

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Consejero ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Radicación: 05001-23-31-000-2011-00904-01(49.776)
Demandante: AEROSUCRE SA Y OTRO
Demandados: UAE AERONAÚTICA CIVIL Y OTRO
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA – ACCIDENTE AÉREO

Síntesis del caso: la parte demandante alega la causación de un daño ocasionado en una de las turbinas de una aeronave del servicio de transporte de carga operada por la empresa Aerosucre SA mientras realizaba la maniobra de despegue en el Aeropuerto Internacional José María Córdova de Rionegro, hecho que atribuye al impacto sufrido con un ave y al supuesto actuar descuidado de los entes demandados por no implementar medidas tendientes a reducir el peligro aviar.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fls. 969 a 985 cdno. apelación) contra la sentencia de primera instancia proferida el 18 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección de Reparación Directa (fls. 941 a 967 cdno. apelación) mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

“PRIMERO. NO PROSPERA LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE NI TACHA DE LOS TESTIGOS PROPUESTAS EN EL TRÁMITE DEL PROCESO POR LAS RAZONES EXPUESTAS.

SEGUNDO. NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, DE CONFORMIDAD CON LO EXPUESTO EN LA PARTE MOTIVA DE ESTA PROVIDENCIA.

TERCERO. NO SE CONDENA EN COSTAS ATENDIENDO A LA CONDUCTA DE LAS PARTES, DE ACUERDO A LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 55 DE LA LEY 446 DE 1998.

CUARTO. NOTIFICAR POR EDICTO.

QUINTO. ARCHIVAR EL EXPEDIENTE UNA VEZ EN FIRME LA PRESENTE DECISIÓN.” (Negrillas y mayúsculas fijas del texto original - fl. 967 cdno. apelación).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 13 de abril de 2011 las sociedades Aerosucre SA y Aeroinversiones SA por intermedio de apoderado judicial presentaron acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del CCA contra la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA (OACN SA y Airplan SA) (fls. 24 a 56 cdno. ppal. 1) con las siguientes súplicas:

“PRETENSIONES PRINCIPALES

“Primera. DECLARAR que la **NACIÓN – en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil-** es **RESPONSABLE** de todos los daños y perjuicios irrogados a la sociedad **AEROSUCRE S.A.** y a la sociedad **AEROINVERSIONES S.A.** de conformidad con lo narrado en el acápite de hechos de la presente demanda.

Segunda. Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la **NACIÓN – en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil-**, al pago de todos los **perjuicios materiales** padecidos por la sociedad **AEROSUCRE S.A.** y a la **sociedad AEROINVERSIONES S.A.**

Tercera. CONDENAR a la **NACIÓN – en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil**, al pago de la suma de **DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MÍL DÓLARES (USD 265.000)** a la tasa de cambio vigente al momento de la ejecutoria de la sentencia proferida en el curso de la presente actuación, **o la suma que resulte probada**, por concepto de **daño emergente**, referido a la suma de dinero empleada para reemplazar la turbina de marca Pratt & Whitney modelo JT8D-15 de la aeronave de matrícula HK-4523.

Cuarta: CONDENAR a la **NACIÓN – en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil**, al pago de la suma de dinero que resultare probada en el curso de la presente actuación, por concepto de **lucro cesante**, referido al **no empleo del aeronave de matrícula HK-4523**, por el término de quince (15) días por valor de **CUARENTA MIL DÓLARES (USD 40.000)** a la tasa de cambio vigente al momento de la ejecutoria de la sentencia proferida en el curso de la presente actuación **o la suma que resulte probada**, por concepto de **lucro cesante** dentro de la presente acción.

Quinta: CONDENAR a la **NACIÓN- en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil-**, por las costas que demanda la presente actuación.

PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En el evento de no acceder a las pretensiones principales, ruego a usted efectuar las siguientes declaraciones y condenas:

Primera: DECLARAR que la **NACIÓN-** en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil- y/o la **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.**, de acuerdo con lo que resulte probado y de acuerdo con el criterio jurídico del juzgador, son solidariamente **RESPONSABLES** de todos los daños y perjuicios irrogados a la sociedad **AEROSUCRE S.A.** y a la sociedad **AEROINVERSIONES S.A.** de conformidad con lo narrado en el acápite de hechos de la presente demanda.

Segunda: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la **NACIÓN-** en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil- y/o la **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.**, de acuerdo con lo que resulte probado y de acuerdo al criterio jurídico del juzgador, **al pago de todos los perjuicios materiales** padecidos por la sociedad **AEROSUCRE S.A.** y la sociedad **AEROINVERSIONES S.A.**

Tercera: CONDENAR a la **NACIÓN-** en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil- y/o la **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.**, de acuerdo con lo que resulte probado y de acuerdo al criterio jurídico del juzgador, al pago de la suma de **DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MÍL DÓLARES (USD 265.000)** a la tasa de cambio vigente al momento de la ejecutoria de la sentencia proferida en el curso de la presente actuación, **o la suma que resulte probada**, por concepto de **daño emergente**, referido a la suma de dinero empleada para reemplazar la turbina de marca Pratt & Whitney modelo JT8D-15 de la aeronave de matrícula HK-4523.

Cuarta: CONDENAR a la **NACIÓN-** en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil- y/o la **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.**, de acuerdo con lo que resulte probado y de acuerdo al criterio jurídico del juzgador, al pago de la suma de dinero que resultare probada en el curso de la presente actuación, por concepto de **lucro cesante**, referido al **no empleo del aeronave de matrícula HK-4523**, por el término de quince (15) días por valor de **CUARENTA MIL DÓLARES (USD 40.000)** a la tasa de cambio vigente al momento de la ejecutoria de la sentencia proferida en el curso de la presente actuación **o la suma que resulte probada**, por concepto de **lucro cesante** dentro de la presente acción.

Quinta: CONDENAR a la **NACIÓN-** en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil- y/o la **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.**, de acuerdo a lo que resulte probado y de acuerdo al criterio jurídico del juzgador, por las costas que demanda la presente actuación.

SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En el evento de no acceder al primer grupo de pretensiones subsidiarias, ruego a usted efectuar las siguientes declaraciones y condenas:

Primera: DECLARAR que la **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.** es **RESPONSABLE** de todos los daños y perjuicios irrogados a la sociedad **AEROSUCRE S.A.** y a la sociedad **AEROINVERSIONES S.A.** de conformidad con lo narrado en el acápite de hechos de la presente demanda.

Segunda: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** la **SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A.**, al pago de

todos los **perjuicios materiales** padecidos por la sociedad **AEROSUCRE S.A.** y la sociedad **AEROINVERSIONES S.A.**

Tercera: CONDENAR la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A., al pago de la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MÍL DÓLARES (USD265.000) a la tasa de cambio vigente al momento de la ejecutoria de la sentencia proferida en el curso de la presente actuación, **o la suma que resulte probada**, por concepto de **daño emergente**, referido a la suma de dinero empleada para reemplazar la turbina de marca Pratt & Whitney modelo JT8D-15 de la aeronave de matrícula HK-4523.

Cuarta: CONDENAR la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A., al pago de la suma de dinero que resultare probada en el curso de la presente actuación, por concepto de **lucro cesante**, referido al no empleo del aeronave de matrícula HK-4523, por el término de quince (15) días por valor de CUARENTA MIL DÓLARES (USD 40.000) a la tasa de cambio vigente al momento de la ejecutoria de la sentencia proferida en el curso de la presente actuación **o la suma que resulte probada**, por concepto de **lucro cesante** dentro de la presente acción.

Quinta: CONDENAR la SOCIEDAD OPERADORA DE AEROPUERTOS CENTRO NORTE S.A., de acuerdo a lo que resulte probado y de acuerdo al criterio jurídico del juzgador, por las costas que demanda la presente actuación". (fls. 29 y 32 cdno. ppal. 1 – negrillas, subrayado y mayúsculas sostenidas del original)

2. Hechos

- 1) A través de contrato no. 80000011-Ok-2008 la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA (Airplan SA) contrajo la obligación de administrar el Aeropuerto José María Córdova del municipio de Rionegro (Antioquia).
- 2) El 30 de septiembre de 2009, a las 1:50 am, cuando la aeronave con matrícula HK-4523 operada por Aerosucre SA se disponía al despegue fue impactada por un ave en la turbina ubicada en la posición uno, situación que la obligó a abortar la maniobra.
- 3) La referida turbina de marca Pratt & Whitney, modelo JT8D-15, no pudo ser reparada y al momento del siniestro tenía un costo de USD \$265.000, de modo que la adquisición de una nueva tuvo un valor de USD \$400.000, la cual fue desmembrada de otra aeronave para que el avión afectado pudiera funcionar.
- 4) La sociedad Aerosucre SA tenía la calidad de arrendataria respecto de la aeronave que sufrió el accidente, un Boeing 737 2H6C, y en cumplimiento de sus

obligaciones contractuales debe asumir los costos de la turbina; por su parte, la sociedad panameña Aeroinversiones SA era la propietaria de la aeronave.

5) El daño sufrido es imputable a la UAE de Aeronáutica Civil quien tenía la obligación de adoptar las medidas necesarias para minimizar la ocurrencia de daños a las aeronaves por la presencia de fauna en los aeródromos y sus inmediaciones, además, no se trata de un caso fortuito porque es un riesgo previsible *“con la adopción de las medidas establecidas en la correspondiente normatividad”*.

6) Por otra parte, en virtud del contrato de concesión no. 80000011-Ok-2008 la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA tenía la obligación de implementar una guía provisional para el manejo del peligro aviario, no obstante, de una comunicación emitida por el interventor de dicho contrato el 3 de noviembre de 2009 se deriva que hasta esa fecha no se había puesto en práctica la mencionada guía provisional para el control de dicho peligro.

7) La empresa Aerosucre SA en calidad de tenedora de la aeronave accidentada, en virtud de lo pactado en el contrato de arrendamiento, era la primera llamada a pagar los daños sufridos en la aeronave en favor de la propietaria Aeroinversiones SA *“a causa de una omisión y de un incumplimiento de un contenido obligacional a cargo de un sujeto de derecho público, esto es, por falla del servicio”*.

3. Contestación de la demanda

El 9 de agosto de 2011 el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda y ordenó la notificación personal a la UAE de Aeronáutica Civil y a la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA (fl. 58 cdno. ppal. 1).

