

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009)

Radicación No. 1.952
11001-03-06-000-2009-00033-00
Referencia: El contrato de concesión de servicio público.
Modificaciones. La Amigable Composición. Contrato de
concesión del aeropuerto El Dorado.

El señor Ministro de Transporte, doctor Andrés Uriel Gallego Henao, formula a la Sala las siguientes preguntas:

“1. ¿Bajo el supuesto que en un contrato de concesión existan razones de conveniencia que permitan una mejora del objeto contratado y una mejor prestación del servicio público encomendado a la entidad estatal contratante, es posible, por fuera de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 y en caso de que las partes hubieran pactado una modificación de común acuerdo desde la licitación, acudir a tal previsión y modificar el contrato, teniendo en cuenta, además, que con la modificación se busca un efectivo cumplimiento de los fines estatales y una eficiente prestación de los servicios públicos?”

“2. ¿Es posible que un tercero independiente e idóneo, denominado por las partes del Contrato de Concesión Amigable Componedor, defina un asunto de interés para las partes, sin que haya de por medio un conflicto entre éstas, máxime si se tiene en cuenta que lo decidido por ellos se avalará con la intervención del CONPES y del CONFIS, por tratarse de una eventual modificación del plazo de Concesión?”

Los antecedentes expuestos en la solicitud de consulta se sintetizan a continuación:

Para el desarrollo del Aeropuerto El Dorado de Bogotá, en el Plan Maestro 2001-2025 se estudiaron seis opciones de las cuales los expertos internacionales escogieron la “solución C”. La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, AEROCIVIL, mediante la Resolución No. 05197 del 24 de noviembre de 2005, ordenó la apertura de la licitación

pública 5000091 OL, cuyo objeto fue “la Concesión para la Administración, Operación, Explotación Comercial, Mantenimiento, Modernización y Expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.”

Durante el proceso licitatorio una de las modificaciones introducidas al Pliego de Condiciones, por la Adenda 2 del 11 de abril de 2006, fue la de adicionar, en la cláusula 21 de la minuta del contrato, la obligación para el concesionario de presentar con “los diseños de detalle para las Obras de Modernización y Expansión correspondientes a la Terminal 1”, una alternativa “de demolición y reemplazo total” de la misma Terminal 1, bajo unas determinadas condiciones y dentro del plazo estipulado para los demás diseños y proyectos, esto es, dentro de los cinco meses siguientes a la firma del Acta de Entrega; AEROCIVIL tendría 25 días hábiles para contestar y su silencio, vencido este plazo, significaría que la propuesta habría sido negada.

El texto de la adenda en el tema comentado, que fue incorporado como Cláusula 21.3.1 de la minuta del contrato, es el siguiente:

“CLÁUSULA 21 PRESENTACIÓN DE ESTUDIOS Y DISEÑOS

“21.1 Presentación de Informe de Bases de Diseño

“El Concesionario deberá elaborar y presentar al Interventor y a Aerocivil, dentro de los cinco (5) meses siguientes la firma del Acta de Entrega, un informe de bases de diseño que deberá incluir texto y planos. El informe describirá las obras planteadas para cada componente del Plan de Modernización y Expansión (...)

“21.3 Otros Estudios y Diseños

“21.3.1 Demolición y Reemplazo de la Terminal 1

“Además de presentar los diseños de detalle para las Obras de Modernización y Expansión correspondientes a la Terminal 1, siguiendo en un todo las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión, el Concesionario deberá proponer a Aerocivil, como alternativa a las obras originalmente previstas en este Contrato y sus Apéndices para dicha Terminal 1, la demolición y reemplazo total de la Terminal 1, en reemplazo de las obras previstas para dicha terminal en las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión.

“La propuesta del Concesionario para la demolición y reemplazo total de la Terminal 1 deberá presentarse en el mismo término señalado en el inciso primero del numeral 20.1 (sic) de esta misma cláusula y deberá contener lo siguiente:

“a) Los estudios y diseños de detalle correspondientes, así como el cronograma en que dichas obras se ejecutarían, en el caso de ser aprobada la propuesta por Aerocivil, y los mecanismos para garantizar la continuidad en la Operación del Aeropuerto.

“b) Un análisis de conveniencia sobre la demolición y reemplazo total de la Terminal 1, indicando las razones operativas, técnicas, arquitectónicas, administrativas y financieras que sustentan la propuesta.

“c) Un análisis de las diferencias en costos que supongan las obras de demolición y reemplazo total de la Terminal 1, respecto del costo de las obras incluidas en las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión.

“d) Con fundamento en el análisis al que se refiere el literal c) anterior, el Concesionario presentará una propuesta para que le sea remunerada la diferencia

en costos derivada de las obras correspondientes a la demolición y reemplazo total de la Terminal 1, para lo cual el Concesionario podrá solicitar la extensión del Plazo Estimado del Contrato de Concesión, como único mecanismo de remuneración adicional por la realización de esta obra. De conformidad con lo anterior, la propuesta de remuneración por estas obras no podrá incorporar aportes adicionales por parte de Aerocivil, ni la reducción de la Contraprestación a favor de ésta, ni la cesión de derechos o tasas adicionales.

“Aerocivil recibirá la propuesta presentada por el Concesionario y realizará un estudio de la misma en el mismo plazo previsto en el inciso tercero del numeral 20.1 (sic) de esta misma Cláusula. En el caso en que Aerocivil no se pronuncie sobre esta Propuesta dentro del periodo anteriormente señalado, la misma se entenderá negada. (...)”

Adjudicada la Licitación a la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A. – OPAIN S.A., y suscrito el contrato correspondiente, No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, el Concesionario OPAIN S.A. presentó el 19 de junio de 2007 la propuesta alternativa que implicaba demoler la Terminal 1 y reemplazarla, junto con la Terminal 2, por un solo terminal nacional e internacional.

AEROCIVIL rechazó la propuesta anterior en comunicación del 26 de julio de 2007, acogiendo en buena parte los argumentos expresados por el Interventor.

El 14 de marzo del 2008, las Partes firmaron un “Memorando de Entendimiento”, modificado y prorrogado el 12 de septiembre de 2008 y el 13 de mayo de 2009, para una eventual modificación del contrato de concesión en el evento de acordar la demolición y el reemplazo de la Terminal 1, con la participación de grupos técnicos, del interventor, el amigable componedor, el CONPES y el CONFIS, y bajo los supuestos estipulados en la Cláusula 21.3.1 del contrato, la Cláusula 90 del mismo contrato¹ y de los dos primeros incisos del artículo 28 de la ley 1150 de 2007.²

La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública el 2 de abril de 2009 hizo un control de advertencia al Director de Aerocivil, en el cual señaló que el procedimiento contenido en la cláusula 21 para la presentación de los estudios y diseños por parte del concesionario “**NO PREVIÓ**, el hecho que en realidad aconteció, en relación con la Propuesta Alternativa presentada por el Concesionario, en cuanto a la Demolición y Reemplazo de la Terminal 1 y es que esta fuera RECHAZADA de plano por el Interventor...”, por lo que con el memorando de entendimiento se pretende “...además introducir una situación no prevista frente a tamaño vacío del contrato, revivir un plazo contractual vencido, por cuanto se inició el estudio de un procedimiento ‘que permita adoptar las decisiones correspondientes en cuanto a la Propuesta de Demolición y

¹ Contrato de Concesión No. 6000169 OK, Cláusula 90: “MODIFICACIÓN DEL CONTRATO. Este Contrato no podrá ser modificado sino por acuerdo escrito debidamente firmado por representantes autorizados de las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en cuanto a la modificación unilateral del mismo por parte de Aerocivil en los términos de la CLÁUSULA 69 del Contrato.”

² Ley 1150/2007, Art. 28. “DE LA PRÓRROGA O ADICIÓN DE CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial. / Toda prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional requerirá concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social – Conpes -.”

Reemplazo de la Terminal 1, circunstancia que debió analizarse por efecto de temporalidad únicamente dentro de los veinticinco (25) días hábiles siguientes al día 19 de junio de 2007.” (La transcripción es literal).

En criterio de la Procuraduría Delegada el plazo de cinco meses para presentar la propuesta alternativa era una “única oportunidad legal” y OPAÍN S.A. ya hizo uso de ella, de manera que si se le diera otra oportunidad se iría en contravía del principio de la igualdad debida a todos los oferentes, pues esa posibilidad no se contempló en los Pliegos de Condiciones. Además, como ya se han hecho unas obras de adecuación, de aceptar la propuesta de demoler la Terminal 1 se tendrían también que demoler esas adecuaciones.

Agregó la Procuraduría Delegada que la Cláusula 70 del contrato contempla la modificación unilateral en los términos del artículo 16 de la ley 80 de 1993, por lo cual AEROCIVIL habría podido aplicarla para demoler la Terminal 1, mediante acto motivado que demostrara que con ello evitaba la paralización o afectación grave del servicio; como no lo hizo, la demolición no está debidamente justificada.

Así mismo, expresó la Procuraduría Delegada que el Amigable Compondor es una figura pactada “para solucionar las controversias que puedan suscitarse entre las partes, siempre que esas controversias se encuentren expresamente contempladas en el Contrato o si no lo están, que sean sometidas a su conocimiento por mutuo acuerdo”; en este contrato se convino someter a su conocimiento las materias y asuntos relacionados en la respectiva cláusula pero también todos los demás “sobre los que existiere acuerdo ... lo que per se no resulta reprochable, pero sí sugiere que a través de la utilización de la misma, se suplan vacíos de la etapa de planeación y estructuración del proyecto.”

Como “*otros asuntos de importancia*”, la Procuraduría señaló:

- La Cláusula 52 del contrato, relativa a “cambios en las especificaciones técnicas”, no sería aplicable porque no se trata de errores que al imposibilitar el cumplimiento de los resultados del contrato, permitirían efectuar cambios en las especificaciones técnicas.
- El Plan Maestro prevé la ejecución de las obras en varias fases; ninguna de éstas contempla la demolición de la Terminal 1; “sólo contempla la posibilidad de modificar la Terminal 1 respecto de sus muelles, los cuales sí pueden demolerse a partir del año 2020...” No se entiende por qué la Aeronáutica Civil incluyó la posibilidad de presentación de la propuesta alternativa...”
- Adjudicado el contrato y vencidos los términos para presentar diseños alternativos, no es la oportunidad de hacer las modificaciones propuestas, porque se vulnerarían las reglas establecidas en los Pliegos y en el contrato, lo cual acarrearía sanciones disciplinarias, sin perjuicio de la responsabilidad penal y fiscal, y además “demandas millonarias que posiblemente seguirán por parte de las demás oferentes... por la indebida planeación por parte de la administración, vulneración de sus derechos de participar en igualdad de condiciones y de los principios de transparencia y selección objetiva...”
- Las condiciones y la necesidad no han variado desde que inició el proceso licitatorio, como tampoco el fin perseguido por el Estado.

