

ACCION POPULAR - Mecanismo principal e idóneo para proteger eficazmente los derechos colectivos vulnerados en la actividad contractual de la administración pública / AMENAZA O VULNERACION DE DERECHOS COLECTIVOS EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Medidas definitivas que puede adoptar el juez popular para hacer cesar la amenaza o vulneración

Desde hace varios años, la jurisprudencia de la Sala Plena Contencioso Administrativa y de la Sección Tercera de esta Corporación da por sentado que la acción popular procede para proteger eficazmente la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en el ámbito de la actividad contractual de la administración pública, sin que resulte válida la pretensión de subordinarla a la existencia de controversias entre las partes pendientes de decisión o al ejercicio de las acciones contractuales. Conforme con esos criterios jurisprudenciales, no cabe la menor duda en cuanto a la procedencia de la acción popular para proteger eficazmente los derechos colectivos, cuando son amenazados o vulnerados en el marco de la actividad contractual del Estado. Casos en los que proceden medidas definitivas, incluso la declaratoria de nulidad de los contratos, la pérdida de todos sus efectos y la imposición de las restituciones mutuas, entre otras. Y ello debe ser así, porque, como lo reitera la jurisprudencia, lejos de tratarse de una acción subsidiaria o residual, la popular se orienta a garantizar la prevalencia del orden superior y de los valores supremos, con la adopción de todas las medidas necesarias para superar los hechos y demás situaciones generadores de la afectación de los intereses colectivos.

NOTA DE RELATORIA: recientemente, la Sección Tercera se pronunció sobre el carácter principal, prevalente e independiente de la acción popular para controlar que la actividad contractual del Estado se sujete a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, al respecto consultar: sentencia del 2 diciembre de 2013, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP).

JUICIO DE MORALIDAD - Alcance / JUICIO DE MORALIDAD - Se reitera el criterio de que la moralidad administrativa impone deberes de corrección a las autoridades públicas, más allá, del principio de legalidad / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - No limita el juicio de moralidad

En lo que toca con el alcance del juicio de moralidad y las medidas que al juez popular le corresponde adoptar cuando ese derecho es vulnerado o amenazado en el ámbito de la actividad contractual del Estado, la Sección Tercera tiene por establecido que, dado su carácter principal, independiente y prevalente, se trata de hacer prevalecer, en cada caso concreto, un valor constitucional con fuerza normativa vinculante, que alcanza mayor jerarquía que el principio de la legalidad, en tanto la moralidad no se agota en este, sino que trasciende a valores que la sociedad reclama de la administración, así no estén expresamente previstos en las normas y reglamentos. En particular, ha señalado la Sección Tercera que el juicio de moralidad sobre la actividad contractual se orienta a la sujeción de los deberes de corrección que exigen la conformidad de las actuaciones de la administración con el interés general, esto es que los contratos de las entidades públicas no se utilicen con fines distintos o contrarios a los estatales.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera la tesis acogida en providencia de la Sección Tercera, del 2 diciembre de 2013, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP).

ACCION POPULAR - Mecanismo principal de defensa de los derechos

colectivos / NULIDAD DEL CONTRATO - Ley 1437 de 2011 estableció que el juez popular no puede anular el contrato, sin perjuicio, de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos / PODERES DEL JUEZ DE LA ACCION POPULAR - Puede adoptar todas las medidas que sean necesarias para la protección eficaz de los derechos colectivos

De conformidad con el artículo 144 del C.P.A.C.A. no procede que el juez popular anule el contrato, sin perjuicio de que adopte las medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de esas disposiciones, resaltando, en esa oportunidad, que, dado su carácter principal y preferencial, no puede subordinarse la procedencia de la acción popular al ejercicio de las acciones ordinarias y que el juicio de legalidad orientado a la declaración de nulidad de los actos y contratos no limita la competencia del juez popular para adoptar todas las medidas que sean necesarias para la protección eficaz de los derechos colectivos... esta Sala ha señalado que, siendo uno de los más importantes instrumentos para la ejecución de los recursos públicos y el logro de los cometidos estatales, no resulta posible que a la actividad contractual de la administración se la sustraiga del control judicial que la constitución garantiza a los ciudadanos, para exigir la eficacia de los deberes de corrección que impone la moralidad administrativa en las etapas de formación, ejecución, terminación y liquidación del contrato, para subordinarlo y conducirlo exclusivamente por los cauces de la legalidad y de las acciones ordinarias dispuestas para el control de este principio. Ello debe ser así, porque, estando el contrato estatal al servicio de los intereses generales, el control de sus fines se ubica más allá de la eficacia de los derechos particulares creados, de manera que el reconocimiento de estos últimos solamente es posible cuando en sus efectos se adecúa plenamente a los fines estatales, dada la prevalencia de la moralidad administrativa.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2014 - ARTICULO 144

NOTA DE RELATORIA: la Corte Constitucional, mediante sentencia C-644 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se pronunció sobre la Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 140 (parcial) y 144 (parcial) de la Ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

PATRIMONIO PUBLICO - Noción / DERECHO COLECTIVO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO - Concepto

En lo que toca con la defensa del patrimonio público, ha reiterado la jurisprudencia que el patrimonio público comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que le pertenecen al Estado y su protección, a través de la acción popular, se orienta a garantizar una administración eficiente y responsable que debe acompañarse con la buena fe y la transparencia que exige la moralidad administrativa.

VULNERACION DE DERECHOS COLECTIVOS EN CONTRATO DE CONCESION - Acción popular es un mecanismo principal de protección de los derechos colectivos, no subordinada a las acciones ordinarias / BIENES ENTREGADOS EN CONCESION - Uso indebido por favorecimiento de intereses particulares. Incumplimiento de los fines estatales

Para esta Sala, sin dudas, la acción popular fue ejercida para que se amparen los

derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, que el actor invoca como vulnerados porque i) la concesionaria adoptó un esquema contractual y financiero para explotar comercialmente al margen del contrato de concesión los bienes públicos recibidos; ii) excluyó de la concesión los ingresos brutos del subarriendo comercial, reduciendo así la contraprestación que el concesionario debe pagar al Estado y iii) ocultó la información sobre los ingresos de la concesión, relevante para la defensa del patrimonio público. Aunado a que se echa de menos la dirección y control adecuados de los bienes estatales entregados en concesión, a cargo de la administración, en orden a la liquidación final de los recursos públicos que deben ingresar a su patrimonio por la explotación comercial. De donde, sin hesitación, lejos de estar fundada en la necesidad de dirimir una controversia por la definición de los derechos de las partes en el contrato de concesión, la acción se ejerció para proteger valores supremos, vulnerados, porque los bienes entregados en concesión están siendo utilizados con fines distintos a los estatales, con favorecimiento indebido de intereses particulares. Siendo así, huelga concluir que a esta Sala, actuando como juez popular, le corresponde decidir de fondo sobre el amparo solicitado por el actor, sin que pueda esgrimirse falta de competencia, en razón de una supuesta subordinación de la acción popular a las acciones contractuales, que no resulta posible al amparo de los criterios constitucionales y jurisprudenciales atrás reseñados y que, en todo caso, nada tiene que ver con la defensa de los bienes públicos, los que, aunque vinculados al contrato, no por ello salieron del patrimonio estatal y asimismo de la tutela pública.

CONCESION DE LA INFRAESTRUCTURA AEROPORTUARIA - Fines / EXPLORACION DE LA INFRAESTRUCTURA AEROPORTUARIA - Se sujeta al principio de eficiencia / CONTRATO ESTATAL - Celebración debe atender al cumplimiento de los fines del Estado

De conformidad con las disposiciones de la Ley 105 de 1993, toda la infraestructura de propiedad estatal, que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del País, incluyendo –se destaca- la red de ayudas, comunicaciones y meteorología del transporte aéreo, básicos para prestar los servicios de aeronavegación y la infraestructura aeroportuaria, estará a cargo de la Nación –art. 12-. Asimismo, manda el ordenamiento que, para la construcción y conservación de esos bienes, la Nación cobrará el uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios, buscando garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo –art. 21-. Sujeta, en todo caso, su explotación, al principio de eficiencia. También, la Ley 105 de 1993 autoriza la celebración de contratos de administración, concesión o similares sobre los aeropuertos de propiedad del Fondo Aeronáutico Nacional, con entidades especializadas o con asociaciones regionales en las cuales la participación estatal no podrá ser superior al cincuenta por ciento (50%) –art. 48-. De conformidad con las disposiciones de la Ley 80 de 1993, el contrato estatal se entiende celebrado en orden a ...el cumplimiento de los fines estatales, la continúa y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Fin que le es exigible tanto a la entidad contratante como al contratista, porque, sin desconocer la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, esta debe acompasarse con la obligación que asume el particular de colaborar en el logro de sus fines y el cumplimiento de la función social a la que se encamina el objeto contratado –art. 3-. Para el cumplimiento de esos fines, a la entidad contratante se le atribuye la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato y se le impone el deber de exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del

objeto contratado –arts. 4 y 14-. Al tiempo que sobre el contratista pesan los deberes de i) colaboración con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; ii) acatar las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, iii) de manera general, obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse – art. 5-. Asimismo, el ordenamiento somete las actuaciones de la entidad contratante y del contratista, en el ámbito de la relación contractual, a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, [a] las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo –art. 23-. Y no solo eso, al margen del contenido contractual y del procedimiento para definir sobre la ejecución de las prestaciones pactadas, los bienes estatales directa o indirectamente vinculados a un determinado objeto contractual habrán de servir en últimas al interés general. Es claro que de los contratos no surgen sino relaciones entre las partes; pero esto no se predica de los bienes, pues sabido es que los estados de estos resultan oponibles a terceros, particularmente tratándose de bienes públicos destinados, por su misma naturaleza, al interés general.

FUENTE FORMAL: LEY 105 DE 1993 - ARTICULO 3 / LEY 105 DE 1993 - ARTICULO 4 / LEY 105 DE 1993 - ARTICULO 5 / LEY 105 DE 1993 - ARTICULO 12 / LEY 105 DE 1993 - ARTICULO 14 / LEY 105 DE 1993 - ARTICULO 21 / LEY 105 DE 1993 - ARTICULO 23 / LEY 105 DE 1993 - ARTICULO 48

CONTRATO DE CONCESION PARA LA EXPLOTACION COMERCIAL DE LOS BIENES PUBLICOS - Terminal de carga internacional del Aeropuerto El Dorado / VULNERACION DE LOS DERECHOS COLECTIVOS A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO - Incumplimiento de los fines del Estado en la explotación de los bienes que integran el terminal internacional de carga del Aeropuerto El Dorado. Vulneración de los principios de transparencia, responsabilidad, eficiencia y detrimento del patrimonio estatal

Obran en el expediente múltiples informes del interventor del contrato de concesión y requerimientos de la entidad concedente a la concesionaria, en el sentido de que, por el esquema contractual adoptado por esta última con OTCA S.A.S, se han dejado de registrar contablemente en el fideicomiso del contrato estatal y de incluir en la base para la liquidación de la contraprestación en favor de la entidad pública, los ingresos brutos provenientes de los servicios no asociados a los ingresos regulados, correspondientes a la explotación comercial del terminal de carga internacional a través del subarriendo. También, obran las respuestas de OPAIN S.A. en el sentido de que los ingresos brutos por los mencionados servicios corresponden exclusivamente al canon convenido en el contrato de arrendamiento celebrado con OTCA.S.A.S y de su negativa a modificar el esquema contractual convenido con esta última, por considerarlo ajustado al contrato de concesión. Los elementos probatorios reseñados ofrecen a la Sala suficiente evidencia sobre ostensibles vulneraciones a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público... Para la Sala, con las actuaciones llevadas a cabo por OPAIN S.A. y OTCA S.A.S. en el marco del esquema contractual y financiero adoptado para la explotación comercial del terminal de carga internacional concesionado por la Aeronáutica Civil y la actitud pasiva asumida por esta última entidad, se están vulnerando gravemente los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, al punto que la

explotación de los bienes que integran el terminal internacional de carga se adelanta al margen los fines estatales, esto es con destinación y provecho indebido de los bienes públicos, vulneración de los principios de transparencia, responsabilidad, eficiencia y detrimento del patrimonio estatal.

BIEN PUBLICO - Terminal de carga internacional del Aeropuerto El Dorado. Recursos provenientes de la explotación del terminal internacional de carga del Aeropuerto El Dorado / CONCESION - Concepto / INGRESOS ESTATALES - Todos los ingresos brutos provenientes de la explotación del Aeropuerto El Dorado deben ingresar al fideicomiso, aun cuando, el concesionario haya acudido a la subcontratación de la actividad / MODIFICACION DE LA DESTINACION DE LOS RECURSOS PUBLICOS - Rompimiento del principio de unidad de imputación y de registro contable

Es un hecho pacífico que los bienes que conforman el terminal de carga internacional son públicos, en cuanto le pertenecen a la Nación. También que OPAIN S.A. los recibió y administra por cuenta del Estado, en razón de un contrato estatal. Y, asimismo, son públicos los recursos provenientes de su explotación. Naturaleza de los recursos indiscutible, si se considera que es regla que cada uno se beneficia de lo que es suyo y que si su administración se conviene con otro, a título oneroso, es en propio provecho, es decir a cambio de una prestación que lo beneficia. Regla que salvo que así lo determine el ordenamiento –no en virtud de un contrato- podría no aplicarse a la explotación de los bienes estatales. De donde la concesión de que se trata no es nada distinto a un instrumento dispuesto por el ordenamiento para el ejercicio de los derechos que el Estado ostenta sobre lo suyo, esto es, un título que habilita al particular para que explote bienes públicos con sujeción a los términos convenidos dentro de un marco dispositivo y comercial restringido. Siendo así, es dable concluir que el contrato de concesión no muta el dominio y no podría hacerlo bajo ninguna circunstancia; pues para el efecto se han establecido requisitos y trámites que nada tienen que ver con su naturaleza, requisitos y modalidad de ejecución. Tan es así, que la entrega del terminal de carga a OPAIN S.A., en el desarrollo del contrato para la construcción, administración, operación y mantenimiento del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá, converge con la constitución de un fideicomiso al que debe ingresar la totalidad de las contraprestaciones que, en virtud de su explotación comercial, deberán producir los bienes entregados para prestar a los usuarios los servicios que demandan. De ahí que en el contrato de concesión quedó expresamente previsto que todos los ingresos brutos provenientes de la explotación del Aeropuerto El Dorado ingresarían al fideicomiso, único centro de imputación del objeto contratado. De donde no queda sino concluir su naturaleza de ingresos estatales. En esas circunstancias, resulta abiertamente contrario a su naturaleza y destinación que los ingresos provenientes del cobro a los usuarios por la utilización o servicios prestados con los bienes públicos concesionados, se tengan como recursos privados, por el hecho de que el concesionario haya acudido a la subcontratación de la actividad. Ello es así, porque no resulta posible que, siendo públicos los bienes y estatal el título que los entregó en administración, los recursos provenientes de su uso y goce se muten a privados, por el solo hecho de la intermediación de un particular, por cuenta del concesionario. Y, con mayor razón, resulta repudiable que, siendo claro que esos ingresos provienen de la ejecución de las actividades propias del objeto de la concesión con único destino el fideicomiso, ingresen al patrimonio de un tercero, rompiendo el principio de unidad de imputación propio de los recursos públicos destinados y provenientes del mismo objeto, lo que dio lugar a constituir el fideicomiso al que se hace mención. En esas condiciones, huelga concluir que OPAIN S.A. y OTCA S.A.S., utilizando el marco del contrato de concesión al que

la última es ajena, pretendieron modificar la destinación de los recursos públicos, provenientes de la prestación de los servicios con los bienes de la Nación concesionados y, asimismo, desconocer a la Fiduciaria, particularmente al Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado, como centro de imputación de los recursos originados en la explotación del terminal de carga internacional, contrariando la unidad del centro de imputación y de registro contable, propio de los bienes estatales destinados al desarrollo de un bien público, para el efecto la construcción, administración, operación y mantenimiento del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá... A juicio de esta Sala, no resulta posible el entendimiento en el sentido de que el producto de la explotación comercial de bienes públicos beneficie a particulares, salvo la remuneración legal y previamente convenida a cambio precisamente por la administración de los mismos, con sujeción al ordenamiento y los términos contractuales, de los que no cabe suponer la mutación del dominio de los bienes concesionados, hacia el patrimonio particular. De donde resulta a todas luces contrario a los intereses estatales que los recursos generados por la explotación comercial de los bienes que comprende el terminal de carga internacional no ingresen al patrimonio estatal, esto es al Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado, el ingreso bruto. Y, en esas condiciones, sorprende que la concesionaria insista en que las cosas se mantengan como están y reclame el mantenimiento de un equilibrio con un tercero que resolvió pactar, al margen de los intereses estatales.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Violación. Omisión en la rendición de informes y cuentas respecto de los bienes dados en concesión / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Violación. Cláusula de confidencialidad en los contratos de subarriendo

La Sala echa de menos el respeto por el principio de transparencia, del que se deriva el imperativo de dar a conocer las condiciones que rodean la administración de los bienes estatales con miras a permitir su real seguimiento, para el caso de su explotación en el marco de una concesión, que debe reportar resultados al patrimonio autónomo creado con tal fin, obligado a rendir informes y presentar cuentas a la Unidad Especial de la Aeronáutica Civil, las que además los asociados tendrían que conocer; empero, las cuentas no se han rendido y la situación tiende a permanecer, pues OTCA S.A.S, pasando por alto la titularidad pública de los bienes que administra, pretende mantener un estado contrario a los principios de publicidad y transparencia, comoquiera que una cláusula de confidencialidad cubre los contratos de subarriendo, impidiendo que el resultado de la gestión se conozca. Y es que las actuaciones para exigir del fideicomiso la rendición de cuentas y el pago de la contraprestación en la forma convenida brillan por su ausencia, esto es, se echa de menos las gestiones a cargo de la entidad pública para conocer e intervenir en el resultado de la explotación, siendo el primer punto los ingresos por cada uno de los espacios y bienes públicos objeto de subarriendo. Esto es así, porque el material probatorio que obra en el expediente da cuenta de que la entidad pública se ha limitado a mediar en una supuesta controversia entre OPAIN S.A. y la interventoría del contrato, dejando de lado el liderazgo que le compete en la defensa del patrimonio público que en razón de sus funciones le ha sido confiado.

VULNERACION DE LOS PRINCIPIOS DE LIBRE MERCADO Y EFICIENCIA ECONOMICA - Detrimento del patrimonio público: contraprestación por la explotación económica del terminal de carga internacional se definió por terceros con intereses ajenos a los estatales

Empero, tal como quedó demostrado en autos, OPAIN S.A. entregó los bienes en

arrendamiento a un tercero con autorización de subarriendo a cambio de una suma fija que OTCA S.A.S. entrega al Fideicomiso. De donde no queda sino concluir que el terminal de carga internacional no opera en condiciones de libre mercado y todo indica que no comulga con el principio de eficiencia económica que incumbe al interés general, en pro de lograr el mayor beneficio posible. Es que bajo el esquema de monopsonio, establecido para explotar los espacios del terminal de carga, no es dable pretender la maximización de los ingresos para la entidad propietaria de los bienes públicos concesionados. Sin que, por otra parte, la entidad concedente haya tomado medidas en orden a que los recursos producidos por los bienes públicos ingresen al patrimonio estatal. En efecto, el material probatorio allegado al proceso da cuenta de que OPAIN S.A. dispuso el pago de la contraprestación a la que tiene derecho la entidad concedente, sobre unos valores que no se derivan de una operación de libre mercado y que no corresponden a los ingresos brutos de la explotación comercial del área concesionada. Así, obran en el expediente informes de la interventoría y requerimientos de la entidad concedente al concesionario, porque este dispuso el pago de la contraprestación, con base en el canon de que trata el contrato de arrendamiento celebrado con OTCA S.A.S., excluyendo de la base de la liquidación los ingresos brutos percibidos por la explotación comercial que lleva a cabo el intermediario. Para la Sala resulta abiertamente contrario al principio de eficiencia, al que se sujeta la explotación de los bienes del Estado, que la determinación del valor a pagar por ese concepto no consulte las condiciones de un libre mercado y no es de otra manera porque ninguna gestión al respecto se conoce, aunque sí que se entregó en tenencia la totalidad del terminal por un canon de \$9.500.000.000 anuales. En esas circunstancias, la Sala no duda de que el pago de la contraprestación al Estado por la explotación económica del terminal de carga internacional, con base en un ingreso definido por terceros, al margen de la entidad estatal, por fuera del procedimiento de libre mercado en orden a maximizar los recursos públicos y precedida de confidencialidades, causa detrimento al patrimonio público y deberá corregirse, con miras a que la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil, a través del Fideicomiso, adelante la evaluación que corresponde, la que permitirá adoptar las directrices que sean necesarias. La Sala no duda de que el pago de la contraprestación al Estado por la explotación económica del terminal de carga internacional, con base en un ingreso definido por terceros, al margen de la entidad estatal, por fuera del procedimiento de libre mercado en orden a maximizar los recursos públicos y precedida de confidencialidades, causa detrimento al patrimonio público y deberá corregirse, con miras a que la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil, a través del Fideicomiso, adelante la evaluación que corresponde, la que permitirá adoptar las directrices que sean necesarias. De donde no queda sino advertir la subordinación que se observa de los intereses estatales a los particulares. Esto es así, porque, de una parte, la Aeronáutica no conoce los términos y condiciones de la explotación de los bienes y, de otra, un particular, ajeno al contrato, explota libremente los bienes, con cláusula de reserva de información. Asunto que exige la intervención del juez popular en defensa de los derechos colectivos a la moralidad y patrimonio público, para que se conozca los términos de la explotación de los bienes estatales y pueda asimismo realizarse el balance correspondiente; pues se hace necesario determinar si la explotación comercial de los bienes públicos en condiciones de libre mercado, logra los ingresos maximizados y si estos efectivamente corresponden a la suma fija que OPAIN S.A. traslada al Fideicomiso, como se convino y tendría que haber acontecido. Ya que nada distinto puede entenderse de la explotación adoptada por OPAIN S.A.

INCENTIVO ECONOMICO - Reiteración de la tesis de unificación jurisprudencial de Sala Plena: reconocimiento del incentivo económico es

improcedente aún en los procesos iniciados con anterioridad a la expedición de la Ley 1425 de 2010

De conformidad con la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de unificar la jurisprudencia... en torno a la improcedencia de su reconocimiento, incluso en aquellos procesos promovidos con anterioridad a la expedición de dicha Ley 1425, fundada en que el ejercicio la acción popular, la impugnación y demás actuaciones surtidas no pueden hacerse valer como derechos adquiridos ni expectativas legítimas frente a la derogatoria que dispuso la nueva ley, habrá de negarse el incentivo económico solicitado por el actor en el sub iudice.

FUENTE FORMAL: LEY 1425 DE 2010 - ARTICULO 11

NOTA DE RELATORIA: En cuanto a la decisión que unificó la jurisprudencia sobre la improcedencia en el reconocimiento del incentivo económico aún en los procesos iniciados con anterioridad a la expedición de la Ley 1425 de 2010, ver: sentencia de Sala Plena, del 3 de septiembre de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 17001-33-31-001-2009-01566-01(IJ).

ACCION POPULAR - Condena en costas

De conformidad con las disposiciones del artículo 38 de la Ley 472 de 1998, el juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas, acorde con las cuales se condenará... a la parte vencida en el proceso, en proporción al interés que les asista a los integrantes, por las costas de ambas instancias, cuando la sentencia de segundo grado revoque totalmente la del inferior, sin que opere la renuncia antes de ser decretadas, además de que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas –art. 392, modificado por el art. 42 de la Ley 794 de 2004-. Asimismo, conforme con las disposiciones del artículo 19 de la Ley 1395, la condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación. Siendo así, se condenará a Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, a OPAIN S.A. y a OTCA S.A.S., al pago de las costas que serán liquidadas por la Secretaría de la Corporación, en proporción de 10%, 45% y 45%, respectivamente. Se fija en 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la ejecutoria de la liquidación, las agencias en derecho, atendiendo a lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y considerando que se trata de un asunto sin cuantía.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 38 / LEY 794 DE 2004 - ARTICULO 42 / LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 19

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de la Consejera Ponente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00032-01(AP)

Actor: JUAN CARLOS ORTIZ CRISTANCHO

Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTROS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 6 de septiembre de 2012 proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que amparó el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, amenazado en el ámbito de la concesión para la explotación comercial del terminal de carga del Aeropuerto Internacional El Dorado.