3.1 Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil

El 10 de abril de 2012 la UAE de Aeronáutica Civil contestó la demanda quien solicitó que las pretensiones principales y subsidiarias fueran negadas (fls. 71 a 101 cdno. ppal. 1) con sustento en las siguientes excepciones:

1) *“Fuerza mayor o caso fortuito”*, por cuanto el peligro aviar es inherente a las operaciones aéreas, se trata de un riesgo propio de la actividad aeroportuaria y

resulta imposible desalojar todas las aves del aeropuerto de manera definitiva; el impacto sufrido por un ave no es responsabilidad del ente público porque se trata de un hecho de la naturaleza que, además, es extraño a la actividad misional de la UAE de Aeronáutica Civil, máxime cuando el artículo 1127 del Código de Comercio prevé que es obligación del asegurador indemnizar los perjuicios que el asegurado causa conforme a la ley.

2) *“El hecho de un tercero”*, dado que la Ley 388 de 1998 otorga a los entes territoriales las responsabilidades sobre los usos del suelo, de este modo, la UAE de Aeronáutica Civil ha emitido un instructivo con el objeto de proporcionar a las autoridades municipales conocimientos y prohibiciones acerca de la destinación que deben tener los suelos en cercanía de los aeropuertos para que sean observados en la planificación territorial, con miras a disminuir el riesgo que representan las aves para la operación aeroportuaria.

3) *“Falta de legitimación en la causa pasiva de la Aeronáutica Civil”*, ya que según la cláusula 61 del contrato de concesión no. 8000011-Ok-2008, es la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA quien debe tomar las medidas posibles para evitar la presencia de aves en los aeropuertos, cumplir con la normativa relacionada con la prevención del peligro aviario, evitar la presencia de materiales que atraigan la presencia de aves y mantener las especificaciones técnicas pactadas en ese contrato.

4) *“Ausencia de falla o falta del servicio de la UAE Aeronáutica Civil”*, por razón de que no hubo omisión alguna de su parte o del interventor del contrato de concesión que diera lugar a los daños alegados, aparte de ello, el manual de servicios de aeropuertos *“Doc 9137-AN/898”*, aprobado por el Secretario General de la Organización de Aviación Civil Internacional, cuando se refiere a las obligaciones de los operadores o explotadores de aeropuertos sobre el citado peligro, alude a *“limitar o reducir”* dicho riesgo y no a eliminar o evitar por completo la presencia de aves, y menos que estas produzcan impacto en las aeronaves.

Aparte de lo anterior, se expidió la Resolución no. 02786 de 2003 por medio de la cual se creó el Comité Nacional para la Prevención del Peligro Aviario de Colombia y su reglamento, igualmente se emitió la Circular Obligatoria no. 5001-01105-2002 para la creación del Comité Regional Aviario.

La entidad se encarga además de conceptuar sobre la prohibición de ubicación de rellenos sanitarios en el cono de aproximación de los aeropuertos en 13 kilómetros, perímetro dentro del cual no existen instalaciones de ese tipo en cercanías del Aeropuerto Internacional José María Córdova de Rionegro (Antioquia).

5) Por otra parte, el operador Aerosucre SA omitió su deber de informar al Grupo de Investigación de Accidentes del siniestro referido, ya que dicho organismo es a quien le asiste la facultad de investigar los accidentes e incidentes en los que se ocasione un grave daño a una aeronave.

6) La seguridad operacional es una obligación propia de las empresas explotadoras de aeronavegación y, en ese sentido, Aerosucre SA debe presentar sus propios planes y programas de prevención de accidentes, y específicamente sobre el peligro aviario.

3.2 Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA (Airplan SA)

Contestó la demanda el 10 de abril de 2012 (fls. 306 a 331 cdno. ppal. 1) oportunidad en la que solicitó se nieguen las pretensiones para cuyo efecto propuso las excepciones que continuación se relacionan:

1) *“Ineptitud de la demanda de Aeroinversiones SA por ausencia de requisitos formales”*, porque el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 exigió, a partir de su entrada en vigencia, el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad previo a demandar en acción de reparación directa, exigencia que solo se cumplió respecto de Aerosucre SA ya que fue la única sociedad que convocó a la audiencia de conciliación llevada a cabo el 21 mayo de 2010 ante la Procuraduría 32 Judicial para Asuntos Administrativos.

2) *“Diligencia y cuidado – inexistencia de falla del servicio”*, porque desde el momento en que recibió en concesión el Aeropuerto Internacional José María Córdova de Rionegro (Antioquia) se ha ajustado a los lineamientos sugeridos por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) y la UAE de Aerocivil, cumplió con las obligaciones del contrato de concesión, desarrolló un programa eficaz de control aviario denominado Plan de Gestión de Riesgos por Fauna, contrató profesionales en temas ambientales y biológicos para que presentaran conceptos para aplicar efectivamente los planes de manejo, procedió a realizar fumigaciones

periódicas e implantó repelentes visuales, sonoros y químicos para disminuir la presencia de fauna en los aeródromos.

3) *“Ausencia de nexo de causalidad”*, en vista de que no existe prueba que indique que el daño causado en la turbina de la referida aeronave tuviera lugar por un impacto con un ave, los únicos documentos que registraron el incidente del 30 de septiembre de 2009 como consecuencia de la inspección realizada por el concesionario señalan que aquel tuvo que ver con problemas en el motor, circunstancia ajena a la empresa operadora del aeropuerto, máxime cuando el inspector de rampa dijo haber revisado personalmente la pista y no encontrar ningún objeto extraño.

4) *“Imposibilidad de eliminar en su totalidad los riesgos aviarios – riesgo inherente”*, ya que en el evento que se llegare a probar que el impacto en la turbina del avión fue provocado por un ave, este obedece a un riesgo inherente a la actividad aeronáutica que debe ser asumido por la empresa de aviación, más aun cuando los actuales estándares técnicos imposibilitan eliminar por completo el riesgo de colisión entre aves y aeronaves.

5) *“Falta de legitimación en la causa por activa”*, en razón de que la demandante Aeroinversiones SA no cumplió con el requisito de conciliación extrajudicial, adicionalmente, Aerosucre SA no está legitimada para pedir perjuicios por daño emergente porque en realidad no adquirió una nueva turbina ya que fue entregada por Aeroinversiones SA, además, según el artículo 2344 del Código Civil, quien tiene la cosa debe responder por ella, pero, solo en ausencia del dueño, y como en este caso Aeroinversiones SA no está ausente, Aerosucre SA no puede reclamar indemnización así este último demostrara que tiene derecho a reclamar por la turbina.

6) *“Falta de jurisdicción”*, dado que el perjuicio reclamado no está relacionado de forma eficiente con la conducta del concesionario como ente privado, en este sentido, el daño no tiene fundamento en la existencia de solidaridad con la UAE de Aeronáutica Civil, máxime cuando las pretensiones fueron planteadas de manera subsidiaria, de manera que no es posible sostener que exista fuero de atracción en este caso.

7) Finalmente, no hay lugar al lucro cesante reclamado porque de acuerdo con los registros del Aeropuerto Internacional José María Córdova la aeronave con matrícula HK-4253 no estuvo paralizada durante 15 días sino tan solo 3; de otra parte, si la turbina dañada tenía un costo de USD \$260.000 no puede pretenderse una indemnización por USD \$400.000 porque el valor de la indemnización por la destrucción de una cosa está representada por su precio al momento de ser destruida.

4. La sentencia de primera instancia

El 18 de septiembre de 2013 el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección de Reparación Directa negó las pretensiones de la demanda (fls. 941 a 967 cdno. apelación) por estimar lo siguiente:

1) No hay lugar a la excepción de *“falta de jurisdicción”* propuesta por el concesionario porque, pese a ser una sociedad del orden privado, debe aplicarse el fuero de atracción en tanto le correspondía la operación del Aeropuerto Internacional José María Córdova de Rionegro (Antioquia) en virtud de un contrato de concesión celebrado con un ente público, con ocasión del cual precisamente se le trasladaron obligaciones de *“cumplir funciones administrativa en virtud de un contrato”*.

2) Prospera parcialmente la excepción de *“inepta demanda por cumplimiento indebido del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009”*, porque solo fue Aerosucre SA quien convocó y asistió a la respectiva audiencia de conciliación y no Aeroinversiones SA, luego, por tratarse de personas jurídicas diferentes, una en calidad de explotadora de la aeronave, y otra, en condición de propietaria, cada una de ellas podía iniciar una acción independiente y estaban en la obligación de cumplir el referido requisito, razón por la cual *“las pretensiones se estudiaran solo frente a AEROSUCRE, quien demanda como arrendataria de la aeronave”*.

3) Se niega la objeción por error grave presentada por la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA (Airplan SA) respecto del dictamen presentado el 18 de febrero de 2013 por un perito contador, cuyo objeto fue determinar el valor de la reposición del motor tipo Pratt & Whitney, modelo JT8D-15 correspondiente al avión HK-4523, porque fue elaborado con sujeción al objeto para el cual fue decretado y se

sustentó en varias cotizaciones gestionadas en su momento por la empresa Aerosucre SA.

4) No se accede a la tacha realizada por la parte demandante respecto de los testigos Fredy Adolfo Jaramillo, Christian Mauricio Moreira y Lina María Annicchiárico rendidos el 7 de mayo de 2012 por el hecho de tener vínculo laboral con las partes demandadas, dado que esa sola razón no es suficiente para considerarlos parcializados, por cuanto fueron espontáneos y claros sobre los hechos relatados y el conocimiento que manifestaron tener sobre el tema de control aviario.

5) Según se desprende de varios informes aportados y testimonios rendidos en este proceso no existe una prueba que de modo puntual y fehaciente indique que la turbina de la aeronave se viera visto afectada por el contacto o ingreso a esta de un ave por cuanto: (i) la aerolínea demandante no probó que hubiera adelantado el procedimiento exigido para determinar de manera clara, tanto en el interior de ella misma como ante la Aeronáutica Civil, que la turbina fue afectada por un ave al momento del despegue; (ii) no se aportaron los informes y estudios técnicos de los componentes de la turbina involucrados; (iii) si bien existe una comunicación realizada por la empresa Aerosucre SA del 1º de octubre de 2009 donde se hace referencia como causa del daño una aparente ingesta de un ave en la turbina, esa afirmación no es categórica y no concuerda con el testimonio del inspector de rampa quien expresó que después de revisar la pista no encontró ningún objeto extraño.

6) No existe prueba en el proceso que lleve a concluir, fundadamente, que Aerosucre SA tuvo que desembolsar alguna suma por la avería sufrida en la turbina de la mencionada aeronave, no hay prueba de que hubiera comprado la turbina de reemplazo o pagado algún valor por la que se dice fue desmontada de otra aeronave, máxime cuando en diligencia de interrogatorio de parte rendida el 1º de octubre de 2012 el representante legal de Aerosucre SA expresó que, a esa fecha, aún se estaba discutiendo con Aeroinversiones SA a quién le correspondía sufragar los gastos del motor averiado.