Por su parte AEROCIVIL consideró que en virtud del artículo 365 constitucional es su deber asegurar la prestación eficiente del servicio público del transporte aéreo en sus

modalidades de carga y pasajeros; que los proyectos y subproyectos que integran el Plan Maestro, entre ellos el reforzamiento de la Terminal 1, son un medio para ello y no un fin en sí mismos; de manera que en el proceso Licitatorio se incluyó la alternativa de demolición de la Terminal 1, no prevista en el Plan Maestro, porque ella responde a las variaciones en el comportamiento del flujo del tráfico aéreo de pasajeros y carga dentro de las actividades contratadas para la Modernización y Expansión del Aeropuerto, y da aplicación al artículo 3º de la ley 80 de 1993 conforme al cual “los contratos tampoco son un fin en sí mismos, sino medios para ‘el cumplimiento de los fines estatales’ y ‘la continua prestación de los servicios públicos.’” Estima que el rechazo a la propuesta presentada por el Concesionario *no agota la posibilidad para que las Partes estudien y eventualmente implementen la demolición y el reemplazo de la terminal 1, con base en la cláusula 21.3.1 y otras cláusulas del contrato, pues no se pactó un plazo extintivo para la implementación de modificaciones, y aún si éste se hubiera agotado, quedarían las cláusulas 70 y 90 del Contrato*³ para acordar eventuales modificaciones justificadas en el servicio público a su cargo, pues como no se trata de una ‘paralización o...afectación grave del servicio público’, no se acudiría a la modificación unilateral prevista en el artículo 16 de la ley 80 de 1993. Además, “el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 permite la prórroga o adición del plazo de las concesiones cuando se trate de obras adicionales. Y el artículo 32 de la Ley 105 de 1993, prohíbe el ejercicio de la modificación unilateral resultante del artículo 16 de la Ley 80 de 1993 cuando la etapa de construcción haya terminado. Si la Demolición y el Reemplazo de la Terminal 1 prosperan, sólo se implementarán en la Etapa de Modernización y Expansión del Aeropuerto.”

En cuanto al Amigable Componedor, afirma el consultante que sus competencias no se desnaturalizan, pues “aunque no haya diferencias entre las partes, nada se opone a que el mismo pueda ser utilizado para precaver las diferencias que pudieran suscitarse con ocasión de la implementación de la propuesta alternativa de Demolición y Reemplazo de la Terminal 1...”.

Finalmente, sostiene que la igualdad de los proponentes no se rompería puesto que las cláusulas 21.3.1 y 90, formaron parte de la minuta del contrato dentro del proceso licitatorio y aplicarían a cualquiera que fuere el adjudicatario de la licitación.

El 11 de junio del año en curso, la Sala de Consulta y Servicio Civil realizó una audiencia con asistencia de los señores Ministro de Transporte, Director de AEROCIVIL, Secretario Jurídico de la Presidencia y asesores jurídicos, quienes afirmaron que si bien el Plan Maestro no previó la demolición de la Terminal 1 del Aeropuerto, se vio su necesidad en las discusiones adelantadas alrededor del Pliego de Condiciones, una vez abierta la licitación pública y conocidas las carencias de la actual Terminal en cuanto a redes de servicios y estabilidad estructural, por lo cual se decidió adicionar el Pliego con la obligación, para el concesionario, de presentar un diseño alternativo junto con los demás diseños correspondientes a la fase de Modernización y Ampliación, que es la segunda en la

³ **Cláusula 70:** “MODIFICACIÓN UNILATERAL Si durante la Etapa Previa y la Etapa de Modernización y Expansión fuere necesario introducir variaciones en el Contrato para evitar la paralización o la afectación grave del servicio, y previamente las partes no llegaran al acuerdo respectivo, Aerocivil, mediante acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. / Si las modificaciones alteran el valor del Contrato en un veinte por ciento (20%), o más, respecto del Valor Estimado del Contrato, el Concesionario podrá renunciar a la continuación de su ejecución. En este evento, Aerocivil ordenará la liquidación del Contrato, y ordenará las medidas del caso para garantizar la terminación de su objeto.” **Cláusula 90:** Ver cita 1.

ejecución del contrato de concesión. Los participantes por el Gobierno hicieron énfasis en que a partir del 2006, el movimiento de pasajeros nacionales e internacionales ha mostrado incrementos significativos respecto de los calculados en el Plan Maestro, lo que sumado a las deficiencias ya señaladas de la Terminal 1, sustentan, en sentir del Ministerio de Transporte y de AEROCIVIL, la necesidad de su demolición para construirla con todas las especificaciones que garanticen una óptima atención del servicio a los usuarios en el largo plazo. Concluyeron las dos Partes en el contrato de concesión que están de acuerdo en tal necesidad y en que la forma de remuneración para el concesionario sería exclusivamente la prevista en el Contrato para la ejecución de la alternativa, esto es, la extensión del plazo de la concesión.

La Sala recibió igualmente los documentos relativos al contrato de concesión, el Plan Maestro y las comunicaciones cruzadas entre la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública y AEROCIVIL.

Se detiene la Sala en la comunicación de la Procuraduría Delegada, de fecha mayo 29 de 2009, en la cual, respondiendo las argumentaciones expuestas por AEROCIVIL respecto de las recomendaciones de la Delegada sobre el memorando de entendimiento, se ratifica en los siguientes dos puntos:

El primero, referido a que "... la posibilidad de DEMOLER no resulta viable... porque (i) No se contempló en el Plan Maestro... (ii) Se RECHAZÓ tajantemente por la Aeronáutica [al considerar que el concesionario] se limita a relacionar estas reflexiones del Plan Maestro sin desarrollar de ninguna manera por qué el diseño actual no permitiría obtener la funcionalidad requerida por los estándares del Plan Maestro... Nota: Concepto del Interventor". (iii) El plazo para estudiar la propuesta de DEMOLICIÓN VENCIO EN JULIO DEL AÑO 2007, introducir esta posibilidad mediante la suscripción del Memorando de entendimiento **revive o prorroga un plazo vencido**. (iv) La inversión de recursos en las obras adelantadas por la Modernización (por vía de ejemplo, ampliación del corredor central del Terminal 1) se perderían."

Esa institución precisa además que no ha cuestionado la inclusión de la alternativa en la adenda 2 al Pliego de condiciones porque "en esa oportunidad, permitió a todos los proponentes competir bajo las mismas condiciones"; lo cuestionable es que "alegando la connotación *de contrato de resultado y no de medio* se pretenda a través de esta concepción introducir modificaciones a contratos ya suscritos, reviviendo etapas que ya se habían superado en la ejecución contractual y que además habían generado la ejecución de obras... es aquí donde surge la real controversia, pues a través de la suscripción del memorando de entendimiento del día 14 de marzo de 2008, es decir, 8 meses después de vencido este plazo, es que se retoma el aspecto en estudio y se plasma la posibilidad de estudiar nuevamente la alternativa de demoler la Terminal 1, ... las actuaciones contractuales, son actuaciones administrativas, que deben agotarse dentro de plazos perentorios y preclusivos, por ello no es viable revivir o prorrogar plazos cuando estos se han agotado ... los contratos efectivamente permiten modificaciones e interpretaciones que provean su mejor ejecución y resultado, pero ello no implica que estas modificaciones se introduzcan sin considerar el término señalado o convenido contractualmente, más si se observa que la demolición implicaría para el Concesionario OPAIN, una extensión automática del plazo de la Concesión, solo condicionada a que la determinación de esa extensión del plazo, fuere definido por el amigable componedor."

El segundo punto ratificado por la Procuraduría Delegada se refiere a que no comparte la posición de AEROCIVIL en cuanto ésta sostiene que "la facultad de modificar el contrato

para incluir la demolición en esta etapa se sustenta en las Cláusulas 21.3.1, 70 y 90 del Contrato”. El desacuerdo de la Procuraduría Delegada está en que (i) la Cláusula 21.3.1 “se refiere a la forma como se debía presentar la Propuesta Alternativa de Demolición y al plazo para hacerlo, el cual se encuentra precisamente vencido. (ii) La cláusula 70 del contrato, dispone modificaciones del contrato por razones de afectación o paralización grave del servicio público, situación que no se configura en este evento. (iii) La cláusula 90 del Contrato prevé la modificaciones del contrato mutuamente acordadas, pero no permite revivir plazos vencidos.”

Concluye la Procuraduría Delegada sugiriendo que se acuda a esta Sala para que “...ILUSTRE LA DEFINICIÓN DEL TEMA”; y expresando que “se ratifica en que las observaciones SE FORMULAN CON RESPECTO A LA SUSCRIPCIÓN DEL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO, DADO QUE EL MOMENTO O PLAZO PARA ESTE ANÁLISIS YA VENCIO EN EL TIEMPO, DE MANERA QUE SE ESTARÍAN PRORROGANDO O REVIVIENDO PLAZOS VENCIDOS.” (La transcripción es textual).

Para responder la Sala CONSIDERA:

Observaciones preliminares

Dado que las preguntas formuladas hacen relación a dos temas diferentes, el primero sobre la viabilidad de modificar el contrato de concesión, y el segundo el de la intervención del llamado amigable componedor en el procedimiento que se está utilizando al efecto, este concepto analizará por aparte cada uno de ellos. En cuanto al primero, se ocupará de la tipificación del contrato de concesión, y a partir de este concepto analizará las posibilidades de su modificación. El segundo tema será desarrollado siguiendo la definición legal de la amigable composición como mecanismo de solución de conflictos y diferencias entre las partes de un contrato, limitada a los particulares, para aplicarla a la situación concreta del contrato y los memorandos de entendimiento.

Se observa que tanto las preguntas como los antecedentes parten de un supuesto que debe ponerse de presente: la necesidad de demoler la actual Terminal de pasajeros del aeropuerto El Dorado, denominado en el contrato como “Terminal 1” para construir una nueva, con el fin de prestar un mejor servicio a los usuarios, previendo un mayor flujo de pasajeros en el futuro y demás razones de conveniencia pública antes reseñadas. Al respecto, la Sala carece de competencia para pronunciarse sobre los aspectos fácticos que llevan a la necesidad de su modificación, cuya definición es del resorte exclusivo de la Administración, de manera que el concepto que se emite a continuación analizará solamente la viabilidad jurídica.

I. LA MODIFICACION DEL CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO PÚBLICO

A La tipificación del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado como de servicio público

1º Aspectos generales.

El artículo 32 de la ley 80 de 1993 en el numeral 4° define de la siguiente forma el contrato de concesión:

“4°. Contrato de Concesión. *Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”*

La primera aproximación a la norma transcrita consiste en señalar que la definición del contrato de concesión comprende las tres modalidades del mismo, la de servicio, la de obra y la de bienes públicos, regulándolas por igual. Hay que destacar dos de los diferentes elementos en esta definición, la entrega u otorgamiento de potestades y el objeto concedido. En cuanto al primero de éstos, el vocablo *otorgar* empleado por la ley designa dos fenómenos jurídicos especialmente importantes, a saber: de una parte que el Estado siempre mantiene la titularidad del bien, obra o servicio concedido, por lo que sólo entrega su utilización o construcción, lo que implica la temporalidad del contrato; y por otra, que le entrega al concesionario las facultades públicas inherentes al objeto y necesarias para su desarrollo, como por ejemplo la posibilidad del cobro de las tasas de peajes en la concesión de obra.

En relación con los distintos objetos que pueden ser concedidos, interesa únicamente el caso del *servicio público*, para lo cual acude la Sala a la definición legal contenida en el mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que en el artículo 2°, y con la advertencia de que se aplica *“para los solos efectos de esta ley”*, dice:

“Artículo 2°

.....

“3° Se denominan servicios públicos: *Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.”*

De acuerdo con el artículo 28 del Código Civil, cuando el legislador haya definido expresamente una palabra para ciertas materias, es necesario atenerse a su significado legal. Existiendo como en este caso una definición del servicio público en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, para tipificar un contrato de concesión como de servicio público, debe emplearse la definición legal que viene de transcribirse.

2°. Análisis del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado.

Con el fin de tipificar el contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado, pasa la Sala a analizar la naturaleza de servicio público del objeto contratado y las cláusulas contractuales más significativas.

a) La navegación aérea, la infraestructura aeronáutica y los servicios conexos, son servicios públicos.

