



FACULTAD DE DERECHO
“ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO”

“METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN”

ELKIN ANDRÉS ROJAS NÚÑEZ

CC. 80.736.638

COD: 3500570

Docente – Tutor: Dr Yuri Eduardo Garcia Vargas

“Trasfondo jurídico, de la adición al contrato de Concesión N°6000169 Ok del 12 de septiembre de 2006, cuyo objeto es la operación, explotación comercial, mantenimiento, modernización y expansión del aeropuerto internacional el Dorado de Bogotá.”

Bogotá Colombia Enero de 2012

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

TEMA

Trasfondo jurídico de la adición al contrato de Concesión N°6000169 Ok del 12 de septiembre de 2006, cuyo objeto es la operación, explotación comercial, mantenimiento, modernización y expansión del aeropuerto internacional El Dorado de Bogotá.

PROBLEMA JURÍDICO:

¿Cuál es el verdadero alcance jurídico de la adición y modificación al contrato de concesión N° 6000169 Ok del 12 de Septiembre de 2006, cuyo objeto es la operación, explotación comercial, mantenimiento, modernización y expansión del aeropuerto internacional el dorado de Bogotá.?

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL:

Identificar el trasfondo jurídico de la modificación que se le realizó al contrato de concesión N° 6000169 OK del 12 de Septiembre de 2006.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Identificar el contenido del acuerdo, sus cláusulas y la aplicación de la ley.
2. Identificar la legalidad, la oportunidad, la necesidad y la conveniencia de la modificación al contrato realizado.
3. Identificar la verdadera incidencia jurídica y el impacto social que tuvo la modificación al contrato para la ciudad de Bogotá.

ESTADO DEL ARTE

Subyace la necesidad de integrar a este proyecto el estado del arte dando importancia directa al cómo se ha tomado el asunto, cómo se ha desarrollado y cuál es la verdadera incidencia en el marco jurídico Colombiano.

De aquí que resaltaremos cómo, cuándo y por quien se ha tratado el tema y que profundidad ha tenido este estudio.

Es así entonces como podemos resaltar algunas inquietudes que nacen a los interesados en el tema; no obstante se hace necesario reafirmar que el tema ha sido tratado y observado bajo un ojo crítico y de impacto social por diversos medios periodísticos que con informes han dedicado sus artículos a cuestionar la conveniencia económica y de retraso del proyecto, pero bien no encontramos en la actualidad un estudio que haya determinado el verdadero alcance jurídico y la directa relación con los principios rectores de la contratación administrativa.

De aquí se extrae la necesidad de resolver este cuestionamiento orientado a profesionales, estudiantes e interesados en el estudio jurídico de una problemática de interés social con impacto en la economía de un Estado.

¿A dónde nos conduce entonces una modificación tan sustancial a dicho contrato?, ¿será que la ley lo permite?, ¿será que la legislación permite interpretaciones jurídicas diversas a una misma norma? Es claro que no pretendemos utilizar este estudio dirigiéndolo a lanzar críticas por el patrimonio que todo el mundo protege; por el contrario, nos enfocamos en realizar, revisar, y estudiar la adición al contrato y la norma en que ella se amparó. Clara justificación del tema, problemática verdaderamente jurídica específica y normativa, que tendrá de todo menos de crítica.

Con el fin de profundizar la problemática que se presenta, sin duda alguna, se hace necesario mencionar los objetivos que se trazó la administración

representada en este evento por la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil (UAEAC) con el desarrollo de tan amplio proyecto. Para ello logramos extraer los grandes **hitos**, denominados de esta manera por el concesionario y por el estado.

Momentos que reflejan el desarrollo, uno a uno, de las expectativas del objeto del contrato dirigidos a un fin simultáneo el cual no es otro que la modernización, mantenimiento, expansión, operación y la posterior explotación comercial del terminal aéreo más importante del país.

Así, pues que para lograr la consecución definitiva del objeto contratado se requiere de perfección, dedicación que la ley ampara y propugna, pero que, en relación con la realidad, no prevé una eficiencia pragmática y realista.