7) Tampoco se demostró el nexo de causalidad entre el daño alegado y la conducta de las sociedades demandadas, porque ante la imposibilidad de probar que fue la ingesta de un ave la causa que originó la avería de la turbina no es posible entonces concluir que fue la falta de puesta en marcha de los programas para mitigar el peligro aviar lo que provocó el daño que se reclama.

5. El recurso de apelación

En escrito del 16 de octubre de 2013 la parte demandante solicitó que se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones de la demanda (fls. 1052 a 1066 cdno. apelación) en apoyo de lo cual invocó lo siguiente:

1) A partir del testimonio del capitán Orlando Espinoza Esparza, comandante de la aeronave el día de los hechos, es posible constatar que el hecho dañino fue provocado por la ingesta de un ave pues se encontraron plumas y sangre en el interior de la turbina, hecho que según sus afirmaciones también fue presenciado por el inspector de seguridad aérea de la UAE de Aeronáutica Civil, capitán Jairo Sandoval, quien en misiva del 2 de octubre de 2009 dio fe de que en el interior del motor se encontraron vestigios de plumas de un ave.

2) De la misiva OPE del 30 de septiembre de 2009 firmada por el capitán Jairo Sandoval en calidad de inspector de seguridad aérea y dirigida al director de operaciones de Aerosucre SA, se infiere que esta última sí le notificó a la UAE de Aeronáutica Civil acerca del impacto de una ave con la aeronave en cuestión, que aquel documento obedece a una respuesta dada por en ente estatal frente a una comunicación previamente realizada por la aerolínea sobre el impacto con un animal.

3) En las inspecciones realizadas por los funcionarios que se hicieron presentes al momento de la colisión se limitaron a realizar una búsqueda de vestigios en la pista, no obstante, la revisión debió realizarse en la turbina, lugar donde el ave fue destrozada, de ahí que la búsqueda de vestigios en áreas perimetrales fuera infructuosa.

4) El hecho dañino también fue puesto en conocimiento de la ingeniera Luz María Páez, encargada del peligro aviar y dependiente de la UAE Aeronáutica Civil, quien rindió testimonio en el presente caso y además aportó copia de una contestación realizada por Carminia del Pilar Mejía Olarte en calidad de jefe del grupo de gestión ambiental y sanitario de esa entidad pública.

5) También se aportó con el dictamen pericial el informe del 1º de octubre de 2009 suscrito por el capitán Espinoza Esparza sobre el siniestro acaecido donde informa acerca de los vestigios de plumas hallados en el motor no. 1 de la aeronave.

6) Los documentos aportados por la testigo Luz María Páez y el aludido informe rendido por el capitán Espinoza Esparza fueron puestos en conocimiento de la parte demandada, no fueron tachados por la contraparte, por tanto pueden tenerse como plena prueba del daño.

7) Está probado el impacto del ave con el motor de la aeronave y no hay estudio técnico que libere a la parte demandada por la “*supuesta espontánea fuerte explosión o combustión del motor*” de una aeronave que se encontraba en perfectas condiciones, más aún cuando aparece relacionado en el libro de mantenimiento que los alabes C1, C2 y C3 se encontraban rotos y doblados lo cual solo podría obedecer a la “*ingesta de algún elemento*”.

8) Sobre el daño, se tiene que la reposición del motor se realizó mediante su reemplazo con la turbina de un avión de propiedad de Aeroinversiones SA, coste que debía pagar Aerosucre SA como obligación derivada del contrato de arrendamiento de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1427 y 1851 del Código de Comercio, de cuya “*esencia*” se deriva que es deber del arrendatario mantener en buen estado la cosa arrendada, valor cuya tasación se debe considerar con base en el dictamen emitido dentro de este proceso respecto del daño emergente y el correspondiente lucro cesante.

9) Se trató de un daño que era de naturaleza previsible pues, el consorcio que administra el aeropuerto ha realizado contrataciones para la evaluación del riesgo por fauna y actualización de medidas disuasorias como acto inequívoco de la previsibilidad del daño, el cual pudo ser evitado de no ser por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del operador y de las funciones de vigilancia y control por parte de la UAE de Aeronáutica Civil.

10) La sociedad Aerosucre SA se encuentra legitimada por activa para demandar la reparación del daño por cuanto acreditó la calidad de explotador económico de la aeronave con el certificado de tradición y libertad de la avión con matrícula HK 4253, y en ese sentido también debe reevaluarse la calidad de parte de Aeroinversiones SA en los términos de la Ley 1285 de 2009, debido a que la demanda fue admitida con reconocimiento de esta última como parte demandante, decisión que no fue recurrida y que cobró firmeza.

6. Actuación surtida en segunda instancia

Por auto del 27 de junio de 2014 se admitió el recurso de apelación (fl. 992 cdno. apelación) y, posteriormente, el 14 de noviembre del mismo año (fl. 994 cdno. apelación) se negó la solicitud de práctica de pruebas realizada en la alzada por la parte demandante por no cumplir esta los requisitos exigidos en el artículo 214 del CCA.

El 6 de marzo de 2015 se corrió traslado a las partes para para alegar de conclusión por el término común de diez (10) días y (fl. 1002 cdno. apelación), por el mismo lapso, al Ministerio Público para que emitiera concepto.

Dentro del término concedido la parte actora insistió en lo dicho en el recurso de apelación (fls. 1004 cdno. apelación).

Por su parte, la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA (Airplan SA) solicitó que se deniegue la prosperidad del recurso de apelación por cuanto: (i) la parte demandante no acreditó directa ni indirectamente la colisión de un ave con la turbina de la aeronave, pues, la afirmación según la cual se encontraron vestigios de plumas en el motor no implicaba, necesariamente, que la colisión se hubiera producido por dicha causa; (ii) ninguna de las sociedades demandantes acreditó la legitimación para reclamar el valor de la turbina dañada, menos aun la existencia y cuantía del presunto daño emergente; (iii) no se probó la existencia de una falla del servicio; (iv) las pretensiones de Aeroinversiones SA no ameritan un pronunciamiento de fondo por cuanto esta demandante no agotó debidamente el requisito de conciliación extrajudicial y, (v) el riesgo aviario es inherente a la actividad aeronáutica y resulta imposible erradicarlo, de ahí que deba ser asumido por las empresas de aviación (fls. 1005 a 1038 cdno. apelación).

La UAE de Aeronáutica Civil y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a resolver el asunto sometido a

consideración con el siguiente derrotero: 1) cuestión previa – falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial de AeroInversiones SA, 2) objeto de la controversia y decisión que se adoptará, 3) análisis de la impugnación, 4) conclusión y 5) condena en costas.

1. Cuestión previa – falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial de AeroInversiones SA

La Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA propuso en la contestación de la demanda la excepción de *“ineptitud de la demanda de AeroInversiones SA por ausencia de requisitos formales”* por el hecho de que AeroInversiones SA no cumplió con el requisito de conciliación extrajudicial.

El Tribunal Administrativo de Antioquia le dio la razón a dicha demandada y consideró que sí se encontraba probada la ineptitud sustantiva de la demanda por el incumplimiento del requisito exigido en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 que alude, justamente, a la conciliación extrajudicial como paso previo a la demanda.

Revisado el expediente, la primera instancia encontró que de las empresas demandantes la única que convocó y asistió a la diligencia de conciliación que se celebró el 21 de mayo de 2010 ante la Procuraduría 32 Judicial II para Asuntos Administrativos fue Aerosucre SA, sin que exista prueba de que la otra demandante, AeroInversiones SA, haya cumplido con ese requisito.

Dijo entonces el tribunal que, como se trata de personas jurídicas diferentes con intereses individuales, la una como tenedora de la aeronave (Aerosucre SA) y, la otra, como propietaria (AeroInversiones SA), debían cumplir cada una con el mencionado requisito del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 pero, como AeroInversiones SA no lo agotó las pretensiones de la demanda solo debían estudiarse respecto de Aerosucre SA.

En la apelación la parte demandante expresó su inconformidad respecto de tal decisión, con sustento en que la demanda se admitió respecto de esas dos sociedades y frente a esa determinación no se presentó ningún recurso, luego, también debían estudiarse las pretensiones respecto de AeroInversiones SA.

Frente a lo anterior la Sala considera que, si bien es cierto que a través de auto del 9 de agosto de 2011 el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda respecto de las dos personas jurídicas demandantes y que contra esa decisión no se interpusieron recursos (fl. 58 cdno. ppal. 1), no lo es menos que por tratarse de un asunto relacionado con los requisitos de procedencia de la demanda bien puede ser resuelto en la sentencia, ya que así lo autoriza el inciso segundo del artículo 164 del CCA el cual prevé *“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada”*.

De este modo, estima esta Sala de Decisión que acertó el tribunal en decidir no analizar las pretensiones de Aeroinversiones SA por el hecho de advertir que no había agotado el requisito de conciliación extrajudicial contemplado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, a lo cual debe agregarse que por la vía de una demanda conjunta, en la que participan dos personas jurídicas diferentes, no es posible obviar el mencionado requisito que impide acudir directamente a la jurisdicción contenciosa administrativa en ejercicio de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 86 del CCA, por cuanto el artículo el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 dispone expresa y claramente que con antelación al inicio de cualquiera de esos medios de control *“las partes individualmente o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial”*, lo cual quiere decir que, ya sea a través de una sola solicitud o cada una de las aquí demandantes de manera individual, debían agotar ese requisito pero, al hacerlo únicamente Aerosucre SA solo respecto de esta última es posible analizar de fondo las pretensiones de la demanda.

Tampoco hay que olvidar que el artículo 36 de la Ley 640 de 2001¹ contempla como consecuencia de la falta de cumplimiento de dicha exigencia el rechazo de la demanda², rechazo que si bien no se produjo en este caso, no puede escapar a la oportunidad que tienen los demandados de proponer excepciones previas y del control del juez al momento de dictar sentencia, según las facultades a las que alude el ya referenciado artículo 163 de CCA.

Por consiguiente, en esta instancia la Sala igualmente analizará las pretensiones de la demanda únicamente en lo que concierne a la demandante Aerosucre SA.

¹Aplicable al presente proceso regido por el Decreto-ley 01 de 1984.

² El artículo 36 de la Ley 640 de 2001, expresa: *“La ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda”*.

