la AEROCIVIL y, por tanto, no se causan multas por su supuesto incumplimiento contractual"* (se destaca).

Al respecto destaca el Tribunal que en el trámite no se adelantó labor probatoria alguna que le permita constatar cuál fue la forma *"prevista y utilizada por la Aerocivil"* para verificar que la actualización del inventario de bienes de la concesión se realizaba en forma adecuada en orden a cumplir los propósitos establecidos en la letra b. de la cláusula 54.3 del Contrato.

vii) Por otra parte, de la prueba documental arriba reseñada, especialmente de la comunicación de 24 de agosto de 2018 dirigida por el señor Crisanto González Rivera, representante de la firma JAHV MacGregor S.A.S.⁷⁸, encargada de la Interventoría en los aspectos Financiero, Contable, Tributario y Administrativo, al Vicepresidente de Gestión Contractual de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, así como de la declaración rendida por el mencionado señor González ante el Tribunal el día 6 de noviembre de 2018, el Tribunal concluye que la razón por la que el cierre de la actualización del inventario con corte al 31 de diciembre de 2016 se logró solo un año y medio después de su presentación, no obedeció a una simple "diferencia de criterios" entre los involucrados sino a que en realidad la Interventoría no contaba con los elementos de juicio necesarios para realizar el procedimiento de "identificación plena", requerido para este tipo de ejercicios administrativos y contables.

Como consecuencia de las consideraciones anteriormente realizadas, el Tribunal concluye que no tiene vocación de prosperidad la pretensión novena de la demanda reformada.

2.2.1.4. Pretensión Décima.

La Convocante propuso la siguiente pretensión en su reforma a la demanda: **"DÉCIMA:** *Que se DECLARE que OPAIN ha cumplido con el cronograma y especificaciones técnicas en la ejecución de las obras que voluntariamente asumió en beneficio de la Concesión y, por tanto, no se causan multas por su supuesto incumplimiento contractual."*

⁷⁸ Cuaderno principal. Folios 486-498.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Como fundamento de la anterior pretensión, la Convocante adujo en el hecho noveno de la demanda, junto con la transcripción de las disposiciones contractuales pertinentes, lo siguiente:

"Noveno.- El 3 de julio de 2015, OPAIN y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA suscribieron el OTROSÍ No. 13 para ejecutar, como obras voluntarias de OPAIN, por su cuenta y riesgo, sin lugar a contraprestación alguna, incluyendo los costos de supervisión e interventoría a cargo de la ANI, la construcción de la ampliación de las terminales del aeropuerto y sus correspondientes plataformas."

Igualmente, en los hechos vigésimo a vigésimo sexto de la demanda reformada la Convocante expuso los hechos relativos a la apertura de un proceso administrativo sancionatorio por el presunto incumplimiento en la terminación de las obras relacionadas con el Muelle Sur del Aeropuerto, y en los hechos vigésimo séptimo a trigésimo, los relacionados con una situación similar acaecida en relación con las obras emprendidas respecto del llamado Muelle Norte.

En particular, en el hecho vigésimo primero se refiere al planteamiento de OPAIN a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA en el sentido de que el cronograma de obras voluntarias se ejecutó oportunamente.

Por estas razones, el Tribunal declarará impróspera respecto de esta pretensión la excepción formulada por la Convocada y que denominó "*inepta demanda por no cumplir los requisitos legales*".

a) Postura de OPAIN.

La Convocante manifestó en su escrito de alegatos de conclusión que la obra voluntaria del muelle norte fue debidamente completada, y que no hay lugar a imposición a multas puesto que el proceso administrativo sancionatorio que en su momento inició la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA fue terminado, pues se demostró el cumplimiento de las obligaciones.

Puntualmente, afirmó lo siguiente:

"6.5.1.- En el Cuaderno de Pruebas #1, folios 30 y 31, está la comunicación de Interventoría Técnica, del 5 de diciembre de 2017, en la que informa que se ha verificado el cumplimiento de las obras voluntarias de ampliación del terminal de pasajeros Muelle Norte."