El *a quo* decidió:

Primero: Decláranse infundadas las excepciones propuestas por el apoderado de la Contraloría General de la República.

Segundo: Declárase fundada la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Transporte.

Tercero: Declárase amenazado el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, con ocasión de la controversia suscitada entre la sociedad interventora JAHV McGregor S.A. y la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A., OPAIN, respecto de la contraprestación que corresponde pagar al concedente con ocasión de la explotación comercial del terminal de carga internacional del Aeropuerto El Dorado de Bogotá.

En consecuencia, ordénase a la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A., OPAIN, que hasta tanto la referida discrepancia no sea puesta en conocimiento de alguna de las instancias previstas en el contrato como mecanismo de solución de controversias, pague la contraprestación prevista en la cláusula 60 del contrato de concesión, de conformidad con el dictamen que profirió la U.A.E. de Aeronáutica Civil atendiendo a la cláusula 77.2 del contrato.

Cuarto: Denégase el amparo colectivo a la moralidad administrativa, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Quinto: Denégase el reconocimiento del incentivo económico por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Sexto: No hay lugar a la condena en costas.

Séptimo: En firme esta providencia, archívese el expediente.

I. ANTECEDENTES

1. Primera Instancia

1.1 La demanda

El 16 de diciembre de 2010, el señor Juan Carlos Ortiz Cristancho ejerció acción popular contra la Nación-Ministerio de Transporte, la Aeronáutica Civil, OPAIN S.A y OTCA S.A.S para que se proteja la moralidad administrativa y el patrimonio público, con medidas orientadas a que estas sociedades restituyan a la Nación los ingresos de la explotación comercial del terminal de carga del Aeropuerto Internacional El Dorado, que la concesionaria no ha transferido en la forma pactada.

1.1.1 Pretensiones

El actor popular pretendió¹:

Primero: [ordenar] a la Unidad especial de la Aeronáutica Civil que allegue copia íntegra del contrato de Concesión suscrito con la sociedad OPAIN S.A. para la construcción, mantenimiento y operación del Aeropuerto el Dorado.

Segundo: [ordenar] a la sociedad OPAIN S.A. que allegue copia del contrato de Arrendamiento suscrito entre ella y la sociedad OTCA S.A. sobre el terminal de Carga Internacional del Aeropuerto el Dorado.

Tercero: [ordenar] a la sociedad OTCA S.A. que allegue copias de los contratos de subarrendamiento celebrados sobre la totalidad de las unidades que conforman el área concesionada del terminal de Carga Internacional del Aeropuerto el Dorado.

Quinto: (sic) [ordenar] a la Unidad Especial de la Aeronáutica Civil que presente una relación detallada de los dineros que han ingresado al

¹ Demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de diciembre de 2010.

fideicomiso con ocasión del arrendamiento del terminal de carga internacional del Aeropuerto El Dorado de Bogotá, D.C.

Sexto: *Una vez se determine el real ingreso que la sociedad OTCA S.A.S (sic) recibe por arrendamientos de las diferentes unidades del total del área concesionada del Terminal Internacional de Carga del Aeropuerto El Dorado, solicito se ordene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA AERONÁUTICA CIVIL adoptar las medidas necesarias para recuperar, en el porcentaje pactado, los dineros dejados de percibir por parte de la Nación, por el concepto de los mencionado arrendamientos.*

Séptimo: *Ordenar a la sociedad OPAIN S.A efectuar el correspondiente pago de los dineros dejados de cancelar a favor de la Nación, durante el periodo en que se ha desarrollado el contrato de arriendo suscrito con la sociedad OTCA S.A.; esta suma deberá ser pagada de forma indexada y con intereses de mora a la máxima tasa comercial permitida, liquidada desde que la sociedad OTCA S.A., haya recibido los valores dejados de pagar, hasta el pago que ésta haga a respectivo encaro fiduciario (sic).*

Octavo: *requerir a los diferentes organismos involucrados en el desarrollo de la mencionada concesión aeroportuaria, para que adopten las medidas necesarias para que no se vuelvan a presentar las acciones y omisiones que dan lugar a la presente acción.*

Noveno: *que se condene a los demandados a recompensar a los actores de conformidad con el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.*

Décimo: *que se condene en costas a los demandados.*

1.1.2 Fundamentos

El actor apoya su solicitud de amparo, en síntesis, en las siguientes razones:

1.1.2.1 Previo concurso público, la Aeronáutica Civil concedió a OPAIN S.A. la construcción, administración, operación y mantenimiento del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá.

1.1.2.2 De conformidad con el contrato celebrado, la concesionaria debe transferir a la concedente el 46.16% de los ingresos por la administración y operación de la concesión, incluidos los de la explotación comercial de bodegas con un área aproximada de 106.000 m², que conforman el nuevo terminal de carga internacional.

1.1.2.3 OPAIN S.A. arrendó a OTCA S.A.S las bodegas recibidas en concesión, por un canon anual de \$9.500.000.000 y esta última las subarrendó por un valor superior, con cláusulas de confidencialidad que impiden a los órganos de control el acceso a este último contrato.

1.1.2.4 La concedente no ejerce control adecuado sobre los ingresos de la explotación comercial de los bienes públicos. Permite que los particulares se queden con el 46.16% de la diferencia entre el precio del arriendo y lo que OTCA S.A.S percibe por el subarriendo, en detrimento de la moralidad administrativa y el patrimonio público. Ello sucede, porque OPAIN S.A. puso la explotación comercial del terminal de carga internacional al margen del esquema financiero, de las obligaciones y derechos del contrato de concesión, con privilegio de los intereses particulares y detrimento del patrimonio público, en tanto liquida y transfiere la participación a la entidad estatal sobre el valor del contrato de arriendo, sin tener en cuenta los ingresos brutos provenientes de los pagos a cargos de los usuarios, como se convino en el contrato de concesión.

1.2 Intervención pasiva

1.2.1 Nación-Ministerio de Transporte

La entidad pública, a través de apoderado, sostuvo no constarle los hechos y se opuso a las pretensiones. Propuso la excepción de falta de legitimación, fundada en que no es parte en el contrato de concesión y que entre sus funciones no se comprende la de control, en la que el actor popular apoya el amparo solicitado –fls. 54 a 62-.

1.2.2 Aeronáutica Civil

La Unidad Administrativa Especial, actuando mediante apoderado, adujo que no le constan unos hechos, admitió los demás y manifestó que carecen de fundamento las razones de violación de los derechos colectivos en que el actor sostiene el amparo solicitado.

Al efecto, expuso que ya exigió a OPAIN S.A. adecuar la relación contractual

con OTCA S.A.S, para que no se le trasladen a este último las obligaciones y derechos de la concesión y se reliquide la participación, de manera que a la entidad estatal se le transfiera el 46.15% del total de los ingresos brutos de la explotación comercial del terminal de carga.

En ese sentido, explicó que i) con fundamento en los informes del interventor, el 23 de agosto de 2010, le manifestó a la concesionaria que no puede trasladarle a un arrendatario los derechos sobre la explotación económica de los bienes públicos, porque *“...ello estaría en abierta contradicción de lo estipulado”* en el contrato de concesión n.º 6000169-OK-2006; ii) el 29 de noviembre siguiente, le reiteró a OPAIN S.A. que debe pagar a la concedente la contraprestación del 46.16% sobre los ingresos brutos de la explotación comercial de las bodegas de carga, incluyendo los del subarriendo; iii) el 1º de diciembre posterior, la concesionaria respondió en el sentido de atender la interpretación de la concedente y reliquidar la contraprestación del primer semestre de 2010, con base en el ingreso bruto del subarriendo, reservándose el derecho de convocar un tribunal de arbitramento para dirimir la controversia en esa materia; iv) el 22 de diciembre de 2010, después de un nuevo requerimiento, OPAIN S.A. pagó a la concedente el valor reliquidado y v) el 26 de enero de 2011, la concesionaria remitió la reliquidación del semestre anterior, por un valor de \$1.299.019.536, que la concedente no recibió a satisfacción, dadas *“...la imposibilidad de la firma interventora de cotejar y verificar la suma liquidada”* y la necesidad de reportar todos los ingresos brutos, *“incluidos los causados por la explotación comercial de la nueva terminal de carga por parte de OPAIN S.A. y/o OTCA S.A.S”*.

En esas condiciones, la Aeronáutica Civil entiende resueltas las diferencias que originaron las transferencias de participación inferior a la pactada en el contrato de concesión, en las que se funda la acción popular –fls. 74 a 82-.

1.2.3 OTCA S.A.S

La sociedad demandada, a través de apoderado, negó los hechos y se opuso a las pretensiones –fls. 129 a 150-.

En su defensa adujo que:

i) la estructura legal y financiera del contrato de arrendamiento estuvo a cargo de OPAIN S.A., en ejercicio de la autonomía que le confiere el contrato de concesión para explotar comercialmente los bienes del terminal de carga;

ii) durante los años 2008 y 2009, OPAIN S.A. adelantó un proceso para la selección del arrendatario, en el que invitó a diferentes entidades, entre ellas a la estadounidense Lynxs Group LLC, que tiene amplia experiencia en gestión de terminales aeroportuarios y presencia en Colombia, a través de Lynxs Bogotá CargoPort;

iii) la entidad inicialmente seleccionada por OPAIN S.A. no garantizó la capacidad financiera para poner el terminal de carga en condiciones de explotación comercial con los más altos estándares internacionales de operación, por lo que, en diciembre de 2009, la concesionaria invitó nuevamente a Lynxs Group LLC a negociar las condiciones comerciales del arrendamiento ofrecido;

iv) ante las exigencias financieras del concesionario, Lynxs Group LLC invitó a Tribecapital Partners S.A. S.A.I para estructurar un fondo de capital privado, que se constituyó con los recursos de *“inversionistas institucionales empleados”* y bajo la vigilancia de la Superintendencia Financiera;

v) el 28 de enero de 2010, *“Tribeca y Lynxs solicitaron la constitución de la sociedad OTCA S.A.S con la finalidad de que sirviera como arrendatario para la celebración del Contrato de Arrendamiento respecto del Terminal de Carga Internacional”*;

vi) el 4 de febrero siguiente, OPAIN S.A y OTCA S.A.S suscribieron el contrato de arrendamiento del terminal de carga, por \$9.500.000.000 anuales. Este valor fue propuesto por el concesionario, *“atendiendo la realidad comercial entonces vigente y que aseguraba que con el monto se incrementaba sustancialmente los ingresos derivados por Aerocivil”*. Convinieron en que ese canon se paga como una suma global, con independencia del área arrendada y del resultado de las actividades del arrendatario, siendo de este último la obligación de ejecutar las inversiones para poner las bodegas en las condiciones exigidas de operación, el riesgo de la explotación, el derecho a subarrendar, la utilidad obtenida por su gestión y la confidencialidad de la información y

vii) Lynxs, Tribeca y sus socios no tienen con OPAIN y sus accionistas *“relación de ninguna índole que las vincule como entidades vinculadas o relacionadas, ni por participación en el capital, control, subordinación o de ninguna otra índole”*. Además de que *“OTCA S.A.S. reúne exclusivamente los legítimos intereses de sus accionistas, Lynxs Bogotá CargoPort y el Fondo de Capital Privado Terminal de Carga”*.

La arrendataria explicó que su relación con OPAIN S.A. no es aparente, pues se trata de un legítimo contrato de arrendamiento, acordado *“en términos comerciales ordinarios y totalmente libres de cualquier interés oscuro”*, con sujeción al derecho privado, sin que por ello la Aerocivil *“haya dejado de controlar los ingresos derivados de la explotación comercial del terminal”*, sobre los que debe dar cuenta la concesionaria y no el tercero arrendatario. Entiende que el contrato de concesión no obliga a incluir dentro de los ingresos brutos *“los percibidos por terceros beneficiarios de los servicios que presta OPAIN, de sus actividades comerciales en el Aeropuerto”* y que, en todo caso, la decisión de las controversias en esa materia *“es competencia exclusiva del juez del Contrato de Concesión”*.

A juicio de OTCA S.A.S, en cuanto a OPAIN S.A. le asiste el derecho de explotar comercialmente el terminal de carga a través del contrato de arrendamiento y ha pagado la contraprestación a la Aerocivil, *“teniendo como Ingresos Brutos del Terminal de Carga Internacional la totalidad de los que se han percibido por subarrendos”*, carece de fundamento la violación de los derechos colectivos en que el actor sostiene el amparo solicitado. Señala, además, que el juez popular no es el competente para dirimir la controversia sobre la remuneración pactada por las partes en el contrato de concesión.

En línea con esa argumentación, la arrendataria propuso la excepción de *“inexistencia de violación de los derechos colectivos”*, por considerar que en cuanto el contrato de concesión tiene como fin principal el de *“estimular la inversión privada en diversos proyectos de infraestructura”*, otorgando incentivos o provecho económico acordes con las obligaciones y riesgos que asume el particular, el arrendamiento celebrado con ese propósito en el marco de la concesión del aeropuerto no comporta violación de los derechos colectivos.

Agrega que, en virtud de la cláusula 60.1 del contrato de concesión suscrito,

OPAIN S.A. *“sólo está obligada al reconocimiento y pago de las sumas de dinero que en dicha cláusula se encuentran establecidas”*. Y que *“los valores y las sumas que hoy en día recibe el Estado por cuenta de la concesión de área aludida, son resultado y consecuencia directa del cumplimiento, desarrollo y ejecución de un contrato válido, existente y en vigor, dentro del cual se establecen precisamente dichos valores y no otros distintos”*.

Entender lo contrario, señala la demandada, implica imponerle al particular obligaciones a título gratuito o el subsidio de actividades onerosas que debe asumir el Estado. En ese sentido, afirma, los ingresos del subarriendo *“no son valores que hacen parte del patrimonio público o de la nación, sino del patrimonio y peculio privado de dicho arrendatario, y de allí que este último tenga plena libertad para darles la destinación que mejor le parezca, y que, adicional y consecuentemente, el Estado no tenga acción o recurso alguno para reclamar su reintegro o eventual devolución”*.

Concluye que, en cuanto en la celebración del contrato de arrendamiento no se actuó con desviación de poder, la arrendataria no ha participado en conducta o actuación que suponga detrimento patrimonial para el Estado y el actor no demostró la mala fe o actuaciones indebidas de los demandados, como le correspondía, es infundada la vulneración de los derechos colectivos invocados. Sin que sea de competencia del juez popular disponer medidas que no sean congruentes con una omisión o acción debidamente acreditada.

1.2.4 OPAIN S.A.

La concesionaria se opuso a las pretensiones, negó unos hechos y admitió los demás –fls. 176 a 210-.

Propuso la excepción de *“ausencia de vulneración de derechos e intereses colectivos”*, fundada en que, en cuanto i) el contrato de concesión se sujetó a las disposiciones de los artículos 48 de la Ley 105; 13, 32 y 40 de la Ley 80, el arrendamiento contratado con OTCA S.A.S. no está prohibido y el contrato de concesión autoriza al concesionario cumplir sus obligaciones a través de subcontratistas; ii) la explotación comercial del terminal de carga por el arrendatario *“no excluye la posibilidad de que a través de ella se estén cumpliendo*

las obligaciones” del concesionario; iii) el ánimo de lucro perseguido por el concesionario y su arrendatario se sujeta a los fines del contrato estatal, de que tratan las disposiciones de los artículos 3° y 4° de la Ley 80, en la medida en que con ello se garantiza un ingreso superior al que venía obteniendo la Aeronáutica Civil y se facilita las medidas de control previstas para *“impedir la evasión y la elusión de los ingresos no regulados”* y iv) el concesionario ha ejecutado de buena fe el objeto contratado, al punto que aceptó que, mientras el tribunal de arbitramento resuelve la controversia, pagará la participación a la concedente en la forma como esta la exige, no resulta posible *“hablar de una violación a la moralidad administrativa”*.

Asimismo, la demandada sostiene la ausencia de lesión al patrimonio público, fundada en que i) de conformidad con la remuneración convenida en la cláusula 60 del contrato de concesión, *“no existe para la entidad concedente derechos algunos sobre los ingresos que perciba OTCA S.A.S., porque el contrato de arrendamiento celebrado con esta constituye el único acto de explotación comercial”* que realiza OPAIN S.A. sobre el terminal de carga, ya que la arrendataria no subarrienda como beneficiaria real de aquella; ii) la participación que la concesionaria paga a la concedente por el arriendo comercial del terminal de carga se ajusta a la remuneración convenida, *“que no puede ser otra que la que, de acuerdo con los estudios previos, garantiza la expectativa financiera que tenía [la Aeronáutica Civil] al celebrar el contrato”*, pues de lo contrario se afecta el equilibrio económico en contra del concesionario y iii) las disposiciones del artículo 32 de la Ley 80 exigen contraprestación en favor del concesionario y no para la concedente, de donde resulta que la causa del contrato de concesión es la prestación del servicio y no la obtención de ingresos económicos para la entidad estatal, como lo sostiene esta Corporación².

Finalmente, concluye que, con la acción ejercida *“se pretende realizar una modificación a la manera en la que se calcula la remuneración a favor de la entidad concedente, incluyendo dentro de los ingresos brutos, aquellos obtenidos por contratistas de OPAIN que no se encuentran dentro de la categoría de beneficiarios reales”*. Asunto que, a juicio de la concesionaria, *“no puede ser ventilado en sede de la acción popular, toda vez que implicaría un análisis de conveniencia acerca de la decisión que fue tomada por la administración”*, al

² En su apoyo cita a la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en las sentencias dictadas en los expedientes AP 08001-23-31-000-2003-01014-01, ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez y AP 19001-23-21-000-2005-00993-01, ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

celebrar el contrato de concesión.

1.2.5 Contraloría General de la República

Con el auto admisorio, el Tribunal dispuso notificarle la demanda al Contralor General de la República, en cuanto tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y la protección del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público –fls. 31 a 41-.

El órgano de control se opuso a la vinculación procesal y a las pretensiones, por considerar que no es la llamada a responder por los hechos en que se fundan. Señaló, además, que estos últimos deben ser probados por el actor popular.

En su defensa, adujo la inexistencia de nexo causal entre los hechos, en cuanto referidos al contrato de concesión celebrado por la Aeronáutica Civil y el control a su cargo, por ser este posterior, selectivo y sin facultades de coadministración.

Propuso las excepciones de i) falta de legitimación, por no encontrar razón para relacionar su actividad con la vulneración de los derechos colectivos invocados; ii) improcedencia de la vinculación a la acción popular, porque el demandante no le atribuye al órgano de control la presunta amenaza o violación que se pretende hacer cesar e iii) inexistencia de responsabilidad de su parte, por cuanto en el presente caso la Contraloría ha desplegado las acciones que le corresponden en ejercicio del control fiscal.

1.3 Alegatos de conclusión

1.3.1 Demandante

A juicio del actor popular, procede que se amparen los derechos colectivos invocados, porque, además de que la Aeronáutica Civil aceptó que percibe un valor inferior al convenido por la explotación comercial del terminal de carga internacional y el informe del interventor da cuenta de que OPAIN S.A. ha dejado de girar a la Nación los valores correspondientes a los ingresos del subarriendo, *“no se ha efectuado un corte definitivo de las mencionadas cuentas, por cuanto ni*

la Aeronáutica Civil, ni la interventora, tienen cifras oficiales del 100% de los ingresos percibidos por OTCA, por concepto de arrendamientos; por su parte, ni OPAIN, ni OTCA, han esclarecido el verdadero ingreso bruto recibido por el mismo concepto” –fl. 405-.

Asimismo, el actor pone de presente que las demandadas no aportaron la información suficiente para determinar el valor de los ingresos de la explotación comercial, como se les ordenó en este proceso. Así, señala, se limitaron a entregar copia de 42 contratos de subarriendo de 40.373,40 m², esto es el 45.64% del total de 106.000 m² del terminal de carga, que la concesionaria arrendó a OTCA para que los subarrendara por un valor superior. Y a pesar de que el canon de subarriendo se convino en valores unitarios por m², con gastos reembolsables, se omitieron los datos sobre estas erogaciones. Además, en el caso del subarriendo a DHL EXPRESS, COL INT FOOD FRANCHISES, FRISBY S.A., OMA y TYPYCOS nada se informó sobre las áreas subarrendadas y el ejercicio de la opción conferida, de las que depende el valor de la renta. Y también dejaron de informar la destinación y las áreas en el caso de los contratos suscritos con DESACOL y GIRAG, en los que se pactó un canon diferencial, dependiendo del uso para oficina y bodegas.

Sostiene que, del análisis de la información reportada parcialmente por las demandadas, resulta que por el 45.64% del área total arrendada, OTCA S.A.S. percibe \$13.163.830.894,08 al año. Suma que excede en \$3.663.830.984 el canon de arriendo convenido con OPAIN por \$9.500.000.000. De donde la concesionaria habría dejado de transferir a la Nación la participación del 46.16% en los ingresos de la concesión, o sea \$1.691.224.382,25. De igual forma, sostiene el actor, al proyectar esa renta al 54.36% del área restante del terminal de carga internacional arrendado, los ingresos totales de la explotación económica ascenderían a la suma \$28.845.731.007,38 en cada año, aproximadamente, de los cuales el 46.16% le corresponden a la Nación, esto es \$13.315.189.433.

Concluye que, en cuanto las demandadas ocultaron información relevante para determinar *“la realidad de los ingresos que genera el terminal de carga internacional, por concepto de arrendamientos”* y la suministrada permite evidenciar un detrimento patrimonial en contra de la Nación, equivalente al 46.16% de lo que la concesionaria debía pagar en cumplimiento del contrato de concesión, deben acogerse las pretensiones *“en pro de restaurar la moralidad administrativa*

en defensa del patrimonio público” –fls. 404 a 412-.

1.3.2 Contraloría General de la República

El órgano de control reiteró la defensa expuesta con la contestación de la demanda, en el sentido de que i) no existe nexo causal entre los hechos en que se funda la acción y sus actuaciones; ii) no le es dado coadministrar la actividad contractual de las entidades públicas y iii) ejerció las funciones que le competen, en tanto realizó auditorías a la Aeronáutica Civil y, el 17 de noviembre de 2010, formuló el control de advertencia, orientado a evitar el detrimento patrimonial al que se refieren los hechos de la demanda –fls. 390 a 396-.

1.3.3 Nación-Ministerio de Transporte

La entidad ministerial reiteró falta de legitimación en la causa, por considerar que no es parte en el contrato *sub judice*, celebrado entre la Aeronáutica Civil y OPAIN S.A.

A su juicio, no le cabe ninguna responsabilidad en este proceso, *“en el entendido de que no hay una relación de causalidad entre los hechos denunciados por el demandante, toda vez que las funciones a su cargo no tienen relación con las que ejerce la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil”* –fls. 397 a 399-.

1.3.4 OPAIN S.A.

En esta oportunidad la concesionaria insistió en que deben despacharse desfavorablemente las pretensiones, por ausencia de vulneración de los derechos invocados.

Reiteró que habiéndose sujetado el contrato de concesión al ordenamiento, a los fines estatales y a la buena fe, no resulta posible sostener la afectación de la moralidad administrativa.

Sostuvo que, en cuanto la contraprestación del 46.16% pactada sobre los

ingresos del concesionario i) se ajusta a los fines y la causa de la concesión, ii) es superior a la que percibía la Aerocivil antes de la celebración del contrato de arrendamiento y iii) se calcula y transfiere sobre los ingresos brutos de OTCA S.A.S., hasta tanto el tribunal de arbitramento resuelva la controversia en esa materia, carece de sustento la vulneración de la defensa del patrimonio público invocada por el actor.

Finalmente, expuso que la acción popular debe limitarse al estudio de los derechos colectivos, sin que resulte posible *“suplir las acciones que están establecidas para resolver controversias contractuales”*, como lo pretende el actor, al procurar que se modifique el contrato suscrito para que se pague *“la remuneración a favor de la entidad concedente, incluyendo dentro de los ingresos brutos, aquellos obtenidos por contratistas de OPAIN que no se encuentren dentro de la categoría de beneficiarios reales”* –fls. 413 a 445-.