2. Objeto de la controversia y decisión que se adoptará

Presentada la demanda de manera oportuna³ el objeto de la controversia consiste en determinar si se reúnen los requisitos necesarios para atribuirle responsabilidad patrimonial extracontractual a la UAE de Aeronáutica Civil y a la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA con ocasión del incidente ocurrido el 30 de septiembre de 2009 que afectó una turbina de la aeronave de placas HK-4253 que operaba para la empresa Aerosucre SA, y que según dicha demandante trajo consigo perjuicios consistentes en daño emergente y lucro cesante.

El tribunal de primera instancia negó las súplicas de la parte actora por la ausencia de daño ya que no encontró prueba de que Aerosucre SA tuviera que erogar suma alguna a partir de la avería de la turbina del avión afectado y, además, por no existir nexo causal, porque no se demostró que ese daño al motor se hubiera producido por la ingesta de un ave; frente a ello, en la apelación la parte demandante alude a pruebas que, en su criterio, sí demuestran el daño, el nexo causal, la falla del servicio y el comportamiento descuidado de las personas jurídicas que fueron demandadas, como elementos que permiten declarar su responsabilidad.

En este contexto el objeto del litigio consiste en determinar si debe mantenerse o revocarse tal decisión y, en caso de revocarse, si los perjuicios solicitados por la parte actora deben ser reconocidos.

La sentencia de primera instancia será confirmada porque, si bien esta Sala sí considera demostrado el daño, consistente en la afectación sufrida por el motor de la aeronave en cuestión, no sucede lo mismo con el nexo causal entre la afectación sufrida y el comportamiento de los entes demandados, pues, aparte de tratarse el hecho de un riesgo propio de la actividad aeroportuaria a cuya eliminación en este caso no estaba obligada la UAE de Aeronáutica Civil ni la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA (en adelante Airplan SA) que, para al época de los hechos administraba el Aeropuerto José María Córdova de Rionegro (Antioquia), tampoco se probó que dichos entes obraran con falla del servicio o incumplido las labores propias del contrato de concesión, respectivamente.

³ Según los hechos de la demanda el daño consistente en la avería del motor de la aeronave de matrícula HK-4253 de la aerolínea Aerosucre SA tuvo lugar el 30 de septiembre de 2009 y como la demanda se presentó el 13 de abril de 2011, la acción fue impetrada dentro del término de dos años establecido en el numeral 8 del artículo 136 del CCA, esto, sin contar con que Aerosucre SA presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 16 marzo de 2010 y la caducidad se suspendió desde esa fecha hasta el 21 de mayo de 2010 según certificación de la Procuraduría 32 Judicial II Para Asuntos Administrativos (fl. 21 cdno. ppal. 1).

3. Análisis de la impugnación

3.1 El daño

En las pretensiones de la demanda se solicitó condena por los “*todos los daños y perjuicios... de conformidad con lo narrado en el acápite de hechos*”, a su turno, de los hechos de la demanda se entiende que lo que se expresa como daño es la avería sufrida por la turbina de la aeronave de matrícula HK-4523 operada en su momento por la empresa Aerosucre SA.

La primera instancia consideró que no se demostró el daño, porque no había prueba de que Aerosucre SA tuviera que hacer gasto alguno a raíz del reemplazo de la turbina de marca Pratt & Whitney modelo JT8D instalada en el avión de matrícula HK-4523, en contraste, la parte demandante, en la apelación manifestó que la reposición del motor se realizó mediante el reemplazo con la turbina de un avión de propiedad de Aeroinversiones SA, coste que debía pagar Aerosucre SA.

Al respecto, para esta Sala lo que refiere el tribunal es impreciso, pues, lo que en realidad pone de presente su afirmación no es la ausencia de daño sino, la falta de prueba sobre uno los perjuicios identificados en la demanda como daño emergente y por el cual se reclama la suma de USD \$265.000 o lo que resulte probado en el proceso⁴.

En ese orden de ideas, más allá de la discusión doctrinaria acerca de si hay lugar a la distinción entre daño y perjuicio⁵, se estima que para efectos de abordar el presente caso tal diferenciación es de utilidad por tener un efecto práctico para poder resolver las pretensiones de la demanda donde se alude a diferentes tipos de afectaciones patrimoniales como consecuencia de un hecho generador del daño.

⁴ Textualmente se dijo en la pretensión tercera principal de la demanda: “CONDENAR a la NACIÓN – en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, al pago de la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MÍL DÓLARES (USD265.000) a la tasa de cambio vigente al momento de la ejecutoria de la sentencia proferida en el curso de la presente actuación, o la suma que resulte probada, **por concepto de daño emergente, referido a la suma de dinero empleada para reemplazar la turbina de marca Pratt & Whitney modelo JT8D-15 de la aeronave de matrícula HK-4523**”. (fl. 29 cdno. ppal. 1 – destaca la Sala).

⁵ En alguna época el Consejo de Estado acogió una tesis previamente sostenida por la Corte Suprema de Justicia en la que esta predicaba que los términos daño y perjuicio tenían el mismo significado, por ejemplo, en la sentencia del 31 de julio de 1958, sin expediente, CP Ricardo Bonilla Gutiérrez, Anales del Consejo de Estado, T. LVI, p. 167. No obstante, en otros pronunciamientos, mucho más recientes, el Consejo de Estado ha acogido otra de las tesis predicadas por la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Negocios Generales, específicamente, en la sentencia del 13 de septiembre de 1943, MP Anibal Cardoso Gaitán, citada en las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera: Sentencia del 9 de mayo de 2011, expediente no. 18.048, CP Enrique Gil Botero; del 8 de junio de 2011, expediente 17.858, CP Jaime Santofimio Gamboa.

El daño consiste en la lesión o afectación negativa de un bien jurídicamente tutelado, huelga decir, que goza de la protección del ordenamiento jurídico del Estado, como por ejemplo la vida, la integridad personal, la propiedad, las libertades, etc., en tanto que *el perjuicio* es la consecuencia negativa que ese daño genera en el patrimonio de la víctima, ya sea este material o inmaterial, por lo tanto, la distinción conceptual entre *daño y perjuicio* no es una cuestión simplemente académica o apenas teórica, sino, una asunto con dos importantes aplicaciones prácticas, una primera, de carácter probatorio y, una segunda, de legitimación; en efecto, una cosa es probar el daño y, otra, muy distinta, demostrar el perjuicio; de igual manera, una es la víctima que padece el daño y, otra, a veces distinta, quien experimenta el perjuicio, lo cual determina, en cada caso, la legitimación para demandar la indemnización.

Si lo que en realidad pretendió la primera instancia fue demostrar que no hubo daño porque no hubo forma de diferenciarlo de lo que se alega por perjuicios, se tiene que tal estudio es incompleto porque en esa medida también debió analizar si había pruebas que demostraran el lucro cesante, que también es objeto de reclamación en el libelo inicial.

No obstante, en este caso sí es posible distinguir entre lo que se considera *daño*, que, no es otra cosa que la afectación del motor instalado en la aeronave en cuestión y, los perjuicios las consecuencias del mismo, que, en este caso corresponden a dos ítems diferentes, por una parte, el valor del reemplazo de la turbina individualizado en la demanda como *daño emergente* y, por otra, lo que asegura Aerosucre SA dejó de devengar por los días que el avión no pudo operar, lo cual no es otra cosa que el *lucro cesante*.

Hecha esa diferenciación, según el certificado de tradición y libertad emitido por la UAE de Aeronáutica Civil y que fue aportado a este proceso, se encuentra probado que Aerosucre SA figuraba para la época de los hechos como explotador económico de la aeronave de matrícula HK-4253, un Boeing modelo B-737-2HC6, en virtud de un contrato que expiraba el 1 de enero de 2012 y cuya propiedad era de la sociedad Aeroinversiones SA (fl. 17 cdno. ppal. 1).

Es entonces claro que dicha aerolínea era quien contaba con la tenencia de la aeronave, igualmente existen abundantes pruebas documentales de las cuales es fundado colegir que el 30 de septiembre de 2009 la aeronave de matrícula HK-4253

en el vuelo TKR 145 tuvo un incidente que afectó el motor no. 1 mientras realizaba la maniobra de despegue en el Aeropuerto Internacional José María Córdova de Rionegro (Antioquia), a saber:

(i) El diario de señales de la torre de control del Aeropuerto Internacional José María Córdova de 30 de septiembre de 2009⁶; (ii) la bitácora del Cuerpo de Bomberos Aeronáuticos del Aeropuerto Internacional José María Córdova de Rionegro (Antioquia), la cual en las páginas 88 y 89 refieren el incidente sufrido el 30 de septiembre de 2009 por la aeronave de matrícula HK-4523 que abortó el despegue “debido a fallas en el motor no. 1(...) según Wálter Gómez guardia en turno, las señales visuales indican que pudo ser una combustión rica” (fl. 476 cdno. ppal. 1); (iii) el oficio no. 5101-109-2009028216 del 2 de octubre de 2009 firmado por el inspector de seguridad aérea de la UAE de Aeronáutica Civil dirigido al director de operaciones de Aerosucre SA, donde se informó sobre el daño sufrido en el motor no. 1 de la aeronave Boeing 737-200 en hechos que tuvieron lugar a las 1:50 am del 30 de septiembre de 2009⁷; (iv) el oficio del 30 de septiembre de 2009 suscrito por Wilson Taborda Vélez en la condición de “teniente o/s servicio SEI” dirigido al concesionario Ariplan SA (fl. 478 cdno. ppal. 1); (v) el informe del 30 de septiembre de 2009 firmado por el inspector de rampa del Aeropuerto José María Córdova de Rionegro (Antioquia), Jairo Esteban Ospina Zuluaga, quien le informó al gerente de Airplan SA que según la primea información suministrada por el piloto de la aeronave en cuestión se abortó el despegue por un posible problema en una llanta pero que después expresó que se trataba de una ingesta de un ave en el motor⁸; (vi) informe

⁶ En dicho documento se consignó: “KRE 145 aborta despegue, rueda por sus propios medios hacia el puente de espera 36 y rueda por paralela. IR solicita prestar servicio de apoyo. Al parecer el problema fue en uno de sus motores” (fl. 704 cdno. ppal. 2).

⁷ Se dijo en ese informe lo siguiente: “(...) me permito informarle que en el vuelo de regreso RNG-BOG, en la aeronave Boeing 737-200 de matrícula HK-4253 de la empresa AEROSUCRE S.A., aproximadamente a la 1:50 am del día 30-Sep-09, durante la carrera de despegue por la pista 18 y antes de la velocidad V1, se escuchó un sonido seco fuerte en el costado izquierdo de la aeronave, lo que motivó a la tripulación a abortar el despegue en condiciones de control satisfactorias, abandonando al final de la pista por la cabecera 36; cabe anotar que no se presentó ninguna indicación anormal en los instrumentos de los motores. En el punto se apagaron el motor no. 1 y el Cap. Orlando Espinosa junto con el técnico inspeccionaron la aeronave y determinaron que aparentemente la turbina no. 1 tenía un daño serio, y en consecuencia rodaron a la plataforma de carga con la potencia del motor no. 2”. (fl. 16 cdno. ppal. 1).