De allí nace la necesidad de estudiar el principio de la imprevisión de los contratos, la posibilidad legal de realizar adiciones, modificaciones y, en especial, si su operancia se encuentra avalada en el contrato de concesión.

A continuación extraeré algunos documentos periodísticos de opinión, sin estudio jurídico relevante, que permita resolver nuestro problema jurídico, pero que, sin lugar a dudas, se convierten en una ayuda conceptual necesaria para la consecución del objetivo planteado.

1. Artículo publicado en la página web del diario PH en Abril de 2009 denominado “Volando Bajo” que trata de la flexibilización de los plazos para el contratista, las cláusulas contractuales enfocadas a un resultado popular o impopular.
2. Artículo publicado por la revista Dinero.Com, titulado “modificación a concesiones en entredicho “tratando el tema general de las concesiones y haciendo una alusión a lo que denomina el columnista como **el calvario del dorado**”.

3. El diario el Espectador en su página web publicó un artículo denominado “**El Dorado no brillará en el 2012**” dando a entender y conocer a la opinión que por varios motivos no podrá ser entregada la obra como estaba pactada en el 2012, en donde el columnista de manera sesgada se dedica a buscar responsables de la imprevisión del contrato y sus consecuencias en el impacto de la comunidad.
4. El diario La República en una columna titulada “Concesiones en al aire reclamos de las terminales aéreas del país”. Donde se realiza una crítica a las concesiones aeroportuarias del país, pero no trae a colación el desarrollo de nuestro problema jurídico planteado.

De aquí podemos extraer el estado del arte vigente, actualizado y real que existe sobre la temática planteada.

PARADIGMA DE INVESTIGACIÓN

Se tuvo en cuenta para el desarrollo de este trabajo el paradigma cuantitativo, pues el eje fundamental del artículo se desarrolla con la aplicación de la norma y su utilización debida o indebida.

TIPO DE INVESTIGACIÓN

En cuanto al tipo de investigación nos basamos en la descripción para orientar el interesado, pero su desarrollo va a ser netamente **analítico, evaluativo y con la finalidad** de que arroje una respuesta que permita deducir si nos encontramos cumpliendo o no la normatividad vigente.

De aquí que se dará una breve introducción al lector, pero se analizará la norma y la correspondiente adición, de tal manera que, uno a uno, paso a paso, arroje si hubo o no protección a los principios de contratación estatal, si efectivamente

hubo, o no, un trasfondo jurídico de esta adición, o si por el contrario, lo que se estudia está vinculado únicamente con fenómenos de corrupción, falta de planeación y violación de la ley.

ANALISIS DOCUMENTAL Y NORMATIVO

Se realizará análisis documental y normativo como eje fundamental del presente proyecto en donde se busca extraer su verdadero objeto, sus tesis, la prueba de ésta, los argumentos confusos y los precisos, identificando términos o argumentos confusos, la relación de la tesis con los objetivos; y concluyendo dando una respuesta directa a la conveniencia del argumento de la tesis

ANÁLISIS NORMATIVO

Pero sin restarle importancia en aspecto de análisis normativo se convierte en imperante en el desarrollo del proyecto, pues la ley de contratación estatal en lo que concierne al contrato de concesión y a los principios de la contratación administrativa nos llevará a otorgar una credibilidad al punto de certeza de que lo que se estudia se realizó bajo el imperio de la ley y si ésta tuvo una finalidad de cumplir los fines estatales. La desarrollaremos siguiendo un juicio constitucional, origen o antecedentes, finalidad, exposición de motivos, la aplicabilidad, su amparo constitucional, su verdadera legalidad, interrogantes que nos permitirán resolver nuestro problema, dirigiéndolo al estudio de las normas que regulan la contratación estatal en lo referente al tema específico de la concesión en Colombia.

OTROS MÉTODOS A UTILIZAR

No pretendemos utilizar otro marco distinto a los ya planteados, dejando por fuera las líneas jurisprudenciales, el análisis de políticas públicas, aunque éstas tengan que ver con documentos públicos que permitieron el desarrollo de este proyecto.

Ésta no será el objeto del estudio y por lo tanto no nos internaremos en su desarrollo, no aplicaremos un método comparativo pues nuestro eje o vertiente principal la excluye por ser de carácter profundista y estructuralista.