De conformidad con el código de Comercio⁴, la “aeronáutica civil” está declarada como “de utilidad pública”, y es sujeto de “inspección, vigilancia y reglamentación por parte del gobierno”. El mismo código define la “infraestructura aeronáutica” como “el conjunto de instalaciones y servicios destinados a facilitar y hacer posible la navegación aérea, tales como aeródromos, señalamientos, iluminación, ayudas a la navegación, informaciones aeronáuticas, telecomunicaciones, meteorología, aprovisionamiento y reparación de aeronaves.” A su vez, el “aeródromo” es “la superficie destinada a la llegada y salida de aeronaves, incluidos sus equipos e instalaciones”.

Las expresiones legales: “conjunto de instalaciones y servicios destinados a facilitar y hacer posible la navegación aérea”, y “superficie... incluidos sus equipos e instalaciones”, ponen de manifiesto que se trata de bienes materiales muebles e inmuebles así como inmateriales que posibilitan el tránsito de carga y pasajeros, organizados inteligentemente para prestar el servicio correspondiente. Cada uno o varios de los bienes que conforman el aeródromo, aisladamente no conseguirían tal específica finalidad.

La “navegación aérea” del código de Comercio es el “modo aéreo” del transporte en términos de las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996. La ley 105 de 1993, define el transporte público como “una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector”, y califica su operación como “un servicio público, regulado por el Estado y bajo su control y vigilancia en aras de su calidad, oportunidad y seguridad.”⁵ La ley 336 de 1993 establece una especial protección estatal para el transporte; señala que “como servicio público continúa bajo la dirección, regulación y control del Estado”; dispone que el transporte público por “tener el carácter de esencial y regulado, implica la prelación del interés general sobre el particular”; y también define la “actividad transportadora” como “un conjunto organizado de operaciones” que permite llevar a las personas y a las cosas de un lugar a otro, utilizando uno o varios modos y de acuerdo con las regulaciones de las autoridades competentes.⁶

⁴ C. Co., Cfr. De la Aeronáutica; en particular, Parte Segunda, Capítulos I, II, III y V, Arts. 1773 y ss. Además, las leyes 105 de 1993 y 336 de 1996. Art. 1774: “Se entiende por “aeronáutica civil” el conjunto de actividades vinculadas al empleo de aeronaves civiles.” / Art. 1775. “Son aeronaves de Estado las que se utilicen en servicios militares, de aduanas y de policía. Las demás son civiles.” / Art. 1776. “La aeronáutica civil se declara de utilidad pública.”

⁵ Ley 105 de 1993 (diciembre 30), “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.” Art. 3°. “Principios del transporte público. El transporte público es una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector, en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios, sujeto a una contraprestación económica y se regirá por los siguientes principios: / 1. Del acceso al transporte.../ 2. Del carácter de servicio público del transporte. / La operación del transporte público en Colombia es un servicio público bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad. / (...).

⁶ Ley 336 de 1996 (diciembre 20) “Por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte”. Art. 4°. “El transporte gozará de la especial protección estatal y estará sometido a las condiciones y beneficios establecidos por las disposiciones reguladoras de la materia, las que se incluirán en el plan nacional de

Los “servicios conexos” al de transporte público, están definidos en la ley 336 de 1996, así:

“Artículo 27. Se consideran como servicios conexos al de transporte público los que se prestan en las terminales, puertos secos, aeropuertos, puertos o nodos y estaciones, según el modo de transporte correspondiente. (...)”

La calificación de “conexos” es suficientemente explícita en cuanto a la forma de relación que une, esos servicios con el de transporte, tal como lo expresa la palabra “conjunto” empleada por las disposiciones legales. Es claro y así lo ha recogido invariablemente el legislador, que el transporte requiere de una organización y de una infraestructura física, tecnológica y de servicios que hagan posible el desplazamiento de las personas y las cosas; y que tal conjunto de bienes y servicios es igualmente sujeto de regulación, vigilancia y control estatales, y su prestación debe ser regular, permanente y continua.

No sólo por las definiciones legales que acaban de transcribirse, sino por encajar en la definición del artículo 2º, numeral 3º, de la ley 80 de 1993, transcrito anteriormente, es claro que la actividad aeroportuaria configura un servicio público.

b) El objeto y las obligaciones en el contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado

La revisión del contrato de concesión No. 6000169 OK, al que se contrae este concepto, y de sus antecedentes, hace evidente que su objeto y su ejecución⁷ versan sobre el servicio público de transporte, en los elementos de infraestructura aeroportuaria y los servicios conexos, que en su conjunto hacen posible el modo aéreo de transporte, entendidos en su definición legal, como quiera que comprende:

(i) La administración de los bienes de la Concesión. Se refiere a todas las *actuaciones que por su naturaleza estén dirigidas a ordenar y organizar los bienes y servicios objeto de la concesión*⁸, como *contratación de personal, selección de*

desarrollo y como servicio público continuará bajo la dirección, regulación y control del Estado, sin perjuicio de que su prestación pueda serle encomendada a los particulares.” Art. 5º. “El carácter de servicio público esencial bajo la regulación del Estado que la ley le otorga a la operación de las empresas de transporte público, implicará la prelación del interés general sobre el particular, especialmente, en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios, conforme a los derechos y obligaciones que señale el reglamento para cada modo. / El servicio privado de transporte es aquel que tiende a satisfacer necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas. (...)” Art. 6º. “Por actividad transportadora se entiende un conjunto organizado de operaciones tendientes a ejecutar el traslado de personas o cosas, separada o conjuntamente, de un lugar a otro, utilizando uno o varios modos, de conformidad con las autorizaciones expedidas por las autoridades competentes basadas en los reglamentos del Gobierno Nacional.” [Los modos de transporte corresponde al terrestre, fluvial, marítimo, aéreo, férreo.]

⁷ Cfr. Contrato 6000169 OK, Cláusula 93 “Documentos del contrato... El **Pliego de Condiciones** con todos sus anexos/ Apéndice A (“Bienes”) / Apéndice B (“**Contratos cedidos**”) / Apéndice C (“Contratos en litigio”) / Apéndice D (“**Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión**”) / Apéndice E (“**Especificaciones Técnicas de Diseño**”) / Apéndice F (“**Especificaciones Técnicas de Operación**”) / Apéndice G (“**Especificaciones Técnicas de Mantenimiento**”) / Apéndice H (“**Seguridad Aeroportuaria**”) / Apéndice I (“Aspectos Ambientales”) / Apéndice J (“Bienes Revertibles”) / Cualesquiera contratos o convenios que se suscriban entre las partes para la ejecución de este **Contrato** / Las certificaciones, autorizaciones y demás documentos que acrediten la existencia y representación legal del **Concesionario** o sus miembros. / Las condiciones expresadas en el presente **Contrato de Concesión** prevalecen sobre aquellas de cualquier otro documento que forme parte del mismo.”

⁸ Los “bienes y servicios objeto de la concesión” son los bienes inmuebles que conforman el Área Concesionada, los bienes muebles relacionados en el Apéndice A del contrato, las obras equipos, sistemas,

proveedores, de la entidad fiduciaria para el manejo de las finanzas del contrato, de la entidad aseguradora, y otros similares.

(ii) La modernización y expansión. Comprende las *obras de construcción, remodelación, rehabilitación o de cualquier otra especie*, descritas en el Apéndice D del contrato⁹; es obligación del Concesionario “realizar por su propia cuenta y riesgo, sus propios estudios y diseños de detalle... de conformidad con las **Especificaciones Técnicas de Diseño**” contenidas en el Apéndice E, y las respectivas estipulaciones contractuales, en particular la Cláusula 21.¹⁰

(iii) La operación del área concesionada¹¹. Corresponde a la “*prestación de los servicios asociados a ingresos regulados y no regulados y a todas las actividades que resulten ser complementarias al servicio público de transporte aéreo de pasajeros y carga o permitan su efectiva prestación.*” Como consecuencia de la operación se producen los ingresos de la concesión¹² los cuales se regulan en el contrato de tres maneras a saber:

- Los ingresos regulados y los servicios que a ellos pertenecen son las *tasas aeroportuarias* nacional e internacional, y los *derechos de uso* de los puentes de abordaje en vuelos nacionales e internacionales, de parqueo de aeronaves, de expedición de carné, de permiso de circulación de vehículos en plataforma y de mostradores de registro de pasajeros, y los *derechos por carro de bomberos* para abastecimiento de combustible y limpieza de plataforma.¹³ Estos servicios y los

programas de computador, bases de datos y derechos de propiedad intelectual resultantes de la misma ejecución del contrato. Cfr. Contrato 6000169 OK, en especial Cláusula 1, Num. 1.13, 1.17, 1.23, Cláusulas 18 y 54, Apéndice A.

⁹ Cfr. Contrato 6000169 OK, Cláusula 1, Num. 1.89; Capítulo IV, Cláusula 27; Apéndice D “Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión”. Estas obras *consisten en ocho proyectos principales: Terminal 2; Terminal 1 – Modificaciones; Puente Aéreo; Desarrollo de las Áreas de Carga Nacional e Internacional; Desarrollo de Área de Mantenimiento; Calles de Rodaje; servicios; y Trabajos Adicionales*; así mismo se establecen las *fechas específicas para su terminación y entrega*; estas fechas *se describen como hitos* que se cuentan como meses a partir del acta de inicio de la etapa de modernización y expansión; *cada hito incluye un grupo de obras terminadas.*

¹⁰ Cfr. Contrato 6000169 OK, Cláusula 10 Obligaciones generales del Concesionario.

¹¹ Cfr. Contrato 6000169 OK, Cláusula 1: **Definiciones. “1.13 Área Concesionada** Se refiere a la totalidad del **Aeropuerto El Dorado**, con la única excepción del **Área no Concesionada**. Dentro del **Área Concesionada** se incluyen, entre otros, las **Terminales de Pasajeros**, el **Área de Carga Nacional**, el **Área de Carga Internacional**, el **Área de Aviación General**, la **Torre Administrativa de Aerocivil**, el **Almacén de Aerocivil**, el **Centro de Bienestar y Servicios**, el **Edificio de la Secretaría de Sistemas Operacionales de Aerocivil**, y la **Torre de Control**, los cuales le son entregadas al **Concesionario** para su **Administración, Operación, Mantenimiento, Modernización y Expansión y Explotación Comercial** en los términos previstos en el presente **Contrato de Concesión.**”

¹² Cfr. Contrato 6000169 OK, Cláusula 6 “VALOR EFECTIVO DEL CONTRATO. El valor efectivo de este **Contrato** corresponderá al valor del **Ingreso Bruto** del **Concesionario** durante el plazo total de vigencia de la **Concesión...** de conformidad con lo previsto en la CLÁUSULA 55 de este **Contrato** remunera todos los costos y gastos – directos e indirectos – de los suministros y de los trabajos necesarios para cumplir con el objeto...” / Cláusula 55 REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO La remuneración del **Concesionario** estará compuesta - únicamente - por el recaudo efectivo de los **Ingresos Regulados** y los **Ingresos no Regulados** que le han sido cedidos en virtud del presente **Contrato de Concesión. ...**/ Cfr. Cláusula 1, Num. 1.70, 1.71 y 1.72, especialmente.