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

"6.5.2. – En los folios 71 – 76, está el Acta de Verificación del Muelle Norte.

"6.5.3.- En los folios 347 – 350, está el Acta de la ANI en la que resuelve declarar la terminación del proceso administrativo sancionatorio, iniciado por ella misma contra OPAIN, por el informe de interventoría que daba cuenta del cumplimiento de las obras voluntarias del Muelle Norte. Fecha de audiencia 5 de abril de 2018".

b) Postura de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

La parte Convocada reconoció en su escrito de alegatos de conclusión que los procesos administrativos sancionatorios iniciados por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA con ocasión de los incumplimientos relativos a las obras voluntarias en los Muelles Norte y Sur del aeropuerto fueron terminados por haberse demostrado su cumplimiento.

En efecto, la convocada manifestó lo siguiente:

"Ahora bien, prueba de que la ANI siempre ha respetado los derechos de OPAIN, es que la Agencia ha cerrado procesos sancionatorios en contra de la concesionaria aun cuando la misma nunca ha comparecido a las audiencias citadas. Tal y como consta en el testimonio rendido por la Abogada Toro, junto con los documentos entregados al tribunal el día de su testimonio, el proceso sancionatorio del muelle norte se cerró en audiencia porque no llegó a su etapa de instalación y descargos y se cerró por razón de cumplimiento.

"De igual forma, el sancionatorio del muelle sur se cerró con la decisión de fondo que se adoptó el 29 de junio de 2018. En este proceso, las aseguradoras rindieron sus descargos, se presentaron pruebas, se verificó el cumplimiento de la obligación y en ese caso sí hubo la expedición de esa decisión que se notificó en audiencia. La notificación se remitió a Opain mediante comunicación del 5 de julio de 2018 junto con la copia del acta de la audiencia, la resolución y del archivo de grabación, los anexos de certificación presentados en su

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

*momento, la lista de asistencia, la comunicación, la resolución y constancia ejecutoria”.*⁷⁹

No obstante lo anterior, la Convocada manifestó que OPAIN no puede desconocer su cumplimiento tardío de las referidas obligaciones. Para el efecto, hizo referencia a un informe de la Interventoría del 5 de febrero de 2018, según el cual la entrega del muelle norte se entendía realizada el 6 de diciembre de 2017, mientras que la fecha de entrega estaba planeada originalmente para el 15 de abril de 2017.

Se destaca que la parte Convocada manifestó lo siguiente en su escrito de alegatos de conclusión:

*“También se resalta que la Agencia dio por terminados los procesos sancionatorios iniciados por las obligaciones de Entrega del subproyecto de obra voluntaria del Muelle Sur – Ampliación Terminal de Pasajeros y Entrega del subproyecto de obra voluntaria del Muelle Norte – Ampliación Terminal de Pasajeros y Entrega del subproyecto de obra voluntaria del muelle Norte – Ampliación Terminal de Pasajeros, por lo que no existe alguna discusión sobre el tema, pues la Entidad Contratante definió anticipadamente el presunto incumplimiento”.*⁸⁰

c) Postura del Ministerio Público

El Ministerio Público consideró que, dado que la entrega de las obras voluntarias de los muelles norte y sur del aeropuerto estaba prevista para el 15 de abril de 2017, hubo un evidente incumplimiento contractual por parte de OPAIN. Tal conclusión surgió de que solo se consideró entregada la obra del Muelle Norte el 6 de diciembre de 2017, y que el acta de verificación de esta se expidió el 5 de febrero de 2018.

d) Análisis del Tribunal.

Con el propósito de efectuar el análisis que corresponde respecto de esta pretensión, el Tribunal destaca, principalmente las siguientes pruebas: (i) comunicación de la Interventoría del contrato con fecha del 5 de diciembre de 2017⁸¹; (ii) acta de verificación del 5 de febrero de 2018; (iii) acta de la audiencia realizada por la A, en el marco del proceso administrativo

⁷⁹ Página 15 de alegato de conclusión.

⁸⁰ Página 19 escrito de alegatos de conclusión.