1.3.5 OTCA S.A.S

La sociedad arrendataria concluyó que, en tanto el actor popular no probó que *“el patrimonio del Estado haya sido manejado de manera negligente y/o que las conductas desplegadas por los accionados (especialmente por OTCA S.A.S) vayan en contravía de lo dispuesto en la ley”* –fl. 447-, sean contrarias a la buena fe o al interés de la colectividad, la acción es infundada. Además de que, a su juicio, no le resulta posible al juez popular resolver la controversia existente entre las partes por los derechos nacidos del contrato, en la que se fundamenta en este caso la acción ejercida.

Sostuvo la ausencia de vulneración del patrimonio público, fundada en que en el contrato de concesión suscrito entre la Aerocivil y OPAIN S.A se pactó la contraprestación en favor del Estado, con sujeción al ordenamiento. Y que, en cuanto lo que *“reclama y extraña el accionante es que los valores que recibe el Estado por concepto de la concesión otorgada por OPAIN S.A. son muy inferiores a los que en teoría debería recibir”*, la acción se orienta a imponerle a la concesionaria una obligación al margen del contrato celebrado, del ordenamiento y de la protección de los derechos colectivos.

A juicio de la demandada, *“si no le asiste derecho contractual alguno a la Aeronáutica Civil sobre los ingresos percibidos por OTCA S.A.S. no es posible*

hablar de una mengua en su patrimonio, toda vez que si dichos ingresos no tienen la finalidad de acrecentar su patrimonio, el no recibirlos no podría causarle afectación alguna". Y, en cuanto, desde antes de la presentación de la demanda, el concesionario aceptó liquidar y pagar la contraprestación en la forma como lo entendió la concedente, esto es sobre los ingresos percibidos por OTCA, son inexistentes los hechos en que se funda la acción.

En lo que toca con la moralidad administrativa, la arrendataria concluyó que no están acreditados el quebrantamiento del ordenamiento y la corrupción de los fines y principios de la administración, exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para conceder el amparo constitucional invocado. A su juicio, ello es así, porque, en cuanto i) el ordenamiento y el contrato celebrado no prohíben la explotación comercial de los bienes de la concesión mediante el subarriendo; ii) la obtención de utilidades para el particular es un fin del contrato estatal, protegido por la Ley 80 de 1993 y iii) los cánones percibidos por OTCA S.A.S. no hacen parte del patrimonio público, no resulta posible hablar de una violación de la moralidad administrativa –fls. 446 a 459-.

1.3.6 La Aeronáutica Civil

La entidad pública señaló en esta oportunidad que i) el contrato de arrendamiento entre OPAIN S.A. y OTCA S.A.S. es de la entera responsabilidad de la concesionaria y ii) en su calidad de concedente ha adelantado las gestiones para salvaguardar los recursos públicos que deben generarse por la concesión, tan es así, que ha mantenido su posición en el sentido de que se le pague la contraprestación sobre los ingresos brutos de la explotación comercial del terminal de carga internacional y le solicitó a la Contraloría General de la República el apoyo para que los recursos no queden en manos y bajo el control de OTCA S.A.S.

1.4 Concepto del Ministerio Público

La Procuraduría 134 Judicial II Administrativa de Bogotá D.C. encontró que los contratos entre las entidades accionadas se celebraron y se han ejecutado con sujeción al ordenamiento y a lo convenido, por lo que *"mal podría entonces decirse que existe violación de los derechos colectivos"*. Entiende que, en tanto los cánones de subarriendo de los bienes públicos no pertenecen al patrimonio

estatal, el arrendatario *“tiene plena libertad para darle la destinación que considere conveniente y, en consecuencia, el Estado no tiene acción o recurso para reclamar su reintegro o eventual devolución”* –fl. 469-.

Concluyó que, en cuanto el actor popular no acreditó *“que la actuación de la administración fuera contraria a los propósitos del servicio público, bajo un actuar honesto, desinteresado y respetuoso de las normas”*, no son de recibo sus pretensiones -fls. 460 a 470 c.p.-.

1.5 Sentencia de primera instancia

La Sala de Decisión de la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró falta de legitimación del Ministerio de Transporte, desestimó las otras excepciones propuestas, amparó el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público y negó las demás pretensiones.

El Tribunal concluyó que el Ministerio de Transporte *“no tiene responsabilidad alguna en los hechos denunciados en la demanda”*, dado que el ordenamiento asigna la administración de los aeropuertos a la Unidad Especial de Aeronáutica Civil, con autonomía administrativa y contractual.

En lo que toca con la Contraloría, el *a quo* desestimó la desvinculación del proceso, por considerar que las omisiones en el ejercicio del control a su cargo eventualmente pueden transgredir el derecho a la defensa del patrimonio público, además de que el ordenamiento prevé su vinculación en las acciones populares, *“como garante de la defensa de ese bien jurídico”*. Y concluyó que en el caso concreto no caben reproches contra el órgano fiscalizador, porque este cumplió sus funciones, en cuanto advirtió a la entidad concedente que *“con ocasión de la ejecución del contrato de arrendamiento objeto de la controversia, se podría causar detrimento al patrimonio público”* –fl. 541-.

En relación con la excepción de ausencia de vulneración de derechos colectivos, propuesta por OPAIN S.A., consideró que no constituye *“impedimento para continuar adelante con el trámite del proceso”*, sino *“una excepción de mérito... que debe resolverse con el fondo de la controversia”*.

El *a quo* consideró que, conforme con la jurisprudencia de esta Corporación,

la competencia del juez popular para pronunciarse sobre asuntos relativos al contrato estatal se sujeta a i) la protección de los intereses colectivos, sin que le sea dado dirimir conflictos sobre los derechos nacidos del contrato y ii) que no curse acción contractual sobre los mismos asuntos, porque, de ser así, prevalece esta última. Circunstancias que encontró acreditadas en el *sub judice*, por considerar que el hecho de que a la entidad pública no ingrese el 46,16% del valor del subarriendo de los bienes de la concesión *“podría significar una afectación a los derechos colectivos, y en particular al patrimonio público”* y que las partes no han ejercido la cláusula compromisoria, de cara a resolver las diferencias contractuales en esa materia.

Entrando al fondo del asunto, encontró que la controversia entre el interventor del contrato y la concesionaria por la liquidación de la participación de la entidad estatal, *“cierne un peligro sobre el derecho colectivo al patrimonio público”*, pues, como aquel lo advirtió, por la explotación comercial del terminal de carga a través del arrendamiento se reduce, en *“\$17.903.939.243 anuales a valores constantes del año 2010”*, la contraprestación pactada en favor de la concedente. El *a quo* consideró, además, que, si bien esta última emitió el dictamen previsto en la cláusula 77.2 del contrato de concesión para resolver la controversia, en el sentido de que la participación estatal es sobre los ingresos brutos de la explotación comercial, a la concesionaria le asiste el derecho de no acoger la interpretación de la administración y convocar un tribunal de arbitramento.

En esas circunstancias, el juez de primera instancia dispuso que, para proteger el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público mientras se resuelve la controversia, la concesionaria debe transferir a la concedente la participación en la forma señalada en el dictamen, que esta emitió al amparo de la cláusula 77.2 del contrato suscrito.

Finalmente, el Tribunal concluyó la no afectación de la moralidad administrativa, por considerar que no se comprobó que las demandadas hayan contravenido los fines estatales. Negó el incentivo económico, fundado en la derogatoria dispuesta por la Ley 1425 de 2010. Asimismo, no reconoció las costas procesales, por considerar que *“la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda no obedeció a que el actor popular haya demostrado los supuestos de hecho y de derecho que denunció”*, sino que resultó del estudio, *ex officio*, del asunto.

2. Segunda Instancia

2.1 La apelación

2.1.1 Del demandante

El actor popular ejerció el recurso de apelación para que se revoque parcialmente la sentencia y, en su lugar, se despachen favorablemente las pretensiones séptima, octava, novena y décima, *“en pro de restaurar la moralidad administrativa en defensa del patrimonio público (sic)”* –fls. 573 a 585-.

Expone el recurrente que, pese a que se decretaron y practicaron las pruebas pedidas con la demanda, el juez de primera instancia omitió valorarlas. Y que, sin razón que lo justifique, tampoco se pronunció sobre la valoración que de las mismas presentó el actor al alegar de conclusión; etapa en la que, además, presentó un estudio de los ingresos del subarriendo y los valores pagados por OPAIN S.A. a la Nación por la explotación de los bienes de la concesión, del que se concluye la afectación de los derechos colectivos invocados.

Pone de presente cómo la reticencia de las sociedades OTCA S.A.S y OPAIN S.A. a reportar los ingresos percibidos por el arrendamiento de los bienes públicos, mantenida aún en este proceso, ha llevado a que *“los valores de reajuste del primer semestre del año 2010, todo el año 2011 y lo que va corrido del año 2012, están aún sin determinar”*. Señala el actor que, pese a que el Tribunal ordenó a las demandadas entregar toda la información relativa a los contratos, estas omitieron los datos relevantes para la determinación de los ingresos que deben transferir a la Nación.

En ese sentido, llama la atención sobre el hecho de que las demandadas excluyeron de unos documentos contractuales los folios que dan cuenta de las áreas arrendadas, pese a estar pactado el canon en precios unitarios por m², mientras de otros contratos omitieron lo atinente al ejercicio de la opción, convenida sobre el valor del canon a partir del segundo año de subarriendo. Asimismo, nada dijeron de los *“Gastos Operaciones Reembolsables”* de que tratan esos negocios. Además de que lo reportado corresponde solamente a un área de

\$48.373,40 m², de un total de 106.000 m² explotados a través del arrendatario de la concesionaria.

En esas condiciones, enfatiza el actor en que la estrategia de las demandadas ha imposibilitado conocer los ingresos reales por concepto de la explotación comercial del terminal de carga internacional, impidiendo el corte definitivo de la contraprestación que se debe transferir al patrimonio público.

Concluye que, en todo caso, la información, allegada al proceso a instancias suyas, sobre los 39 contratos de subarriendo de las bodegas del terminal de carga celebrados por OTCA S.A.S., resulta pertinente y conducente para demostrar que OPAIN S.A. ha transferido a las arcas estatales un valor inferior al 46.16% convenido en el contrato de concesión suscrito. Pues, con la información parcial reportada por estas sociedades y la suministrada por la concedente en la contestación de la demanda, *“se podría decir que se habría dejado de reportar la suma de \$28.845.731.007,38 anuales, aprox., de los cuales el 46.16%, es decir \$13.315.189.433, anuales le corresponderían a la Nación”* –fl. 577-.

En esas condiciones, a juicio del actor popular, la estrategia de las sociedades demandadas, la información reportada y la omisión de la entidad concedente, permiten concluir la afectación de los derechos colectivos invocados en la demanda, en contra de los intereses de la Nación.

Siendo así, concluye el recurrente, las medidas adoptadas con la decisión recurrida resultan insuficientes para proteger los derechos colectivos afectados. Pues, acreditada su vulneración, como en efecto lo concluyó el Tribunal, se debió proceder a *“reconstituir el patrimonio público, ordenando a OPAIN y OTCA, girar a la Nación los valores dejados de girar por concepto del pago de 46.16% de los ingresos brutos obtenidos por concepto de los arrendamientos recibidos del terminal de carga internacional del Aeropuerto El Dorado”*, como se pidió en la demanda.

En lo relativo al reconocimiento del incentivo económico y las costas del proceso, el recurrente aduce que no le era dable al Tribunal *“...afirmar que no hubo actividad probatoria alguna por parte del actor”*, porque lo que en realidad sucede es que las pruebas pedidas con la demanda, decretadas y allegadas al proceso *“fueron absolutamente desconocidas o desdeñadas por adquo (sic), al*

omitir su deber de valoración conjunta”.

Agrega que, en cuanto presentó la demanda en vigencia de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 y se acreditó la vulneración de los derechos colectivos invocados, debe reconocérsele el incentivo económico de que tratan esas disposiciones. Sin para esos efectos resulte aplicable la Ley 1425 de 2010, dada la salvaguarda constitucional de los principios de legalidad, seguridad jurídica, debido proceso, confianza legítima e irretroactividad de la ley sustancial. Vulnerados, todos ellos, al decir del recurrente, con la decisión de negarle el reconocimiento económico, fundada en la derogatoria dispuesta por esta última ley.

2.1.2 De la parte demandada

La sociedad OPAIN S.A. apeló la sentencia de primera instancia, para que sea revocada y se niegue el amparo solicitado, por considerar que los ingresos que percibe de OTCA S.A.S por el arrendamiento del área de la que es concesionaria, *“no lesionan derecho colectivo alguno, por las razones expuestas al contestar la demanda”* –fls. 562 a 569-.

Alega la recurrente que la sentencia debe ser infirmada, porque:

i) se funda en el supuesto errado de una controversia entre el interventor y la concesionaria, de las señaladas en la cláusula 77 del contrato de concesión suscrito, susceptible de ser decidida mediante la interpretación unilateral de la administración, cuando en realidad se discute *“el alcance de la cláusula de remuneración contenida en el contrato”*. Asunto que, por no amenazar la paralización o afectación grave del servicio, no puede ser objeto de la facultad excepcional de interpretación, conferida por el artículo 15 de la Ley 80 de 1993;

ii) pasa por alto la inexistencia de faltas a la honestidad y pulcritud en el manejo de los recursos, que quebranten el derecho colectivo al patrimonio público, para centrarse el Tribunal en un asunto propio de las acciones contractuales, relativo a la remuneración pactada, sometido a cláusula compromisoria y, por tanto, ajeno a la competencia del juez popular;

iii) es contradictoria en sus fundamentos, dado que al tiempo que se sostiene en la existencia de una controversia que amenaza el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, concluye que ese conflicto ya fue decidido mediante la interpretación unilateral de la concedente. Además, el amparo concedido carece de objeto, en tanto *“OPAIN ha venido pagando sobre los ingresos obtenidos por OTCA S.A.S., de conformidad con una decisión autónoma, y no con base en el concepto rendido por la entidad concedente”* y

iv) desconoce los elementos probatorios, que dan cuenta de que el único ingreso que percibe OPAIN S.A. por la explotación de los inmuebles arrendados es el canon convenido con OTCA S.A.S. y, en todo caso, el dictamen de la concedente no se refiere a los ingresos brutos, como lo entendió el *a quo*, sino *“a los ingresos percibidos por O.T.C.A. S.A.S”*.

2.2 Alegatos finales

2.2.1 Demandante

En esta oportunidad, el actor manifestó que la concesionaria OPAIN S.A. arrendó a OTCA S.A.S. -esta última constituida ocho días antes de ese negocio-, las unidades que componen el terminal de carga, para, de esta manera, *“...recibir mucho más de lo que le entregan a la Nación”*.

Reitera que, en tanto los elementos probatorios allegados al proceso a petición suya dan cuenta de que la concesionaria le transfiere a la Nación un valor inferior al convenido, amparada en un esquema contractual que transfiere al arrendatario los derechos de la concesión y oculta el valor de los ingresos reales de la explotación comercial, procede que se complemente el amparo de los derechos colectivos afectados, con las órdenes de restituir al patrimonio público los recursos dejados de pagar por la concesionaria y reconocer el incentivo económico y las costas del proceso, de conformidad con los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, vigentes cuando se presentó la demanda en este proceso –fls. 604 a 615 -.

2.2.2 Demandados

2.2.2.1 El Concesionario

OPAIN S.A., a través de apoderado, insistió en que:

i) la decisión recurrida está viciada de falta de competencia, en cuanto al juez popular no le corresponde pronunciarse sobre la legalidad de los negocios y *“entrar a analizar la conveniencia y oportunidad de los mecanismos empleados por las partes para el cumplimiento de los derechos y obligaciones”*, dada la naturaleza privada de los contratos celebrados;

ii) no tiene vinculación societaria con OTCA S.A.S. y, por tanto, no resulta posible afirmar que los ingresos que *“no estaban ingresando a la base para el cálculo de la remuneración a la AEROCIVIL, fuesen percibidos por OPAIN S.A.”*;

iii) la explotación de los bienes de la concesión a través del arriendo a OTCA S.A., lejos de demostrar un manejo indebido, negligente, ineficiente o ajeno a los fines del servicio público, demuestra –se destaca– *“la prestación del servicio en mejores condiciones, **maximizando no sólo la rentabilidad de la explotación, sino además optimizando el uso de los recursos**”*, sin que pueda entenderse que los ingresos le corresponden a la Nación, pues la causa del contrato estatal no es la obtención de recursos, sino la prestación de los servicios públicos;

iv) conforme con lo pactado en el contrato de concesión, *“la base para el cálculo [de la participación estatal] está compuesta única y exclusivamente por los ingresos brutos percibidos por OPAIN con ocasión de la explotación del Aeropuerto Internacional El Dorado”*;

v) en cuanto son del concesionario todos los riesgos del objeto contratado, no resulta posible limitarle la libre gestión y trasladar a la concesión *“riesgos y consecuencias de contratos celebrados con ocasión de éste como ocurre con aquel suscrito con OTCA”*;

vi) en virtud de la sociedad de hecho que surge entre la concedente y el concesionario, por el desarrollo del objeto contractual, no resulta posible que, además de la participación estatal en los ingresos que percibe el contratista, se

imponga que este *“debe remunerar a la Entidad por los ingresos que terceras personas perciban en virtud de contratos celebrados”* y

vii) la interpretación del Tribunal, en el sentido de que la concedente recibe una participación inferior al 46.16%, por el hecho de no incluir en la base de cálculo los ingresos que percibe el subarrendatario, desconoce el criterio de esta Corporación³, conforme con el cual el contrato de concesión n.º 6000169OK, celebrado entre la Aerocivil y OPAIN, *“es un conjunto de actividades que... no puede tratarse de manera aislada o independiente” –fls. 588 a 603-*.

2.2.2.2 La concedente

La Aeronáutica Civil intervino en esta oportunidad para solicitar que se confirme la decisión de primera instancia y, en todo caso, se tenga en cuenta que *“...no apeló la sentencia, porque le fue favorable de manera definitiva”* y que, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*, no se le puede desmejorar esa situación, *“...porque además se convertiría en un fallo extrapetita”*.

Para la concedente, de conformidad con el contrato suscrito, la autonomía del concesionario para explotar las áreas comerciales de la concesión, no comprendidas en la prestación del servicio público aeroportuario, para el caso las bodegas del terminal de carga, se sujeta a que i) el *“agente externo”* colaborador del contratista sea un beneficiario real suyo o de alguno de sus miembros, ii) no delegue *“...de manera unilateral en un tercero su cumplimiento y por ende desprenderse de su propia responsabilidad”*; iii) *“los Ingresos No Regulados originados en el Nuevo Terminal de Carga”* sean recibidos directamente por OPAIN S.A. y manejados a través de la subcuenta principal del fideicomiso del contrato estatal y iv) a la totalidad de los ingresos de la explotación comercial de los bienes públicos se les dé la destinación convenida, esto es que se contabilicen como ingresos brutos y se transfiera el porcentaje pactado en favor de la entidad estatal.

En esas circunstancias, señala la concedente, OPAIN S.A. no podía transferirle al arrendatario OTCA S.A.S. el *“total de las obligaciones contenidas en*

³ Se refiere al concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, el 13 de agosto de 2009; radicación 195211001-03-06-000-20009-00033-00, ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.

el numeral 7.2 del Apéndice F-ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE OPERACIÓN del contrato de concesión 6000169-OK-2006”, como lo hizo al celebrar el contrato de arrendamiento n.º OP-COM-AE-09, para la explotación comercial de las bodegas del terminal de carga.

En ese mismo sentido, enfatiza en que, siendo la causa de la explotación económica de los bienes públicos el contrato de concesión suscrito, no resulta posible entender que la Nación no tiene participación en los ingresos integrales del arrendamiento. Así las sociedades pretendan sacar esas rentas del ámbito de la responsabilidad del concesionario, para manejarlas a través del subarriendo, al margen del contrato estatal, porque los cánones de subarriendo constituyen ingresos brutos de la explotación comercial para la que fueron concedidos los bienes públicos a OPAIN S.A.

En esas circunstancias, considera que, de no incluirse los cánones del subarriendo en la participación a la que tiene derecho la Nación por la concesión, se afectaría el patrimonio público y se configuraría un enriquecimiento sin causa en favor de OPAIN S.A. y OTCA S.A.S. Como también lo concluyeron la Contraloría General de la República, en los términos del control de advertencia y el Tribunal *a quo*, en cuanto la sentencia de primera instancia amparó el derecho colectivo.

Por las anteriores razones, expone la entidad estatal, el concesionario debe contabilizar los cánones de subarriendo como ingreso bruto, manejarlo a través de la subcuenta principal del fideicomiso y pagar la contraprestación sobre ese ingreso. Y no como lo viene haciendo, pues “... *le está dando el tratamiento de pasivo-ingresos para terceros y pagando un valor adicional como contraprestación de ese ingreso*”. Sin estar autorizado para ello, pues el concesionario no puede recibir “*ingresos para terceros*” por cuenta de la concesión, ni manejar ese tipo de recursos a través del fideicomiso, como lo hace en virtud del esquema financiero que adoptó unilateralmente para la explotación comercial de los bienes públicos.

Explica la Aerocivil que, de conformidad con el contrato de concesión “...*no basta con darle [al canon] el tratamiento de ingreso bruto, sino que debe tratarse también como ingreso bruto, es decir contabilizarlo correctamente como ingreso bruto y pagar la contraprestación como ingreso bruto*” –fl. 627-.

Pone de presente que ante la Contraloría General de la República cursa la Indagación Preliminar n.º 01917 “...para determinar el posible detrimento patrimonial que le está generando al Estado el manejo de los recursos derivados del mencionado contrato de arrendamiento” y que, en todo caso, de mantenerse la sentencia de primera instancia, “...es imperiosa la necesidad de que la controversia dirimida por la Aerocivil en su etapa administrativa sea resuelta por un Tribunal de Arbitramento”, dadas la transitoriedad de las medidas adoptadas por el *a quo* en este proceso y la negativa de la concesionaria a sujetar la explotación comercial de los bienes al contrato de concesión suscrito.

2.2.2.3 Ministerio de Transporte

La entidad ministerial, a través de apoderado, solicita que se mantenga la decisión de declarar su falta de legitimación en este proceso, en cuanto no tiene ningún tipo de incidencia y no percibe beneficios en el contrato de concesión *sub judice* –fls. 570 a 572-.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Conforme con los artículos 15 de la Ley 472 de 1998⁴ y 1º del Acuerdo número 55 de agosto 5 de 2003⁵ expedido por la Sala Plena esta Corporación, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que el 6 de septiembre de 2012 resolvió la acción popular de la referencia, sobre asuntos contractuales, relacionados con el derecho a la moralidad administrativa, en contra de la Nación-Ministerio Transporte, la Unidad

⁴ Según esta norma, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acciones populares originadas en “(...) actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas”.

⁵ Conforme a lo dispuesto en esta norma, corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer, por reparto, de “(...) las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquéllas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa”.

Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, la Contraloría General de la República, la contratista OPAIN S.A. y la subcontratista OTCA S.A.S.

2. El asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del 6 de septiembre de 2012, proferida por Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para i) amparar transitoriamente la defensa del patrimonio público, amenazado en razón de la controversia surgida en torno al pago de la contraprestación pactada en favor de la entidad concedente y ii) negar las demás pretensiones, fundada esta decisión en que las entidades enjuiciadas no amenazaron ni vulneraron la moralidad administrativa y al actor no le asiste el derecho al incentivo económico y a las costas, dadas la derogatoria dispuesta por la Ley 1425 de 2010 y la inactividad probatoria que se le endilgó.