MARCO TEÓRICO

Intentamos acceder al mundo general que envuelve nuestro problema jurídico establecido para el desarrollo de este proyecto y no puede ser otro que el que nos conduzca a tratar como eje principal **LAS CONCESIONES** en Colombia, profundizando en la esencia del contrato y su regulación actual.

Notese como en Colombia existe una institución de carácter público encargada de buscar el desarrollo integrado y sostenible de la infraestructura concesionada del país, a través de la vinculación de capital privado con el propósito de optimizar la red nacional de infraestructura y promover la integración y competitividad del país.

Esto necesariamente nos indica que el tema es de vital importancia en todos los Estados y en Colombia no puede ser tratado sin seriedad y sin profundidad.

La trascendencia de este tipo de contratos nos obliga a mencionar las concesiones que tiene el Estado Colombiano entre las cuales encontramos actualmente según estadísticas del Instituto Nacional de Concesiones (INCO); 6 de carácter portuario, 2 de carácter férreo y 22 de carácter carretable, evidenciándose, así, que Colombia no desconoce este tipo de contrato y mucho menos que no lo práctica, pues a todas luces su ejecución se encuentra encaminada única y exclusivamente a desarrollar el Estado utilizando medios jurídicos y capital privado que evidentemente no es gratuito pero que sin duda

alguna ayuda a que se ejecuten y realicen obras de alto impacto social y económico que redondean el actuar del Estado para que éste al fin pueda garantizar el cometido de los principios estatales.

La Concesión, es un permiso que hace el Estado para que se usufructúe una actividad a nombre de él, por un determinado tiempo y bajo unas condiciones pactadas con anterioridad.

Este contrato se encuentra enmarcado por la legislación Colombiana que lo caracteriza de la siguiente manera;

CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

- 1- **Las partes**: La parte inevitablemente que concede el permiso, siempre será el Estado. Lo debe ser porque es el Estado el que da la licencia para la explotación de una actividad que le corresponde.

Entonces, siempre habrá una parte determinante que es el otorgante que se llama “Concedente” (que concede el permiso o licencia) para la realización de ésta actividad. A parte de otorgar el permiso o licencia, el “Concedente”, se reserva la facultad de supervigilar el desarrollo del contrato.

Es el Concedente quien tiene la fiscalización y es quien fija y regula las tarifas y el marco en las que se pueden ejecutar. Esta no queda a discrecionalidad del Concesionario pues se podría generar utilización y explotación indebida que afecte el interés de la comunidad.

En segundo lugar, el “Concesionario”, que es prácticamente el Contratista, quien asume por cuenta y riesgo el desarrollo de la actividad principal es decir la ejecución de la obra que se requiera para promover el desarrollo del

Estado, siempre y cuando este regulada por el contrato y supervisada por sus representantes

2. **La actividad**: El “Concesionario” asume por su cuenta y riesgo toda la realización de la obra, o la gestión de una determinada actividad, la prestación de unos servicios.

Su actividad debe encontrarse enmarcada dentro del régimen legal y constitucional. Recordemos que ésta no es una actividad liberal, desconcentrada; por el contrario, ésta goza del estudio más profundo requerido, no improvisado y regulado por múltiples dispositivos que indican su razón de ser y su amparo netamente legal.

3. **La contraprestación**: Necesariamente el Contratista (Concesionario) tiene una contraprestación a su valiosa inversión; recibir una utilidad, en donde se hace más evidente o se traduce con mayor objetividad el concepto de la “Concesión”, de la Licencia.

Aparte de concederle la facultad de hacer una gestión, el verdadero predominio de la licencia bajo la concesión, está en la autorización para el cobro de la contraprestación. El Estado, autoriza al particular para que obtenga de los usuarios de la obra o del servicio una determinada contraprestación que está plenamente regulada y enmarcada en el contrato que dio origen a su creación.

Existe una clasificación que realizó el señor *JULIAN HERRERA CALDERON* en su trabajo denominado “*CONTRATOS ESTATALES EN COLOMBIA*” que define claramente las modalidades de este contrato en nuestro país y que me parece acertado tomarla como guía introductoria al mundo de la concesión en Colombia.