⁸¹ Cuaderno de pruebas No. 1. Folios 30-31.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

sancionatorio abierto con ocasión del presunto incumplimiento de las obras voluntarias del Muelle Norte, del 5 de abril de 2018⁸²; (iv) testimonio de la señora Magda Andrea Toro⁸³; (v) Testimonio de María Alejandra Montoya⁸⁴; (vi) comunicación de la Interventoría con radicado No. JAF-A&C-0184-18, con fecha del 20 de marzo de 2018⁸⁵ y; (vii) acta de la audiencia realizada por la ANI, en el marco del proceso administrativo sancionatorio abierto con ocasión del presunto incumplimiento de las obras del Muelle Sur, del 29 de junio de 2018⁸⁶.

Evaluados en conjunto los medios de convicción anteriormente relacionados, en el marco de la pretensión que específicamente debe despacharse, el Tribunal observa lo siguiente:

- i) La pretensión décima de la demanda reformada tiene como propósito que el Tribunal realice la siguiente declaración: *"DÉCIMA: Que se DECLARE que OPAIN ha cumplido con el cronograma y especificaciones técnicas en la ejecución de las obras que voluntariamente asumió en beneficio de la Concesión y, por tanto, no se causan multas por su supuesto incumplimiento contractual."*
- ii) Según se puede observar, la declaración solicitada alude al cumplimiento de las obras emprendidas voluntariamente por el concesionario, en el marco del Otrosí No. 13 del Contrato de Concesión 6000168OK, obras que se desarrollaron particularmente en los denominados Muelle Sur y Muelle Norte – ampliación de la terminal de pasajeros del Aeropuerto Internacional El Dorado.
- iii) Se destaca, igualmente, que con esta pretensión la Convocante aspira a que el Tribunal realice una declaración sobre su cumplimiento en la ejecución de las obras asumidas voluntariamente en dos frentes específicos: a. el cronograma, y b. las especificaciones técnicas.
- iv) Del material probatorio incorporado en el expediente se evidencia que, efectivamente, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA inició procedimientos administrativos sancionatorios con el objeto de determinar si era menester imponer multas al concesionario por el presunto incumplimiento de sus obligaciones en relación con las obras atinentes a los denominados Muelles Norte y Sur.

⁸² Cuaderno principal. Folios 347-349.

⁸³ Cuaderno de pruebas No. 3. Folios 46-58.

⁸⁴ Cuaderno de pruebas No. 3. Folios 35-45.

⁸⁵ Cuaderno de pruebas No. 1. Folios 69-70.

⁸⁶ Cuaderno principal. Folios 353-354.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

v) En el expediente consta que el procedimiento administrativo relacionado con el Muelle Sur fue terminado en audiencia de 29 de junio de 2018⁸⁷, por haber encontrado la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA que el presunto incumplimiento fue "*superado*". E, igualmente, respecto de esta obra en particular, la Interventoría, mediante comunicación de 20 de marzo de 2018⁸⁸, advirtió que, en realidad, el concesionario no podía considerarse en situación de incumplimiento por cuanto las obras que debía realizar estaban relacionadas, y dependían, de otras actividades, como, por ejemplo, el traslado de la Sala VIP de Avianca.

vi) En cuanto al Muelle Norte, igualmente obra prueba en el expediente de la culminación del procedimiento administrativo sancionatorio, mediante acta correspondiente a la audiencia realizada el 5 de abril de 2018⁸⁹. Es claro también que esta decisión se adoptó porque el presunto incumplimiento se entendió superado. Al respecto es relevante tener presente la comunicación de la Interventoría del 5 de diciembre de 2017⁹⁰, en la que destaca que luego de cuatro ocasiones en las que se realizó el procedimiento de verificación de las obras, finalmente, para esa fecha tal proceso pudo concluirse satisfactoriamente y se podía firmar el Acta de Verificación. Se observa también que en el acta de terminación del procedimiento administrativo sancionatorio se deja constancia de que la obra, que inicialmente se debía entregar el 15 de abril de 2017, fue entregada, finalmente, el 6 de diciembre de 2017. Lo que igualmente consta en el texto del acta de verificación de 5 de febrero de 2018, firmada por representantes de las partes de este proceso y por el representante de la Interventoría.