¹³ Cfr. Contrato 6000169 OK, Cláusula 1, Num. 1.115 y 1.72; Cláusula 41 y Apéndice F “Especificaciones Técnicas de Operación”, Num. 6.

ingresos que generan fueron regulados en la Resolución 05496 del 13 de diciembre de 2005, expedida por AEROCIVIL con base en la cual cada proponente formuló su “*estructura tarifaria*”.¹⁴

- Los ingresos no regulados son *los dineros o especies susceptibles de ser valoradas en dinero*, que el Concesionario u otras personas relacionadas con éste y autorizadas expresamente en el contrato de concesión, pueden percibir por la *prestación de servicios no asociados con los servicios regulados*, como áreas para las aerolíneas de pasajeros en las Terminales de Pasajeros (oficinas de soporte, mostradores), sistema de uso común de terminal, servicios generales de carga, y otros contemplados en el Apéndice F del Contrato de Concesión, así como los demás que el Concesionario considere convenientes o útiles para los usuarios del Aeropuerto, y que AEROCIVIL le autorice, en los términos del contrato.¹⁵
- La explotación comercial. Se refiere a las *actividades de venta de servicios o bienes*, que puede desarrollar el Concesionario directamente u otras personas relacionadas con él e identificadas en el contrato, *que les generen recursos provenientes de los usuarios de los servicios regulados y no regulados o de cualquier otra persona natural o jurídica*.¹⁶

(iv) Además el contratista se obliga al mantenimiento, que comprende las *actividades requeridas para sostener la calidad del servicio*, de acuerdo con el Apéndice G del Contrato.¹⁷

(v) Por su parte, Aerocivil recibe una “*contraprestación*”, definida en el Contrato como “... *el monto que debe pagar el Concesionario a Aerocivil en virtud de los derechos que adquiere como consecuencia del Contrato de Concesión en los términos establecidos en la CLAÚSULA 60 del presente Contrato de Concesión*”, la cual establece el cálculo de los pagos semestrales a que se obligó el Concesionario por concepto de la contraprestación, que consiste en el 46.16% de los ingresos brutos del concesionario, salvo que estos fueren inferiores a unos mínimos garantizados en esa estipulación¹⁸.

¹⁴ Cfr. Cláusula 1, Definiciones: “1.55 **Estructura Tarifaria** Corresponde a la estructura de tarifas para los **Ingresos Regulados**. La **Estructura Tarifaria**, se encuentra contenida en la Resolución 05496 de 2005, expedida por Aerocivil y en las resoluciones que la modifiquen con anterioridad al cierre de la **Licitación** la(s) cual(es) forma(n) parte del presente **Contrato de Concesión**. / Los valores en **Pesos** o **Dólares** descritos en dicha(s) Resolución(es), corresponden a Pesos o Dólares de Enero de 2005. Por lo tanto, las tarifas en Pesos o Dólares serán indexadas con la variación del **IPC** y del **IPCEU** para el inicio de su cobro a los usuarios del Aeropuerto por parte del Concesionario, y anualmente con el 95% de la variación del IPC y del IPCEU durante la vigencia del **Contrato de Concesión**, todo lo anterior en estricta sujeción a los términos previstos en la Resolución 05496 de 2005 y por las resoluciones que la modifiquen con anterioridad al cierre de la **Licitación**”. Cfr. Resolución No. 05496/ 05, “Por medio de la cual se fijan las tarifas de los derechos y las tasas cedidas al Concesionario del Aeropuerto Internacional El dorado de Bogotá y se dictan otras disposiciones”.

¹⁵ Cfr. Contrato 6000169 OK, Cláusula 1, Num. 1.71 y 1.116; Cláusula 41; y Apéndice F “Especificaciones Técnicas de Operación”, Num. 7

¹⁶ Cfr. Contrato 6000169 OK, Cláusula 1, Num. 1.91

¹⁷ Cfr. Contrato 6000169 OK, Cláusula 1, Num. 1.80, Cláusula 42; Apéndice G “Especificaciones Técnicas de Mantenimiento”

¹⁸ Cfr. Pliego de Condiciones de la Licitación Pública 5000091 OL de 2005. “**6 CIERRE DE LA LICITACIÓN Y EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS (...)** **6.3 EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS (...)** “**6.3.4...**”, disponía que el orden de las ofertas económicas de las propuestas aceptables, para calificar las elegibles y considerar como “adjudicataria del **Contrato de Concesión**, la **Propuesta** que proponga la **mayor** oferta económica.” / Cfr. Cláusula 60 del Contrato de Concesión:

La anterior descripción del objeto del contrato hace explícito que:

- Comprende un conjunto de actividades, obras y servicios, indispensables para el adecuado desarrollo del transporte aéreo, que no pueden tratarse de manera aislada o independiente y que, además, deben ser prestados de forma general, permanente y continua, como corresponde al interés general ínsito en el servicio público de transporte.
- El concesionario se obliga a “su ejecución completa y oportuna a su costa y riesgo”, es decir, responde por el resultado de la misma, al punto de que una interrupción del servicio de transporte aéreo desde el aeropuerto, por un término igual o superior a 24 horas continuas, es causal para la declaratoria inmediata de la caducidad del contrato.¹⁹
- La entidad estatal originalmente a cargo del servicio, lo cede, conservando la titularidad y sus atribuciones en materia de regulación, vigilancia y control. Conforme a la ley, no puede concesionar lo referente a la seguridad aérea.²⁰
- La remuneración del Concesionario está estructurada en torno al recaudo de los denominados ingresos regulados, no regulados y la explotación comercial.
- Aerocivil recibe el 46.16% de estos ingresos brutos, los cuales acrecen al presupuesto general de la entidad.
- Al concesionario se le entregó el conjunto de bienes y actividades que responde a los conceptos legales de “aeródromo” y de “servicios conexos.” La construcción de parte de la infraestructura física, es un medio para la prestación del servicio público entendido como una empresa.

“CLÁUSULA 60 CONTRAPRESTACIÓN 60.1 Cálculo de los Pagos Semestrales. El Concesionario pagará en **Pesos** a **Aerocivil**, por concepto de **Pago Semestral**, la suma que resulte superior entre las dos siguientes: / a) El CUARENTA Y SEIS PUNTO DIECISÉIS por ciento (46.16%) (porcentaje establecido por el **Concesionario** en su **Propuesta**) del **Ingreso Bruto** correspondiente a cada semestre calendario (1 de enero a 30 de junio y 1 de Julio a 31 de diciembre). / b) La sumatoria de: i) el equivalente en **Pesos** –a la **TRM** del **Día** anterior a la fecha en que deba hacerse el **Pago Semestral** correspondiente – de UN MILLON DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL **Dólares** (US\$1.292.000.00) constantes de diciembre de 2005, más ii) la suma de TRES MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES de **Pesos** (COL\$3.146'.000.000.00) constantes de Diciembre de 2005. Las sumas establecidas en este literal deberán actualizarse entre Diciembre de 2005 y la finalización de cada semestre calendario, para lo cual se tendrá en cuenta la variación entre el **IPC** o **IPCEU** (según corresponda) de Noviembre de 2005 y el **IPC** o **IPCEU** (según corresponda) del último mes del semestre calendario correspondiente a cada **Pago Semestral**. (...).”

19 Cfr. Contrato 6000169 OK, Cláusula 62: “En el evento en que se produzca un incumplimiento grave, imputable al Concesionario, que afecte la prestación de los servicios que de acuerdo con el presente Contrato de Concesión deben ser proveídos por el Concesionario y que interrumpa totalmente el servicio público de transporte aéreo desde el Aeropuerto, por un término igual o superior a veinticuatro (24) horas continuas, Aerocivil podrá declarar inmediatamente la caducidad del Contrato de Concesión sin acudir al procedimiento previsto para tal efecto en la CLÁUSULA 68 del Contrato de Concesión. (...).”

²⁰ **Ley 105 de 1993** - Título V - “...las funciones relativas al transporte aéreo...” serán ejercidas por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil como Entidad especializada adscrita al Ministerio de Transporte”; reglas para la descentralización aeroportuaria; esa Unidad conservaría el control del tráfico aéreo y la responsabilidad por el correcto funcionamiento de las ayudas aéreas y ejercería una adecuada supervisión sobre la seguridad aérea y el control técnico.

B Generalidades sobre la modificación de los contratos estatales y en especial los de concesión de servicio público.

1º. Una aproximación histórica.

A manera de introducción de este acápite, cita y transcribe la Sala uno de los más reconocidos autores de derecho administrativo de la primera mitad del siglo pasado, Dr. Carlos H. Pareja, quien al referirse al tema de la mutabilidad de los contratos de concesión de servicio público formulaba el siguiente juicio crítico sobre el servicio de teléfonos que se prestaba en esa época en la ciudad de Bogotá:

“Con fundamento en los principios expuestos, nosotros pensamos que es perfectamente jurídico que el Municipio de Bogotá, que está ligado con la Compañía de Teléfonos por una larga concesión para prestar el servicio de teléfono con central de comunicaciones, pueda establecer independientemente un servicio diferente de teléfono automático, sin que con ello viole el contrato actualmente vigente con la concesionaria, que por otra parte ha venido sistemáticamente oponiéndose a la modernización del servicio, o imponga unilateralmente a la concesionaria la obligación de establecer esa mejora; y la razón esencial de ese pensamiento consiste en que cuando el actual contrato se celebró, no se había inventado aún el teléfono automático y por consiguiente no pudo haber estado en la mente del Municipio que hizo la concesión, el dar al concesionario el derecho de prohibir que el público pudiera aprovecharse de él. Sería exactamente el mismo caso que pudiera suceder si el Municipio de Bogotá concede a un particular el derecho de prestar el servicio público de luz eléctrica conducida por alambres, y llegara a inventarse posteriormente un sistema más económico de iluminación, sin alambres, o por la influencia del radio, etc., que resultara más ventajoso y más práctico también; el Municipio no estaría imposibilitado para establecer este nuevo servicio, aunque se perjudicara el anterior, si el concesionario se niega a establecerlo, porque es obvio que el Estado, al hacer una concesión de servicio público, no renuncia jamás a su derecho de imponer cuantas mejoras reclame el interés colectivo. El Estado tiene siempre el derecho intangible de mejorar los servicios públicos, y ese derecho es superior a cualquier otro, e irrenunciable. Si esto no fuera así, resultaría que el Estado, al otorgar una concesión a un particular para prestar un servicio público, se vincularía eternamente con ese particular, poniéndose en imposibilidad de adaptar el servicio a las necesidades de la población en el futuro. Esto es absurdo. El Estado debe conservar siempre la libertad de mejorar los servicios públicos, aunque para hacerlo afecte los intereses de los particulares, que deben ceder siempre a los intereses públicos, de acuerdo con el mandato de la Constitución. Se verifica una especie de expropiación, la cual es viable por tratarse de obras de utilidad pública.”²¹

²¹ PAREJA, Carlos H. “Curso de Derecho Administrativo” 1ª Edición Ed. A.B.C. Bogotá 1937. págs. 184 y 185.

Con el mismo criterio, y para las finalidades que se exponen enseguida, transcribe la Sala el siguiente aparte la exposición de motivos de un proyecto de ley presentado al Congreso de la República el 29 de septiembre de 1937, tomado del libro del Dr. Eustorgio Sarria:²²

“La cuestión es ésta, en síntesis: el Código Civil establece en su artículo 1602, que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales.”

“Este principio, que establece la “intangibilidad”, de los contratos civiles, ¿deberá aplicarse exactamente a los contratos y concesiones de servicios públicos? Imposible aceptarlo, porque mientras en los contratos civiles sólo van envueltos intereses privados de los contratantes, en los contratos de servicio público van envueltos los intereses colectivos, intereses que son de las generaciones actuales y también de las futuras.

“El principio es que, por regla general, todo contrato administrativo celebrado en interés del servicio público, debe poder modificarse siempre que la conveniencia de ese servicio lo exija. Con ese objeto, se establecen situaciones jurídicas generales, relativas al servicio público y situaciones jurídicas individuales, relativas a la parte netamente económica del contrato. ...”