MODALIDADES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

El contrato de Concesión tiene diversas modalidades:

1. **CONCESION SIMPLE:** *Cuando una persona natural o jurídica, asume por autorización del Gobierno la facultad de explotar una determinada actividad, o realizar una obra, o gestionar la prestación de servicios etc., cualquier tipo de actividad y recibe la contraprestación autorizada. Hay concesión simple cuando un particular, empresario asume con exclusividad los riesgos y beneficios que pueda asumir de acuerdo a sus prestaciones.*
2. **CONCESION INTERESADA:** *Mediante esta clase de concesión o gestión, es aquella mediante la Administración pública o entidad estatal es quien explota directamente el servicio aunque contrata con una empresa la gestión de ella, retribuyéndole a esta empresa su participación con un porcentaje o con una retribución acordada.*
3. **CONCIERTO CONCESIONAL:** *Mediante esta fórmula de gestión de duración limitada en el tiempo (5, 10 años) un particular se compromete a desarrollar una serie de prestaciones (ejemplo asume la prestación del servicio de acueducto) o actividades con su propios medios o recursos, para prestar el servicio público y acuerdan con la Entidad unas condiciones especiales en cuanto a responsabilidad y prestaciones.*
4. **CONCESION MEDIANTE CONSTITUCION DE SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA:** *Mediante esta forma de gestión, la Entidad crea o contrata con una sociedad de economía mixta, en donde se señalan las atribuciones, se señalan las condiciones, se señala el reglamento de participación en el contrato social, elevado a escritura pública.*

Definiciones que se ajustan al mundo jurídico que regula el tema de la concesión en Colombia, aclarando que éste trabajo no pretende inducirnos en el mundo concesionario en nuestro país, pero si es necesario enmarcarlo y regularlo para así desarrollar el verdadero alcance propuesto en el problema jurídico.¹

De la misma forma el marco legal constitucional en Colombia regula la concesión así; artículo 32 de la ley 80 de 1993 en el numeral 4°.

“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”.*

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

Llevemos el presente estudio a realizar un análisis del problema jurídico planteado, que obligatoriamente nos conduce a tratar el tema como lo hizo el Honorable Consejo de Estado de la siguiente forma;

¹ Julián Herrera Calderón – Contratos estatales en Colombia
<http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco/contraest.htm>

La inquietud radicó en la posibilidad directa de realizar una modificación al contrato que nos ocupa, teniendo en cuenta que, según los estudios realizados, se requiere la adecuación de unas obras necesarias para lograr efectividad en el objeto contratado y, así, amparados en los fines esenciales del Estado, observar la posibilidad o no de realizar dicha adición.

Se pudo extraer que para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, los elementos del planteamiento iniciales en los que se pudiera realizar dicha adición eran;

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 consiste en determinar si jurídicamente “es posible, por fuera de los dispuesto en el artículo 16 de la ley 80 de 1993 modificar el contrato”.
6. Según la primera pregunta formulada al Consejo de Estado, 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.”

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 establecer si es viable aplicar el artículo 16 de la ley 80 de 1993 y la cláusula 70 del mencionado contrato.

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.²*

Destaquemos ahora 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 más discusión la reforma del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado.

La autonomía de la voluntad en la teoría clásica, significa que existe libertad para decidir si se contrata o no, de elegir el contratante, de escoger el tipo de contrato, su contenido y régimen jurídico. Por lo general, no se exige que los contratos

² Contrato 6000169 OK de Concesión para la Operación, Explotación Comercial, Mantenimiento y Modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá D.C.

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 aislada del contexto legal estas dos disposiciones, se expone que ellas autorizan la aplicación de las reglas sobre 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.

PROBLEMA JURÍDICO EN PARTICULAR

Debe ser claro que según la doctrina, la jurisprudencia, los conceptos del honorable Consejo de Estado, nos encontramos frente a una imposibilidad de realizar de mutuo acuerdo la modificación a un contrato de concesión cumpliendo con una disposición de carácter legal que no es posible soslayar.