vii) Lo anteriormente discurrido permite al Tribunal concluir que, si bien los procedimientos administrativos sancionatorios iniciados por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA por el presunto incumplimiento de las obras que el concesionario voluntariamente asumió fueron terminados mediante decisiones que se encuentran en firme, también es cierto que en el caso particular de las obras del Muelle Norte existe evidencia de que las labores que inicialmente debían terminarse el 15 de abril de 2017 finalmente fueron entregadas el 6 de diciembre de 2017.

viii) En ese contexto, no puede el Tribunal declarar que el concesionario cumplió "el cronograma" de las obras que voluntariamente asumió, dada la situación particular del Muelle Norte a que se ha hecho referencia.

⁸⁷ Cuaderno principal. Folios 353-354.

⁸⁸ Cuaderno de pruebas No. 1. Folios 69-70.

⁸⁹ Cuaderno principal. Folios 347-349.

⁹⁰ Cuaderno de pruebas No. 1. Folios 30-31.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

Como consecuencia de las consideraciones anteriormente realizadas, el Tribunal concluye que no prospera la pretensión décima de la demanda reformada.

2.2.1.5. Pretensión Décima Primera.

Esta pretensión está planteada en la reforma de la demanda en los siguientes términos: **"DÉCIMA PRIMERA:** *Que se DECLARE que OPAIN adelantó las gestiones para reconocer oportunamente el pago de las multas causadas, por las sumas de \$13.627.632 y \$14.581.577, dado el cumplimiento imperfecto de las obligaciones contractuales establecidas en el Apéndice F, Capítulo 3, Tablas 1 y 2, sobre "Encuestas de satisfacción de usuarios" en los años 2015 y 2016, respectivamente, en cumplimiento de los (sic) pactado en la Cláusula 63 del Contrato de Concesión."*

El fundamento fáctico de esta pretensión está contenido en los hechos décimo a décimo tercero de la demanda reformada, y al sustento probatorio documental en el que la Convocante manifiesta que sustenta el cumplimiento de sus obligaciones, esto es, las pruebas documentales 6 a 9, del capítulo de pruebas documentales aportadas con la demanda. Por esta razón, el Tribunal declarará impróspera respecto de esta pretensión la excepción formulada por la Convocada y que denominó "*inepta demanda por no cumplir los requisitos legales*".

a) Postura de OPAIN.

La Convocante expresó en su escrito de alegatos de conclusión que, para los años 2015 y 2016, OPAIN no alcanzó la calificación mínima de satisfacción requerida en algunos de los ítems evaluables en las encuestas realizadas por la firma YANHAAS, todo de conformidad con lo pactado en el Contrato de Concesión.

Afirmó, adicionalmente, que OPAIN aceptó la causación de la multa, y solicitó a la ANI que ordenara el traslado del valor de las multas a la subcuenta correspondiente del fideicomiso, tal y como lo establece la cláusula 63.20 del Contrato de Concesión 6000169OK. Por lo anterior, la pretensión del convocante se orienta a que se declare que éste ha realizado las gestiones conducentes a que se efectúe el pago del valor de la multa anteriormente referida.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

b) Postura de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

En sus alegatos de conclusión la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA planteó su posición respecto de este tema, en los siguientes términos:

"Se advierte que la obligación de Encuestas de satisfacción de usuarios en los años 2015 y 2016, el Concesionario no pretende que se declare que cumplió, sino que se declare que hizo todo lo posible para cumplir con lo pactado en la cláusula del contrato para el reconocimiento de las multas. Como se expuso en el capítulo anterior, la Agencia insiste en que la norma procedimental que debe aplicarse es el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y no la cláusula contractual, por lo que no corresponde ahondar más en esta discusión y se ruega al Honorable Panel arbitral negar las pretensiones referidas en este aspecto".

c) Postura del Ministerio Público.

Con fundamento en el testimonio rendido por la Interventora Silvia María Fernández de Castro Zarate, la Procuraduría destacó que el concesionario incumplió con la obligación establecida en el Apéndice F, Capítulo 3, Tablas 1 y 2 sobre encuestas de satisfacción de usuarios, para los años 2015 y 2016.