⁸ En el referido oficio se expresa: “(...) el día 30 de septiembre de 2009 siendo las 01:50, con el vuelo de AEROSUCRE 145 con destino Bogotá, del cual tuve conocimiento y realicé el procedimiento adecuado (...) En la hora antes indicada dicha aeronave con matrícula HK-4523 rodó desde la plataforma de carga hasta la cabecera 18, iniciando la carrera de despegue y cuando estaba a la altura de CHARLIE se sintió un fuerte ruido, ante lo cual el piloto le informa a TWR (Torre de Control) que aborta despegue pues al parecer tenía un problema con una llanta y solicitó mantener posición en la cabecera 36 y apagar el motor número 1 para que el técnico que está a bordo se bajara de la aeronave para verificar lo sucedido. TWR aprobó la solicitud del piloto y me informó que me desplazara hasta la cabecera no. 36 para prestarles apoyo, lo cual efectivamente hice y al momento de llegar a la aeronave fue informado por parte del técnico de la aeronave que al parecer se había ingestado algo en el motor y que no era una llanta como se presumía inicialmente. Posteriormente el piloto de la aeronave solicitó regresar a la plataforma de carga, donde se estacionó nuevamente a las 2:10 e inmediatamente yo solicité revisión de pista 36-18 para una posible FOD (Foreign Object Damage), la cual realicé y nuevamente solicité una revisión de pista 18-36, sin encontrar en las dos revisiones algún objeto en la pista lo cual le informé a TWR, pero al regresar a la

de seguridad del 1º de octubre de 2009 emitido por el comandante y piloto de la aeronave con matrícula HK-4253, vuelo KRE 145 de la empresa Aerosucre SA, César García, donde dio cuenta de la fuerte explosión ocurrida en el motor no. 1 durante la carrera de despegue⁹; (vii) informe de seguridad del 1º de octubre de 2009 firmado por el capitán Orlando Espinosa en calidad de copiloto del vuelo KRE 145 y jefe de seguridad aérea de Aerosucre SA, en el que también expresó lo sucedido en la maniobra de despegue, en el sentido de confirmar la ocurrencia de una fuerte detonación del lado izquierdo de la aeronave en el motor 1¹⁰; (viii) bitácora de a bordo del avión HK-4523 donde se lee que “se efectuó chequeo de entrada y salida del motor y se encontraron alabes del C1-C2-C3 rotos y doblados, se procedió a cambio de motor según orden técnica JT8D-72-010 y se efectuarán pruebas de acuerdo a O.T. JT8D-72-009 con resultados satisfactorios”¹¹.

Esas pruebas documentales no solo fueron suscritas y emitidas por los pilotos que se encontraban al mando de la avión el día de los hechos y por los técnicos de Aerosucre SA que posteriormente hicieron la revisión del motor, sino que, también existen reportes realizados por funcionarios de la empresa concesionaria encargada de la administración del Aeropuerto Internacional José María Córdoba de Rionegro (Airplan SA), de la torre de control y del Cuerpo de Bomberos Aeronáuticos que, salvo algunas diferencias, son coincidentes en el hecho central de que la aeronave con matrícula HK-4523 operada por Aerosucre SA sí sufrió un percance en uno de sus motores el 30 de septiembre de 2009 que obligó a que se abortara la maniobra de despegue.

plataforma de carga para verificar lo sucedido y me informó el piloto de la aeronave que dentro del motor había unas plumas y que el daño que sufrió este fue considerable, a lo que yo le informé a este también que después de las revisiones realizadas por mi no fue encontrado ningún FOD”. (fl. 479 cdno. ppal. 1).

⁹ Se dice textualmente en ese informe: “Evento: Fuerte explosión motor no. 1. Descripción: En la carrera de despegue se utilizó la cabecera 18 para el t/off y a la altura de 120 kts se sintió una fuerte explosión, el avión hizo un giro a la izquierda, pero se controló quedando centrado en la pista, se hizo el procedimiento de abortaje pensando inicialmente q (sic) había sido el estallido de una rueda” (fl. 757 cdno. ppal. 2). Si bien esta prueba fue allegada como anexo del dictamen pericial practicado por la perito designada en este proceso para el cálculo del daño emergente y lucro cesante reclamado en la demanda, lo cierto es puede ser valorada, porque sobre la misma se corrió traslado a las partes mediante auto del 18 de febrero de 2013 (fls. 787 cdno. ppal. 2).

¹⁰ Expresó dicho capitán en el referido informe: “Evento: Fuerte detonación lado izquierdo – Motor no. 1. Descripción: En la carrera de despegue, aproximadamente a 120 kts de velocidad, se escuchó una fuerte detonación en el lado izquierdo del avión, el cual hace in giro hacia la izquierda, corrigiendo de manera inmediata realizando el abortaje del despegue, se realizaron las listas requeridas, al detenerse el avión se apagó el motor no. 1 , al entrar a plataforma se inspeccionó el motor encontrando vestigios de plumas por ingestión de ave. El motor se reportó con daños en el C1 y posibles daños internos. La aeronave quedó suspendida de vuelo hasta tanto mantenimiento e ingeniería de la compañía no realicen lo pertinente para autorizar su aeronavegabilidad.” (fl. 75 B, cdno. ppal. 2). Al igual que la prueba antes reseñada, esta fue aportada como anexo de dicho dictamen pericial y puede ser valorada, porque sobre la misma se corrió traslado a las partes mediante auto del 18 de febrero de 2013 (fls. 787 cdno. ppal. 2).

¹¹ Este documento también fue aportado con el referido dictamen pericial y sobre su valoración se reitera lo dicho respecto de los dos elementos de prueba anteriores.

Sobre este elemento también se encuentran los siguientes testimonios: (i) el de Luis Carlos Vega Vélez, rendido el 21 de febrero de 2013 en cumplimiento de despacho comisorio ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rionegro, quien dijo ser en su momento director regional de la UAE de Aeronáutica Civil e interventor *ad-hoc* de la concesión Airplan SA, quien corroboró el reporte del incidente ocurrido el 30 de septiembre de 2009 en el avión operado por Aerosucre SA por una posible falla en la turbina¹² y, (ii) el de Orlando Ospina Esparza, rendido con ocasión de despacho comisorio ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien dijo ser aviador desde hace 28 años, desempeñarse como piloto al mando del vuelo de la aeronave HK-4523 que operaba Aerosucre SA precisamente el día 30 de septiembre de 2009, oportunidad en la que básicamente reiteró lo expresado mediante informe 1º de octubre de 2009 (fls. 787 cdno. ppal. 2), consistente en que en la carrera de despegue del avión se sintió una explosión que lo obligó a abortar la maniobra, y que posteriormente, al descender del avión y realizar un revisión, se percató de que el motor no. 1 presentaba vestigios de sangrado y de plumas, situación que fue informada a la torre de control del Aeropuerto de Rionegro, al inspector de operaciones de la Aeronáutica Civil que viajaba con él, al gerente del aeropuerto y a la ingeniera Luz María Páez encargada de Peligro Aviar de la Aeronáutica Civil¹³.

De este modo, independientemente de las causas que hayan provocado la afectación al motor no. 1 de la aeronave matrícula HK-4523 operada por Aerosucre SA, lo cierto es que existen una serie de pruebas que corroboran la ocurrencia del

¹² El testigo aseveró: *“tengo entendido que en torre de control existe un reporte de problema en turbina y se abortó el despegue, pero no se informa que haya sido intrusión de ave alguna, lo cual debe ser reportado inmediatamente para que los inspectores adscritos al grupo de accidentes hagan la respectiva valoración”* (fl. 819 cdno. ppal. 2).

¹³ El declarante manifestó: *“El día 30 de septiembre de 2009, siendo la 1:30 am de la mañana, realizando el vuelo de regreso en el trayecto Rionegro – Bogotá, me desarrollaba como piloto al mando del vuelo con asistencia de otro piloto capitán Cesar García y el inspector de la Aeronáutica Civil el capitán Jairo Sandoval quien me realizaba el chequeo final del vuelo como inspector o para calificarme como chequeador de rutas de la aerolínea, en el inicio de la carrera de despegue estando aproximadamente a una velocidad anterior a la velocidad de decisión, la cual me permite tomar una decisión de seguridad de vuelo, siento una explosión y un guiño o ronceo, es un giro a la izquierda a lo que automáticamente miro los instrumentos de los motores observando una variación y rápida de los instrumentos del motor numero uno, tomando inmediatamente la decisión de abortar el despegue desplazando el avión hasta el final de la pista tomando las (sic) recomendación operacionales del avión, opera su frenado, abandono la pista en la cabecera informándole a mi primer oficial que le informe a la torre que hemos abortado del despegue a lo que la torre me pregunta los motivos y yo le manifiesto infórmele (sic) pendiente intensiones con el avión detenido, evalúo dentro de la cabina las condiciones del avión encontrándolas aceptables con el inspector de la aeronáutica civil, le informo que voy a descender del avión y mirar la condición exterior del mismo, ya con el motor uno apagado desciendo, hago una inspección general del avión la cual encuentro normal y me dirijo hacia el motor número uno el cual debido a la oscuridad inspecciono con la ayuda de mi linterna, encontrando vestigios de plumas y de sangrado en el interior del motor (...) regreso y subo a la cabina de vuelo manifestándoles al inspector de la aeronáutica y al primer oficial de vuelo que le diga la torre que regresamos a la plataforma por ingestión de ave requiriendo hacer una inspección más detenida de la turbina, regresamos con el motor numero dos prendido a la plataforma, realizamos las listas necesarias para los requerimientos operacionales (...) ya en la plataforma arribó un inspector de rampa del concesionario del aeropuerto a realizar las observaciones junto con la tripulación y el inspector de la autoridad aeronáutica, observando plumas de aves, le pregunté al inspector de planta qué tipo de aves hay en el aeropuerto a lo que el inspector de rampa (sic) aves de tipo caravan (...). (fl. 865 vlto. cdno ppal. 2).*

hecho que, muy al contrario de lo considerado por la primera instancia, permiten a esta Sala tener por acreditado el daño referido por la parte demandante en el escrito inicial.

3.2 La imputación

En este acápite corresponde determinar si, aparte de que se encuentra acreditado que el motor de la aeronave de matrícula HK-4523 operado por Aerosucre SA se vio afectado por los hechos ocurridos el 30 de septiembre de 2009 en el Aeropuerto Internacional José María Córdova de Rionegro, se trata de un hecho que sea atribuible a los entes demandados.