Lo anterior, por cuanto el actor popular sostiene que las medidas adoptadas por el *a quo* resultan insuficientes para proteger eficazmente la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público. Pues, considera que, en cuanto son vulnerados con la estrategia financiera adoptada por OPAIN S.A y OTCA S.A.S., para sustraer del contrato de concesión los ingresos reales de la explotación comercial del terminal de carga internacional del aeropuerto El Dorado y ocultar la información relevante para determinar el monto de la contraprestación debida a la Nación, al punto que la concedente no conoce el valor de los ingresos ni ha dispuesto el corte definitivo de las cuentas, debe disponerse lo necesario para que se restituyan al patrimonio público los recursos dejados de transferir por el concesionario. Asimismo, plantea que el desconocimiento del derecho al incentivo económico y a las costas, vulnera los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica, debido proceso, confianza legítima e irretroactividad de la ley sustancial.

Por su parte, la concesionaria del Estado se opone a la procedencia del amparo, por considerar que las partes reservaron al tribunal de arbitramento la competencia para dirimir la controversia en que se fundan las pretensiones y que carece de fundamento la vulneración de los derechos invocada. En síntesis, para la recurrente, no hay afectación de los derechos colectivos, porque i) a la entidad

concedente no le asiste derecho alguno sobre los ingresos percibidos por la explotación comercial de los bienes públicos a través del subarriendo; ii) el pago de la contraprestación por la explotación comercial de los bienes públicos al margen de la maximización de la renta obtenida por el particular no es contrario a los fines estatales; iii) el concesionario no está obligado a dar cuenta a la concedente de los ingresos obtenidos por terceros en desarrollo de la concesión y iv) la concesionaria aceptó pagar la contraprestación a la Aeronáutica Civil en la forma como esta lo exige.

Para el efecto, la Sala abordará el estudio de la protección de los derechos colectivos invocados en el contexto de la acción ejercida y del régimen de la concesión de la explotación comercial de los bienes públicos, para luego decidir lo que corresponda sobre el juicio de moralidad y de defensa del patrimonio público, a partir de las actuaciones, decisiones y demás hechos acreditados en el proceso.

3. Protección de los derechos colectivos. La acción popular frente a los contratos estatales

Desde hace varios años, la jurisprudencia de la Sala Plena Contencioso Administrativa y de la Sección Tercera de esta Corporación da por sentado que la acción popular procede para proteger eficazmente la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en el ámbito de la actividad contractual de la administración pública, sin que resulte válida la pretensión de subordinarla a la existencia de controversias entre las partes pendientes de decisión o al ejercicio de las acciones contractuales.

Conforme con esos criterios jurisprudenciales, no cabe la menor duda en cuanto a la procedencia de la acción popular para proteger eficazmente los derechos colectivos, cuando son amenazados o vulnerados en el marco de la actividad contractual del Estado. Casos en los que proceden medidas definitivas, incluso la declaratoria de nulidad de los contratos, la pérdida de todos sus efectos y la imposición de las restituciones mutuas, entre otras.

Y ello debe ser así, porque, como lo reitera la jurisprudencia, lejos de tratarse de una acción subsidiaria o residual, la popular se orienta a garantizar la prevalencia del orden superior y de los valores supremos, con la adopción de

todas las medidas necesarias para superar los hechos y demás situaciones generadores de la afectación de los intereses colectivos.

En efecto, así reiteró recientemente la Sección Tercera sobre el carácter principal, prevalente e independiente de la acción popular para controlar que la actividad contractual del Estado se sujete a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público⁶:

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, en sentencia del 9 de diciembre de 2003⁷, acogió la jurisprudencia de esta Sección según la cual, al tenor del ordenamiento constitucional y legal, se impone la procedencia de la acción popular como mecanismo principal de control para garantizar la eficacia de los derechos colectivos, cuando quiera que son puestos bajo peligro de vulneración o son violados por la actividad contractual de la administración.

Casos en los que corresponde al juez popular tomar todas las medidas necesarias para superar los hechos y demás situaciones potencial o efectivamente generadores de la afectación de los intereses colectivos y restituir las cosas a su estado anterior, a las que sirven entre otras, la declaratoria de nulidad de los contratos viciados de estas irregularidades, la pérdida de todos sus efectos y la imposición de las restituciones mutuas.

Así lo precisó la Sala Plena en referida sentencia –se destaca el texto con subrayas-: (...)

En conclusión, la Acción Popular procede para impugnar contratos, siempre que se aduzca y demuestre lesión de derechos colectivos, como la moral administrativa y el patrimonio público, o cualquier otro definido como tal en la Constitución o la ley.

(...)

Se destacó, en esa oportunidad que, a partir de la vigencia del acuerdo n.º 55 de 2003, que le atribuyó el conocimiento de las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y las relacionadas con los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio, se ha mantenido la línea jurisprudencial reseñada, superando así pronunciamientos anteriores a cuyo tenor se considera improcedente la acción popular para discutir la validez de los contratos de la administración y anular su efectos (...).

También destacó la Sala en el pronunciamiento transcrito, que la acción

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 diciembre de 2013, ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, radicación AP 76001-23-31-000-2005-02130-01.

⁷ Consejero ponente Camilo Arciniegas Andrade, radicación número 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)-IJ.

popular no es, en manera alguna, subsidiaria ni residual frente a las dispuestas ordinariamente para controlar la legalidad de la actividad de la administración; razón por la que las medidas que corresponde adoptar al juez deben garantizar la protección integral del derecho colectivo vulnerado, teniendo en cuenta la nueva dimensión que exige su valoración, desde el ámbito constitucional vigente.

Y, particularmente, en lo que toca con el alcance del juicio de moralidad y las medidas que al juez popular le corresponde adoptar cuando ese derecho es vulnerado o amenazado en el ámbito de la actividad contractual del Estado, la Sección Tercera tiene por establecido que, dado su carácter principal, independiente y prevalente, se trata de hacer prevalecer, en cada caso concreto, un valor constitucional con fuerza normativa vinculante, que alcanza mayor jerarquía que el principio de la legalidad, en tanto la moralidad no se agota en este, sino que trasciende a valores que la sociedad reclama de la administración, así no estén expresamente previstos en las normas y reglamentos.

En particular, ha señalado la Sección Tercera que el juicio de moralidad sobre la actividad contractual se orienta a la sujeción de los deberes de corrección que exigen la conformidad de las actuaciones de la administración con el interés general, esto es que los contratos de las entidades públicas no se utilicen con fines distintos o contrarios a los estatales.

Así lo señaló la Sección Tercera, en el precedente que se viene citando⁸ -se destaca-:

Ahora bien, considera la Sala, en esta oportunidad, mantener la línea jurisprudencial unificada desde 2005, pues la prevalencia del orden superior y la exigencia de la eficacia de los valores supremos que el juez de la acción popular debe preservar no permiten restringir sus facultades frente a las que le asiste al juez ordinario, sino acrecentarlas, teniendo como límite, únicamente, las garantías previstas en el artículo 29 constitucional.

En ese orden de ideas, conviene no pasar por alto que Colombia es un Estado social de derecho, fundado sobre la dignidad humana, la prevalencia del interés general, la superioridad de los derechos inalienables y la supremacía de las normas constitucionales. Y que, entre otros fines esenciales a los que sirve, esta forma de organización política, se encuentra el deber de sus autoridades de garantizar la efectividad de los valores y principios que enmarcan los intereses y derechos de los asociados. Todo ello

⁸ Sentencia del 2 diciembre de 2013, ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, citada.

conforme con los artículos 1º, 2º, 4º y 5º, constitucionales.

Una de las razones que sirven para justificar la supremacía de la norma constitucional tiene que ver con su origen. La Constitución –como lo señala su Preámbulo–⁹, es el resultado del ejercicio del poder soberano del pueblo colombiano. En todo caso, para asegurarse que la titularidad del poder conserve la magnitud pluralista que abarca tanto a las mayorías como a las minorías constitucionales, el ordenamiento superior prevé restricciones al ejercicio del poder de la administración pública –art. 209- y mecanismos de control jurisdiccional que las hacen efectivas, a través de acciones que facilitan la participación ciudadana, para el efecto las acciones populares, instituidas constitucionalmente para garantizar, entre otros intereses colectivos, la moralidad administrativa y el patrimonio público con mayor proyección que las acciones ordinarias.

Es precisamente bajo estas coordenadas constitucionales que el Estado social de derecho aparece como “un modelo político organizado en un sistema de efectivas limitaciones al ejercicio del poder, en orden a garantizar la vigencia real y permanente de los derechos así como de los intereses, creencias y libertades de los asociados en todos los espacios y circunstancias, inclusive ante situaciones excepcionales”¹⁰. De esta manera, se configura un complejo normativo con la Constitución en la cúspide que incluye –como la ha recordado la doctrina–“el diseño de mecanismos eficaces de control en todas las instancias, acompañados de medidas de colaboración y responsabilidad institucionales que los aseguren real y efectivamente”¹¹.

El sistema de restricciones al ejercicio del poder, al que se ha hecho mención se sustenta, pues, en el carácter normativo de la Constitución, propio del Estado constitucional –arts. 4, 6, 122, 237 y 241 entre otros–, postulado superior del que emanan los principios de i) jerarquía y unidad normativa; ii) legalidad o sometimiento de las autoridades públicas a la normatividad jurídica iii) moralidad o sujeción a los deberes de corrección que exigen la conformidad de las actuaciones de la administración con el interés general y demás fines estatales y iv) el control jurisdiccional de la actividad de la administración, en sus distintas facetas. En otras palabras, el principio de jerarquía normativa tiene que ver con el carácter vinculante, directo y prevalente de la Constitución, orientado a garantizar la unidad y la coherencia del sistema jurídico, como lo ha señalado la Corte

⁹ “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA”.

¹⁰ ARAGON REYES, Manuel. Constitución y control del poder. Universidad Externado de Colombia, 1999, p.36.

¹¹ *Ibíd.*

Constitucional¹² (...).

*Desde este redimensionamiento del orden jurídico, **la supremacía de las normas constitucionales exige, antes que la evocación de un enunciado formal de prevalencia de los derechos colectivos, su plena eficacia material.** Y a ese objetivo debe orientarse imperiosamente la tarea del juez de la acción popular, pues un entendimiento distinto conduciría al desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado social, **para el efecto la participación en la protección de la moralidad administrativa con la eficacia que su trascendencia exige.***

Desde antaño, se conoce que un derecho se garantiza si quien ejerce el control está dotado de mecanismos de protección judicial eficaces, de manera que no es dable sostener que la Carta Política garantiza el derecho a la moralidad administrativa y que para el efecto otorga la acción popular si a la misma se le resta eficacia.

Para la Sala, es prioritario que el juez impregne a la acción popular de los principios de unidad y coherencia del orden jurídico que emanan del carácter normativo supremo de la Constitución, de manera que el derecho objetivo, el derecho colectivo y la acción aseguren los principios rectores de la actividad administrativa, particularmente aquellos que como la moralidad administrativa se erigen, además, como derechos colectivos y su control se confía al actor popular dentro del marco del ejercicio de una acción apropiada para facilitar su ejercicio y garantizar su eficacia.

Así las cosas, aunque el constituyente confió el desarrollo de la acción popular a la ley, ésta no puede menos que otorgar al juez todas las facultades para asegurar sustancialmente la eficacia de los derechos colectivos protegidos constitucionalmente, de forma que pueda corregir las irregularidades que los lesionan, restableciéndolos cuando hayan sido vulnerados e incluso restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible, como efectivamente lo prevé la Ley 472 de 1998.

Conforme con lo preceptuado en los artículos 88 y 209 de la Constitución Política, la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público revisten una doble naturaleza, en tanto principios infranqueables a los que debe ceñirse la actividad de la administración y derechos colectivos inalienables que, integrados a la solidaridad, como valor fundante del Estado social de Derecho –art. 2º- y participación –art. 40-, hacen de la acción popular un mecanismo de verdadero y efectivo control constitucional de alcance particular –art. 88-.

En criterio de la Sala, la moralidad administrativa es un valor constitucional que, si bien lo contiene, alcanza mayor jerarquía que el de la legalidad, en tanto no se agota en éste, trasciende a valores que la

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2000.

sociedad reclama de la administración así no estén expresamente previstos en las normas y reglamentos, para el efecto la diligencia, prudencia, pulcritud, honestidad, rectitud, seriedad y ponderación en lo discrecional, racionalidad de juicio, respeto y lealtad, en el manejo de lo que interesa a todos. Es decir se propugna por una estricta corrección que al legislador no le queda posible particularizar, pero que, en todo caso, se encuentra inmersa en el manejo de lo público y que impone a la acción popular, en cuanto mecanismo de control ciudadano por excelencia para lograrlo, mayor alcance que el que se predica de las acciones de nulidad. Si la misma Carta Política dispuso que el juez popular protegiera integralmente la moralidad administrativa, no puede atribuirse a la acción un carácter parcial, residual o subsidiario menguando su eficacia, cuando precisamente se trata de propender por la defensa de un interés de mayor envergadura.

Como lo ha reiterado esta Corporación, la acción popular es un mecanismo judicial de rango constitucional, principal e independiente, en orden a que los procesos y ejecuciones de la contratación estatal se lleven con la más estricta observancia de valores supremos. Se pretende, por tanto, con esta acción, corregir las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible.

No se trata, entonces, de que el juez popular realice un juicio de legalidad formal, pues ello le corresponde al de nulidad, sino que propenda por la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público sin los límites de las acciones ordinarias, dado que se trata de proteger derechos de contenido difuso, ensombrecidos por deshonestos y repudiables oportunismos individuales.

De modo que si se le resta facultades al juez de la acción popular, pueden resultar igualmente ineficaces las constantes reformas legislativas que procuran conjurar las insospechadas formas de corrupción enquistadas en la actividad de contratación, en amplios sectores de la administración pública (...).

De manera que resulta del caso garantizar la tarea del juez de la acción popular en la moralización de los procesos de contratación, en defensa de su transparencia, conforme con lo preceptuado en los artículos constitucionales 2º, 88 y 209.

Desde esta óptica, considera la Sala que:

i) el juicio a cargo del juez popular, de cara a la eficaz protección de los derechos colectivos, se ubica allende del principio de legalidad, controlado por las acciones ordinarias establecidas para hacer efectivas disposiciones puntuales y requisitos concretos, no así principios y valores que corresponde

al juez analizar en cada caso, en orden a restablecer derechos de carácter difuso que el legislador no puede puntualizar con perspectivas generales;

ii) el ámbito de las acciones ordinarias que sirven al control de legalidad no puede condicionar el ejercicio ni la procedencia de las acciones populares. Concurriendo en un mismo caso la protección de la moralidad, la defensa del patrimonio público y la legalidad, debe preferirse la acción popular para el amparo integral del derecho colectivo, sin perjuicio de la eficacia que para el caso concreto podría predicarse de las acciones previamente iniciadas para controlar la legalidad;

iii) en ese mismo orden, la nulidad absoluta de los contratos no es un asunto exclusivo del control de legalidad, sino que ella debe imponerse con mayor razón por la violación de los valores supremos a que está sujeta la actividad de la administración; bajo el entendido de que, si bien en el pasado solo la acción de nulidad se erigía para proteger derechos, principios y valores legales y constitucionales, desde la expedición de la carta política actual los derechos colectivos exigen una acción que no les reste eficacia, la que comprende, además, la nulidad absoluta proveniente de irregularidades que contravienen el derecho público garante de los intereses colectivos;

iv) la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio y de los demás derechos colectivos obligan tanto en la etapa precontractual, como durante la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, de suerte que las acciones populares, establecidas para hacerlos efectivos, operan en todos los casos, sin que resulte del caso la tradicional distinción entre actos precontractuales y contractuales, que se pregona en el ámbito de las acciones ordinarias; y

v) el régimen jurídico de la acción popular no se agota en la Ley 472 de 1998, sino que está integrado por las distintas normas constitucionales y legales, con estricta sujeción al principio de jerarquía normativa.

Así, en criterio de la Sala, debe tenerse en cuenta que, además de las amplias facultades que le otorga la Ley 472 de 1998 al juez de la acción popular para hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, el derecho común y el estatuto de contratación estatal imponen al juez que, en los asuntos de su competencia, se pronuncie sobre la nulidad absoluta de cara a los actos o contratos que contravienen el derecho público de la nación¹³, pues por tratarse de irregularidades que no admiten saneamiento procede su declaración de oficio o a petición de

¹³ Conforme con las disposiciones del Código Civil, el objeto ilícito constituye nulidad absoluta del contrato –art. 1741- y “[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación” –art. 1519-. Por su parte, el Código de Comercio prescribe que es nulo absolutamente el negocio jurídico “cuando contraría una norma imperativa” -art. 899-. Y en estos mismos casos es nulo el contrato estatal, de conformidad con la Ley 80 de 1993: “[l]os contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común...” –art. 44-.

parte¹⁴.

Quiere decir, entonces, que en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998.

Y, por las razones que se han dejado expuestas, huelga reiterar que, a través de la acción popular, se puede dejar sin efectos¹⁵ o anular, los contratos estatales violatorios de la moral administrativa y que ponen en peligro el patrimonio público, como lo viene señalando de tiempo atrás la Corporación.

Reitera, igualmente la Sala que, de acuerdo con la Ley 472 de 1998, las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible – art. 2º-, con independencia del tiempo transcurrido, desde su consumación, pues, recuérdese que el artículo 11 que limitaba esta última medida, después de los cinco años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional¹⁶.

Por ello, bien puede ordenarse ejecutar una actividad o no hacerlo, al igual que condenar al restablecimiento del daño causado a un derecho o interés colectivo y exigir volver las cosas al estado anterior -art. 34-, de acuerdo con la necesidad establecida en el proceso, pues la competencia del juez de la acción popular va más allá de lo pedido, si así lo requiere la protección del derecho constitucional vulnerado.

Desde luego, esa amplia competencia del juez de la acción popular no implica que no esté obligado a observar el debido proceso constitucional, tanto en el trámite, como respecto de las medidas requeridas para la protección de los derechos o intereses en juego.

Ahora, de conformidad con el artículo 144 del C.P.A.C.A. no procede que el juez popular anule el contrato, sin perjuicio de que adopte las medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de esas disposiciones,

¹⁴ Así lo prescribe el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936: *“[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”* –se destaca-.

¹⁵ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de diciembre de 2003, exp. AP (IJ-1204), consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

¹⁶ Sentencia C-215-99 de 14 de abril de 1999, magistrada ponente Martha Victoria Sáchica Méndez.

resaltando, en esa oportunidad, que, dado su carácter principal y preferencial, no puede subordinarse la procedencia de la acción popular al ejercicio de las acciones ordinarias y que el juicio de legalidad orientado a la declaración de nulidad de los actos y contratos no limita la competencia del juez popular para adoptar todas las medidas que sean necesarias para la protección eficaz de los derechos colectivos:

En ese sentido señaló la Corte¹⁷ -se destaca-:

Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias pertinentes para la protección de derechos subjetivos. Planteamiento distinto perdería de vista la esencia de las acciones populares como medio de defensa de los derechos colectivos antes que instrumento para definir controversias particulares.

Así las cosas, la existencia de otros medios de defensa judicial (como son las acciones tradicionales ante la jurisdicción ordinaria o ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo) en modo alguno tornan improcedente su interposición. (...).

En efecto, el trámite de la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener -como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º)- un carácter subsidiario; a contrario sensu, pueden tener un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias, cuando se trata de prevenir la vulneración de derechos colectivos (Ley 472 de 1998, artículo 6) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados, como se ha venido señalando” (...).

La Corte comparte la apreciación del Ministerio Público en su intervención cuando afirma que “anular el acto o contrato no es indispensable para proteger derechos e intereses, pues el juez tiene a su alcance múltiples medidas para lograr la protección de éstos, sin necesidad de definir la validez del acto o contrato, lo cual es una tarea propia y exclusiva, conforme al principio de especialidad, de la autoridad judicial que tiene competencia para ello”.

El juez popular no cumple funciones jurisdiccionales como las que ejerce el juez administrativo cuando decide un conflicto entre el Estado y un particular en la que deba decidir si un acto administrativo o un contrato está afectado de alguna causal de nulidad, sino que aquí tiene el papel de garante de un derecho colectivo. Del mismo modo, el juez de la acción popular, antes que

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-644 de 2011, ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

dedicarse a determinar quién debía proferir un acto o cómo debía celebrarse un contrato, **debe adoptar las medidas materiales que garanticen el derecho colectivo afectado con el acto o contrato**, cuya forma no consiste precisamente en disponer su anulación.

En la misma línea, esta Sala ha señalado que, siendo uno de los más importantes instrumentos para la ejecución de los recursos públicos y el logro de los cometidos estatales, no resulta posible que a la actividad contractual de la administración se la sustraiga del control judicial que la constitución garantiza a los ciudadanos, para exigir la eficacia de los deberes de corrección que impone la moralidad administrativa en las etapas de formación, ejecución, terminación y liquidación del contrato, para subordinarlo y conducirlo exclusivamente por los cauces de la legalidad y de las acciones ordinarias dispuestas para el control de este principio.

Ello debe ser así, porque, estando el contrato estatal al servicio de los intereses generales, el control de sus fines se ubica más allá de la eficacia de los derechos particulares creados, de manera que el reconocimiento de estos últimos solamente es posible cuando en sus efectos se adecúa plenamente a los fines estatales, dada la prevalencia de la moralidad administrativa.

Así lo ha destacado esta Subsección¹⁸ –se destaca–:

2.1.2 La moralidad frente a la eficacia del contrato estatal. Alcance de la acción popular

La moralidad administrativa como valor supremo rige las distintas actividades de la administración; con mayor razón la contractual, en tanto se trata de una de las indispensables para el logro de los cometidos estatales, mediante la ejecución de los recursos públicos y, por ende, con mayores riesgos de que, por el oportunismo de funcionarios proclives al ejercicio del poder en beneficio particular, la desidia o negligencia, la arbitrariedad o en fin, la inmoralidad en la conducta, la contratación se desvíe de los fines públicos.

Si el contrato estatal encuentra su razón de ser en la adecuación a los fines estatales, no existe justificación para que se lo sustraiga del control judicial a que constitucionalmente tienen derecho los ciudadanos por razón de los deberes de corrección que impone la moralidad administrativa en las etapas de formación, ejecución, terminación y liquidación.

¹⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de mayo de 2013, ponente Stella Conto Díaz del Castillo, radicación 25000232500020020112101-AP.

Y siendo la moralidad administrativa objeto de control judicial directo, no se acompasa con la protección constitucional otorgada a este valor la idea de conducir el juicio de moralidad que debe recaer, en cada caso, sobre la actividad contractual de la administración, exclusivamente por los cauces de la legalidad y de las acciones enderezadas a la protección de este último principio.

En ese orden, debe tenerse en cuenta que, en general, la eficacia de los negocios jurídicos, esto es, **el reconocimiento de los efectos queridos por las partes, además de la autonomía de la voluntad requiere que su formación, contenido y fines se adecúen al ordenamiento superior; de lo contrario se predica su ineficacia, esto es la carencia de efectos.** Y, en el devenir del derecho, distintas posiciones se han asumido frente a los mecanismos idóneos para controlar que la autonomía de la voluntad no desborde los deberes de corrección que imponen el derecho y la moral en la actividad contractual, de cara a la eficacia del negocio jurídico.

Así, en la etapa conocida como el periodo arcaico del Derecho Romano, los contratos formados por palabras solemnes (contratos verbis), escapaban al control judicial del contenido y fines, pues su eficacia jurídica provenía del valor sacramental de las palabras pronunciadas para obligarse. En épocas posteriores, a partir de la protección de la buena fe por parte del pretor romano, se reconoció eficacia al contrato bona fides, a condición de que no resulte contrario a la confianza, la honestidad, la lealtad y la moral. Al efecto, la ineficacia revistió las formas de i) nulidad –negotium nullum, nullius momenti-, conforme con la cual se niega la existencia misma del negocio (nullius es condición de nihil, esto es, negación de la existencia), sin ser necesaria la declaración judicial y ii) anulabilidad, como mecanismo de control judicial para destruir el negocio existente, por vicios o defectos que impiden su eficacia. Se consideraron como causas de nulidad radical, ipso iure, la imposibilidad de la prestación, el contenido inmoral, la infracción de norma legal, la imposibilidad de la condición, la falta de capacidad de obrar, los vicios de la voluntad y los defectos formales.