Ahora bien para el caso en particular tomemos la postura consultiva del máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia al discernir sobre la posibilidad de 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*” entonces revisando este hecho se 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.

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 4° numeral 3° y 8°; 5° numeral 1°; 25 numeral 14; 27 y 28.

Dicha regulación no puede ser aplicada al caso en particular, considera el Consejo de Estado, 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.

Se puede inferir que se podría dar entonces la ejecución del contrato en los términos acordados, 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.

El agotamiento de la cláusula 21.3.1. Del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado; Cuando se presentó la única consulta al Consejo de Estado 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, 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.

*Reza el contrato en su articulado lo siguiente; “ARTICULO 16. **DE LA MODIFICACIÓN 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.

Dijo entonces el honorable Consejo de Estado que 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.

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 el **TEMA QUE NOS INTERESA RESOLVER**, 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**

Ahora bien, al revisar las cláusulas del contrato se encontró 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 Estatuto General de Contratación

de la Administración. De éstas se detuvo 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.”*

Observó el Consejo de Estado 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.

Con base en las anteriores consideraciones, **SE CONCLUYÓ:**

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.

2. A todas luces es clara la interpretación que se le debe dar a la norma estudiada, la cual permitió establecer y desarrollar uno a uno los objetivos planteados en el desarrollo de éste trabajo, aunque claro está que si uno a uno se estudiaran las modificaciones a dicho contrato tal vez encontraríamos un tema independiente por cada análisis, no obstante notemos como por el interés público, la prestación idónea de los servicios públicos permiten dar una interpretación sesgada a los intereses generales, que tal vez si se estuvieran debatiendo en otra rama del derecho que no fuera el público, daría una conclusión totalmente diferente.

3. Por último y a manera de reflexión debemos dejar constancia de nuestra inconformidad con las modificaciones realizadas a éste acuerdo así como se ha vuelto costumbre en nuestro país, no es posible que por falta de previsiones, diseños, y estudios serios se siga jugando con el dinero del Estado, con los intereses de los colombianos. Es claro que hay falta de planeación, es evidente que esto ayuda sin lugar a dudas a crear un manto de corrupción en el desarrollo de todas las obras públicas. En fin, por ello existe la imagen del país que no deseamos, ¿Pero me pregunto cómo lo cambiamos si todos los días y en todos contratos se presentan estas circunstancias?

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Por el poco tratamiento que se le ha dado al tema exceptuando por los medios de comunicación no especializados que lo han tomado a manera de crítica y fetichismo es difícil extraer una bibliografía pero sin embargo se tomaran como base para el desarrollo de este estudio siendo eje fundamental.

1. Constitución Política de Colombia 1991.
2. Ley 80 de 1993
3. Ley 1150 de 2007
4. Decreto 2474 de 2008.
5. Documento del contrato de concesión N° 6000169 OK del 12 de Septiembre de 2006.
6. Adición al contrato de concesión N° 6000169 OK del 12 de Septiembre de 2006.
7. Artículo publicado en la página web del diario PH en Abril de 2009 denominado “Volando Bajo” que trata de la flexibilización de los plazos para el contratista, las cláusulas contractuales enfocadas a un resultado popular o impopular.
8. Artículo publicado por la revista Dinero.Com, titulado “modificación a concesiones en entre dicho “tratando el tema general de las concesiones y

haciendo una alusión a lo que denomina el columnista como **el calvario del dorado**.

9. Concepto de la sala de Consulta y servicio civil del Consejo de Estado MP Enrique Jose arboleda Perdomo: 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.
10. El diario el Espectador en su página web publicó un artículo denominado **“El Dorado no brillara en el 2012”** dando a entender y conocer a la opinión que por varios motivos no podrá ser entregada la obra como estaba pactada en el 2012, en donde el columnista de manera sesgada se dedica a buscar responsables de la imprevisión del contrato y sus consecuencias en el impacto de la comunidad.
11. El diario La República en una columna titulada “concesiones en al aire reclamamos las terminales aéreas del país. Realiza una crítica a las concesiones aeroportuarias del país, pero no trae a colación el desarrollo de nuestro problema jurídico planteado.