En esa dirección la Sala estudiará el asunto en el siguiente orden: (i) la ingesta de un ave como causa de los daños sufridos en el motor no.1 de la aeronave con matrícula HK-4523 operada por Aerosucre SA; (ii) el riesgo aviario como propio de la actividad aeronáutica y, (iii) ausencia de demostración de falla del servicio o negligencia en el control del riesgo aviar.

3.2.1 La ingesta de un ave como causa de los daños sufridos en el motor no. 1 de la aeronave con matrícula HK-4523 operada por Aerosucre SA

Se afirmó en la sentencia de primera instancia que no estaba demostrado el nexo causal entre los daños alegados por la parte demandante y el comportamiento de los entes demandados ya que, pese a que la parte actora asevera que la avería sufrida en la turbina no. 1 de la aeronave HK-4523 fue provocada por la ingesta de un ave, esa circunstancia no está demostrada en el proceso, frente a lo cual la parte demandante alude a una serie de elementos probatorios a partir de los cuales asevera que el incidente sí tuvo lugar por el impacto con un ave.

De cara a lo anterior, esta Sala estima que sí existen elementos suficientes para poder determinar que el daño sufrido por la turbina del avión en cuestión fue provocado por la ingesta de un ave, sobre lo cual obran en el proceso pruebas directas e indirectas que llevan a concluir que la afectación del motor se dio por dicha causa.

Una de las más importantes es el testimonio del piloto Orlando Ospina Esparza, quien comandaba la aeronave el día de los hechos, quien afirmó con detalle y

precisión la forma como se percató de lo sucedido, así lo expresó en declaración del 6 de febrero de 2013 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca quien practicó la prueba en virtud de despacho comisorio:

***“El día 30 de septiembre de 2009, siendo la 1:30 am de la mañana, realizando el vuelo de regreso en el trayecto Rionegro – Bogotá, me desarrollaba como piloto al mando del vuelo con asistencia de otro piloto capitán Cesar García y el inspector de la Aeronáutica Civil el capitán Jairo Sandoval quien me realizaba el chequeo final del vuelo como inspector o para calificarme como chequeador de rutas de la aerolínea, en el inicio de la carrera de despegue estando aproximadamente a una velocidad anterior a la velocidad de decisión, la cual me permite tomar una decisión de seguridad de vuelo, siento una explosión y un guiño o ronqueo, es un giro a la izquierda a lo que automáticamente miro los instrumentos de los motores observando una variación y rápida de los instrumentos del motor numero uno, tomando inmediatamente la decisión de abortar el despegue desplazando el avión hasta el final de la pista tomando las (sic) recomendación operacionales del avión, opera su frenado, abandono la pista en la cabecera informándole a mi primer oficial que le informe a la torre que hemos abortado del despegue a lo que la torre me pregunta los motivos y yo le manifiesto infórmele (sic) pendiente intensiones con el avión detenido, evaluó dentro de la cabina las condiciones del avión encontrándolas aceptables con el inspector de la aeronáutica civil, le informo que voy a descender del avión y mirar la condición exterior del mismo, ya con el motor uno apagado desciendo, hago una inspección general del avión la cual encuentro normal y me dirijo hacia el motor número uno el cual debido a la oscuridad inspecciono con la ayuda de mi linterna, encontrando vestigios de plumas y de sangrado en el interior del motor (...) regreso y subo a la cabina de vuelo manifestándoles al inspector de la aeronáutica y al primer oficial de vuelo que le diga a la torre que regresamos a la plataforma por ingestión de ave requiriendo hacer una inspección más detenida de la turbina, regresamos con el motor número dos prendido a la plataforma, realizamos las listas necesarias para los requerimientos operacionales (...) ya en la plataforma arribó un inspector de rampa del concesionario del aeropuerto a realizar las observaciones junto con la tripulación y el inspector de la autoridad aeronáutica, observando plumas de aves, le pregunté al inspector de planta qué tipo de aves hay en el aeropuerto a lo que el inspector de rampa (sic) aves de tipo caravan (...). (fl. 865 vito. cdno. ppal. 2 – negrillas adicionales).*”**

Lo afirmado por ese piloto encuentra consistencia no solo con el informe de seguridad por él rendido el día 1º de octubre de 2009 en el que ya había expresado que pensó, inicialmente, que el percance se relacionaba con una rueda pero que después se percató que era por una ingesta aviar¹⁴, sino también, por lo dicho por su

¹⁴ Expresó dicho capitán en el referido informe: “Evento: Fuerte detonación lado izquierdo – Motor no. 1. Descripción: En la carrera de despegue, aproximadamente a 120 kts de velocidad, se escuchó una fuerte detonación en el lado izquierdo del avión, el cual hace in giro hacia la izquierda, corrigiendo de manera inmediata realizando el abortaje del despegue, se realizaron las listas requeridas, al detenerse el avión se apagó el motor no. 1 , al entrar a plataforma se inspeccionó el motor encontrando vestigios de plumas por ingestión de ave. El motor se reportó con daños en el C1 y posibles daños internos. La aeronave quedó suspendida de vuelo hasta tanto mantenimiento e ingeniería de la compañía no realicen lo pertinente para autorizar su aeronavegabilidad.” (fl. 75 B, cdno. ppal. 2).

compañero de vuelo, el comandante César García, quien en documento de la misma fecha expresó: *“Evento: Fuerte explosión motor no. 1. Descripción: En la carrera de decolaje se utilizó la cabecera 18 para el t/off y a la altura de 120 kts se sintió una fuerte explosión, el avión hizo un giro a la izquierda, pero se controló quedando centrado en la pista, se hizo el procedimiento de abortaje pensando inicialmente q (sic) había sido el estallido de una rueda”* (fl 757 cdno. ppal. 2).

Si bien se trata de pruebas que, en principio, pueden ser criticadas porque provienen de empleados de la empresa Aerosucre SA, lo cierto es que no se encuentra entre ellas contradicciones ya que, además, concuerdan y con detalles con lo reportado por las mismas autoridades aeronáuticas, verbigracia, con lo dicho por el inspector de seguridad aérea de la UAE de Aeronáutica Civil en oficio no. 5101-109-2009028216 del 2 de octubre de 2009, a quien ya se le había informado que una de las posibles causas de la afectación de la turbina fue una ingesta de un ave, y que justamente se trataba de un hecho que debía ser *“corroborado y ampliado en los informes de los pilotos y por el personal de mantenimiento la determinación de la gravedad de los daños en la turbina causados aparentemente por el impacto de un ave, ya que se encontraron vestigios de plumas en la entrada de la turbina.”* (fl. 16 cdno. ppal. 1), sumado al hecho de que el relato de los pilotos fue espontáneo, detallado y libre de apremio, a lo cual debe agregarse que corresponde a la narración de los hechos de quienes vivieron la situación y conocieron de modo directo, personal y en tiempo real los hechos por ellos manifestados.

En sentido similar se expresó el inspector de rampa del Aeropuerto Internacional José María Córdova, quien en informe dirigido a Airplan SA el 30 de septiembre de 2009 expresó *“al regresar a la plataforma de carga para verificar lo sucedido y me informó el piloto de la aeronave que dentro del motor había unas plumas y que el daño que sufrió este fue considerable, a lo que yo le informé a este también que después de las revisiones realizadas por mi no fue encontrado ningún FOD”*. (fl. 479 cdno. ppal. 1).

Estas dos últimas pruebas reflejan que el piloto de la aeronave, el capitán Orlando Ospina Esparza, manifestó los mismos hechos ante las diferentes autoridades aeronáuticas, su versión fue consistente al momento de rendir el respectivo informe de seguridad y coincide con lo narrado en el testimonio dado en este proceso, lo cual par la Sala es suficiente para darle credibilidad.

Hecha de menos el tribunal de primera instancia que la aerolínea demandante no probó que hubiera adelantado procedimiento alguno para demostrar ante la UAE de Aeronáutica Civil que la turbina fue dañada por un ave pero, en el mismo sentido, es posible reclamarle a las autoridades aeroportuarias que se conformaron con lo dicho por el piloto y no procedieron a realizar una inspección al motor para corroborar de manera directa las señales o evidencias que este tuviera luego del incidente, aspecto que según el piloto fue evidente con tan solo darle un vistazo a la turbina.

Además, no es cierto que la aerolínea no hubiera informado suficientemente del suceso para que se procediera a su investigación, pues, es abundante la prueba documental que indica que los hechos fueron comunicados por Aerosucre SA a la torre de control (fl. 704 cdno. ppal. 2), al cuerpo de bomberos aeronáuticos (fl. 476 cdno. 2), al inspector de seguridad aérea de la UAE Aerocivil (fl. 16 cdno. ppal. 1), al inspector de rampa (fl. 479 cdno. ppal. 1) y al mismo gerente del Aeropuerto Internacional José María Córdova administrado por Airplan SA (fl. 478, cdno. ppal. 1).

Desde otro punto de vista de examen, el *a quo* también cuestionó que lo dicho por el piloto de la aeronave no coincidiera con lo afirmado por el inspector de rampa, el señor Jairo Esteban Ospina, quien oficio del 30 de septiembre de 2009 dirigido al gerente de Airplan SA, aseguró que después de haber revisado la pista en dos ocasiones no encontró objetos extraños que indicaran una ingesta aviar, el informe dice lo siguiente:

*“Posteriormente el piloto de la aeronave solicitó regresar a la plataforma de carga, donde se estacionó nuevamente a las 2:10 e **inmediatamente yo solicité revisión de pista 36-18 para una posible FOD (Foreign Object Damage), la cual realicé y nuevamente solicité una revisión de pista 18-36, sin encontrar en las dos revisiones algún objeto en la pista lo cual le informé a TWR, pero al regresar a la plataforma de carga para verificar lo sucedido y me informó el piloto de la aeronave que dentro del motor había unas plumas y que el daño que sufrió este fue considerable, a lo que yo le informé a este también que después de las revisiones realizadas por mi no fue encontrado ningún FOD”.** (fl. 479 cdno. ppal. 1 – resalta la Sala).*

Para la Sala ese informe no contradice lo afirmado por el piloto y no descarta que el daño del motor se hubiera producido por la ingesta de un ave, pues, si bien dicho inspector dijo no encontrar ningún resto en la pista luego de dos revisiones, lo cierto es que los vestigios de un ave se encontraron en el interior de una de las turbinas de la aeronave, es probable que no se tratara de una ave de gran tamaño y, además,

que la posibilidad de observar algún vestigio en la pista se viera limitada porque los hechos ocurrieron a la 1:50 am cuando no había luz natural, pese a que se diga que la pista contaba con suficiente iluminación.