Empero, en el Derecho Francés y por la influencia que su codificación tuvo en la legislación civil vernácula, al amparo de las variaciones que sufrieron las instituciones en la codificación Justiniana y de la ideología individualista de la época, se abandonó la existencia y eficacia del negocio jurídico a la primacía de la voluntad privada, a partir del entendimiento de que con, independencia de las irregularidades en que se haya incurrido, el acto nace a la vida jurídica y se presume válido en tanto no se le declare nulo, distinguiéndose entre nulidad absoluta y relativa –rescisión o anulabilidad-, según si el vicio atenta directamente contra la ley, o la seriedad (simulación), la rectitud u honestidad (fraude pauliano), la voluntad (error, dolo y fuerza), en síntesis, contra la buena fe.

Si bien el Código Civil sometió los vicios o irregularidades del contrato

originados en razones de moralidad a la decisión de nulidad -autorizó al Ministerio Público para pedir la declaración de nulidad absoluta en el interés “de la moral” (art. 1742)-, lo hizo bajo la subordinación a la que doblegó la moral frente a la ley, al señalar que es “moralmente imposible el [objeto] prohibido por la ley” –art. 1518-. De manera que la acción de nulidad es un mecanismo válido para enjuiciar los contratos estatales por razones de moralidad en aquellos casos en que se vincula la moral con la legalidad, pero insuficiente para controlar directamente la moralidad administrativa en la actividad contractual del Estado como lo exige la Constitución Política.

En épocas actuales, desde el ámbito legal, la ineficacia del negocio jurídico ha trascendido el campo de la nulidad y la rescisión a la que se le enterró en el Código Civil, retornándose parcialmente a los antiguos postulados de que el contrato igualmente puede carecer de efectos, ipso jure, cuando faltan los requisitos para su formación –inexistencia- o cuando la ley ha declarado que el acto es ineficaz de pleno derecho, así mismo cuando es inoponible, o anulable, etc. –Código de Comercio, arts. 897 a 901-.

Superados, política y jurídicamente, el individualismo y el Estado liberal de derecho, bajo cuyas ideologías se domeñó la moralidad administrativa al principio de legalidad, resulta del caso concretar el alcance del primero de estos principios-derecho en el Estado social y democrático de derecho, frente a la eficacia del contrato estatal.

Establecido está que la Constitución Política impone su carácter normativo vinculante y su jerarquía superior sobre la actividad contractual de la administración, incluyendo la formación, ejecución, terminación y liquidación del contrato estatal; de donde resulta que el control judicial de este negocio no se agota en la legalidad y en el ejercicio de las acciones contractuales encaminadas a la protección de este último principio.

Ahora, si las disposiciones constitucionales sometieron la actividad contractual de la administración a los controles judiciales de legalidad y de moralidad, los titulares de este último derecho no pueden menos que reclamar una acción para su control, acorde con los atributos y alcances específicos de la moralidad administrativa. Y en ese orden, la Constitución introdujo la popular como una acción principal para controlar la moralidad en los contratos estatales.

Ahora bien, el control de los fines no es ajeno siquiera al negocio jurídico entre particulares, pues los motivos ilícitos dan lugar a la nulidad absoluta. Pero no por ello puede entenderse que este sea el único tratamiento que debe dispensarse a la violación de los fines del contrato estatal, por la potísima razón de que en tanto el negocio entre particulares sirve a sus propios intereses, el control de los motivos se encamina específicamente a la prevalencia del ordenamiento jurídico sobre la autonomía de la voluntad privada; mientras que el contrato estatal sirve a los intereses estatales, el

control de sus fines, más allá de la prevalencia del ordenamiento a la que se orienta el juicio de legalidad-nulidad, persigue, principalmente, la adecuación de la actividad estatal a los principios y valores que legitiman las actuaciones de la administración y la supremacía de los objetivos estatales, esto es, **el control de los fines del contrato estatal se enfila a la prevalencia de la moralidad administrativa.**

Dentro de este marco, ¿deben reconocerse plenamente los efectos de un contrato estatal que no se adecúa a los fines del Estado? La eficacia que la Constitución Política exige de la moralidad administrativa y el derecho que les otorga a los ciudadanos para reclamar, a través de la acción popular, que aún contra la voluntad de las partes el contrato estatal no contraríe los fines estatales, imponen la respuesta negativa. Y en tanto no pueden coexistir la eficacia del contrato ajeno a los fines estatales y la eficacia de la moralidad administrativa, se concluye, sin hesitación, que el juez popular debe adoptar las medidas que sean necesarias para adecuar el contrato estatal a los intereses generales, de ser ello posible o, en su defecto, imponer la ineficacia del acto o negocio, sumada a las órdenes de retrotraer las cosas al estado anterior, cuando las circunstancias del caso y la protección de los derechos colectivos así lo amerite.

Ahora, en lo que toca con la defensa del patrimonio público, ha reiterado la jurisprudencia que el patrimonio público comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que le pertenecen al Estado y su protección, a través de la acción popular, se orienta a garantizar una administración eficiente y responsable que debe acompasarse con la buena fe y la transparencia que exige la moralidad administrativa.

Así lo ha señalado la Corporación –se destaca–:

Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; **su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable,** conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.

La protección del Patrimonio Público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales.

Para la Sala, el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa, ámbito dentro del cual se debe estudiar el caso concreto¹⁹.

4. La acción ejercida en el caso concreto

El actor pretende el amparo constitucional de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, a su juicio, vulnerados en el ámbito de la explotación comercial del terminal de carga internacional del aeropuerto El Dorado, que OPAIN S.A. tiene a su cargo en virtud del contrato de concesión celebrado con la Aeronáutica Civil. Hace consistir la vulneración de los derechos en el hecho de haber adoptado la concesionaria una estrategia que pone la explotación comercial al margen del esquema financiero, de las obligaciones y derechos del contrato de concesión, privilegiando los intereses particulares, con detrimento del patrimonio público. En esas circunstancias, considera que el juez popular debe adoptar las medidas que sean necesarias para proteger eficazmente los derechos colectivos, al margen de las controversias contractuales entre las partes y de la competencia del juez del contrato.

Por su parte, la concesionaria y el subcontratista entienden que la acción popular ejercida se orienta a modificar las estipulaciones contractuales, en el sentido de que se ordene incluir en la contraprestación pactada en favor de la concedente los ingresos brutos del subarriendo. Asunto sobre el que, según consideran, no puede pronunciarse el juez popular, en tanto involucra una controversia contractual de competencia del tribunal arbitral, que debe ser convocado con sujeción a la cláusula compromisoria suscrita. Además de que, estando sometidos al derecho privado, los contratos de subarriendo de los bienes públicos objeto de la concesión y las rentas que generan resultan intangibles al Estado y, en particular, a la acción popular.

Para la entidad concedente el asunto debatido en este proceso tiene que ver con la protección del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público que, a su juicio, continúa amenazado por la reticencia de la concesionaria a ajustar el esquema contractual y financiero adoptado con el subarrendatario para la explotación de los bienes públicos. Pues, como se lo ha hecho saber en múltiples

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta; sentencia del 31 de mayo de 2002, citada.

oportunidades, no resulta posible que i) siendo esa explotación comercial parte del objeto de la concesión, se pretenda su ejecución al margen del contrato estatal; ii) tratándose de rentas provenientes de la concesión, los cánones de subarriendo se manejen como ingresos para terceros y iii) se excluya esa parte de los ingresos brutos de la concesión de la base sobre la que la concesionaria debe pagar la contraprestación a la entidad concedente.

Y el tribunal *a quo* consideró que la acción popular se subordina a la suerte de las acciones contractuales, en tanto ejercidas estas no procede aquella y que, de originarse la amenaza a los derechos colectivos en controversias contractuales, el amparo debe ser transitorio, esto es mientras el juez contractual dirime el asunto.

Para esta Sala, sin dudas, la acción popular fue ejercida para que se amparen los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, que el actor invoca como vulnerados porque i) la concesionaria adoptó un esquema contractual y financiero para explotar comercialmente al margen del contrato de concesión los bienes públicos recibidos; ii) excluyó de la concesión los ingresos brutos del subarriendo comercial, reduciendo así la contraprestación que el concesionario debe pagar al Estado y iii) ocultó la información sobre los ingresos de la concesión, relevante para la defensa del patrimonio público. Aunado a que se echa de menos la dirección y control adecuados de los bienes estatales entregados en concesión, a cargo de la administración, en orden a la liquidación final de los recursos públicos que deben ingresar a su patrimonio por la explotación comercial.

De donde, sin hesitación, lejos de estar fundada en la necesidad de dirimir una controversia por la definición de los derechos de las partes en el contrato de concesión, la acción se ejerció para proteger valores supremos, vulnerados, porque los bienes entregados en concesión están siendo utilizados con fines distintos a los estatales, con favorecimiento indebido de intereses particulares.

Siendo así, huelga concluir que a esta Sala, actuando como juez popular, le corresponde decidir de fondo sobre el amparo solicitado por el actor, sin que pueda esgrimirse falta de competencia, en razón de una supuesta subordinación de la acción popular a las acciones contractuales, que no resulta posible al amparo de los criterios constitucionales y jurisprudenciales atrás reseñados y que,

en todo caso, nada tiene que ver con la defensa de los bienes públicos, los que, aunque vinculados al contrato, no por ello salieron del patrimonio estatal y asimismo de la tutela pública.

En esas circunstancias, deberá emprender la Sala el estudio de los fines estatales a los que debe sujetarse la explotación comercial de los bienes públicos concesionados y la sujeción de las distintas actividades relacionadas con estos a los deberes de corrección que acompañan las actuaciones de las actuaciones públicas y privadas con el interés general.

5. Los fines de la concesión de la infraestructura aeroportuaria

De conformidad con las disposiciones de la Ley 105 de 1993, toda la infraestructura de propiedad estatal, que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del País, incluyendo –se destaca- *“la red de ayudas, comunicaciones y meteorología del transporte aéreo, básicos para prestar los servicios de aeronavegación **y la infraestructura aeroportuaria**”*, estará a cargo de la Nación –art. 12-.

Asimismo, manda el ordenamiento que, para la construcción y conservación de esos bienes, la Nación *“cobrará el uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios, buscando garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo”* –art. 21-. Sujeta, en todo caso, su explotación, al principio de eficiencia.

También, la Ley 105 de 1993 autoriza la celebración de *“contratos de administración, concesión o similares sobre los aeropuertos de propiedad del Fondo Aeronáutico Nacional, con entidades especializadas o con asociaciones regionales en las cuales la participación estatal no podrá ser superior al cincuenta por ciento (50%)”* –art. 48-.

De conformidad con las disposiciones de la Ley 80 de 1993, el contrato estatal se entiende celebrado en orden a *“...el cumplimiento de los fines estatales, la continúa y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”*. Fin que le es exigible tanto a la entidad contratante

como al contratista, porque, sin desconocer la *“obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado”*, esta debe acompañarse con la obligación que asume el particular de colaborar en el logro de sus fines y el cumplimiento de la función social a la que se encamina el objeto contratado –art. 3º-.

Para el cumplimiento de esos fines, a la entidad contratante se le atribuye la *“dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”* y se le impone el deber de *“exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado”* –arts. 4º y 14-. Al tiempo que sobre el contratista pesan los deberes de i) colaboración con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; ii) acatar las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, iii) de manera general, obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse –art. 5º-.

Asimismo, el ordenamiento somete las actuaciones de la entidad contratante y del contratista, en el ámbito de la relación contractual, *“a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, [a] las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”* –art. 23-.

Y no solo eso, al margen del contenido contractual y del procedimiento para definir sobre la ejecución de las prestaciones pactadas, los bienes estatales directa o indirectamente vinculados a un determinado objeto contractual habrán de servir en últimas al interés general. Es claro que de los contratos no surgen sino relaciones entre las partes; pero esto no se predica de los bienes, pues sabido es que los estados de estos resultan oponibles a terceros, particularmente tratándose de bienes públicos destinados, por su misma naturaleza, al interés general.

Siendo así, procederá la Sala a analizar los hechos acreditados y al juicio de moralidad administrativa y de defensa del patrimonio público que le corresponde sobre la gestión adelantada para la explotación comercial de los bienes públicos que comprenden el terminal de carga internacional del Aeropuerto El Dorado.

6. El juicio de moralidad y de defensa del patrimonio público

6.1 Las actuaciones surtidas para la explotación comercial del terminal de carga internacional

De conformidad con los elementos probatorios allegados al proceso, se tiene certeza sobre los siguientes hechos relevantes para la decisión:

6.1.1 El 12 de septiembre de 2006, previa licitación pública, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional-OPAIN S.A. suscribieron el contrato de concesión n.º 6000169OK, con el objeto de llevar a cabo la administración, modernización, expansión, operación, explotación comercial y mantenimiento del Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá, por cuenta y riesgo del concesionario, con sujeción a las Leyes 80 y 105 de 1993.

6.1.1.1 De conformidad con el contrato suscrito, el área concesionada comprende, 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 (sic) al Concesionario para su Administración, Operación, Mantenimiento, Modernización y Expansión y Explotación Comercial en los términos previstos en el presente Contrato de Concesión”* –num. 1.13, de la Cláusula 1 del contrato-.

Por su parte, el terminal de carga internacional comprende *“la zona que, al momento de la suscripción de este Contrato, se encuentra dispuesta en el Aeropuerto para la atención de la carga internacional, comprendida por la terminal de carga, las bodegas y la Plataforma destinada a tales propósitos* -num. 1.16, de la Cláusula 1 del contrato-.

Asimismo, de acuerdo con lo convenido, hacen parte de la concesión, además del inventario de bienes de que trata la Cláusula 18 del contrato suscrito, todos los inmuebles y muebles que resulten de las actividades de Administración, Operación, Mantenimiento y Explotación Comercial *“y en general del cumplimiento*

de las obligaciones contenidas en el presente Contrato de Concesión, por parte del concesionario”. También, las obras complementarias y las voluntarias ejecutadas por el contratista con sujeción a las estipulaciones contractuales - Cláusula 54 del contrato-

6.1.1.2 En virtud del contrato, el concesionario se obligó a ejecutar todas las prestaciones convenidas, relativas a la Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Aeropuerto, el recaudo de los ingresos de la concesión y el pago a la concedente de una contraprestación, con sujeción a los términos estipulados.

Así se lee en el texto del documento contractual –se destaca-:

CLÁUSULA 2 OBJETO DEL CONTRATO

(...)

Aerocivil concede por medio de este contrato al Concesionario la Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Área Concesionada, por el tiempo de ejecución del Contrato, para que sea destinado a la prestación de los Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y de los Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados, y se obliga a ceder al Concesionario el derecho a percibir los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados, según se definen en el presente Contrato.

El Concesionario, por otra parte, se obliga a llevar a cabo todas las obligaciones previstas en este Contrato, entre otras, la Administración, Modernización y Expansión (incluida la elaboración de los diseños), Operación, Mantenimiento y Explotación Comercial del Área Concesionada del Aeropuerto y el recaudo de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados, de acuerdo con los términos condiciones previstos en el presente Contrato. Así mismo, el Concesionario se obliga a pagar a Aerocivil una Contraprestación en los plazos y cantidades que se determinan en este mismo Contrato.

La Seguridad Aeroportuaria en el Área Concesionada estará a cargo del Concesionario con el alcance y entro de los límites previstos en la CLÁUSULA 44 de este miso Contrato de Concesión.

La Concesión no incluye todos aquellos bienes necesarios para la prestación del servicio de control de tráfico aéreo en ruta ni la responsabilidad por el correcto funcionamiento de las radioayudas aéreas, incluidas las radioayudas de aproximación y las comunicaciones en el Aeropuerto, de conformidad con

lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 48 de la Ley 104 de 1993. Aerocivil se reserva el manejo y la responsabilidad por las funciones de control y vigilancia del tráfico aéreo en ruta.

La Concesión tampoco incluye la responsabilidad que se derive por la Seguridad Aérea en el Aeropuerto, pues ésta estará a cargo de Aerocivil.

La remuneración del Concesionario será aquella que éste perciba como consecuencia de la cesión de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados, en los términos previstos en el presente Contrato. Por lo tanto no habrá lugar a reconocimientos o pagos adicionales a la cesión del derecho a percibir los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados prevista de manera expresa en el Contrato de Concesión por parte de Aerocivil y a favor del Concesionario.

Las partes reconocen y aceptan que las actividades de Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Aeropuerto suponen la existencia de riesgos que son asumidos por las partes en los términos establecidos en el presente Contrato. En todo caso y salvo pacto expreso en contrario, cada parte asumirá, por su cuenta los efectos de los riesgos propios de las actividades asignadas a cada una de éstas mediante el Contrato.

En la medida de lo posible, y dentro del marco de la ley y de las estipulaciones de este Contrato, las Partes propenderán por el desarrollo del Aeropuerto como un centro de conexiones (Hub) de tráfico aéreo, que interactúe con aerolíneas estratégicas.

6.1.1.3 Según el contrato que se trae a colación, la operación convenida comprende todas las actividades necesarias para garantizar la prestación de los servicios objeto de la concesión. Las partes convinieron en separar los servicios, atendiendo a la regulación de los ingresos que deberán percibirse, distinguiendo entre los asociados a ingresos regulados, esto es los sometidos a una tarifa establecida a partir de una estructura tarifaria incluida en el contrato de concesión y los no asociados a esos ingresos, relativos a la explotación comercial de bienes de la concesión en condiciones de libre mercado, entre ellos los servicios generales de carga, incluidos los que tienen que ver con la operación del Terminal de Carga Internacional.

En efecto, así se definió el alcance de la operación de las áreas de la concesión, en el contrato suscrito:

1.91 Operación y Operación del Área Concesionada

Se refiere a la ejecución de todas aquellas actividades necesarias para garantizar la prestación de los Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y de los Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados a cualquier usuario del Aeropuerto, la cual será realizada directamente por el contratista o a través de subcontratistas. Las actividades de Operación también se refieren a la ejecución de todas aquellas actividades que resultan ser complementarias al servicio público de transporte aéreo de pasajeros y/o carga, permiten su efectiva prestación. La Operación deberá realizarse cumpliendo puntualmente con las condiciones y estándares previstos en el Apéndice F del presente Contrato de Concesión.

Conforme con el texto transcrito, el concesionario puede llevar a cabo la operación directamente o a través de subcontratistas, en todo caso, sujeta al contrato y en especial a las condiciones técnicas de operación pactadas.

En efecto, llama la atención de la Sala que el contrato abunda en disposiciones que reiteran que la operación estará a cargo del concesionario y será realizada con sujeción a las especificaciones técnicas definidas en el contrato.

Así, en la cláusula 2 (atrás citada), al tiempo que se define el objeto del contrato, se señala que el concesionario “se obliga a llevar a cabo todas las obligaciones previstas en este Contrato, entre otras, la Administración, Modernización y Expansión (incluida la elaboración de los diseños), Operación, Mantenimiento y Explotación Comercial del Área Concesionada del Aeropuerto y el recaudo de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados, de acuerdo con los términos condiciones previstos en el presente Contrato”.

Obligación que se reitera en la Cláusula 10, sobre las obligaciones del contratista –se destaca-:

CLÁUSULA 10 OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO

El Concesionario será responsable de la ejecución completa y oportuna del Contrato, de conformidad con lo previsto en este documento, en sus apéndices y en los demás documentos que lo integran. Para tales efectos, el Concesionario deberá realizar todas las acciones, a su costa y riesgo, tendientes al cabal cumplimiento de este Contrato y tendrá a su cargo incluyendo, pero sin limitarse, las siguientes obligaciones, además de las contenidas en las normas constitucionales, legales o reglamentarias

aplicables, en otras cláusulas del presente Contrato o en los documentos que lo integran, y las que se desprendan de su naturaleza: (...)

d) Asumir, por su cuenta y riesgo, todos los conceptos y gastos del Proyecto, obligándose a obtener y/o aportar la financiación total de los recursos requeridos para la ejecución del Proyecto, en los términos de este Contrato.

e) Pagar la Contraprestación a la que se refiere la CLÁUSULA 60 del presente Contrato, en los plazos y montos allí especificados.

También, así se reitera en las siguientes disposiciones contenidas en el documento contractual:

CLÁUSULA 32 DESARROLLO DEL ÁREA CONCESIONADA

El Concesionario desarrollará y hará uso de las áreas que componen el Área Concesionada de acuerdo con lo señalado en el Contrato de Concesión y especialmente en las Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión y las Especificaciones Técnicas de Operación.

CLÁUSULA 41 OPERACIÓN

A partir de la suscripción del Acta de Entrega y hasta la Fecha Efectiva de Terminación del presente Contrato de Concesión, el Concesionario estará en la obligación de efectuar la Operación del Área Concesionada en los términos previstos en las Especificaciones Técnicas de Operación y en el Contrato de Concesión.

Mientras el Concesionario tenga la obligación de efectuar la Operación del Área Concesionada deberá cumplir con los requerimientos contenidos en las Especificaciones Técnicas de Operación del Contrato de Concesión.

El Concesionario deberá prestar los de Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y los Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados, de acuerdo con lo establecido en las Especificaciones Técnicas de Operación y –en general- en el presente Contrato de Concesión, y particularmente con lo establecido en los siguientes numerales de la presente Cláusula (...).

41.2 Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados

Los Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados corresponderán a aquellos señalados como tales en el Apéndice F (“Especificaciones Técnicas de Operación”), los cuales serán prestados y podrán ser cobrados a los usuarios del Aeropuerto en las condiciones allí previstas.

Asimismo se señaló al definir en el contrato de concesión:

1.116 Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados

Son aquellos servicios a que se refiere el numeral 41.2 de la CLÁUSULA 41. Los Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados se prestarán en las condiciones previstas en el Apéndice F (“Especificaciones Técnicas de Operación”).

Ahora, las citadas especificaciones técnicas de operación convenidas en el Apéndice F del contrato –se destaca-, “...constituyen el conjunto de condiciones mínimas **dentro de las cuales el Concesionario habrá de prestar a los Pasajeros, los Explotadoras de Aeronaves y los demás usuarios de Aeropuerto, los Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y de los Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados, sin perjuicio de las obligaciones asumidas como consecuencia de la presentación y aprobación del Plan Operativo**” –num. 1.54 de la cláusula 1 del contrato-.

Y, de conformidad con las pluricitadas especificaciones técnicas de operación del Apéndice F del Contrato, el concesionario responde por la prestación de los servicios generales de carga, incluida la prestación de la Terminal de Carga Internacional, sujeta a específicas reglas para asignar la tenencia de las áreas y obtener los ingresos de la explotación comercial, en condiciones de libre mercado.

Así se estipula en el documento contractual suscrito entre la Aerocivil y OPAIN S.A –se destaca-:

7. Servicios No Asociados a los Ingresos Regulados

*Los Servicios No Asociados a los Ingresos Regulados se listan en esta sección junto con las condiciones mínimas que deberá cumplir el Concesionario para su prestación. Así mismo, se establece la contraprestación que recibirá el Concesionario por la prestación de cada uno de ellos. **En caso de no establecerse contraprestación específica para alguno de los Servicios No Asociados a los Ingresos Regulados, se entenderá que el Concesionario podrá fijarla de acuerdo con las normas del libre mercado.***

En todo caso el Concesionario no ejecutará ni permitirá que se ejecuten por parte de los proveedores de los Servicios No Asociados a los Ingresos Regulados prácticas, actos o acuerdos que sean considerados restrictivos a la libre competencia por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y las normas que los complementen, modifiquen o reemplacen.

Cuando Aerocivil tenga fundados motivos para considerar que existen prácticas, actos, convenios, procedimientos o sistemas que sean considerados restrictivos a la libre competencia por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y las normas que los complementen, modifiquen o reemplacen, Aerocivil podrá: i) exigirle al Concesionario que las corrija en un plazo no superior a treinta (30) Días Hábiles, ii) fijar los criterios para que el concesionario seleccione al tercero que deberá prestar el servicio en que se están presentando dichas conductas restrictivas de la competencia.

El Concesionario deberá ofrecer a los Tenedores de Espacio de los Servicios No Asociados a los Ingresos Regulados cuyas instalaciones se vean afectadas por el desarrollo descrito en el Apéndice D (“Especificaciones Técnicas de Modernización y Expansión”), por lo menos, la misma cantidad de área que ocupaban en el área afectada, y en las mismas condiciones económicas, hasta el vencimiento de los respectivos contratos.