Es indudable que en el año de 1937 se encontraba en apogeo, en Europa y Suramérica, la llamada teoría del servicio público, que respondía al modelo económico y político del Estado Occidental del que hacía parte la administración pública, caracterizado por el énfasis en el ciudadano al que se le entregaban los bienes y servicios, tanto por el mismo Estado como por los particulares, quienes se convertían entonces en colaboradores de la administración. Esta tesis se oponía a la concepción decimonónica que suponía que toda actuación del Estado era motivada por su posición soberana en la sociedad, de manera que

²² Tomado de SARRIA, Eustorgio. “Tratado de derecho administrativo” 2ª Edición. Ed. Crítica Jurídica. Bogotá 1952. Págs.196 a 198. El proyecto de ley decía:

“Dice el artículo 4 del proyecto:

“En todo contrato que se celebre en nombre del Estado, y que tenga por objeto la construcción de obras públicas o la prestación de servicios públicos, deben fijarse claramente los motivos que den lugar a su caducidad o su modificación....

“Como causales de modificación deben figurar precisamente las siguientes:

“a) Si el contrato versa sobre construcción de obras públicas....

“b) Si se trata de contratos o concesiones sobre prestación de servicios públicos o sobre actividades que conforme al artículo 3° de esta ley deban considerarse de servicio público, cualquiera de los contratantes podrá pedir la modificación del contrato, en cuanto a la forma de ejecución cuando ello sea necesario para mejorar el servicio público de que se trate, circunstancia que apreciará el Gobierno; en cuanto a su ecuación financiera, cuando un acontecimiento de carácter imprevisible o circunstancias económicas imprevisibles en el momento de la celebración del acto, justifiquen esa modificación.

“Parágrafo 1°- Para establecer la ecuación financiera del contrato o de la concesión, cuando se trate de actividades relativas a la explotación de las riquezas naturales o a servicios públicos de carácter industrial, a juicio del Gobierno, deberá necesariamente fijarse en el contrato o en el acto de concesión un límite máximo y un límite mínimo de utilidad para el contratista o concesionario, teniendo en cuenta los principios establecidos en la leyes sobre impuestos a la renta, patrimonio y exceso de utilidades. Lo dispuesto en este parágrafo se aplicará a los contratos o concesiones actualmente vigentes si bajo la vigencia de esta ley existen y ocurren las circunstancias imprevisibles de que se trata, que alteren actualmente la ecuación financiera que existía al momento de celebrar el contrato u otorgar la concesión, si a causa de esta alteración el contratista o concesionario está obteniendo utilidades que excedan el límite máximo que el Gobierno, al reglamentar esta ley, fije para los fines de su aplicación según el género de actividades de que se trate.

“(....)”

actuaba, principalmente, para garantizar el mantenimiento del orden público mediante la policía administrativa. Para caracterizar este último período, la doctrina del derecho administrativo lo describe como el de la prevalencia de la teoría de los actos de autoridad o de poder, por oposición a los de gestión.

Con el paso del tiempo, la teoría del servicio público entró en “crisis” a partir de la segunda posguerra por cuanto el Estado nacionalizó y monopolizó cada vez mayores sectores económicos con el fin de prestar directamente a la comunidad los servicios sociales y algunos industriales y comerciales, lo que conllevó un increíble aumento de las estructuras administrativas y de las responsabilidades públicas. A este modelo se le denominará de varias maneras, y en nuestro país se conoce principalmente como Estado intervencionista. En la Europa Occidental se hablará del “Estado de Bienestar” indicando con ello que la principal función del Estado es la de entregar directamente la mayor cantidad de bienes y servicios a los asociados (no a los ciudadanos) para obtener una situación general de satisfacción de las necesidades individuales.

Desde los años 70 este modelo fue criticado primero y cambiado después, y ya en la última década de aquel siglo, el Estado sustituye buena parte de sus formas de actuación, liberando múltiples monopolios y desregulando otras tantas de las actividades que desarrollaba, con el fin de entregarlas al sector privado o al mixto, sometiénolas a las leyes de la competencia y del mercado. Se reduce el tamaño de las estructuras administrativas, y se multiplican por sus formas y cantidad, los actores económicos que trabajarán en los nuevos mercados. Adquiere una muy especial relevancia la regulación económica, que pasa a ser una de las más importantes actividades administrativas. El Estado deja de ser el principal prestador de los servicios para convertirse en su garante y regulador.

En esta nueva situación histórica, el contrato de concesión de servicio público reaparece en la práctica administrativa, pues permite vincular al capital y la gestión privados a la prestación de los servicios públicos que el Estado no está en condiciones de financiar o de gerenciar. Entonces, recobran fuerza los citados autores de 1937, y un problema viejo pasa a ser actual por la fuerza de los hechos.

Sin embargo, los temas de discusión jurídicos son algo diferentes, pues en la actualidad se acepta y está legislado, que los contratos estatales, incluido el de concesión, se pueden variar por la administración, y que si esa variación afecta a los contratistas, los contratos deben ser reequilibrados, asuntos que eran controvertidos hace 70 años. Se discute hoy la importancia e injerencia de la parte privada en la modificación del contrato, esto es, si puede proponerla, si tiene derecho a que se negocie su propuesta o a exigir ciertas modificaciones, y cuáles son los límites de la modificación de común acuerdo.

Los párrafos anteriores permiten poner en contexto el contrato de concesión de servicio público, y en especial los temas que van a guiar la exposición que se hace enseguida: su definición, la primacía de la calidad y la satisfacción del usuario como fin y eje de la concesión y la mutabilidad del contrato con miras a obtener en forma permanente la mejor calidad del servicio entregado.

2°. Una aproximación doctrinaria.

En general, es válido afirmar que la actividad de la administración está determinada por la realización de los fines que le son propios, no sólo en cuanto a los genéricos del Estado, sino de aquellos concretos que le son asignados a cada estructura pública. La organización del Estado, los procedimientos, el reparto de competencias, la actuación material de sus

agentes, etc., están concebidos para el cumplimiento de sus fines, como aparece en el artículo 2° de la Constitución Política.

La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado.

Sin embargo, como en la actualidad el Estado ha optado por contratar con terceros expertos la realización de variadas actividades que antes desarrollaba directamente, y al hacerlo, se desprende también del personal y del conocimiento especializado sobre el tema, se abre la posibilidad de que sea el contratista particular, experto en la materia objeto del contrato, quien proponga a la administración las modificaciones necesarias para que el servicio que se presta sea de la mejor calidad, en virtud del principio de la buena fe contractual y en general de la cláusula de progreso que se anuncia enseguida.

El progreso de la ciencia, la transformación de las necesidades sociales, de las condiciones del mercado, de los aspectos demográficos, etc., conllevan variaciones en las condiciones en que deben prestarse los diferentes servicios públicos, bien por la administración cuando los entrega directamente a la comunidad, o bien por los particulares cuando son ellos los prestadores. La actual regulación del Estado Social impone que no sólo hay que solucionar las necesidades de los individuos, sino buscar la mejor calidad de vida de la población (artículo 366 Constitución Política) y la eficiencia en la prestación de los servicios a su cargo (artículo 365 Constitución Política). Se advierte además, que en la concepción constitucional aplicable a múltiples servicios públicos, no se trata de “dispensar” un servicio a manera de un “deber” del Estado, sino de cumplir una “obligación jurídica” correlativa a un derecho fundamental de los individuos. Este cambio de concepción implica una mayor exigencia de eficacia y de búsqueda de la mejor prestación por parte de la administración.

Es claro que al cambiar el entorno en que se desenvuelve la prestación de un servicio público a la comunidad, en forma tal que afecte gravemente dicha prestación, independientemente de su previsibilidad, deben mutar las obligaciones del contrato que tienen que ver con tales cambios, o de lo contrario se estaría dando un servicio inadecuado a las nuevas realidades sociales, culturales o tecnológicas.

La realización del ideal de progreso también conlleva la necesidad de variar los contratos de concesión con miras a obtener la mayor satisfacción posible de las necesidades de la colectividad; fenómeno que ha sido estudiado desde antaño y a él se refieren los ejemplos transcritos anteriormente, dados por los autores Pareja y Sarria²³. Hoy en día, la literatura jurídica habla de una *cláusula presunta de progreso*²⁴ en los contratos de concesión de servicio público, haciendo especial énfasis en los cambios o adelantos tecnológicos. Como

²³ Además de la literatura antes citada, pueden verse las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Actor: Guillermo Pardo Venegas. (Compañía de Alumbrado Público de Pamplona contra Ministerio de Economía Nacional). Abril 16 de 1941. Ponente, Dr. Diógenes Sepúlveda. 19 de julio de 1940.

²⁴ Vid. MEILAN GIL, José Luis. “PROGRESO TECNOLÓGICO Y SERVICIOS PÚBLICOS” Ed. Thomson Civitas. 1ª Edición. Madrid 2006. Igualmente: CASAGNE, Juan Carlos. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. Ed. Lexis Nexos. 2ª Edición. Buenos Aires. 2006. Págs. 186 187.

lo explica el argentino Juan Carlos Casagne, en esta frase: “En nuestra opinión, el principio de mutabilidad del servicio público debe desenvolverse con arreglo a los principios de calidad y eficiencia (art. 42 CN²⁵) y la cláusula de progreso (art. 75, inc. 18, CN) que tipifica, positivamente, el objetivo de bien común como fin del Estado.”

En esta perspectiva doctrinaria, la mutabilidad constituye un principio interpretativo de los contratos estatales de especial trascendencia en la concesión de servicio público. Procede la Sala a analizar la regulación vigente en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, para aplicarla al problema planteado.

C La regulación legal de la modificación de los contratos estatales y su aplicación al caso consultado

La primera pregunta formulada por el Sr. Ministro versa sobre la posibilidad de modificar el contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado, sobre la cual presenta la siguiente explicación en la hoja 16 de la consulta:

“3. Lo anterior quiere decir, que habiéndose agotado, en aras de discusión, el plazo inicialmente previsto en la cláusula 21.3.1. del Contrato, quedaban subsistentes las eventuales modificaciones al Contrato establecidas en las cláusulas 70 y 90 y una vez agotado el procedimiento convenido en el Memorando de Entendimiento. Por ser un marco general al que la Aerocivil nunca ha querido renunciar, se apeló a la cláusula 21.3.1. al suscribir el Memorando de Entendimiento y apelarían a la cláusula 90 en caso que sea necesario modificar el actual contrato de concesión que refleje la demolición y reemplazo de la T 1. No se apelaría al artículo 16 de la Ley 80 de 1993 ni a la cláusula 70 del Contrato, pues no se estaría en presencia de una “paralización o... afectación grave del servicio público”.

Para la Sala, los elementos del planteamiento del Sr. Ministro son los siguientes:

1. Las partes desean acordar la demolición de la Terminal 1 para su reemplazo, modificando el contrato de común acuerdo.
2. Para ese efecto pactaron un procedimiento contenido en el Memorando de Entendimiento.
3. Se apeló a la cláusula 21.3.1 del contrato donde se pactó la alternativa de demoler la Terminal 1 y reemplazarla por una nueva.
4. Las partes no aplican el “artículo 16 de la Ley 80 de 1993 ni a la cláusula 70 del Contrato, pues no se estaría en presencia de una paralización o... afectación grave del servicio público.”
5. El problema planteado a la Sala consiste en determinar si jurídicamente “es posible, por fuera de lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 80 de 1993... modificar el contrato”.

²⁵ Constitución Nacional Argentina.

6. Según la primera pregunta formulada a la Sala, las justificaciones de la modificación serían “... *razones de conveniencia que permitan una mejora en el objeto contratado y una mejor prestación del servicio público ... además, con la modificación se busca un efectivo cumplimiento de los fines estatales y una eficiente prestación de los servicios públicos.*”

Para dar respuesta al problema planteado, la Sala analizará en primer lugar si, en general, se pueden modificar los contratos estatales por el simple acuerdo de voluntades. En segundo lugar si se dan las condiciones para aplicar las reglas sobre imprevisión y con base en ellas modificar el contrato. En tercer término, se analizará si el hecho de haberse previsto inicialmente en el contrato la posibilidad de modificarlo conforme a la cláusula 21.3.1 es causa para reformarlo. Por último si es viable aplicar el artículo 16 de la ley 80 de 1993 y la cláusula 70, a pesar de que la consulta expone que está descartada ésta solución.