En ese sentido, sobre este punto para la Sala existen suficientes elementos probatorios que permiten dilucidar que la avería del motor de la aeronave con matrícula HK-4253 sí se produjo a raíz de la ingesta de un ave.

3.2.2 El riesgo aviario como propio de la actividad aeronáutica

En el recurso de apelación la parte demandante expresa que el riesgo aviar es un hecho previsible para las autoridades aeronáuticas y que en esa medida es posible evitarlo.

Para resolver lo anterior, es indispensable resaltar que así como son múltiples las pruebas que indican que el daño alegado por la aerolínea sí tuvo lugar y que este fue debido a la ingesta de un ave, también son nutridos los elementos de convicción que permiten concluir que el impacto que pueda darse entre un avión y un ave es una circunstancia inherente a la actividad aeronáutica y que su ocurrencia no necesariamente puede evidenciar una falla o descuido en los deberes de mitigación de dicho riesgo.

Al presente proceso se adjuntó una copia del Manual de Servicios de Aeropuertos de la Organización de Aviación Civil Internacional en el que se expresa que las aves han representado siempre un peligro potencial para las aeronaves a nivel mundial, al punto que, para el año 1991 dicha causa representó el 5% de los choques, 69% de ellos durante las horas del día, 15% durante la noche y el resto durante la madrugada y al anochecer (fl. 281 cdno. ppal. 1).

También se aportó la Circular Obligatoria del 15 de octubre de 2002 emitida por la UAE de Aeronáutica Civil en donde se puso de presente *“que el peligro aviario es reconocido por otras autoridades aeronáuticas y asociaciones de aviación civil en el mundo por que podría constituir para la seguridad de las personas”* (fl. 270 cdno. ppal. 1), al igual que la Resolución 02786 de 2003 emitida por la misma entidad en la que de manera similar se expresa que la presencia de fauna en los aeropuertos

“constituye una amenaza real para la seguridad de las aeronaves, por las posibles colisiones de las aeronaves con estas” (fl. 273 cdno. ppal. 1).

Lo anterior lleva a determinar que si bien se trata de un riesgo que es perfectamente previsible, este debe ser asumido por quien desarrolla tal actividad ya que se trata de un factor que es de imposible eliminación absoluta.

En este proceso se recaudaron plurales testimonios de funcionarios de la UAE de Aeronáutica Civil, del concesionario Airplan SA y de los propios empleados de Aerosucre SA que fueron contestes en determinar que el riesgo aviario es un elemento de imposible eliminación, entre ellos, se destacan los siguientes:

1) El de Chirstian Mauricio Moreira Cruz rendido el 7 de mayo de 2012 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, quien dijo ser ingeniero comercial y encargarse del proceso de operaciones de Airplan SA, aseveró que toda actividad aeroportuaria estaba sometida al riesgo aviario y que el objetivo era minimizarlo pero no reducirlo a cero¹⁵.

2) El de Lina Margarita Annicchiarico Villareal rendido el 7 de mayo de 2012 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien dijo ser bióloga de profesión, haber realizado con la UAE de Aeronáutica Civil su trabajo de grado sobre peligro aviario y trabajar para esa entidad durante cinco años, y particularmente refirió que desde finales de 2004 hasta 2010 en el grupo de gestión ambiental y sanitario, haber realizado estudios de riegos por fauna para aeropuertos nacionales, expresó que no era posible erradicar la existencia de peligro aviario pues es inherente a la actividad aeroportuaria, máxime cuando el Aeropuerto Internacional José María Córdova está ubicado en una zona de ruta de migración de aves¹⁶.

3) El de Édgar Benjamín Rivera Flórez rendido el 6 de agosto de 2012 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en virtud de despacho comisorio, quien dijo ser abogado, especialista en derecho procesal, en derecho de transporte, en derecho

¹⁵ Sobre este aspecto el testigo manifestó: “De acuerdo con lo establecido por el SMS de la OACI y al RAC 22 de la Aerocivil, los riesgos nunca pueden ser o pueden tender a cero, producto que a nivel internacional, todas las operaciones aeroportuarias o aéreas se encuentran expuestas a peligros, tanto dentro del entorno del recurso humano, técnico, profesional, ambiental, razón por la cual, el objetivo de la SMS y de los riesgos por fauna principalmente es tratar de mitigar los peligros para que el riesgo se minimice”. (fl. 684 cdno. ppal. 2).

¹⁶ Acerca de este punto la bióloga manifestó: “PREGUNTADO: Indique al despacho, si es posible erradicar la posibilidad de existencia de riesgo aviario en los aeropuertos. CONTESTÓ: No, la industria aeronáutica considera el riesgo por ave, como algo inherente a la actividad, por cuanto es imposible eliminar la población de fauna que genera ese riesgo, debido a las múltiples variables que lo configuran y a restricciones ambientales para la intervención, por tanto nunca se tiene un condición de riesgo nulo”. (fl. 685 cdno. ppal. 1).

aeronáutico, con estudios como piloto privado y laborar para la UAE de la Aeronáutica Civil como jefe de normas aeronáuticas, encargado de dirigir la redacción y publicación de los reglamentos aeronáuticos en Colombia, explicó en qué consiste el peligro aviario, la imposibilidad de eliminar ese riesgo por completo, la mayor probabilidad de ocurrencia en horas del día debido al mayor número de aves diurnas y la dificultad para prever este riesgo en horas de la noche¹⁷.

4) El de Adolfo León Rodríguez Arévalo rendido el 6 de agosto de 2012 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cumplimiento de despacho comisorio, quien dijo ser director de operaciones y piloto instructor de Aerosucre SA y coincidió en la imposibilidad de eliminación del riesgo aviario¹⁸.

5) El de Germán Fredy Marulanda de fecha 19 de febrero de 2013 rendido con ocasión de despacho comisorio ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rionegro, quien para el día de los hechos era el jefe del Grupo de Aeronavegación Regional de Antioquia, responsable de planificar y prestar los servicios de tránsito aéreo en el espacio aéreo de la Dirección Aeronáutica Regional de Antioquia, declaró acerca del peligro aviar como propio de la actividad aeroportuaria y la imposibilidad de reducirlo en su totalidad¹⁹.

¹⁷ En relación con este aspecto el testigo expresó: “uno de los riesgos identificados para la aviación lo constituye el llamado peligro aviario y de fauna (...) particularmente durante las fases de aproximación y aterrizaje, de despegue y ascenso que son las más críticas del vuelo (...) PREGUNTADO: con base en su experiencia profesión y cargo pública sírvase indicarle al despacho si el riesgo aviar es previsible. CONTESTÓ: en la medida que la presencia de aves en un aeropuerto es visible particularmente en horas del día. Un explotador aeroportuario al igual con el explotador de aeronaves podría detectar su presencia precaviendo el riesgo. En términos de seguridad aérea los riesgos no pueden eliminarse totalmente pero sí reducirse en términos de probabilidad o de severidad hasta llevarlos a un nivel aceptable (...) PREGUNTADO: Conforme a sus profesiones y experiencia sírvase manifestarle al despacho si lo sabe o le consta, si en algún evento alguna tripulación de alguna aeronave ha podido prever o evitar la ingesta de un ave en turbina en horas de la noche. CONTESTÓ: no tengo conocimiento que haya sido posible evitarlo pese a que durante horas de la noche el deslumbramiento para las aves debería ser mayor, en todo caso se sabe que el verdadero peligro aviario se presenta en el día, dado que son más abundantes las aves de costumbres diurnas en las zonas próximas al aeropuerto, al menos en nuestro medio” (fl. 833 cdno. ppal. 2).

¹⁸ Respecto del peligro aviario dicho testigo aseveró: “PREGUNTADO: de acuerdo a su experiencia y trayecto en la aeronavegación cree usted que el peligro aviario o de fauna se pueda erradicar definitivamente. CONTESTÓ: erradicar en forma absoluta pues es casi imposible, lo único que se puede mitigar es su impacto en la aviación, los operadores utilizamos el radar, las luces, la información de otras aeronaves, las épocas del año que más se puede incrementar con el fin de mitigar este problema general de la aviación no solo en Colombia sino en el mundo (...)no conozco el nivel ni el umbral de tolerancia para este tipo de evento, por experiencia de 42 años como aviador es que la mayoría de los accidentes por muchas causas, incluyendo peligro aviario se presentan entre los 1500 pies y la pista tanto en la aproximación como en despegue” (fl. 835 vlt. cdno. ppal. 2).

¹⁹ Sobre en qué consiste el peligro aviario el testigo manifestó: “Consiste en todo riesgo para las operaciones aéreas que desarrollan en los aeropuertos y sus inmediaciones que pueda ocasionar daños o afectación en el desarrollo de los vuelos programados en determinado aeródromo, derivados de animales que puedan incursionar súbitamente en trayectorias de vuelo (...) PREGUNTADO: Por favor indique si es posible reducir en su totalidad la posibilidad de ocurrencia del riesgo aviario en un aeropuerto, específicamente en el José María Córdova, explique su respuesta. CONTESTÓ: Esto no es posible. Los aeropuertos se encuentran en áreas aisladas, atractivas para la fauna y la mayoría en sitios donde históricamente fueron su refugio, por tanto todas las medidas están orientadas a prevenir y mitigar el riesgo, pero nunca a desaparecerlo.” (fls. 810, 811 y 813 cdno. ppal. 2).

6) En sentido similar declaró 6 de febrero de 2013 el piloto Orlando Ospina Esparza ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien dijo ser aviador desde hace 28 años y desempeñarse precisamente como piloto el día de los hechos aquí debatidos al mando del vuelo de la aeronave HK-4523 que operaba Aerosucre SA; sobre el riesgo aviar dijo que es propio de la actividad aeroportuaria y que no advirtió circunstancia alguna en el Aeropuerto José María Córdova de Rionegro que “*tuviera una condición especial de contaminación*” (fls. 865 a 867 cdno. ppal. 2).

Si bien la parte demandante presentó tacha sobre algunos testimonios, como los de Chirstian Mauricio Moreira Cruz y Lina Margarita Annicchiarico Villareal, por tratarse de empleados de una de las entidades demandadas, lo cierto es que en cuanto interesa al punto abordado no se advierte parcialización en sus afirmaciones, ya que resultan razonables y sus dichos son coincidentes con lo expresado por los demás testigos en referencia respecto del peligro aviar, incluso con lo expresado por Adolfo León Rodríguez y Orlando Ospina Esparza quienes para la época de los hechos eran empleados de la misma empresa demandante Aerosucre SA.