A continuación se listan las obligaciones mínimas que deberá cumplir el Concesionario en la prestación de los Servicios No Asociados a los Ingresos Regulados.

(...)

7.2 Servicios General de Carga

7.2.1. Generalidades

- Administrar y mantener las Áreas de Carga.

7.2.2. Entrega de tenencia de espacios del Concesionario a los Operadores de Carga

- El Concesionario deberá ofrecer a todos los Tenedores del Espacio del Área de Carga Internacional que al momento de la suscripción del Acta de Entrega se ubiquen en dicha área, la misma cantidad de espacio de bodega en el Nuevo Terminal de Carga que dichos Tenedores de Espacio ocupen en el Área de Carga Internacional. **Lo anterior, siempre que dichos Tenedores de Espacio estén dispuestos a igualar las condiciones ofrecidas por terceros al Concesionario.**
- **Para asignar las áreas restantes, el Concesionario deberá implementar un mecanismo de adjudicación abierto y competitivo para la asignación de dichas áreas.**
- (...)
- **Ningún Operador de Carga conjuntamente o con su(s) Beneficiario(s) Real(es) podrá tener la tenencia de más del 50% del área de cualquiera de las tres Terminales de Carga 1, 2 y 3. En todo caso ningún Operador de Carga podrá ocupar más del 25% del área total del Terminal de Carga.**

- Ninguna de las tres Terminales de Carga 1, 2 y 3 podrá contar con menos de tres (3) Operadores de Carga. Para estos efectos se considerará que cada Operador de Carga, conjuntamente con su(s) Beneficiario(s) Real(es), constituye un solo operador.
- Si el Concesionario no logra tener el número mínimo de Operadores de Carga requeridos para cada Terminal de Carga, Aerocivil tendrá el derecho de diseñar e implementar el mecanismo de adjudicación para asegurar la pluralidad de operadores de Carga.
- El Concesionario será responsable de que los contratos que suscriba con los Operadores de Carga incluyan, como mínimo, las siguientes obligaciones, además de lo previsto en el Contrato de Concesión:
 - Aplicación de la normatividad vigente en materia de seguridad, Mantenimiento y Operación aeroportuaria;
 - Provisión del equipo e infraestructura necesaria para el manejo y almacenamiento de carga;
 - Utilización del Área de Consolidación de Carga y de la Zona de Transferencia, de acuerdo con los parámetros definidos por el Concesionario.
 - Asegurar que se dedica un área específica para el manejo de correos de acuerdo con los requerimientos de Operación.
 - A los Operadores de Carga no les está permitido entregar parcial o totalmente a un tercero, el área adjudicada, so pena de terminación inmediata del contrato correspondiente.
 - Una cláusula en la que se indique como causal de terminación anticipada del contrato exigir a cada Operador de Carga la entrega del área objeto de contrato, cuando éste último no mantenga un manejo anual equivalente a por lo menos el 3% del total de toneladas de carga procesadas en el Aeropuerto, según lo certifique Aerocivil. Esta medición se hará cada año contado a partir de la suscripción del contrato entre el Concesionario y el Operador de Carga.

6.1.1.4 En lo que toca con la explotación comercial, comprende todas las actividades dirigidas a la generación de recursos por la comercialización de los bienes y servicios propios de la concesión, incluidas, entre otras, la generación y cobro de los ingresos no regulados y la prestación de los servicios asociados a estos ingresos, con independencia de que los preste directamente el concesionario o a través de subcontratistas.

Así quedó pactado en el contrato suscrito –se destaca-:

1.59 Explotación Comercial o Explotación Comercial del Área Concesionada

Se refiere a la realización de todas aquellas actividades por las cuales el Concesionario, un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del

Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real, reciben cualquier tipo de contraprestación en los términos de este Contrato.

Dicha contraprestación puede provenir directamente de los usuarios de los Servicios Asociados a los Ingresos Regulados, de usuarios de los Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados, de los terceros que desarrollan actividades comerciales en el Área Concesionada y/o de cualquiera otra persona natural o jurídica que adquiera los bienes o servicios ofrecidos por el concesionario, directamente o través de un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real, en el Área Concesionada.

Entre los actos de Explotación Comercial erjecidos por el Concesionario o por su Beneficiario Real o un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concsionario o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real se encuentran aquellos que se listan a continuación, **sin que estos constituyan un listado taxativo pues a esta categoría pertenecerán todas aquellas actuaciones que, por su naturaleza, se encuentren dirigidas a la generación de recursos a partir de la venta de servicios o bienes en el Área Concesionada.**

a) La generación y cobro de los Ingresos No Regulados

b) **La celebracion y ejecución de los contratos (incluidos los Contratos Cedidos) para la Explotación Comercial de las áreas comerciales del Aeropuerto.**

c) La Explotación comercial de las áreas comerciales del Aeropuerto por parte el Concesionario de manera directa, a través de un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o de cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real.

d) La celebración de contratos para la publicidad de bienes o servicios de terceros diferentes al concesionario.

e) La prestación de Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y de Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados a título oneroso a los usuarios del Aeropuerto.

f) En general, cualquier actividad que suponga la venta de bienes o prestación de servicios y genere algún tipo de contraprestación a favor del Concesionario o un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el Concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real.

Y, para estos efectos, las partes definieron como ingresos no regulados los provenientes de la prestación de los servicios no asociados a los ingresos regulados –se destaca-:

1.71 Ingresos No Regulados

*Son aquellos ingresos en dinero –o en especie susceptible de ser valorada en dinero- percibidos por el Concesionario o un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica de la cual el concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real **como contraprestación de los Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados.** En general, los Ingresos no Regulados se encuentran constituidos por todos aquellos ingresos percibidos por el Concesionario o un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, o cualquier persona natural o jurídica del cual el concesionario o alguno de sus miembros sea Beneficiario Real, distintos de los Ingresos Regulados.*

6.1.1.5 La actividad de administración objeto de concesión comprende toda la gestión relativa al ordenamiento y organización de los bienes y servicios contratados, incluyendo la selección, contratación y asignación del personal y de los proveedores de bienes, servicios, equipos y materiales requeridos para el cumplimiento del contrato –num. 1.8, de la Cláusula 1 del contrato-.

Con este alcance fue convenida esa actividad en el contrato suscrito –se destaca-:

1.8 Administración o Administración de los Bienes de la Concesión

Entre los actos de Administración ejercidos por el Concesionario se encuentran aquellos que se listan a continuación, sin que estos constituyan listado taxativo pues a esta categoría pertenecerán todas aquellas actuaciones que, por su naturaleza, se encuentren dirigidas al ordenamiento y organización de los bienes y servicios objeto de la Concesión.

a) La contratación de personal idóneo y competente para realizar todas aquellas gestiones que se requieran para cumplir con el objeto del Contrato de Concesión.

*b) La asignación del personal para la prestación de los Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y **de los Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados a cargo del Concesionario.***

c) La selección de los proveedores de bienes, servicios, equipos y materiales para el cumplimiento del objeto del Contrato de Concesión.

6.1.1.6 En el contrato de concesión las partes convinieron en que i) la remuneración del concesionario, consistente únicamente en los ingresos regulados y no regulados por la prestación de los servicios de la concesión, comprende todos los costos y riesgos de la ejecución del contrato y ii) todo ingreso bruto obtenido por la prestación de los servicios en desarrollo de la concesión hace parte del contrato celebrado.

Así lo convinieron las partes, conforme con el documento suscrito –se destaca-:

CLÁUSULA 55 REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO

La remuneración del Concesionario está 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.

La suma resultante del recaudo efectivo de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados, remunera integralmente las obligaciones asumidas por el Concesionario con ocasión del presente Contrato de Concesión y, por lo tanto, la totalidad de las obligaciones de Administración, Operación, Modernización y Expansión, Explotación Comercial y Mantenimiento y el pago de la Contraprestación a Aerocivil deberán ser asumidas por el Concesionario, sin que se requiera de pagos o compensaciones por parte de Aerocivil y favor del Concesionario.

El recaudo efectivo de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados, también remunera la asunción de los riesgos a que se refiere de manera expresa la CLÁUSULA 12 y todos aquellos otros riesgos que por su naturaleza deban ser asumidos por el Concesionario. Por lo tanto, el acaecimiento de los riesgos a los que se refiere este Contrato, o los efectos negativos o positivos derivados de éstos, no darán lugar a modificación, reducción o adición de la remuneración del Concesionario, no afectarán la Contraprestación a Aerocivil ni darán lugar reconocimientos o compensaciones por parte de Aerocivil y a favor del Concesionario.

Lo previsto en los tres incisos anteriores se entiende sin perjuicio de las compensaciones e indemnizaciones que se causen por el ejercicio –por parte de Aerocivil- de las potestades excepcionales al derecho común, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Igualmente, lo previsto en esta cláusula se entiende sin perjuicio de la regulación especial contenida en este

Contrato, sobre la remuneración a que tendría derecho el Concesionario por los siguientes conceptos, siempre que de acuerdo con las estipulaciones que a continuación se citan, se haga necesario hacer pagos al Concesionario con recursos distintos de Ingresos Regulados y de los Ingresos no Regulados: (i) Reembolsos por concepto de reparaciones necesarias por Fuerza Mayor o Caso Fortuito cuando quiera que estos corresponden a riesgos no asegurables en los términos señalados en el numeral 9.3 de la CLÁUSULA 9; (ii) Obras Complementarias señaladas en la CLÁUSULA 34 de este Contrato; (iii) Pago de las diferencias por concepto de compensación tarifaria, de acuerdo con lo establecido en los numerales 57.1 y 57.2 de la CLÁUSULA 57 de este Contrato; y (iv) Pagos por concepto de la variación en la legislación en materia de Seguridad Aeroportuaria, siempre que tal variación implique costos y gastos superiores al uno por ciento (1%) de los Ingresos Brutos del Concesionario del semestre inmediatamente anterior y Aerocivil elija la opción contenida en el subnumeral 2 del numeral 44.7.2. de la CLÁUSULA 44 de este Contrato.

Este Contrato de Concesión no supone una garantía de rentabilidad a favor del Concesionario y por lo tanto, el recaudo efectivo de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados durante la vigencia del presente Contrato de Concesión, se entenderá como la suma suficiente y necesaria para remunerar las inversiones efectuadas por el Concesionario, así como los costos financieros, operativos y demás gastos en que hubiere incurrido el Concesionario para el desarrollo del Proyecto, incluido el pago de la Contraprestación a Aerocivil.

Este Contrato no supone una garantía de flujo de caja mínimo para el Concesionario, pues su remuneración depende del recaudo efectivo de los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados. Por lo tanto, las variaciones positivas y negativas en el flujo de caja del Concesionario serán parte de los riesgos asumidos con ocasión del presente Contrato.

CLÁUSULA 6 VALOR EFETIVO 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.

Para los efectos fiscales el valor de este Contrato es indeterminado, pero determinable.

Se entiende que el valor efectivo que recibirá el Concesionario 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 del Contrato incluyendo todos los estudios, diseños y ensayos que se considere necesario realizar para cumplir adecuadamente con el objeto del Contrato, y todas las obligaciones que emanan del mismo, así como los costos de financiación, el retorno del capital, las utilidades del concesionario y de los impuestos, tasas y

contribuciones que resulten aplicables.

Así mismo, se entiende que el valor efectivo remunera todas las labores complementarias necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, sea que aparezcan o no de manera expresa en este Contrato o en los documentos que lo integran como obligaciones a cargo del Concesionario, aún cuando estas labores no estén relacionadas de manera directa con la Administración, Modernización y Expansión, Operación, Explotación Comercial y Mantenimiento del Aeropuerto.

Dentro de estas labores se incluyen, entre otras, la obligación a cargo del Concesionario de elaborar sus propios estudios y diseños para la realización de las Obras de Modernización y Expansión, los aportes a la Subcuenta de Interventoría, los aportes a la Subcuenta de Amigable Composición, al pago de la Comisión de Éxito, al pago del ganador del Concurso Arquitectónico, todas las obligaciones y actividades a cargo del Concesionario durante la Etapa Previa, todas las obligaciones y actividades a cargo del Concesionario durante la Etapa de Modernización y Expansión y durante la Etapa Final, los gastos financieros y administrativos –directos e indirectos- y todos los demás que sean requeridos para la cabal ejecución del objeto contratado.

El valor efectivo de este Contrato remunera también la asunción de los riesgos administrativos, financieros, tributarios, regulatorios, políticos, de evaluación y todos los demás que se desprenden de las obligaciones del Concesionario o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este Contrato, salvo por lo expresamente previsto en el mismo a cargo de la Aerocivil.

Lo anterior sin perjuicio del pago de las compensaciones e indemnizaciones que se causen por el ejercicio –por parte de la Aerocivil- de las potestades excepcionales al derecho común, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Igualmente, lo previsto en esta cláusula se entiende sin perjuicio de la regulación especial contenida en este Contrato, sobre la remuneración a que tendría derecho el Concesionario por los siguientes conceptos, siempre que de acuerdo con las estipulaciones que a continuación se citan, se haga necesario hacer pagos al Concesionario con recursos distintos de los Ingresos Regulados y de los Ingresos no Regulados: (i) Reembolsos por concepto de reparaciones necesarias por Fuerza Mayor o Caso Fortuito cuando quiera que estos corresponden a riesgos no asegurables en los términos señalados en el numeral 9.3 de la CLÁUSULA 9; (ii) Obras Complementarias señaladas en la CLÁUSULA 34 de este Contrato; (iii) Pago de las diferencias por concepto de compensación tarifaria, de acuerdo con lo establecido en los numerales 57.1 y 57.2 de la CLÁUSULA 57 de este Contrato; y (iv) Pagos por concepto de la variación en la legislación en materia de Seguridad Aeroportuaria, siempre que tal variación implique costos y gastos superiores al uno por ciento (1%) de los Ingresos Brutos del Concesionario del semestre inmediatamente anterior y Aerocivil elija la opción contenida en el subnumeral 2 del numeral 44.7.2. de la CLÁUSULA

44 de este Contrato.

Debiéndose entender por Ingreso Bruto, conforme con lo pactado por la partes, la suma de todos los ingresos provenientes de la contraprestación por los servicios asociados a los ingresos regulados y a los no regulados, esto es por la explotación comercial de todas las actividades comprendidas en el objeto de la concesión:

1.70 Ingreso Bruto

Es la suma de todos los Ingresos Regulados e Ingresos no Regulados causados a favor del Concesionario como consecuencia de la Explotación Comercial del Aeropuerto. También se considerarán como Ingreso Bruto los ingresos causados a favor de cualquier Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario o algunos de sus miembros sea Beneficiario Real, cuando quiera que tales ingresos tengan causa en la prestación de Servicios Asociados a los Ingresos Regulados y en la prestación de Servicios no Asociados a los Ingresos Regulados o en la venta de bienes para el Aeropuerto o en el Aeropuerto.

6.1.1.7 También, las partes convinieron en que la concesionaria le pagará semestralmente a la concedente el mayor valor resultante entre el 46.16% de los ingresos brutos de la concesión (ofertado por el concesionario y tenido en cuenta para la adjudicación) y una suma fija establecida para el efecto.

Así se lee en el documento contractual:

CLÁUSULA 60 CONTRAPRESTACIÓN

60.1 Cálculos de los Pagos Semestrales

El Concesionario pagará en Pesos a Aerocivil, por concepto de Pago Semestral, la suma que resulte superior entre los 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 MILLÓN DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL Dólares (US\$1.292.000.00) constantes de diciembre de 2005, más ii) la suma de TREL 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.

(...)

60.3 Causación de los Pagos Semestrales, fecha de pago e intereses de mora

Los Pagos Semestrales se causarán desde el Día Hábil siguiente a la fecha de suscripción del Acta de Entrega y se efectuarán dentro de los treinta (30) Días Calendario siguientes al vencimiento de cada semestre calendario (1 de Enero a 30 de junio y 1 de julio a 30 de diciembre).

En el caso que el Concesionario no efectúe el Pago Semestral correspondiente dentro de los treinta (30) Días Calendario, deberá pagar intereses de mora sobre el monto adeudado, aplicando las tasas previstas para las sumas denominadas en Dólares y en Pesos, de conformidad con lo previsto en la CLÁUSULA 79 del presente Contrato de Concesión.

6.1.1.8 Para garantizar la transparencia en el manejo, la partes convinieron en que i) la totalidad de los ingresos cobrados por la prestación de los servicios objeto de la concesión ingresarán a una fiducia; ii) el fideicomiso sería el centro de imputación contable del Proyecto y iii) la contabilidad, los informes y rendición de cuentas se centralizarían, igualmente, a través de la fiducia.

De ello da cuenta la cláusula 61 del contrato:

CLÁUSULA 61 MANEJO DE RECURSOS

61.1 Fondo del Fideicomiso

El Concesionario deberá transferir al patrimonio autónomo (Fideicomiso) todos los recursos de deuda y capital que llegare a utilizar para la ejecución de las obligaciones que le asisten con ocasión del presente Contrato, de conformidad con las necesidades del Proyecto en los tiempos y montos que él mismo determine, siempre que sean suficientes para cumplir con el Contrato. Adicionalmente, manejará a través del Fideicomiso la totalidad de los recursos que reciba por concepto de Ingresos Regulados e Ingresos no Regulados.

El Fideicomiso será el centro de imputación contable de todo el Proyecto y,

por lo tanto, será el encargado de emitir las facturas o las cuentas de cobro y de recibir los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados, de efectuar los pagos a que se obligue el Concesionario para la ejecución del presente Proyecto y en general, de centralizar la totalidad del manejo financiero y contable del Proyecto.

(...)

61.3.1. Subcuenta Principal

Mediante esta subcuenta se manejarán todos los recursos que, de conformidad con este Contrato, no deban mantenerse en la Subcuenta de Interventoría en la Subcuenta de Excedentes de Aerocivil, en la Subcuenta de la Etapa Previa, en la Subcuenta de Amigable Composición o en la Subcuenta Transitoria.

De conformidad con lo anterior y salvo que en este Contrato de Concesión se disponga lo contrario, la Subcuenta Principal recibirá los recursos correspondientes a los Ingresos Regulados y los Ingresos no Regulados.

(...)

61.7 Informes

61.7.1 Ingresos Brutos

Bimestralmente y dentro de los cinco (5) primeros Días de cada Bimestre Calendario, la Fiduciaria deberá entregar a Aerocivil y al Interventor un informe sobre los Ingresos Brutos del Concesionario (acumulados y recibidos durante el Bimestre Calendario), correspondientes al Bimestre Calendario inmediatamente anterior. El Concesionario y el Interventor revisarán conjuntamente el informe presentado por el Fideicomiso y suscribirán conjuntamente un acta en la que constarán –si las hubiere- las observaciones del Interventor sobre la consistencia del informe presentado por la Fiduciaria. Copia de dicha acta será remitida a Aerocivil.

61.7.2 Estado del Fideicomiso

En el contrato de fiducia mercantil, se entenderá incorporada la obligación a cargo de la entidad fiduciaria de entregar informes bimestrales sobre la operación del Fideicomiso, dirigidos al Interventor y a Aerocivil. En todo caso, la información contable del Fideicomiso deberá mantenerse actualizada y disponible para que el Interventor o Aerocivil puedan acceder a ella en cualquier momento, durante su vigencia. Los informes de la Entidad Fiduciaria deberán presentarse de manera que permitan verificar, de manera sencilla y clara, todos los aspectos relevantes de la ejecución del presente Contrato.

6.1.1.9 En las estipulaciones convenidas quedó previsto, además, que el concesionario podrá desarrollar esquemas financieros dirigidos a facilitar la consecución de los recursos que requiere la ejecución del objeto, sujeto a que esas operaciones se reflejen en la contabilidad centralizada a cargo de la fiduciaria y sin que se afecten los derechos de la entidad concedente, entre ellos, la contraprestación a la que tiene derecho.

Así se estipuló en la cláusula 61 del contrato de concesión –se destaca-:

61.5 Desarrollo de esquemas financieros

Con el fin de facilitar la concesión de los recursos necesarios para el Proyecto, el Concesionario o la Entidad Fiduciaria podrán desarrollar esquemas financieros, tales como titularización, emisión de bonos y sindicaciones, entre otros. Para estos efectos, los derechos económicos a favor del Concesionario derivados de este Contrato, podrán ser cedidos a los financiadores. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que la contabilidad deba estar centralizada en el Fideicomiso y sin perjuicio de los derechos de Aerocivil.

6.1.2 Se sabe, además, porque así lo sostuvieron OPAIN S.A. y OTCA S.A.S a lo largo de este proceso y de ello también dan cuenta los informes rendidos por la interventoría, que la concesionaria diseñó un esquema financiero, en virtud del cual le trasladó a esta última sociedad, en calidad de arrendataria, las obligaciones, los riesgos y los ingresos relativos a la explotación comercial del terminal de carga internacional que hace parte del área concesionada, a cambio de un canon anual de \$9.500.000.000.

Efectivamente, conforme con la información suministrada por OTCA S.A.S, el contrato de arrendamiento del terminal de carga internacional se celebró como resultado de un proceso de estructuración financiera adelantado por OPAIN S.A., con la finalidad de conseguir a un operador con la capacidad financiera suficiente para asumir la explotación comercial de bienes que le fueron entregados en razón de la concesión. Para ello, el arrendatario debía i) financiar la realización de las actividades necesarias para poner el área concesionada en las condiciones de explotación comercial requeridas en el contrato, ii) asumir los riesgos de esas actividades y iii) recaudar los ingresos provenientes de la contraprestación que se cobraría por la explotación comercial. Todo eso, a cambio del valor anual preestablecido. Cometido que finalmente se logró con OTCA S.A.S, dado que esta sociedad se constituyó con la participación de un fondo conformado con recursos

privados, aportados para financiar las actividades necesarias para explotar comercialmente los bienes públicos que recibiría a título de arrendamiento.

En el mismo sentido, de acuerdo con lo afirmado por OPAIN S.A. en este proceso, el único acto de explotación comercial que, en su calidad de concesionario, realizó sobre los bienes que conforman el terminal de carga internacional recibidos fue el contrato de arrendamiento suscrito con OTCA S.A.S. En esas condiciones, el subarrendador actúa como un tercero respecto de la concedente y los ingresos que obtiene no le pertenecen a esta, ajena igualmente al contrato y subcontrato de arrendamiento.

En esa medida, sostiene la concesionaria, los pagos a cargo de los usuarios del terminal de carga internacional no tienen por qué ingresar al patrimonio autónomo, esto es al *“Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado”* constituido entre la sociedad y BBVA Fiduciaria S.A., como recursos públicos, ni la misma tiene que rendir cuentas de esas rentas a la concedente. Ajena, a su decir, de la gestión.

De la existencia del contrato de arrendamiento entre OPAIN S.A. y OTCA S.A.S. también dan cuenta múltiples comunicaciones intercambiadas entre la concesionaria y JAHVM McGregor S.A, interventor, con ocasión de los reparos formulados por este, en el sentido de que no resulta posible, a la luz del contrato, que la concesionaria transfiera en arrendamiento la explotación comercial de los bienes concesionados.

6.1.3 También, se conoce que, en virtud del contrato de arrendamiento suscrito entre OPAIN S.A. y OTCA S.A.S, esta última ha celebrado múltiples contratos de subarriendo de las áreas del terminal internacional de carga (en el expediente obran las copias de 39 de ellos), asumiendo así la explotación comercial de esos bienes entregados al concesionario.

Se destaca de esos contratos, entre otros aspectos, i) la calidad de arrendadora derivada del contrato de concesión celebrado entre la Aerocivil y OPAIN S.A., invocada por OTCA S.A.S y ii) las obligaciones de los usuarios de garantizar la tenencia y la destinación para la operación comercial del área conferida al subarrendatario, de pagar a OTCA S.A.S. el canon comercial convenido y de trasladar oportunamente a OPAIN S.A. los ingresos regulados.

Finalmente y no por ello de menor relevancia, la confidencialidad del contrato de subarriendo.