En concepto de la Procuraduría resulta irrelevante si las multas han sido pagadas o no por parte del concesionario. Lo cierto, afirma el Ministerio Público, es que existió un incumplimiento contractual por parte de OPAIN que originó unas multas. De tal suerte que, si éstas no se han pagado aún, resulta procedente ordenar su pago en los términos contractuales que para el efecto fueron establecidos.

d) Análisis del Tribunal.

Con el propósito de analizar y decidir este punto de la controversia, el Tribunal considera necesario evaluar, particularmente, las siguientes pruebas: (i) Comunicación de la ANI de 23 de marzo de 2017, mediante la cual cita a OPAIN y a las aseguradoras a una audiencia en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por el presunto incumplimiento de las obligaciones relacionadas con las Encuestas de Satisfacción de Usuarios⁹¹; (ii) Comunicación de OPAIN a la ANI, con fecha del 29 de marzo de 2017, mediante el cual se le dio respuesta

⁹¹ Cuaderno de pruebas No. 1. Folios 1-16.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

a la comunicación de la ANI No. 2017-701-008741-1⁹²; (iii) Comunicación de OPAIN a la ANI, con fecha del 20 de junio de 2017, mediante la cual se le dio respuesta a la comunicación de la ANI No. 2017-701-018932-1.⁹³

Efectuada la valoración en conjunto de los medios de convicción a que se ha hecho referencia, observa el Tribunal lo siguiente:

i) El contexto de la decisión del Tribunal lo da, en primer término, la pretensión formulada por la Convocante, que, se reitera, es del siguiente tenor:

"DÉCIMA PRIMERA: Que se DECLARE que OPAIN adelantó las gestiones para reconocer oportunamente el pago de las multas causadas, por las sumas de \$13.627.632 y \$14.581.577, dado el cumplimiento imperfecto de las obligaciones contractuales establecidas en el Apéndice F, Capítulo 3, Tablas 1 y 2, sobre "Encuestas de satisfacción de usuarios" en los años 2015 y 2016, respectivamente, en cumplimiento de los (sic) pactado en la Cláusula 63 del Contrato de Concesión."

ii) En consecuencia, no le corresponde al Tribunal hacer manifestación alguna relacionada con el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones del concesionario, relacionadas con las "Encuestas de Satisfacción de Usuarios", toda vez que la propia Convocante acepta que en los años 2015 y 2016 se presentaron los incumplimientos advertidos por la Interventoría que dieron origen a la iniciación de la actuación administrativa encaminada a la imposición de multas.

iii) La diferencia entre las partes se ha centrado en el procedimiento aplicable en materia sancionatoria, derivado del incumplimiento de las obligaciones que el concesionario asumió con el Contrato de Concesión 6000169OK, asunto del que se ocupó a espacio el Tribunal en acápite anterior.

iv) En ese contexto, está acreditado que OPAIN, mediante comunicaciones de 29 de marzo⁹⁴ y de 20 de junio⁹⁵, ambas de 2017, manifestó su disposición a pagar el valor de las multas calculadas por OPAIN en la comunicación de 23 de marzo de 2017⁹⁶.

⁹² Cuaderno de pruebas No. 1. Folios 17-21.

⁹³ Cuaderno de pruebas No. 1. Folios 24-27.

⁹⁴ Cuaderno de pruebas No. 1. Folios 17-21.

⁹⁵ Cuaderno de pruebas No. 1. Folios 24-27.