Las pruebas anteriormente referencias llevan a la Sala a reiterar un punto importante para el presente litigio, que el riesgo aviar es inherente a la actividad aeronáutica, especialmente en las maniobras de aterrizaje y despegue de las aeronaves, y que se trata de un elemento de imposible eliminación, independientemente de las medidas que para ello se adopten, no solo en este país sino en el mundo entero, y que por supuesto, las personas naturales y jurídicas que desarrollan o practican esa actividad lo conocen y asumen de antemano.

3.2.3 Ausencia de demostración de falla del servicio o negligencia en el control del riesgo aviar

Sin perjuicio de la conclusión a la que se llegó en el acápite anterior, esta también le otorga a la Sala los parámetros para fijar el alcance de las obligaciones a cargo de la UAE de Aeronáutica Civil y de Airplan SA como empresa concesionaria encargada de la administración del Aeropuerto Internacional José María Córdova de Rionegro.

Así, para el presente caso se tiene que según los artículos 2 y 3 del Decreto 260 del 28 de enero de 2004 a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil le corresponde la función de regular, administrar, vigilar y controlar el uso del espacio aéreo colombiano por parte de la aviación civil, al igual que prestar los servicios y

operar las ayudas requeridas para que la navegación en el espacio aéreo se desarrolle con seguridad, de ahí que deba reglamentar y supervisar la infraestructura aeroportuaria del país.

Igualmente es claro que el 13 de marzo de 2008 entre la UAE de Aeronáutica Civil y la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte SA (Airplan SA) se celebró el contrato de concesión no. 8000011-0K para que esta última se encargara de la administración, operación, explotación comercial, adecuación, modernización y mantenimiento, entre otros, del Aeropuerto Internacional José María Córdova de Rionegro, de modo que en la cláusula 61 del mismo se estipuló lo siguiente:

“Se considera peligro aviario la presencia de aves en los Aeropuertos y su áreas circundantes, que puede causar riesgo de colisión entre estas y las aeronaves que hacen uso de las instalaciones de cualquiera de los aeropuertos.

A partir de la suscripción del acta de entrega de cada Aeropuerto y hasta la terminación del contrato de concesión será obligación del Concesionario tomar todas las medidas que sean necesarias para evitar la presencia de aves en lo Aeropuerto (...).

El concesionario deberá cumplir con la normatividad relacionada con la prevención de peligro aviario en la ejecución de las obras del plan de adecuación y modernización y por lo tanto, durante la ejecución de las mismas, evitará la disposición de materiales, agua, desechos o cualquier otro tipo de material orgánico o inorgánico que traiga la presencia de aves a los Aeropuertos (...).” (fl. 180 cdno. ppal. 1).

Lo anterior permite corroborar que respecto de las acciones realizadas por la UAE de Aeronáutica Civil sobre esas precisas materia y actividad, no obra en el expediente queja alguna o advertencia que la haya puesto sobre aviso de circunstancias anormales o irregulares que den cuenta de un mal manejo por parte del concesionario sobre el peligro aviar en el Aeropuerto Internacional José María Córdova de Rionegro, tampoco de hechos puntuales sobre salubridad o presencia de aves a partir de los cuales se pudiera predicar un aumento del riesgo aviar en ese aeródromo que diera al traste con los hechos objeto del presente asunto.

Por el contrario, mediante la Circular Obligatoria del 15 de octubre de 2002 la UAE de Aeronáutica Civil había dispuesto la creación de un Comité Regional Aviario integrado por diferentes entidades para efectos de coordinar y adoptar las medidas que fueren necesarias para *“reducir al mínimo los índices de choques con aves en el aeropuerto”* (fls. 270 a 272 cdno. ppal. 1); también esa entidad a través de la Resolución no. 02786 de 2003 creó el Comité Nacional para la Prevención del

Peligro Aviario en Colombia, integrado por un grupo interdisciplinario de entidades públicas y privadas con el propósito de “*minimizar los posibles peligros aviarios ocasionados por colisiones con aeronaves.*” (fls. 273 a 276 cdno. ppal. 1).

Respecto del concesionario Airplan SA se tiene que al menos desde el mes de septiembre del año 2008 realizó, a través de terceros contratistas, el mantenimiento integral de las zonas verdes del Aeropuerto Internacional José María Córdova de Rionegro “*para garantizar las condiciones ideales de seguridad en las operaciones aeroportuarias*”, consistentes en el corte técnico de zonas verdes, limpieza del cerramiento perimetral, fumigación perimetral, limpieza de canales, manejo de residuos generados por la rocería con el propósito de realizar el control aviario²⁰.

Aparte de lo anterior, se observa que el 29 de mayo de 2009 el concesionario Airplan SA celebró con la bióloga Lina Margarita Annicchiarico Villareal un contrato de consultoría para la elaboración de un proyecto de prevención del peligro aviario en el área de influencia de varios aeropuertos, entre ellos, el José María Córdova de Rionegro (fls. 571 a 578, cdno. ppal. 1).

Dicha bióloga contratista declaró en este proceso el 17 de mayo de 2012 y expresó que trabajó para la UAE de Aeronáutica Civil durante cinco años, desde finales del año 2004 hasta el 2010 en el grupo de gestión ambiental y sanitario y haber realizado estudios de riesgo por fauna para aeropuertos nacionales, sobre las medidas implementadas en el Aeropuerto Internacional José María Córdova para la disminución del peligro aviar, y puntualmente refirió que Airplan SA sí había implementado acciones para la disminución de ese riesgo, tales como el manejo del hábitat, de zonas verdes, fumigación para el control de insectos y contaba con aparatos tales como el *Skydancer* y *Soundblaster* como medidas de hostigamiento de aves²¹.

²⁰ Actividades que pueden observarse en los informes técnicos emitidos por JEAG Ingeniería en los meses de septiembre de 2008 (fls. 485 a 499 cdno. ppal. 1), febrero de 2009 (fls. 503 a 506 cdno. ppal. 1) y mayo de 2009 (fls. 523 a 52 cdno. ppal. 1).

²¹ En relación con las medidas tomadas para reducir el riesgo aviario expresó la testigo: “*Tengo conocimiento por los estudios que me encontraba adelantando para esa fecha que AIRPLAN dio continuidad a las medidas previamente implementadas por la AEROCIVIL, como son lo concerniente al manejo del hábitat, manejo de zonas verdes, fumigación para el control de insectos que son alimento de aves, mantenimiento de los canales de agua, creo que ala fecha ya se habían intervenido las zonas de seguridad de la pista para la nivelación del terreno, se contaba con SKYDANCER y SOUNDBLASTER que son medidas de hostigación de aves, sé que se habían instalado unos ojos de terror en algunas zonas del aeropuerto que genera intimidación en las aves, también se dio continuidad con el comité de peligro aviario a través del cual se gestionaba medidas de control en áreas aledañas*” (fls. 686 y 687 cdno. ppal. 1).

La labor realizada por esa profesional concuerda con las conclusiones a las que arribó el Comité Nacional de Control de Prevención del Peligro Aviario de Colombia en acta no. 9 del 19 de noviembre de 2009 en la que se refleja un informe realizado, justamente, por la señora Lina Margarita Annicchiarico Villareal sobre el estado de la gestión para la prevención del peligro aviario, donde se presentó un resumen estadístico de los impactos por aves reportados oficialmente a la UAE de Aeronáutica Civil desde el año 2000 hasta el 2009 por cada aeródromo del país, para el caso del Aeropuerto Internacional José María Córdoba de Rionegro aparecen reportes durante ese periodo de nueve años de 17 casos, pero, uno (1) solo durante el año 2009 (fls. 657 a 665 cdno. ppal. 2), lo cual significa que en este aeropuerto el impacto con aves no era un aspecto frecuente en las operaciones aéreas como circunstancia que permita inferir un inadecuado manejo acerca del riesgo aviario.

Esos medios de prueba, tanto los documentales como los de naturaleza testimonial, no fueron tachados y menos desvirtuados, circunstancia por la cual gozan de validez y credibilidad probatorias.

En estos términos, la Sala considera que no existe prueba alguna que permita, válida y razonablemente, determinar que la UAE de Aeronáutica Civil incurrió en falla del servicio por incumplir sus funciones de vigilancia y control sobre la actividad aeroportuaria o que el concesionario Airplan SA hubiere sido descuidado en el manejo de peligro aviar y en sus labores de administración del Aeropuerto Internacional José María Córdoba de Rionegro, mucho menos que precisamente acciones u omisiones de las entidades demandadas hubieren dado lugar a los daños ocurridos el 30 de septiembre de 2009 a la aeronave HK-4253 operada por Aerosucre, por el contrario, la parte demandante no probó ninguna falla del servicio respecto de esos precisos deberes y actividades de cargo de las demandadas y menos particularmente para la época y en la fecha en la que ocurrió el hecho en el que se basa la demanda.

Vale agregar que tal como se señaló en párrafos anteriores si bien el riesgo aviar es propio de la actividad aeronáutica y por lo tanto se trata de un riesgo previsible, este no puede controlarse en su totalidad, de suerte que para que poder imputar un daño como consecuencia de la materialización dicho riesgo debía acreditarse que quien está llamado a controlarlo no realizó las medidas para minimizarlo, hecho que no fue

probado en este caso, y por el contrario, sí se demostró que las entidades demandadas ejercieron acciones tendientes a disminuir dicho riesgo.

4. Conclusión

No prospera el recurso de apelación por cuanto si bien esta instancia encuentra que le asiste razón a la parte actora acerca de que sí se halla acreditado el daño alegado, consistente en la afectación sufrida por el motor de la aeronave de matrícula HK-4253 y que este fue consecuencia de la ingesta de un ave, no hay comprobación de un nexo causal entre la avería sufrida por el avión operado por Aerosucre SA y el comportamiento de los entes demandados, pues, aparte de tratarse de un hecho atribuible a un riesgo propio de la actividad aeroportuaria a cuya eliminación total no estaban obligadas las demandadas, no se demostró que dichos entes obraran con falla del servicio o incumplido las labores propias del contrato de concesión, respectivamente.

5. Costas

No hay lugar a la imposición de costas debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

F A L L A

1º) Confírmase la sentencia 18 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, Subsección de Reparación Directa.

2º) Abstiénese de condenar en costas en esta instancia procesal a la parte demandante.

4º) Ejecutoriada esta providencia, por secretaría **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen con las correspondientes constancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Aclaración de voto
Presidente de la Subsección
(Firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado ponente
(Firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados integrantes de la Sala de decisión en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 del Decreto Legislativo 806 de 2020.