Así se lee en varios apartes de los contratos de subarriendo suscritos:

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

(i) El 12 de diciembre de 2006, la Sociedad Concesionaria Aeroportuaria S.A. (Opain S.A.) suscribió el Contrato de Concesión No. 6000169OK con la Nación-Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil de la República de Colombia ("Aerocivil"), acuerdo que impone y habilita al concesionario para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento, modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado, de la ciudad de Bogotá, Distrito Capital ("el Contrato de Concesión"). Copia completa del Contrato de Concesión se adjunta como Anexo 2.

(ii) De acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión y con el entendimiento que de éste ha manifestado en varios conceptos Aerocivil, Opain S.A., está autorizada para arrendar a terceros las áreas del Aeropuerto destinadas a Terminales de Carga y a Espacios Comerciales.

(iii) El día 4 de febrero de 2010, Opain S.A., suscribió un contrato de arrendamiento con el Subarrendador, en virtud del cual este último está facultado para: (i) subarrendar los Terminales de Carga a Operadores de Carga para que estos adelanten la operación de carga; (ii) subarrendar los Espacios Comerciales a Operadores Comerciales, para que estos adelanten la Operación Comercial; y (iii) a explotar con publicidad áreas del inmueble arrendado (el "Contrato de Arrendamiento").

CLÁUSULA V CANON DE SUBARRENDAMIENTO

5.1 El Subarrendatario se obliga a pagar al Subarrendador, de manera incondicional y como contraprestación por el uso y goce del inmueble, un canon mensual así (...).

CLÁUSULA VI OBLIGACIONES DEL SUBARRENDADOR

6.1 El Subarrendador se obliga expresamente a:

6.1.1. Entregar al Subarrendatario la tenencia del Inmueble para que este pueda realizar la Operación Comercial (...).

CLÁUSULA VII OBLIGACIONES DEL SUBARRENDATARIO

7.1 El Subarrendatario se obliga expresamente a:

7.1.1. Destinar el Inmueble únicamente para las actividades descritas en la Cláusula III.

7.1.2. Pagar y/o reembolsar oportunamente al Subarrendador (i) El Canon Base; (ii) –sic- la suma mensual correspondiente al prepago y/o reembolso de los Gastos Operacionales Reembosables; y (iii) cualquier otro costo o gasto que deba ser asumido por el Subarrendatario en las condiciones y montos establecidos en este Contrato.

7.1.3 Todos los pagos que deba efectuar el Subarrendatario al Subarrendador bajo este Contrato; sin limitación, el Canon Base, el depósito y las multas y penalidades a que haya lugar, únicamente, al Fideicomiso.

(...)

7.1.19 Pagar oportunamente los Ingresos Regulados a Opain S.A. o a quien este le indique y mantener en sus oficinas principales los soportes y registros contables correspondientes a las actividades que generen dichos ingresos (...).

CLÁUSULA XIX CONFIDENCIALIDAD

Las partes acuerdan mantener en absoluta confidencialidad todos los documentos o cualquier otra información que se suministren mutuamente, con ocasión o desarrollo de este Contrato y en consecuencia, excepto por la información que el arrendador deba entregar a Opain S.A., en cumplimiento de lo dispuesto en el Contrato de Arrendamiento y en el Contrato de Concesión, ninguna de ellas podrá revelar dicha información sin el consentimiento expreso y escrito de la otra parte.

El Subarrendatario declara que conoce y acepta la naturaleza de la información que debe ser entregada al Subarrendador para que este pueda cumplir con sus obligaciones bajo el Contrato de Arrendamiento.

6.1.4 Obran en el expediente múltiples informes del interventor del contrato de concesión y requerimientos de la entidad concedente a la concesionaria, en el sentido de que, por el esquema contractual adoptado por esta última con OTCA S.A.S, se han dejado de registrar contablemente en el fideicomiso del contrato estatal y de incluir en la base para la liquidación de la contraprestación en favor de la entidad pública, los ingresos brutos provenientes de los servicios no asociados a los ingresos regulados, correspondientes a la explotación comercial del terminal de carga internacional a través del subarriendo. También, obran las respuestas de OPAIN S.A. en el sentido de que los ingresos brutos por los mencionados servicios corresponden exclusivamente al canon convenido en el contrato de arrendamiento celebrado con OTCA.S.A.S y de su negativa a modificar el

esquema contractual convenido con esta última, por considerarlo ajustado al contrato de concesión –fls. 1 a 116 del anexo con los documentos presentados por la Aeronáutica Civil-

Los elementos probatorios reseñados ofrecen a la Sala suficiente evidencia sobre ostensibles vulneraciones a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, como pasa a exponerse.

6.2 La violación de los derechos colectivos

A juicio del actor popular, con el esquema financiero y contractual adoptado unilateralmente por OPAIN S.A. para la explotación comercial del terminal de carga internacional se vulneran los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, porque se excluyó indebidamente esa actividad del contrato de concesión para beneficiar a particulares, en tanto estos reciben para su propio beneficio parte de las sumas que, de acuerdo con lo convenido en el contrato, debe transferir el concesionario a la Nación por la explotación de sus bienes y se impide el acceso a la información pública necesaria para liquidar los recursos estatales.

Por su parte, la entidad concedente sostiene que con el esquema financiero y contractual adoptado unilateralmente por OPAIN S.A. para entregar a OTCA S.A.S. el terminal de carga internacional concesionado, se adelanta la explotación comercial al margen de las condiciones pactadas, se rompe el principio de unidad de imputación contable y de manejo de los recursos, rector del contrato estatal celebrado y se produce un enriquecimiento ajeno a la remuneración convenida en favor del contratista, con afectación de los recursos públicos. Sin que, a su juicio, le sea imputable a la Aerocivil la vulneración de los derechos colectivos invocada por el actor popular, dado que ha requerido del concesionario los ajustes necesarios para proteger los intereses estatales, aunque sin éxito.

Por su parte, OPAIN S.A. y OTCA S.A.S sostienen la no vulneración de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, fundadas en que les asiste el derecho a explotar comercialmente los bienes públicos por fuera del contrato del concesión, sin que la entidad estatal tenga derecho alguno sobre los ingresos brutos de esa explotación, más allá de los pagos sobre un canon de

arrendamiento establecido unilateralmente por el concesionario. Razón por la que, a juicio de las demandadas, los recursos provenientes de los pagos a cargo de los usuarios de los bienes y servicios del terminal de carga internacional concesionado no tienen por qué ingresar al fideicomiso del contrato estatal, tampoco considerarse en la base de liquidación de las transferencias al patrimonio de la Nación y menos aun tratarse como dineros públicos sobre los que deba rendirse cuentas a la entidad concedente.

Para la Sala, con las actuaciones llevadas a cabo por OPAIN S.A. y OTCA S.A.S. en el marco del esquema contractual y financiero adoptado para la explotación comercial del terminal de carga internacional concesionado por la Aeronáutica Civil y la actitud pasiva asumida por esta última entidad, se están vulnerando gravemente los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, al punto que la explotación de los bienes que integran el terminal internacional de carga se adelanta al margen los fines estatales, esto es con destinación y provecho indebido de los bienes públicos, vulneración de los principios de transparencia, responsabilidad, eficiencia y detrimento del patrimonio estatal. Como se expone a continuación.

6.2.1 Utilización de los recursos públicos al margen de su naturaleza y destinación

Se destaca, en primer lugar, que es un hecho pacífico que los bienes que conforman el terminal de carga internacional son públicos, en cuanto le pertenecen a la Nación. También que OPAIN S.A. los recibió y administra por cuenta del Estado, en razón de un contrato estatal. Y, asimismo, son públicos los recursos provenientes de su explotación. Naturaleza de los recursos indiscutible, si se considera que es regla que cada uno se beneficia de lo que es suyo y que si su administración se conviene con otro, a título oneroso, es en propio provecho, es decir a cambio de una prestación que lo beneficia. Regla que salvo que así lo determine el ordenamiento –no en virtud de un contrato- podría no aplicarse a la explotación de los bienes estatales.

De donde la concesión de que se trata no es nada distinto a un instrumento dispuesto por el ordenamiento para el ejercicio de los derechos que el Estado ostenta sobre lo suyo, esto es, un título que habilita al particular para que explote

bienes públicos con sujeción a los términos convenidos dentro de un marco dispositivo y negocial restringido.

Siendo así, es dable concluir que el contrato de concesión no muta el dominio y no podría hacerlo bajo ninguna circunstancia; pues para el efecto se han establecido requisitos y trámites que nada tienen que ver con su naturaleza, requisitos y modalidad de ejecución.

Tan es así, que la entrega del terminal de carga a OPAIN S.A., en el desarrollo del contrato para la construcción, administración, operación y mantenimiento del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá, converge con la constitución de un fideicomiso al que debe ingresar la totalidad de las contraprestaciones que, en virtud de su explotación comercial, deberán producir los bienes entregados para prestar a los usuarios los servicios que demandan. Para el efecto el "*Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado*", constituido entre la concesionaria y BBVA Fiduciaria S.A, en desarrollo del contrato n.º 6000169OK de 2006. O sea, la destinación de los recursos producidos por los bienes estatales que administra OPAIN S.A., para el *sub lite* los propios del terminal internacional de carga, no es otra que el fideicomiso al que se hace mención, para de allí sufragar la ejecución del objeto y pagar la remuneración al contratista, siendo el remanente de la entidad estatal.

De ahí que en el contrato de concesión quedó expresamente previsto que todos los ingresos brutos provenientes de la explotación del Aeropuerto El Dorado ingresarían al fideicomiso, único centro de imputación del objeto contratado. De donde no queda sino concluir su naturaleza de ingresos estatales.

En esas circunstancias, resulta abiertamente contrario a su naturaleza y destinación que los ingresos provenientes del cobro a los usuarios por la utilización o servicios prestados con los bienes públicos concesionados, se tengan como recursos privados, por el hecho de que el concesionario haya acudido a la subcontratación de la actividad. Ello es así, porque no resulta posible que, siendo públicos los bienes y estatal el título que los entregó en administración, los recursos provenientes de su uso y goce se muten a privados, por el solo hecho de la intermediación de un particular, por cuenta del concesionario.

Y, con mayor razón, resulta repudiable que, siendo claro que esos ingresos

proviene de la ejecución de las actividades propias del objeto de la concesión con único destino el fideicomiso, ingresen al patrimonio de un tercero, rompiendo el principio de unidad de imputación propio de los recursos públicos destinados y provenientes del mismo objeto, lo que dio lugar a constituir el fideicomiso al que se hace mención.

En esas condiciones, huelga concluir que OPAIN S.A. y OTCA S.A.S., utilizando el marco del contrato de concesión al que la última es ajena, pretendieron modificar la destinación de los recursos públicos, provenientes de la prestación de los servicios con los bienes de la Nación concesionados y, asimismo, desconocer a la Fiduciaria, particularmente al *“Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado”*, como centro de imputación de los recursos originados en la explotación del terminal de carga internacional, contrariando la unidad del centro de imputación y de registro contable, propio de los bienes estatales destinados al desarrollo de un bien público, para el efecto la construcción, administración, operación y mantenimiento del Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá.

6.2.2 Utilización de bienes públicos en beneficio particular

La condición de públicos de los bienes que integran el terminal internacional de carga del Aeropuerto El Dorado de Bogotá, en concesión, no deja asomo de dudas, como tampoco y de contera que, si bien al concesionario se le hizo entrega de los mismos, de ello no se sigue ni puede serlo la mutación del dominio, de donde su explotación comercial tiene que repercutir al Estado, sin perjuicio de la remuneración convenida. Al punto que se echa de menos el ingreso al Fideicomiso del producto bruto de la operación comercial. Esto es de los recursos originados en los cobros efectuados a los usuarios de los bienes y servicios de esa área concesionada, comoquiera que cualquier esquema que haya adoptado el concesionario tendría que verse reflejado en la unidad contable del Fideicomiso, en orden al cumplimiento del desarrollo del objeto público contratado.

Lo anterior en consideración a que el Fideicomiso no revela lo esperado, pues el patrimonio autónomo no recibe los ingresos brutos que debería, sin que se conozca de acciones dirigidas a proteger el patrimonio público dentro del esquema financiero previsto, de manera que se conserve el equilibrio prestacional

convenido, de donde no queda sino concluir en la afectación de la moralidad y el patrimonio públicos. Esto es así, porque, siendo los bienes que conforman el terminal internacional de carga estatales, es claro que al Fideicomiso tendría que ingresar el producto bruto de su explotación comercial, de donde no es dable aceptar que la concesionaria haya resuelto trasladar a un intermediario la tenencia que le fue confiada y, más grave aún, que la gestión de este no repercuta en beneficio de la concesión.

En efecto, OPAIN S.A. dio en arrendamiento las áreas concesionadas para que un tercero adelante la explotación comercial al margen del resultado, en cuanto el arrendatario no tendría que sujetarse a lo previsto al respecto en el contrato de concesión, haciendo caso omiso del interés público vinculado a las contraprestaciones que pagan los usuarios de los bienes y servicios del terminal internacional de carga. De suerte que para OPAIN S.A. el único acto de explotación comercial en el marco de la concesión tiene que ver con el contrato de arrendamiento celebrado con OTCA S.A.S, no obligada al pago de la contraprestación sobre los ingresos brutos percibidos por la explotación comercial, en cuanto ingresos que se acompañan con riesgos que dejaron de ser del concesionario. Al punto que alega que, de cambiarse las condiciones que pactó con OTCA S.A.S, se generaría un desequilibrio económico.

A juicio de esta Sala, no resulta posible el entendimiento en el sentido de que el producto de la explotación comercial de bienes públicos beneficie a particulares, salvo la remuneración legal y previamente convenida a cambio precisamente por la administración de los mismos, con sujeción al ordenamiento y los términos contractuales, de los que no cabe suponer la mutación del dominio de los bienes concesionados, hacia el patrimonio particular.

De donde resulta a todas luces contrario a los intereses estatales que los recursos generados por la explotación comercial de los bienes que comprende el terminal de carga internacional no ingresen al patrimonio estatal, esto es al *"Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado"*, el ingreso bruto. Y, en esas condiciones, sorprende que la concesionaria insista en que las cosas se mantengan como están y reclame el mantenimiento de un equilibrio con un tercero que resolvió pactar, al margen de los intereses estatales.

Destaca la Sala que los fines perseguidos por las disposiciones de la Ley 80

de 1993, invocadas por la concesionaria en este proceso, no dan lugar a que la misma pretenda mantener un esquema financiero que no considera la salvaguarda del patrimonio público.

6.2.3 Afectación de los principios de transparencia y responsabilidad

De conformidad con las disposiciones de la Ley 80 de 1993, todas *“las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa”* –art. 23-.

En virtud del principio de transparencia, el contrato de concesión se celebró previo un proceso de selección en el que OPAIN S.A. le ofertó a la Aerocivil las condiciones más favorables para la ejecución del objeto contratado. Y a las que el concesionario se obligó y de las que se deriva la explotación comercial de los bienes y servicios del terminal de carga internacional, al máximo beneficio.

Empero, a la postre surge un tercero arrendatario con facultad de subarrendar, que bajo esta modalidad explota los bienes y en convenio con la arrendadora fija el monto de los ingresos que recibe el Fideicomiso, sin que se conozca el resultado de la gestión, pues los contratos de subarriendo están sujetos a una cláusula de confidencialidad.

Luego la Sala echa de menos el respeto por el principio de transparencia, del que se deriva el imperativo de dar a conocer las condiciones que rodean la administración de los bienes estatales con miras a permitir su real seguimiento, para el caso de su explotación en el marco de una concesión, que debe reportar resultados al patrimonio autónomo creado con tal fin, obligado a rendir informes y presentar cuentas a la Unidad Especial de la Aeronáutica Civil, las que además los asociados tendrían que conocer; empero, las cuentas no se han rendido y la situación tiende a permanecer, pues OTCA S.A.S, pasando por alto la titularidad pública de los bienes que administra, pretende mantener un estado contrario a los principios de publicidad y transparencia, comoquiera que una cláusula de confidencialidad cubre los contratos de subarriendo, impidiendo que el resultado de la gestión se conozca.

Y es que las actuaciones para exigir del fideicomiso la rendición de cuentas y el pago de la contraprestación en la forma convenida brillan por su ausencia, esto es, se echa de menos las gestiones a cargo de la entidad pública para conocer e intervenir en el resultado de la explotación, siendo el primer punto los ingresos por cada uno de los espacios y bienes públicos objeto de subarriendo. Esto es así, porque el material probatorio que obra en el expediente da cuenta de que la entidad pública se ha limitado a mediar en una supuesta controversia entre OPAIN S.A. y la interventoría del contrato, dejando de lado el liderazgo que le compete en la defensa del patrimonio público que en razón de sus funciones le ha sido confiado.

6.2.4 Vulneración del principio de eficiencia económica y detrimento del patrimonio público

La Aerocivil y OPAIN S.A. convinieron en que la explotación comercial del terminal de carga internacional se haría en condiciones de libre mercado. Con ese fin, se facultó al concesionario para prestar los servicios no asociados a los ingresos regulados a precios resultantes de la libre interacción de la oferta y la demanda y, asimismo, el concesionario se obligó a implementar mecanismos de adjudicación abiertos y competitivos para la asignación de las áreas del terminal de carga internacional, de manera que se permita a todos los usuarios interesados en ser tenedores de esos espacios, participar en igualdad de condiciones, sin restricciones que afecten el mercado y, principalmente, la prestación de los servicios en condiciones de eficiencia económica. Especialmente, el concesionario se obligó a no otorgar la tenencia de más del 50% del área de cualquiera de las tres terminales de carga a ningún operador, de manera que se garantice que ninguno podrá ocupar más del 25% del área total del terminal de carga y que las tres terminales cuenten con al menos tres operadores.

Acorde con esos mismos fines, las partes pactaron que los recursos públicos obtenidos por la explotación comercial del terminal de carga internacional de propiedad de la Nación, en condiciones de libre mercado, deben ingresar al "*Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado*". Y de esos ingresos brutos se debe transferir semestralmente a la concedente el porcentaje convenido, esto es sobre la totalidad de los pagos que efectúan los usuarios de los bienes y servicios del terminal de carga internacional.

Empero, tal como quedó demostrado en autos, OPAIN S.A. entregó los bienes en arrendamiento a un tercero con autorización de subarriendo a cambio de una suma fija que OTCA S.A.S. entrega al Fideicomiso. De donde no queda sino concluir que el terminal de carga internacional no opera en condiciones de libre mercado y todo indica que no comulga con el principio de eficiencia económica que incumbe al interés general, en pro de lograr el mayor beneficio posible.

Es que bajo el esquema de monopsonio, establecido para explotar los espacios del terminal de carga, no es dable pretender la maximización de los ingresos para la entidad propietaria de los bienes públicos concesionados. Sin que, por otra parte, la entidad concedente haya tomado medidas en orden a que los recursos producidos por los bienes públicos ingresen al patrimonio estatal.

En efecto, el material probatorio allegado al proceso da cuenta de que OPAIN S.A. dispuso el pago de la contraprestación a la que tiene derecho la entidad concedente, sobre unos valores que no se derivan de una operación de libre mercado y que no corresponden a los ingresos brutos de la explotación comercial del área concesionada.

Así, obran en el expediente informes de la interventoría y requerimientos de la entidad concedente al concesionario, porque este dispuso el pago de la contraprestación, con base en el canon de que trata el contrato de arrendamiento celebrado con OTCA S.A.S., excluyendo de la base de la liquidación los ingresos brutos percibidos por la explotación comercial que lleva a cabo el intermediario.

Para la Sala resulta abiertamente contrario al principio de eficiencia, al que se sujeta la explotación de los bienes del Estado, que la determinación del valor a pagar por ese concepto no consulte las condiciones de un libre mercado y no es de otra manera porque ninguna gestión al respecto se conoce, aunque sí que se entregó en tenencia la totalidad del terminal por un canon de \$9.500.000.000 anuales.

Para la Sala no es de recibo la defensa planteada por OPAIN S.A. y OTCA S.A.S. en el sentido de que no se afecta el patrimonio público, dado que las mismas habrían pactado un canon superior a los ingresos que con anterioridad a

ese contrato percibía la Aerocivil, pues, de ser ello así, la información transparente, que la Sala echa de menos, lo indicaría y, en todo caso, tendría que haberse considerado la intervención de la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil; pues no se entiende cómo terceros particulares fijan la rentabilidad de lo que no son titulares. Máxime, tratándose de bienes públicos y se conmina a la entidad estatal a que, de antemano y sin información para contradecir, se tenga que sentir beneficiada.

Vale recordar que en el contrato de concesión se convino, con claridad, que los ingresos por los bienes y servicios del terminal de carga internacional deben provenir de precios cobrados en condiciones de libre mercado, esto es por la interacción de la oferta y la demanda en condiciones de equilibrio, al punto que el concesionario se comprometió a rendir un informe al fideicomiso del contrato estatal, modalidad que no tendría que cambiar por el hecho de que OPAIN S.A. haya resuelto transferir el derecho a la explotación comercial a un solo arrendatario.

En esas circunstancias, la Sala no duda de que el pago de la contraprestación al Estado por la explotación económica del terminal de carga internacional, con base en un ingreso definido por terceros, al margen de la entidad estatal, por fuera del procedimiento de libre mercado en orden a maximizar los recursos públicos y precedida de confidencialidades, causa detrimento al patrimonio público y deberá corregirse, con miras a que la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil, a través del Fideicomiso, adelante la evaluación que corresponde, la que permitirá adoptar las directrices que sean necesarias.

De donde no queda sino advertir la subordinación que se observa de los intereses estatales a los particulares. Esto es así, porque, de una parte, la Aeronáutica no conoce los términos y condiciones de la explotación de los bienes y, de otra, un particular, ajeno al contrato, explota libremente los bienes, con cláusula de reserva de información. Asunto que exige la intervención del juez popular en defensa de los derechos colectivos a la moralidad y patrimonio público, para que se conozca los términos de la explotación de los bienes estatales y pueda asimismo realizarse el balance correspondiente; pues se hace necesario determinar si la explotación comercial de los bienes públicos en condiciones de libre mercado, logra los ingresos maximizados y si estos efectivamente

corresponden a la suma fija que OPAIN S.A. traslada al Fideicomiso, como se convino y tendría que haber acontecido. Ya que nada distinto puede entenderse de la explotación adoptada por OPAIN S.A.

7. Medidas de protección de los derechos colectivos vulnerados

Establecido, como está en este proceso, que con el esquema financiero y contractual acordado entre OPAIN S.A. y OTCA S.A.S se vulnera gravemente la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, aunado a que no se conoce, teniendo que conocerse, el monto de los ingresos por la explotación comercial del terminal de carga internacional del Aeropuerto El Dorado, la Sala considera necesario previamente arribar al conocimiento, con el fin de que se impongan los correctivos.

Debiéndose destacar la ausencia de liderazgo de la entidad concedente en la defensa del patrimonio público, pues ninguna medida en orden a la rendición de cuentas ha sido tomada y menos aún se han tomado correctivos con la finalidad de asegurar que la explotación comercial de los bienes públicos concesionados se adelante en las condiciones de mercado que ameritaron la libertad de los precios convenida, con la finalidad de maximizar los ingresos de la concesión.

Siendo así, se adoptarán las siguientes medidas para que cese la vulneración y se restablezcan los derechos afectados:

1) Reconvénir a la Aeronáutica Civil y a OPAIN S.A., para que se abstengan de continuar incurriendo o de reincidir en las actuaciones contrarias a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, establecidas en este proceso o en otras que tengan los mismos propósitos o efectos contrarios a los fines del Estado, en el ámbito de la gestión que a cada una le compete en el marco de la concesión del terminal de carga internacional del aeropuerto El Dorado.

2) OTCA S.A.S. informará a los usuarios de los bienes y servicios de la totalidad del área del terminal de carga internacional concesionada que deberán remitir al Tribunal *a quo*, en un término máximo de quince (15) días, siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, toda la información sobre los contratos vigentes, en

especial la relativa a la situación financiera, esto es pagos convenidos y realizados, incluyendo las oportunidades, las modalidades y términos de la contratación.