1º. El mutuo acuerdo como forma de modificación del contrato

Es frecuente oír, que por el solo hecho de existir un común acuerdo entre las partes de un contrato estatal, es posible variarlo. Dado que de ser cierta ésta afirmación permitiría sin mas discusión la reforma del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado, pasa la Sala a efectuar el análisis correspondiente.

La autonomía de la voluntad en la teoría clásica, significa que existe libertad para decidir si se contrata o no, de elegir el cocontratante, de escoger el tipo de contrato, su contenido y régimen jurídico²⁶. Por lo general, no se exige que los contratos tengan una causa o un fin determinados, pues se permite inclusive la mera liberalidad. Se prohíben la causa o el fin ilícitos como límites de esta libertad. Los pilares de la autonomía de la voluntad se encuentran en los artículos 15 y 16 del Código Civil que dicen: “*podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia,*” y “*no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.*” Es claro que los particulares pueden disponer con gran libertad de todos sus derechos y pactar todo aquello que no esté prohibido, aún si los perjudica. Siendo la modificación de un contrato convenido por particulares un contrato más, por regla general a ella se le aplica el principio de la autonomía de la voluntad y sus efectos, al punto que, al modificarlo, pueden acordar uno totalmente diferente del inicial.

Con mucha frecuencia se justifica la modificación de los contratos estatales, con el argumento de que basta que las partes estén de acuerdo para ello, sin que sea necesario que exista una causa o fin determinado o una norma positiva que la regule. Se dan como razones de tal proceder el artículo 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que permite celebrar los contratos “*previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad*” y el artículo 13 del mismo estatuto, según el cual, los contratos de las entidades estatales “*se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por esta ley.*” Tomando en forma literal y aisladas del contexto legal estas dos disposiciones, se expone que ellas autorizan la aplicación de las reglas sobre

²⁶ Al hacer estas afirmaciones generales, no desconoce la Sala que las nociones de contrato y de autonomía de la voluntad son hoy en día fuertemente criticadas e incluso se habla de una crisis de estas nociones debido, en especial, a la economía de masas que ha impuesto enormes limitantes fácticas a la contratación privada, y ha dado nacimiento a nuevas ramas del derecho como el de la protección a los consumidores.

libertad contractual propias del derecho privado a la modificación de los contratos de los entes públicos. En la práctica de la administración pública, frecuentemente se modifican cuando hay razones de conveniencia, ajustando las obligaciones, los plazos o algunas circunstancias concretas del contrato. Existe una cierta laxitud en la apreciación de tales motivos de conveniencia, y en múltiples casos no es más que aceptar un mal menor frente al cumplimiento imperfecto de las obligaciones.

Estima la Sala que la anterior argumentación según la cual por regla general cuando hay común acuerdo pueden modificarse los contratos estatales, no es de recibo, por las siguientes razones:

El común acuerdo en derecho administrativo es una manera de modificación del contrato estatal, pero en sí mismo no es una causa o razón para hacerla. El artículo 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración, define los contratos estatales como “*todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...*” Esta norma fija o determina los actos jurídicos que pueden tomarse como contratos estatales para efectos de la ley, entre los cuales están los *derivados* de la autonomía de la voluntad. Se exponía antes que la autonomía de la voluntad conllevaba la libertad de decidir si se contrataba o no y de seleccionar libremente al cocontratante, facultades de las que carece, como regla general la administración. El principio de planeación consiste en que la administración debe prever, con diferentes grados de anticipación, qué contratos va a realizar durante cada vigencia fiscal y sólo excepcionalmente puede celebrar otros por fuera de tal planeación, por esta razón la libertad para decidir si se contrata o no, en derecho público es muy restringida. Lo mismo sucede con la selección del contratista, pues en la legislación vigente la regla general es la licitación pública, a cuyo lado existen otros procedimientos reglados y sólo excepcionalmente hay libertad para conseguir el cocontratante. Esta limitación a la libertad de contratación de las entidades públicas tiene otro sustento: el de garantizar la igualdad de los posibles oferentes frente a la oportunidad que significa ejecutar un contrato estatal. La autonomía de la voluntad en la norma en comento autoriza al Estado a definir y a proponer, de acuerdo con las necesidades de los servicios a su cargo, la tipología y el contenido obligacional, (salvo que haya obligación legal de celebrar cierto tipo de contrato) pero no conlleva los otros efectos que esta institución posee en el derecho de los particulares.

Con las limitantes expuestas debe entenderse el artículo 13 del mismo Estatuto, que establece el derecho comercial y el civil como reglas generales de los contratos estatales.

La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: *mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras*, (artículo 4.8), *no sobrevenga mayor onerosidad*, (artículo 4.9), *acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para prevenir o solucionar ... diferencias*, (ibídem), *evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación*, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar.

Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.

De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes.

2º. La inaplicabilidad de la teoría de la imprevisión.

Ahora bien, dado que la pregunta formulada en la consulta averigua si es posible modificar el contrato de concesión del Aeropuerto el Dorado para obtener “*una mejora del objeto contratado y una mejor prestación del servicio público encomendado a la entidad pública contratante*” procede la Sala a revisar si este hecho puede dar lugar a la modificación del contrato con base en la teoría de la imprevisión contemplada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, reiterando que se pronuncia sobre los elementos jurídicos de la consulta, pero no sobre los fácticos.

La teoría de la imprevisión regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4º numeral 3º y 8º; 5º numeral 1º; 25 numeral 14; 27 y 28.

La anterior regulación no puede ser aplicada al caso consultado, entre otras razones por cuanto a partir del momento en que se produzca el hecho imprevisto en la llamada teoría de la imprevisión, la ejecución del contrato se torna imposible en la forma pactada. La ley exige que tal hecho afecte gravemente la ejecución del contrato, gravedad que implica que si no se modifica se paraliza, bien porque en la realidad de los hechos no es posible realizar la obra o producir la prestación objeto del contrato, bien porque hacerlo con las nuevas circunstancias es tan oneroso, que el contratista cae en una imposibilidad económica o financiera. Entonces, como prima el principio de la permanencia o continuidad del contrato, las partes deben modificar las condiciones de su ejecución, pactando aquellas que permitan llevar a cabo su cumplimiento.

En el caso que se estudia, según la información entregada a la Sala, la ejecución del contrato en los términos acordados es posible, es decir, se puede remodelar la Terminal 1, sólo que el servicio se afecta gravemente. Esta situación no encaja dentro de las hipótesis propias de la teoría de la imprevisión, en las que si no se modifica el contrato, su ejecución se vuelve imposible. No es viable entonces, modificar el contrato de concesión del Aeropuerto El dorado por ésta vía.

3º. El agotamiento de la cláusula 21.3.1. del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado.

Al resumir los antecedentes de la consulta, se transcribió en lo pertinente la cláusula 21.3.1 del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado, la cual hace parte de la número 21 que dispone lo referente a la presentación de los estudios y diseños con los cuales se irían a realizar las diferentes obras del aeropuerto. Uno de estos diseños era el referente a la modernización de la Terminal 1, que básicamente consiste en su remodelación y la construcción de las adecuaciones antisísmicas de la actual estructura. Por su parte, la cláusula 21.3.1 reguló una alternativa al contenido de la obligación de modernizar la citada Terminal 1, previendo una solución diferente de la inicialmente pactada, que consiste en demoler la Terminal 1 y construir otra nueva. Así como el contratista debía entregar los diseños de todas las obras, también debía entregar los de la alternativa, calificada por el contrato como una oferta o propuesta, la que debería ser estudiada por la entidad contratante a efectos de decidir si la aceptaba o seguía con la ejecución de lo inicialmente previsto.

De acuerdo con los antecedentes de la consulta, el contratista entregó los diseños para la modernización y también la propuesta alternativa, la cual no fue aceptada por Aerocivil.

Según el análisis contenido en la solicitud de consulta, la posibilidad de demoler la Terminal 1 fue prevista por el contrato, regulada en su clausulado, de manera que, a pesar de que no se aceptó la propuesta alternativa presentada por el contratista particular, las partes consideran que pueden seguir discutiendo sobre la demolición, para proceder a modificar el contrato. El llamado Memorando de Entendimiento concreta el procedimiento para buscar el común acuerdo sobre la demolición de la Terminal 1.

A juicio de la Sala, la cláusula 21.3.1 no determinó que era necesario demoler la Terminal 1. Esta cláusula se limitó a regular una propuesta alternativa a las obligaciones inicialmente consideradas en el pliego de condiciones y el contrato, que jurídicamente es un oferta de modificación del contrato, por lo que una vez rechazada por su destinatario, pierde su vigencia como proyecto de negocio, agotando la estipulación que la contiene. El primer párrafo de esta disposición dice: “... *el concesionario deberá proponer a Aerocivil, como alternativa a las obras originalmente previstas en este Contrato ... la demolición y reemplazo total de la Terminal 1, en reemplazo de las obras previstas para dicha terminal en las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión,*” y más adelante establece que “*Aerocivil recibirá la propuesta presentada por el Concesionario y realizará un estudio de la misma en el mismo plazo..... En el caso en que Aerocivil no se pronuncie sobre esta Propuesta dentro del periodo anteriormente señalado, la misma se entenderá negada.*”

Sustentar que el contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado puede modificarse después de rechazada la propuesta alternativa, en el simple hecho de haberlo previsto, implica darle un alcance a la cláusula 21.3.1 diferente al que ella contiene, y que las partes ya ejecutaron. Las obligaciones contenidos en ella se cumplieron y las partes ejercieron los derechos que la misma les concedía, de suerte que no produce otros efectos jurídicos.

4°. La interpretación del artículo 16 de la ley 80 de 1993.

Dice el primer inciso del artículo 16 de la ley 80 de 1993:

“ARTICULO 16. DE LA MODIFICACION UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público

que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

“.....”

Un comentario inicial de este artículo consiste en distinguir entre las situaciones que permiten la modificación del contrato y los procedimientos para hacerlo. Las situaciones son la paralización y la afectación grave del servicio público, y los procedimientos son dos: el común acuerdo, y el acto unilateral si no se obtiene aquel. No existe una reglamentación en la ley para buscar el acuerdo, de manera que las partes pueden convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cada vez que fuere necesario. Cabe anotar que, a pesar de su claridad, esta norma generalmente se interpreta y comenta bajo la exclusiva óptica de una potestad excepcional y por lo mismo unilateral, dejando de lado los necesarios análisis de la posibilidad de convenir modificaciones.

Un segundo parecer formula la Sala a partir del verbo “evitar” utilizado por la norma. Según el Diccionario, significa “*apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda*”, lo que permite interpretar que la norma está indicando que la administración debe anticiparse a un resultado posiblemente dañino que puede llegar a suceder más adelante en el tiempo. Es absurdo esperar a la paralización o a que el servicio público se afecte, hay que hacer lo posible para que esto no ocurra. Esto implica una labor de planeación y de prevención necesaria para que la modificación del contrato evite el hecho dañino que se anticipa. Se anota que el artículo 18 del mismo Estatuto, al definir las situaciones en las que se puede declarar la caducidad de un contrato estatal, utiliza el mismo concepto, exigiendo de la administración una actuación preventiva más que sancionadora.