⁹⁶ Cuaderno de pruebas No. 1. Folios 1-16.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

v) En efecto, en la carta remitida por OPAIN a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA el 29 de marzo de 2017 se manifiesta lo siguiente:

"Así las cosas, en aplicación del contrato y teniendo en cuenta que la objeción de Opain ha versado respecto del procedimiento aplicado y no de la existencia del incumplimiento, para proceder con el pago de las multas del Apéndice F, Capítulo 3 del Contrato de Concesión por un valor indexado a la fecha de hoy de 2015: \$13.627.632, 2016:\$14.581.577, y en virtud de lo establecido en la Cláusula 63.22 del Contrato de Concesión, le solicitamos emitir la orden a la fiduciaria del pago por parte del Concesionario a favor de la ANI"⁹⁷.

vi) Posteriormente, mediante comunicación de 20 de junio de 2017, OPAIN expresó a la ANI:

"Sin perjuicio de lo anterior, Opain reitera lo expresado en las comunicaciones 2017100026871 del 29 de marzo de 2017, y 20171000028711 del 4 de abril de 2017, con radicados ANI No. 2017-409-032984-2 y 2017-409-034970-2, respectivamente, cuando manifestó su disposición al pago de la multa por lo que nuevamente, solicita que se imparta por la ANI la orden que le permita a la Fiduciaria hacer el traslado del respectivo valor a la subcuenta prevista en el contrato para ello"⁹⁸.

vii) Como consecuencia de lo anteriormente señalado, es evidente que OPAIN manifestó a la ANI su disposición de pagar el valor de las multas que le correspondían por el incumplimiento parcial de sus obligaciones en materia de "Encuestas de Satisfacción de Clientes", dando aplicación para el efecto a lo dispuesto en la Cláusula 63 del Contrato de Concesión 6000169OK.

En consecuencia, el Tribunal dará prosperidad a la pretensión décima primera de la demanda reformada.

3. EL JURAMENTO ESTIMATORIO.

En lo que respecta al juramento estimatorio, destaca el Tribunal que a pesar de que no se accedió a la totalidad de las pretensiones de la demanda reformada, no hay lugar a imponer en contra de la parte Convocante la sanción establecida

⁹⁷ Cuaderno de pruebas No. 1. Folios 17-21.

⁹⁸ Cuaderno de pruebas No. 1. Folios 24-27.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

en el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, toda vez que, en opinión de este panel arbitral, esta sólo procede en los eventos en que las pretensiones de la demanda hayan sido negadas por ausencia de demostración de los perjuicios reclamados y cuando dicha imputación corresponda al actuar negligente o temerario de la parte, condición que no se da en el presente trámite arbitral, pues la denegación de algunas de las súplicas corresponde a un asunto que correspondió al análisis de fondo realizado por el Tribunal, tal como previamente quedó expuesto en el contenido del presente laudo arbitral.

4. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

El Código General del Proceso en el artículo 365 numeral 5º dispone:

"En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión."

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal considera que en el presente caso no hay lugar a imponer costas a ninguna de las Partes, por cuanto la demanda reformada prosperó parcialmente.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, este Tribunal Arbitral convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre la **SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAIN S.A.**, como Convocante y demandante, y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, como parte Convocada y Demandada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: Declarar imprósperas las excepciones denominadas "*aplicación inmediata de la ley por expresa disposición legal*", "*falta de competencia del tribunal arbitral para conocer de los presuntos incumplimientos*", e "*inepta demanda por no cumplir los requisitos legales*".

SEGUNDO: Declarar que prosperan las pretensiones Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta, Sexta, y Décima Primera de la demanda reformada.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

TERCERO: Declarar que respecto de la pretensión Séptima de la demanda reformada existe cosa juzgada.

CUARTO: Negar la prosperidad de las pretensiones Octava, Novena y Décima de la demanda principal reformada.

QUINTO: Sin costas y sin lugar a la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los Árbitros y el Secretario por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal. La Convocante entregará a los Árbitros y al Secretario los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios.

SÉPTIMO: Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y el Secretario, para lo cual, el Presidente hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.

OCTAVO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, con las constancias establecidas en la ley.

NOVENO: Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en la oportunidad procesal correspondiente.

Notifíquese y Cúmplase.

Dado en Bogotá D. C., a los 27 días del mes de febrero de 2019.



ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ
Presidente

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE
DE
SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA
INTERNACIONAL OPAIN S.A.
VS.
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**



WILLIAM BARRERA MUÑOZ

Arbitro



SERGIO MUÑOZ LAVERDE

Arbitro



CARLOS MAYORCA ESCOBAR

Secretario