3) Dentro del mismo término señalado en el punto anterior, OTCA S.A.S. remitirá al Tribunal *a quo* una relación completa y detallada de todos los usuarios de los bienes y servicios de la totalidad del área del terminal de carga internacional concesionada, acompañada de toda la información sobre los contratos vigentes, en especial la relativa a la situación financiera, pagos convenidos y realizados, incluyendo las oportunidades, modalidades y términos de la contratación. Además, OTCA S.A.S. informará sobre los procedimientos seguidos para entregar los bienes en arrendamiento y asimismo maximizar los ingresos.

4) El Tribunal *a quo* adoptará las medidas y llevará a cabo las diligencias que sean necesarias para la obtención de la información señalada en los puntos anteriores, incluidos la inspección judicial y dictámenes periciales, conforme con los poderes que le son dados por el ordenamiento.

5) El Tribunal *a quo* dispondrá lo conducente para que la información sea remitida al “*Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado*” y se le asignará un término prudencial para que rinda el informe para determinar los ingresos brutos de la explotación comercial de esa área concesionada, conforme a lo expuesto en esta sentencia.

La Aeronáutica Civil tomará todas las medidas para que el “*Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado*” establezca el valor aquí señalado, dentro del término máximo que se le señale para el efecto.

6) Una vez establecido por parte del “*Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado*” el valor total de los ingresos brutos percibidos por OTCA S.A.S., por concepto de la explotación comercial, OPAIN S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que reciba el informe del Fideicomiso, pondrá a disposición de este último i) el valor total de la diferencia entre los recursos reportados al “*Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado*” y los ingresos brutos que debieron ingresar por la explotación comercial, de conformidad con el valor establecido en cumplimiento de la orden impartida en esta sentencia, ii) el valor correspondiente a los rendimientos que debieron producir en el “*Fideicomiso*

P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado” las sumas correspondientes a la diferencia señalada y iii) el valor de los intereses de mora adeudados por el no pago oportuno de la contraprestación debida a la entidad concedente sobre el valor de las ingresos brutos dejados de incluir en la base de la liquidación.

7) OPAIN S.A. rendirá a la entidad concedente los informes y presentará las cuentas sobre los ingresos brutos de la explotación comercial de los bienes y servicios del terminal de carga internacional, establecidos en la forma convenida en el contrato de concesión, de conformidad con lo expuesto en esta sentencia, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo señalado para la entrega del informe del Fideicomiso.

8) Con sujeción a las obligaciones contraídas en el contrato de concesión suscrito, OPAIN S.A. transferirá los valores adeudados a la entidad concedente por los ingresos brutos no incluidos en la base de la liquidación, incluyendo los intereses moratorios pactados en el contrato suscrito, de conformidad con lo expuesto en esta sentencia, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo señalado para la entrega del informe del Fideicomiso.

9) OPAIN S.A. presentará al Comité de Verificación del cumplimiento de esta sentencia un estudio sobre el estado de los ingresos por la explotación comercial del terminal de carga internacional concesionada, que demuestre las ventajas, inconvenientes y desventajas del esquema vigente, en el que se deberán analizar los efectos, en términos de eficiencia, para la explotación de los bienes públicos y la prestación de los bienes y servicios a los usuarios de esa área concesionada. Los costos de ese estudio serán asumidos por OPAIN S.A; deberá ser realizado por la persona, natural o jurídica, que escoja el Comité de Verificación, de una lista de al menos cinco personas con acreditada experiencia en la materia, que no hayan tenido en los últimos diez (10) años o tengan alguna relación contractual o económica con OPAIN S.A. ni presenten inhabilidad o conflicto de intereses para contratar con el Estado, y que será suministrada por la Aeronáutica Civil. Los informes, incluido el resultado final, serán rendidos al Comité de Verificación directamente por la persona a la que se le haya encomendado ese estudio, a más tardar dentro de los tres meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta Sentencia. Este plazo podrá ser prorrogado por un término no superior a la mitad, por la mayoría del Comité de Verificación.

Si, de acuerdo con los resultados del estudio presentado, el Comité de Verificación concluye, sin lugar a dudas que, en términos de eficiencia, para la explotación comercial del terminal de carga internacional y la prestación de los bienes y servicios a los usuarios finales, resulta favorable a los fines estatales mantener el esquema de explotación comercial adoptado por OPAIN S.A., así se determinará, sin perjuicio de condicionar la decisión a valoraciones y ajustes posteriores, en todo caso en defensa del patrimonio estatal y respeto de las condiciones contractuales convenidas.

En caso contrario, esto es, de ser desfavorable a los fines estatales, en términos de eficiencia para la explotación comercial del terminal de carga internacional y la prestación de los bienes y servicios a los usuarios finales, el Comité de Verificación impartirá las instrucciones y adoptará las medidas que la ley le confiere para que se adopte un nuevo esquema de explotación comercial que responda en un todo a los fines estatales, incluido el plazo en el que el concesionario deberá ponerlo en funcionamiento. El cumplimiento de estas últimas órdenes deberá ser controlado por la Aeronáutica Civil, con sujeción a las medidas, sanciones y efectos previstos en el contrato.

En cualquier caso, el estudio a cargo de OPAIN S.A., las recomendaciones del Comité de Verificación y las decisiones de la Aeronáutica Civil, deberán tener en cuenta que, de conformidad con los principios de la función pública, bajo ninguna circunstancia resulta posible que se adelante la explotación comercial del terminal de carga internacional al margen de los principios de transparencia, responsabilidad y eficiencia, en condiciones de libre mercado, que rigen la explotación de los bienes estatales entregados al concesionario en administración. De suerte que habrá de mantenerse el principio de unidad de imputación de los recursos públicos originados, centralizarse el manejo de los ingresos y hacer pública la información y la rendición de cuentas.

Por otra parte, dado que la acción ejercida se relaciona indirectamente con las obligaciones del contrato de concesión n.º 6000169OK de 2006, en cuanto título de explotación comercial de los bienes sobre los que recae el juicio de moralidad administrativa y de defensa del patrimonio público adelantado, la Sala llamará la atención a la Aeronáutica Civil y a OPAIN S.A. para que acompañen sus conductas con la eficacia de las prestaciones contraídas y el ejercicio de las acciones que corresponden a ese fin.

Finalmente, se remitirá copia de este proceso a la Fiscalía General de la Nación para que adelante las investigaciones a que haya lugar por el cambio indebido en la naturaleza y destinación de los recursos públicos de la concesión, de conformidad con lo expuesto en esta sentencia, sin perjuicio de las repercusiones que el resultado de la verificación proyecta en el contrato de concesión y tampoco de las acciones que la Aeronáutica Civil deberá adoptar al respecto.

8. Sobre el incentivo económico solicitado por el actor popular

De conformidad con la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de *“unificar la jurisprudencia... en torno a la improcedencia de su reconocimiento, incluso en aquellos procesos promovidos con anterioridad a la expedición dicha Ley 1425”*, fundada en que el ejercicio la acción popular, la impugnación y demás actuaciones surtidas no pueden hacerse valer como derechos adquiridos ni expectativas legítimas frente a la derogatoria que dispuso la nueva ley, habrá de negarse el incentivo económico solicitado por el actor en el *sub judice*.

En efecto, así lo dejó establecido la Sala²⁰ –se destaca–:

Pues bien, para efectos de arribar a la determinación acerca de si el reconocimiento del incentivo resulta, o no, procedente en los procesos iniciados antes de la expedición de la plurimencionada Ley 1425, la Sala estima que el análisis relacionado con la naturaleza jurídica de los ya derogados artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 en cualquier caso lleva a la misma conclusión, esto es a la improcedencia de reconocer el estímulo económico, no obstante que se trate de acciones populares promovidas antes de que entrara en vigor de la Ley 1425; dicho de otra manera, indistintamente del carácter sustantivo o procedimental que pudiere predicarse respecto de las disposiciones abolidas, la conclusión a la cual debe arribarse, tal como se determinará en este proveído, es que por virtud de la decisión del Legislador, el incentivo económico desapareció del ordenamiento jurídico y, con ello, la posibilidad legal de seguir reconociéndolo dentro de las decisiones judiciales en aquellos asuntos iniciados antes de la promulgación de la Ley 1425, al margen de si los preceptos legales que preveían tal premio a favor del actor popular correspondían, o no, a normas de naturaleza sustantiva o procesal.

²⁰ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de abril de 2013; Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; expediente 17001333100120090156601 AP. Se transcribe el texto sin las citas de pie de página. Con salvamentos de voto, entre otros, de los Consejeros Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth.

La Sala precisa que cualquier disquisición que en punto a la naturaleza jurídica de los artículos 39 y 40 de la Ley 472, proferida en el año 1998, antes de constituir realmente un avance en la unificación de la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, se convertiría mas bien en un juicio retórico innecesario, pues, como se dijo, con independencia del carácter sustancial, o no, de dichos preceptos legales, la conclusión ha de ser la misma en uno u otro caso y ello constituye, en realidad, el aspecto a unificar por parte de la Corporación; es decir, la cuestión que en esta materia ocupa la atención de la Sala, con fines de unificación jurisprudencial, dice relación con la viabilidad de reconocer aún el incentivo económico dentro de los procesos iniciados en ejercicio de la acción popular antes de la expedición de la Ley 1425 y no lo es, en modo alguno, el debate que permita definir el carácter procesal o sustancial de unas normas que, además, ya desaparecieron del ordenamiento jurídico.

Por esa razón la Sala, sólo con el propósito de establecer –como ya se anticipó– que en este momento el juez de la acción popular no podrá reconocer el incentivo económico dentro de las acciones ejercidas antes de la expedición de la Ley 1425, procederá a advertir cómo los artículos 39 y 40 podrían acogerse desde la doble connotación –sustancial o procesal– respecto de su naturaleza jurídica, pero que, al margen de ello, la determinación final –que, bueno es insistir en ello, constituye realmente el aspecto a unificar– resulta ser la misma, esto es la improcedencia, se reitera, del reconocimiento del incentivo dentro de los litigios iniciados antes de que el Legislador hubiere expedido la Ley 1425, de diciembre 29 de 2010 (...).

(...) de aceptarse la condición sustancial de los preceptos legales que consagraban el incentivo en las acciones populares, necesariamente habría que aceptar entonces el argumento según el cual la desaparición del ordenamiento jurídico –como en efecto ocurrió– de las disposiciones que gozaban de tal naturaleza jurídica y que reconocían un derecho, impide por completo al operador judicial mantener su reconocimiento, habida cuenta de que la disposición que lo consagraba dejó de existir para el momento en el cual debía resolverse tal punto.

(...)

La Sala estima que el incentivo, entendido como el estímulo, la compensación o la retribución económica que la ley autorizaba reconocer por la labor diligente que hubiere realizado el actor popular a favor de la comunidad en búsqueda de la protección de sus derechos e intereses colectivos, no puede entenderse como un “derecho adquirido” en cabeza de dicho actor popular por el sólo hecho de presentar la demandada, comoquiera que tal instituto sólo sería determinado y, por ende, llamado a consolidarse, una vez el juez de la acción popular abordare el estudio del tema, actuación que únicamente podría producirse después de trabada la

litis y del agotamiento de unas fases del proceso, esto es una vez culminada la audiencia de pacto de cumplimiento en cuanto se profiriera sentencia aprobatoria de la misma o, de manera definitiva, en la sentencia que pusiere final al litigio (...).

Por manera que el aludido estímulo económico de ninguna forma podía catalogarse como un derecho adquirido durante el curso del proceso, sino como una mera expectativa, habida consideración de la incertidumbre que frente a tal estímulo debía esclarecer el juez de la causa y, dicho sea de paso, siempre que las pretensiones de la demanda resultaren estimadas en la correspondiente sentencia definitiva (...).

Tampoco desconoce la Sala que las expectativas legítimas –noción que difiere de las meras expectativas y naturalmente del concepto de derechos adquiridos–, pueden merecer la tutela del ordenamiento jurídico en determinadas circunstancias, sin embargo advierte desde ya que tampoco hay lugar a examinar desde esta perspectiva la institución a la que se viene haciendo alusión, por la sencilla razón de que las posibilidades de que el incentivo se pudiera consolidar no dependían, en modo alguno (sic), del simple paso del tiempo y/o de la voluntad del interesado, comoquiera que, según se ha expuesto con amplitud, la única opción de que dicho incentivo pudiera trascender al campo de los derechos del actor dependía de factores, condiciones o presupuestos absolutamente exógenos, como son la existencia del pronunciamiento judicial que pusiere fin de manera definitiva al proceso, que en esa providencia se hiciera el reconocimiento de dicho incentivo en cuanto consecuencia directa de haberse verificado tanto la amenaza o vulneración de los derechos colectivos cuya protección se perseguía con el ejercicio de la respectiva acción popular, como la efectividad de la intervención del actor en la obtención de la protección de los respectivos derechos colectivos.

En consecuencia, por ser el incentivo económico una mera expectativa en los procesos judiciales correspondientes que aún están en curso y que, por lo mismo, no han concluído (sic) con sentencia ejecutoriada que lo hubiere reconocido como un derecho adquirido, resulta perfectamente aplicable el precedente jurisprudencial mencionado, en relación con el cual se tiene que si bien la derogatoria del incentivo produce efectos ex - nunc, lo cierto es que tal abolición de normas sustanciales –si se les diere ese calificativo a los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998– necesariamente obliga a concluir que ello afectó y, por ende, dejó sin fundamento la mera expectativa que tenían los actores populares dentro de aquellos procesos iniciados antes de la expedición de la Ley 1425, por cuanto no se trataba, según se acaba de precisar, de derechos adquiridos o de obligaciones consolidadas con anterioridad a la promulgación de dicha ley, pues para ello dependía –el incentivo–, <<de que acontezcan tales supuestos, según la normatividad sustantiva vigente en el momento>>, lo cual no se produjo.

9. Condena en costas

De conformidad con las disposiciones del artículo 38 de la Ley 472 de 1998, “[e]l juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas”, acorde con las cuales “se condenará... a la parte vencida en el proceso”, en proporción al interés que les asista a los integrantes, por las costas de ambas instancias, cuando la sentencia de segundo grado revoque totalmente la del inferior, sin que opere la renuncia antes de ser decretadas, además de que “las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas” –art. 392, modificado por el art. 42 de la Ley 794 de 2004-.

Asimismo, conforme con las disposiciones del artículo 19 de la Ley 1395, “[l]a condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación”.

Siendo así, se condenará a Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, a OPAIN S.A. y a OTCA S.A.S., al pago de las costas que serán liquidadas por la Secretaría de la Corporación, en proporción de 10%, 45% y 45%, respectivamente. Se fija en 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la ejecutoria de la liquidación, las agencias en derecho, atendiendo a lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y considerando que se trata de un asunto sin cuantía.

10. Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia

Como lo permite el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, se dispone la conformación de un Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia con la participación del juez, las partes, la entidad pública, encargada de velar por el derecho o interés colectivo y el Ministerio Público.

Siendo así, el Comité estará integrado por i) un Magistrado designado para el efecto por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; ii) la parte actora; iii) los demandados, esto es la Aeronáutica Civil, OPAIN S.A. y OTCA S.A.S.; iv) la Procuraduría General de la Nación, como representante del Ministerio Público y v) la Contraloría General de la República, entidad encargada constitucionalmente del control fiscal de los recursos públicos.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política y la ley.

RESUELVE:

MODIFICAR la sentencia del 6 de septiembre de 2012 proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLARAR infundadas las excepciones propuestas por el apoderado de la Contraloría General de la República.

SEGUNDO: DECLARAR falta de legitimación respecto del Ministerio de Transporte.

TERCERO: AMPARAR los derechos colectivos de moralidad administrativa y defensa del patrimonio público, vulnerados por la Aeronáutica Civil, OPAIN S.A. y OTCA S.A.S., con ocasión de la explotación comercial de los bienes estatales que conforman el terminal de carga internacional del Aeropuerto El Dorado, entregados en concesión según el contrato n.º 6000169OK de 2006, conforme con las razones consignadas en las consideraciones de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR el cumplimiento las siguientes medidas para la protección de los derechos amparados:

1) Reconvénir a la Aeronáutica Civil y a OPAIN S.A., para que se abstengan de continuar incurriendo o de reincidir en las actuaciones contrarias a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, establecidas en este proceso o en otras que tengan los mismos propósitos o efectos contrarios a los fines del Estado, en el ámbito de la gestión que a cada una le compete en el marco de la concesión del terminal de carga internacional del aeropuerto El Dorado.

2) OTCA S.A.S. informará a los usuarios de los bienes y servicios de la totalidad del área del terminal de carga internacional concesionada que deberán remitir al Tribunal *a quo*, en un término máximo de quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, toda la información sobre los contratos vigentes, en especial la relativa a la situación financiera, esto es pagos convenidos y realizados, incluyendo las oportunidades, las modalidades y términos de la contratación.

3) Dentro del mismo término señalado en el punto anterior, OTCA S.A.S. remitirá al Tribunal *a quo* una relación completa y detallada de los usuarios de los bienes y servicios de la totalidad del área del terminal de carga internacional concesionada, acompañada de toda la información sobre los contratos vigentes, en especial la relativa a la situación financiera, pagos convenidos y realizados, incluyendo las oportunidades, modalidades y términos de la contratación. Además, OTCA S.A.S. informará sobre los procedimientos seguidos para entregar los bienes en arrendamiento y asimismo maximizar los ingresos.

4) El Tribunal *a quo* adoptará las medidas y llevará a cabo las diligencias que sean necesarias para la obtención de la información señalada en los puntos anteriores, incluidos la inspección judicial y dictámenes periciales, conforme con los poderes que le son dados por el ordenamiento.

5) El Tribunal *a quo* dispondrá lo conducente para que la información sea remitida al “Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado”, constituido entre OPAIN S.A. y BBVA Fiduciaria S.A., en desarrollo del contrato de concesión n.º 6000169OK y le asignará a este un término prudencial para que rinda el informe y determinar asimismo los ingresos brutos de la explotación comercial de esa área concesionada, conforme a lo expuesto en esta sentencia.

La Aeronáutica Civil tomará todas las medidas para que el “Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado” establezca el valor aquí señalado, dentro del término máximo que se le señale para el efecto.

6) Una vez establecido por parte del “Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado” el valor total de los ingresos brutos percibidos por OTCA S.A.S., por concepto de la explotación comercial, OPAIN S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que reciba el informe del “Fideicomiso P.A.

OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado”, pondrá a disposición de este último i) el valor total de la diferencia entre los recursos reportados al “*Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado*” y los ingresos brutos que debieron ingresar por la explotación económica, de conformidad con el valor establecido en cumplimiento de la orden impartida en esta sentencia, ii) el valor correspondiente a los rendimientos que debieron producir en el “*Fideicomiso P.A. OPAIN S.A. Aeropuerto El Dorado*” las sumas correspondientes a la diferencia señalada y iii) el valor de los intereses de mora adeudados por el no pago oportuno de la contraprestación debida a la entidad concedente sobre el valor de las ingresos brutos dejados de incluir en la base de la liquidación.

7) OPAIN S.A. rendirá a la entidad concedente los informes y presentará las cuentas sobre los ingresos brutos de la explotación comercial de los bienes y servicios del terminal de carga internacional, establecidos en la forma convenida en el contrato de concesión, de conformidad con lo expuesto en esta sentencia, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo señalado para la entrega del informe del Fideicomiso.

8) Con sujeción a las obligaciones contraídas en el contrato de concesión suscrito, OPAIN S.A. transferirá los valores adeudados a la entidad concedente por los ingresos brutos no incluidos en la base de la liquidación, incluyendo los intereses moratorios pactados, de conformidad con lo expuesto en esta sentencia, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo señalado para la entrega del informe del Fideicomiso.

9) OPAIN S.A. presentará al Comité de Verificación del cumplimiento de esta sentencia un estudio sobre el estado de los ingresos por la explotación comercial del terminal de carga internacional concesionada, que demuestre las ventajas, inconvenientes y desventajas del esquema vigente, en el que se deberán analizar los efectos, en términos de eficiencia, para la explotación de los bienes públicos y la prestación de los bienes y servicios a los usuarios de esa área concesionada. Los costos de ese estudio serán asumidos por OPAIN S.A.; deberá ser realizado por la persona, natural o jurídica, que escoja el Comité de Verificación, de una lista de al menos cinco personas con acreditada experiencia en la materia, que no hayan tenido en los últimos diez (10) años o tengan alguna relación contractual o económica con OPAIN S.A. ni presenten inhabilidad o conflicto de intereses para contratar con el Estado, y que será suministrada por la

Aeronáutica Civil. Los informes, incluido el resultado final, serán rendidos al Comité de Verificación directamente por la persona a la que se le haya encomendado ese estudio, a más tardar dentro de los tres meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta Sentencia. Este plazo podrá ser prorrogado por un término no superior a la mitad, por la mayoría del Comité de Verificación.

Si, de acuerdo con los resultados del estudio presentado, el Comité de Verificación concluye, sin lugar a dudas que, en términos de eficiencia para la explotación comercial del terminal de carga internacional y la prestación de los bienes y servicios a los usuarios finales, resulta favorable a los fines estatales mantener el esquema de explotación comercial adoptado por OPAIN S.A., así se determinará, sin perjuicio de condicionar la decisión a valoraciones y ajustes posteriores, en todo caso en defensa del patrimonio estatal y respeto de las condiciones contractuales convenidas.

En caso contrario, esto es, de ser desfavorable a los fines estatales, en términos de eficiencia para la explotación comercial del terminal de carga internacional y la prestación de los bienes y servicios a los usuarios finales, el Comité de Verificación impartirá las instrucciones y adoptará las medidas que la ley le confiere para que se adopte un nuevo esquema de explotación comercial que responda en un todo a los fines estatales, incluido el plazo en el que el concesionario deberá ponerlo en funcionamiento. El cumplimiento de estas últimas órdenes deberá ser controlado por la Aeronáutica Civil, con sujeción a las medidas, sanciones y efectos previstos en el contrato.

En cualquier caso, el estudio a cargo de OPAIN S.A., las recomendaciones del Comité de Verificación y las decisiones de la Aeronáutica Civil, deberán tener en cuenta que, de conformidad con los principios de la función pública, bajo ninguna circunstancia resulta posible que se adelante la explotación comercial del terminal de carga internacional al margen de los principios de transparencia, responsabilidad y eficiencia, en condiciones de libre mercado, que rigen la explotación de los bienes estatales entregados al concesionario en administración. De suerte que habrá de mantenerse el principio de unidad de imputación de los recursos públicos originados, centralizarse el manejo de los ingresos y hacer pública la información y la rendición de cuentas.

QUINTO: SE HACE UN LLAMADO DE ATENCIÓN a la Aeronáutica Civil y a

OPAIN S.A. para que acompañen sus conductas a la eficacia de las prestaciones de que trata el contrato de concesión n.º 6000169OK y el ejercicio de las acciones que corresponden a ese fin.

SEXTO: Por la Secretaría General, **SE REMITIRÁ** copia de este proceso a la Fiscalía General de la Nación para que adelante las investigaciones a que haya lugar, de conformidad con lo expuesto en esta sentencia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada, esto es, a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, a OPAIN S.A. y a OTCA S.A.S, en proporción de 10% la primera y 45% cada una de las demás, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Sección.

OCTAVO: FIJAR las agencias en derecho la suma de cinco (05) salarios mínimos mensuales legales vigentes, a favor del actor popular.

NOVENO: NEGAR al actor popular el derecho al incentivo económico.

DÉCIMO: ABSOLVER a la Contraloría General de la República

DECIMOPRIMERO: CONFORMAR un Comité de Vigilancia que verifique el cumplimiento de esta sentencia, el cual estará integrado por i) un Magistrado designado para el efecto por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; ii) la parte actora; iii) los demandados, esto es la Aeronáutica Civil, OPAIN S.A. y OTCA S.A.S.; iv) la Procuraduría General de la Nación, como representante del Ministerio Público y v) la Contraloría General de la República, entidad encargada constitucionalmente del control fiscal de los recursos públicos.

DÉCIMOSEGUNDO: REMÍTASE a la Defensoría del Pueblo, copia del presente fallo para que sea incluido en el Registro Público Centralizado de Acciones Populares y de Grupo previsto en el artículo 80 de la ley 472 de 1998. Ofíciase.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE y NOTIFÍQUESE.

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Con aclaración de voto

DANILO ROJAS BETANCOURTH