Las expresiones “*paralización*” y “*afectación grave*”, corresponden a dos situaciones diferentes que pueden presentarse respecto de la prestación del servicio. La interpretación gramatical de las palabras así lo demuestra, pues la primera indica que una actividad, funcionamiento o proceso se detienen, se quedan quietos, mientras que la segunda denota continuidad pero alterada, cambiada, menoscabada.²⁷ En la primera de ellas el servicio se interrumpe, mientras que en la segunda continúa pero afectado, es decir se entrega de mala calidad, sin las características suficientes para que sea aceptado sin reparos por los usuarios o beneficiarios del mismo.

La hipótesis de la afectación grave debe ser interpretada en consonancia con los artículos 14 y 2° numeral 3° del mismo Estatuto, pues en el primero de los citados se establece que las finalidades de las potestades de dirección y control, son las de “*evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación*”; y la definición de servicio público que trae la segunda norma citada, exige que se preste en “*forma general, permanente y continua.*” De estas reglas se desprende con mayor claridad que para la ley no se trata de prestar de cualquier manera el servicio, sino de manera adecuada, general, permanente y continua, esto es, de buena calidad.

²⁷ D.R.A.E. Paralización, paralizar: “Detener, entorpecer, impedir la acción y movimiento de algo”. / Afectar: “...5. menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente. / 6. Producir alteración o mudanza en algo”.

Exige el artículo 16 que la afectación sea grave, es decir que tenga implicaciones de fondo en el servicio público de que se trata. Nuevamente utiliza la ley expresiones de textura abierta, las cuales deben aplicarse prudentemente en cada caso concreto. Para la situación consultada, tanto la afectación como la mejora del servicio público deben ser realmente sustanciales, que redunde favorablemente en los diferentes aspectos y circunstancias de la prestación que se le entrega a la comunidad, como la oportunidad, eficacia, costo, generalidad, tecnología apropiada, cumpliendo los estándares de calidad generalmente aceptados, etc. La administración debe ponderar los efectos de mantener el servicio en las condiciones inicialmente contratadas frente a los que se producirían en caso de modificación, y demostrar que sin la modificación se afectaría gravemente el servicio en un futuro más o menos cercano.

En tanto se reúnan las condiciones anteriormente expuestas, es claro que, cuando exista la necesidad demostrada de modificar un contrato estatal con miras a evitar graves afectaciones del servicio por no obtener una mejoría en la prestación a cargo del concesionario, ello puede hacerse dentro del marco del artículo 16 transcrito, según el cual debe buscarse primero un mutuo acuerdo y si no se obtiene, la administración deberá imponerla mediante acto administrativo debidamente motivado.

Surge como interrogante dilucidar si sería necesario que el hecho que permite la mejora en el servicio o que pudiere afectar el servicio ocurriera con posterioridad a la firma del contrato. Al respecto se observa que el artículo 16 no califica en absoluto las circunstancias que pueden dar lugar a la parálisis o a la afectación grave del servicio, de manera que es indiferente que fueran conocidas o, si debieron serlo, si se previeron y fracasaron los mecanismos para su regulación, etc. En la actualidad, y dada la teoría constitucional que subyace en materia de prestación de servicios públicos a cargo del Estado, la mejor y más eficiente prestación de ellos, aún en caso de error o culpa de la administración, es razón suficiente para su modificación, como bien lo expresan los profesores españoles García de Enterría y Fernández:

“Límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en las circunstancias originalmente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias. Obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteados ab initio, inútiles o ineficaces desde su misma concepción, por un simple respeto al contractus lex no tendría sentido. Al servicio del interés público y de sus concretas e insoslayables exigencias, el ius variandi de la Administración contratante es ilimitado en extensión o intensidad, ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración.”²⁸

Ahora bien, al revisar las cláusulas del contrato encuentra la Sala que en forma expresa se pactaron las potestades excepcionales consagradas en la ley 80 de 1993, una forma de acordar cambios de las especificaciones técnicas cuando fuere necesario en la estipulación número 52, la cláusula 90 que dispone la modificación del contrato por mutuo acuerdo, y la 70 que contempla la modificación unilateral del contrato en los términos del artículo 16 del

²⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo I” Edición Duodécima. Ed. Civitas. Madrid 2004. Pág 745.

Estatuto General de Contratación de la Administración. De éstas se detiene la Sala en la cláusula 90 que dice: *“Este Contrato no podrá ser modificado sino por acuerdo escrito debidamente firmado por representantes autorizados de las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en cuanto a la modificación unilateral del mismo por parte de Aerocivil en los términos de la CLÁUSULA 69 del Contrato.”*²⁹

Observa la Sala que la cláusula transcrita no contiene una autorización general de modificación del contrato, no faculta a las partes para variarlo cuando quieran; se está refiriendo claramente a la “forma” convenida para que una reforma tenga validez y los efectos propios de una modificación contractual. La estipulación en comento, además debe interpretarse en armonía con la cláusula 93 que establece un orden jerárquico respecto de los documentos del contrato, para ordenar en su último inciso que *“las condiciones expresadas en el presente Contrato de Concesión prevalecen sobre aquellas de cualquier otro documento que forme parte del mismo.”*

En relación con la cláusula 70, en ella se pactó la potestad excepcional de modificación unilateral del contrato en armonía con el artículo 16 de la ley 80 de 1993, la cual contiene la obligación de buscar en primer momento el mutuo acuerdo para la reforma del contrato. Dice así en su primera parte *“Si durante la Etapa Previa y la Etapa de Modernización y Expansión fuere necesario introducir variaciones en el Contrato para evitar la paralización o la afectación grave del servicio, y previamente las partes no llegaran al acuerdo respectivo, Aerocivil, mediante acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”*. Como se observa, el multicitado artículo 16 es aplicable no sólo por disposición legal sino por acuerdo de las partes, que lo incluyeron en el clausulado.

II. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN Y SU APLICACIÓN AL CONTRATO Y A LOS MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO.

La garantía constitucional de acceso a la justicia se concreta en la posibilidad de acudir bien ante los jueces y corporaciones judiciales, o bien a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación, el arbitraje o la amigable composición, en los términos que establezca la ley. Esta última está definida en la ley 446 de 1998 que a la letra expresa:

“Artículo 130. Definición. La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural”.

Para los efectos de este concepto es necesario analizar tan sólo dos de los elementos que integran la definición transcrita, a saber: que se trata de un “mecanismo alternativo de solución de conflictos”, y que está referido a “dos o más particulares”.

A La necesidad de un conflicto para que sea posible la amigable composición.

Para que opere la amigable composición es presupuesto de ley que exista un conflicto. La doctrina especializada entiende por conflicto aquel que se *“manifiesta como una contraposición intersubjetiva de derechos y obligaciones, como un fenómeno que se*

²⁹ La cláusula 69 del contrato consagra la TERMINACIÓN UNILATERAL por lo que debió citarse la 70.

*produce cuando respecto de un mismo bien coexisten dos pretensiones encontradas o bien una pretensión por un lado y una resistencia por el otro. En ocasiones, el conflicto puede derivar en litigio, una de las formas de resolver una disputa legal”.*³⁰.

La diferencia o controversia puede ser presente o actual, futura o eventual. Sobre el punto la doctrina nacional sostiene: *“Es igualmente posible que el pacto de composición se refiera a controversias futuras y eventuales, que pueden surgir de un contrato celebrado entre las partes, las cuales quedan obligadas como en la cláusula compromisoria, a efectuar posteriormente el nombramiento de los componedores cuando surjan las divergencias”*³¹

De lo expuesto se desprende que en la medida en que no exista esa contraposición de intereses que deba ser arreglada, carece de materia u objeto la amigable composición, y por lo mismo, la decisión que adopten los amigables componedores sobre temas o asuntos en los que hay acuerdo entre las partes, carece de los efectos jurídicos propios de esta institución, en especial del efecto de transacción, según el texto legal transcrito.

B Los sujetos habilitados para pactar la amigable composición.

En los términos usados por el texto legal que la define, la amigable composición sólo está prevista para los particulares. Los antecedentes de la figura y la naturaleza especial de la ley 446 de 1998 en cuanto contiene la regulación vigente sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos, han permitido a la Sala llegar a esa conclusión. En efecto:

1) Antecedentes de la amigable composición.

El Código de Procedimiento Civil, expedido en 1970, consagró en el artículo 677 la institución de “los amigables componedores” para que *en los casos previstos en el inciso primero del artículo 663*, que eran las controversias susceptibles de transacción, *los interesados pudieran someter sus diferencias a ellos*; sus decisiones tendrían el valor dado contractualmente y en todo caso *no producirían efectos de laudo arbitral*.

El decreto 2279 de 1989³² modificó sustancialmente la figura, regulándola como un mecanismo que faculta a los “componedores” a “precisar con fuerza vinculante para las partes el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción”, siempre que surgieran entre “personas capaces de transigir”.

La ley 23 de 1991³³, en el artículo 117, derogó algunas de las disposiciones del Decreto 2279 de 1989, quedando vigentes los artículos 51 y 52, es decir, la definición de la

³⁰ CAIVANO ROQUE, J. Arbitraje. Villela Editor, Buenos Aires, 2000. Pág. 22

³¹ GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. Lecciones de Derecho Comercial. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín. 1989. Pág. 458. Igualmente GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán., La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Editorial Temis, Bogotá. 2003, Pág. 350.

³² Decreto 2279 de 1989, “Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones”. Su Capítulo II trataba “De la amigable composición y de la conciliación”; según el Art. 49 ambas aplicaban a “Las controversias susceptibles de transacción, que surjan entre personas capaces de transigir”. El Art. 51 ordenaba: “Por la amigable composición se otorga a los componedores la facultad de precisar con fuerza vinculante para las partes el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción.” Y el Art. 52 establecía los requisitos formales de “la expresión de la voluntad de someterse a la amigable composición...”.

³³ Ley 23 de 1991, “Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, y se dictan otras disposiciones”.

amigable composición y los requisitos formales para someterse a ella; ambos preceptos fueron derogados en 1998 por la ley 446.

Como puede observarse, la normatividad que se deja enunciada se refería expresamente a “las partes”, y a “personas capaces de transigir”; de manera que siéndoles aplicables estos conceptos, las entidades públicas podían acudir al mecanismo de la amigable composición.

2) Amigable composición y las entidades estatales en la legislación vigente.

El anterior era el panorama normativo cuando entró en vigencia la ley 80 de 1993, el 1 de abril de 1994. El artículo 68 de la Ley 80 de 1993 estableció que las entidades estatales y los contratistas deben buscar en forma ágil, rápida y directa la solución de las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. “*Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.*”

En consecuencia, la normas vigentes para 1994 establecían que las partes de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción, estaban facultadas para acudir a la amigable composición, incluidas las entidades públicas, no sólo porque el legislador no distinguía la calidad de las partes, sino porque así lo autorizaba la ley 80 de 1993.

Ello fue así hasta que entró en vigencia la ley 446 de 1998, el 8 de julio de 1998, pues derogó³⁴ los artículos 47 a 54 del decreto 2279 de 1989 y el artículo 116 de la ley 23 de 1991, momento a partir del cual el mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado amigable composición está regido por la ley 446.

Como se aprecia en el artículo 130 transcrito al comienzo de este capítulo, la celebración de un contrato o el pacto de una cláusula convencional que contenga la amigable composición, sólo es posible para los particulares, locución que en derecho colombiano excluye a las entidades estatales. Esta constatación tiene como consecuencia que el artículo 68 de la ley 80 de 1993 en tanto permitía que este tipo de entidades acudiera a tal institución se encuentra derogado parcialmente³⁵.

La Sala considera que la facultad que tienen las entidades estatales de transigir no es suficiente para permitirles acudir a la amigable composición, no sólo porque éste es un mecanismo de solución de conflictos autónomo, sino porque las competencias en el derecho público deben ser expresas, con mayor razón cuando está de por medio la defensa del interés y el patrimonio público envuelto en los conflictos que se generan con la contratación estatal.

A manera de discusión podría afirmarse que no se presenta tal derogatoria en virtud de la especialidad de la ley 80 de 1993, la cual es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la que primaría sobre la ley 446 de 1998. Sin embargo, ésta última es también especial en su materia, pues regula los mecanismos alternativos de solución de

³⁴ Artículo 167.

³⁵ En la doctrina nacional, el Dr. Rafael H. Gamboa Serrano comenta lo siguiente: “*La única restricción que se tiene es que el Estado no puede acudir a la amigable composición, pues ella está prevista para conflictos entre particulares: “por medio del cual, dos o más particulares” como expresa el artículo 130 de la citada Ley 446 de 1998, y está bien que así sea en el ámbito interno, porque el Estado no puede estar sometido a los vaivenes de los caprichos del funcionario de turno que pactare la solución de la amigable composición*” “Arbitramento. Ubicación y Recursos”. *Revista Universitas, Bogotá. No. 110. Pág. 551 – 552.*

conflictos, y en particular el título III está dedicado a la amigable composición. Ante la especialidad de ambas normas, debe aplicarse la posterior, y por tanto la anterior debe entenderse derogada en cuanto a ese específico mecanismo.

Podría alegarse también a favor de la vigencia de la amigable composición para entidades estatales, que el decreto 1818 de 1998 *“Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”*, incluye las prescripciones del artículo 68 de la ley 80 en su artículo 226 que hace parte del capítulo de controversias contractuales mas no en el de la amigable composición. De esta manera, el acto administrativo compilatorio no consideró derogada dicha disposición y estaría produciendo efectos. Sin embargo, tal argumento carece de soporte jurídico, por dos razones: como lo dispone el artículo 14 de la ley 153 de 1887, una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan y, en segundo lugar, porque un acto administrativo no puede determinar la vigencia de una ley. Sobre este último aspecto la Corte Constitucional en la sentencia C-259 de 2008, explicó lo siguiente:

“La labor de compilación supone, en criterio de la Corte, (i) recopilar en un solo texto, disposiciones jurídicas sobre un tema específico, (ii) sin variar en nada su naturaleza y contenido normativo, - por lo que el compilador no las puede modificar, sustituir, ni retirar del sistema jurídico, así se las estime innecesarias, superfluas o repetidas-, ya que tal agrupación, (iii) no es una tarea legislativa, ni tiene trascendencia en el contenido de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Los efectos de la compilación, en consecuencia, no conllevan la expedición de un nuevo texto jurídico con una numeración y una titulación propia e independiente,³⁶ con fuerza de ley, sino una finalidad clara y limitadamente sustentada (iv) en propósitos académicos, doctrinarios o de servicio público, que son por demás beneficiosos y útiles,³⁷ y que se limitan exclusivamente a la sistematización, referencia y consulta de normas”³⁸. (Las citas son del texto).

La imposibilidad jurídica de que las entidades estatales acudieran a la amigable composición ya había sido sostenida por la Sala en el concepto 1246 de marzo 16 de 2000³⁹, que en lo pertinente dice:

³⁶ Ver las sentencias C-340 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-582 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería; C 397 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C- 129 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, entre otras.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia del primero de marzo de mil novecientos noventa. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein. Proceso número 1970 Actor: Carlos Alfredo Ramírez Guerrero.

³⁸ Es más, en la sentencia C – 259 de 2008, la Corte fijó la regla de que la delegación que hace el Congreso para efectuar compilación de normas a través de simples decretos ejecutivos es inconstitucional. “Ello debido a dos razones diferenciadas. La primera tiene que ver con los problemas que estos decretos generan en relación con la competencia material para su control constitucional, lo que genera inseguridad jurídica ante la potencial indefinición sobre la autoridad judicial a cargo de dicho control. Esto se genera en la medida que los decretos ejecutivos son normas que *prima facie* corresponden al control en sede judicial por parte del contencioso. Empero, el contenido material de un decreto ejecutivo que compila normas de rango legal debe ser controlado por esta Corporación, so pena de desarticular el modelo de control de constitucionalidad previsto en el artículo 241 C.P. / La segunda razón está relacionada con el hecho que la posición que tienen los decretos ejecutivos en el ordenamiento, *“ya que lo que se exige de ellos en materia de compilación, generalmente desborda las facultades que el Ejecutivo puede ejercer al dictar un acto administrativo de jerarquía inferior a las normas compiladas que no puede eliminar normas con rango de ley, ni suplir vacíos, ni cambiar su ubicación mediante una reenumeración que las saque de su contexto original.”*(Cita de la sentencia de la Corte Constitucional).

³⁹ Publicación autorizada el 31 de octubre de 2000, con oficio No. 2000-000-21402.

“AMIGABLE COMPOSICIÓN

“El Código de Procedimiento Civil de 1970, artículo 677, prevé la amigable composición; adoptada luego por los artículos 51 y 52 del decreto 2279 de 1989, adicionado por el artículo 116 de la ley 23 de 1991, es un medio de solución de conflictos, por el cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable compondor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular (arts. 130, 131 y 132, ley 446 de 1998).

“La ley no regula el trámite de la amigable composición, y por tanto, deja a las partes en libertad para pactar lo que estimen conveniente.

“La decisión no tiene carácter judicial ya que los amigables compondores sólo obligan contractualmente a las partes porque actúan por mandato de éstas, pero no con la fuerza procesal de la sentencia. Por tanto, los amigables compondores no están investidos de jurisdicción.

“Además en la materia que ocupa a esta Sala, su autorización no está dada a las entidades estatales, pues sólo es aplicable a los particulares”.

Para la Sala es claro que no es posible acordar la amigable composición para solucionar conflictos en los que una entidad estatal sea parte.

C La interpretación del Memorando de Entendimiento

A partir de la anterior conclusión, procede la Sala a averiguar si a pesar de la remisión que en los memorandos de entendimiento se hace a los amigables compondores, es posible darle un sentido a tales memorandos de entendimiento dentro del marco legal vigente, que permita concluir con éxito el procedimiento de estudio de la reforma al contrato de concesión del Aeropuerto el Dorado en los términos planteados por la consulta.

La Sala aprecia que la intención de las partes para convenir la modificación del contrato ha avanzado significativamente, como quiera que en el primero de los memorandos de entendimiento de fecha 14 de marzo de 2008, la voluntad de las partes fue *“aplicar un procedimiento para evaluar la posible demolición y reemplazo de la Terminal 1”* (numeral 1.2.), en tanto que la cláusula 2 del memorando del 12 de septiembre de 2008 es del siguiente tenor:

“CLÁUSULA 2. ALCANCE DEL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO.

“En virtud del presente Memorando las Partes expresan su intención de seguir, de buena fe, el procedimiento establecido en este documento para ejecutar las Obras de Demolición y Reemplazo de la Terminal 1, en vez de las obras previstas para dicha Terminal en las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión.”

“Lo previsto en el presente Memorando si bien no constituye, ni puede ser entendido como una interpretación, ni como una modificación o promesa de modificación del Contrato de Concesión, ambas Partes reiteran su intención de ejecutar la alternativa prevista en la Cláusula 21.3.1 del Contrato de Concesión. Tampoco puede ser entendido como generador de obligación alguna de Aerocivil que comprometa su presupuesto.”

“Una vez concluido el procedimiento contenido en el presente Memorando, las Partes modificarán el Contrato de Concesión, siempre y cuando se cumpla con lo previsto en el nuevo texto de la Cláusula 4.3 de este Memorando. En tal evento,

ambas partes suscribirán la modificación del Contrato de Concesión para incluir las Obras de Demolición y Reemplazo de la Terminal 1. Las Partes reflejarán en dicha modificación, los resultados del procedimiento aplicado con ocasión del presente Memorando”.

Como puede advertirse, la voluntad de las partes no revela conflicto o controversia alguna; por el contrario, están de acuerdo en su intención de ejecutar “*la alternativa prevista en la Cláusula 21.3.1 del Contrato de Concesión.*” La cláusula 4.3. del memorando del 12 de septiembre, agrega:

“CLÁUSULA 4.3. INTENCIÓN DE LAS PARTES.

“Las Partes procederán a la suscripción del documento modificatorio correspondiente, con base en el pronunciamiento del Amigable Componedor, previa intervención de: (i) Los Grupos Técnicos e Interventor en virtud de lo establecido en la Cláusula 4.1. de este Memorando Modificatorio y (ii) previo concepto favorable del CONPES y del CONFIS, de conformidad con lo previsto en los artículos 28 de la Ley 1150 de 2007 y 61 de la Ley 1169 de 2007. Todo sin perjuicio de la previa publicación del proyecto de documento modificatorio correspondiente en la Página WEB de la Presidencia de la República y de la Aerocivil”.

Como se expuso en el capítulo en el que se trató sobre la modificación del contrato de concesión de servicio público, el artículo 16 de la ley 80 de 1993 contempla la obligación de buscar un consenso sobre las modificaciones que es necesario adoptar, carga que carece de un procedimiento dictado por la misma ley, de donde se desprende que las partes pueden convenirlo, bien de manera general en el contrato, bien en forma especial para cada caso.

Los memorandos de entendimiento, en especial el suscrito el 12 de septiembre de 2008, contienen un procedimiento *ad hoc* para buscar el común acuerdo propio de las modificaciones queridas por las partes, procedimiento que por sí mismo no modifica el contrato. Este procedimiento podría interpretarse dentro del marco del artículo 16 de la ley 80 de 1993, en tanto que establece una forma de conseguir el común acuerdo necesario para modificar el contrato, regulando la actuación de las partes. En cuanto a la participación de los amigables componedores, dado que la Aerocivil no puede acudir a éste mecanismo de solución de conflictos, ellos carecen de competencia para tomar cualquier decisión sobre el particular.

Darles la anterior eficacia a éstos acuerdos, se desprende del artículo 1620 del Código Civil que dice “*el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno*” y del principio de la buena fe en la ejecución de los contratos consagrada en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil.⁴⁰

Con base en las anteriores consideraciones, **LA SALA RESPONDE:**

⁴⁰Código de Comercio, Art. 871: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.” / Código Civil, Art. 1603. “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

“1. ¿Bajo el supuesto que en un contrato de concesión existan razones de conveniencia que permitan una mejora del objeto contratado y una mejor prestación del servicio público encomendado a la entidad estatal contratante, es posible, por fuera de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 y en caso de que las partes hubieran pactado una modificación de común acuerdo desde la licitación, acudir a tal previsión y modificar el contrato, teniendo en cuenta, además, que con la modificación se busca un efectivo cumplimiento de los fines estatales y una eficiente prestación de los servicios públicos?”

Aplicando la regulación del artículo 16 de la ley 80 de 1993, es posible modificar de común acuerdo un contrato de concesión de servicio público cuando existan razones de conveniencia que permitan una mejora del objeto contratado y una mejor prestación del servicio público y se busque un efectivo cumplimiento de los fines estatales y una eficiente prestación de los mismos, siempre que se demuestre que no hacer tal modificación acarrearía una grave afectación del servicio. Por fuera de la aplicación de la norma citada, no es posible modificar el contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado, de acuerdo con las consideraciones de este concepto.

2. “Es posible que un tercero independiente e idóneo, denominado por las partes del Contrato de Concesión Amigable Compondor, defina un asunto de interés para las partes, sin que haya de por medio un conflicto entre éstas, máxime si se tiene en cuenta que lo decidido por ellos se avalará con la intervención del CONPES y del CONFIS, por tratarse de una eventual modificación del plazo de Concesión?”

No, la institución legal de la amigable composición es exclusiva de los particulares y en todo caso supone la existencia de un conflicto entre las partes de un contrato.

Transcríbese al señor Ministro de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.