**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación** **- Competencia - Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE)**

Se reafirma la competencia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado –ANDJE para presentar el recurso de anulación contra el laudo arbitral, en su calidad de interviniente, con fundamento en el artículo 610 del Código General del Proceso.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación** **- Causal segunda - Falta de competencia - Presupuestos procesales**

La invocación de la causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, referida a la falta de jurisdicción y de competencia, debe ser rechazada por improcedente, toda vez que el mencionado artículo dispone: “Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”. …Por otra parte, se observa que en el auto de febrero de 2014 (Acta 9), para resolver acerca de su competencia, el Tribunal de Arbitramento decidió acerca de la jurisdicción y la competencia que le asistía para dirimir las controversias sobre todas las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvención. Se reitera que esa decisión no fue materia de recurso alguno. Así las cosas, en tratándose de una controversia en cuyas pretensiones se invocó el supuesto incumplimiento del Contrato de Concesión por parte de AEROCIVIL y la imposición de las multas en los casos determinados en la demanda de reconvención, se advierte que la competencia del Tribunal de Arbitramento estaba marcada por el petitum de las demandas (inicial y de reconvención) y por las causas que cada una de las partes invocó.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación** **- Causal novena - Alcance**

Salta a la vista que la pretensión que expuso AEROCIVIL se resolvió de manera congruente con el asunto que delimitó en la demanda de reconvención, aunque fue denegada en todos los eventos expuestos por esa entidad estatal, con excepción del relacionado en el ordinal k) de la pretensión novena de la aludida demanda de reconvención. Desde ese punto de vista no se puede aceptar que el laudo arbitral recayó sobre asuntos no sometidos a la decisión del Tribunal de Arbitramento. Ahora bien, observa la Sala que, de conformidad con el texto del recurso de anulación, la ANI –entidad que subrogó a AEROCIVIL- manifestó su inconformidad con las consideraciones que realizó el Tribunal de Arbitramento en relación con la posibilidad de subsanar las multas y con la aplicación que se dio al artículo 63.20 del Contrato de Concesión. …Además, la Sala encuentra pertinencia entre las consideraciones y las decisiones del Tribunal de Arbitramento en materia de la causación de las multas y la improcedencia de su aplicación en los casos concretos en que fueron denegadas las pretensiones, en la medida en que en el laudo arbitral se estudiaron y se desataron las diferencias precisamente identificadas con base en las pretensiones y en las excepciones correspondientes. Se agrega que el Tribunal de Arbitramento identificó las pruebas relacionadas con cada uno de los eventos que fueron objeto de la demanda de reconvención presentada por la AEROCIVIL. Por ello, no se puede aceptar que la ANI –entidad que obra como parte procesal que subrogó a AEROCIVIL- concluya en su recurso de anulación que se encontró sorprendida por el contenido del laudo arbitral, toda vez que las reglas debatidas acerca de las multas estuvieron en el seno de la controversia en forma explícita, desde el contenido de la demanda y de la demanda de reconvención.

**LAUDO ARBITRAL - Alcance - Análisis de cláusulas contractuales**

Desde la perspectiva de la labor de administración de justicia que se atribuye al Tribunal de Arbitramento, es claro que los árbitros pueden apoyarse en las cláusulas del contrato y en la apreciación de los hechos probados en el proceso, aunque ninguna de las partes haya hecho referencia expresa al sentido del análisis legal que finalmente adopta el Tribunal de Arbitramento para desatar la controversia. …Se tiene presente que dentro del marco de las pretensiones y las excepciones planteadas en el proceso arbitral, de acuerdo con los hechos probados, el Tribunal de Arbitramento puede obrar bajo la aplicación del viejo aforismo que rige la labor del Juez, por virtud del cual le corresponde la potestad de definir el derecho para el caso concreto, según se expresa así: dame los hechos, yo te daré el Derecho (Da mihi factum, Tibi dabo ius). En desarrollo de su labor, obrando como Juez del contrato, el Tribunal de Arbitramento tenía la potestad de realizar las consideraciones legales acerca de la naturaleza de las multas, el alcance de las instrucciones de la interventoría y el procedimiento aplicable para imponer las multas, toda vez que las partes habían abierto la litis a los referidos aspectos, en virtud del contenido de la demanda y de la demanda de reconvención, amén de que sobre ello se desplegó el material probatorio controvertido en el proceso.

**IURA NOVIT CURIA - Laudo arbitral**

Como apoyo de la anterior apreciación, puede citarse el análisis de la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación, acerca de la aplicación del principio “iura novit curia”, en cuanto allí se destacó que le corresponde al Juez definir la controversia con fundamento en el derecho aplicable, con independencia de lo que aleguen las partes: “72. El principio iura novit curia, al que aluden los tutelantes (….), ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte como aquel por el cual “los jueces tienen el deber de verificar el derecho aplicable a cada caso concreto, sin estar atados a los errores cometidos por las partes en sus pronunciamientos y sin que ello implique desconocer o crear los hechos probados en el proceso”. Este Tribunal ha señalado que tal principio resulta aplicable en los procesos de reparación directa, para variar el régimen de responsabilidad invocado por los demandantes, por tratarse de una cuestión no de hecho sino de derecho. Sin embargo, ha dejado claro que su alcance se circunscribe a la posibilidad de variar los fundamentos de derecho invocados por las partes, pues el juez debe decidir con base en el derecho efectivamente aplicable al caso, pero no se extiende a la modificación de los hechos expuestos en la demanda, en tanto son estos los que delimitan el objeto de la controversia sometida a su consideración”. Es evidente que en el proceso arbitral se discutió acerca del procedimiento para la aplicación de las multas, que las cláusulas 10 y 63 del Contrato de Concesión hicieron parte integrante de los libelos contentivos de la controversia y que en la interpretación de las mismas se apoyó el Tribunal de Arbitramento para proferir el laudo arbitral. Puntualizando sobre el apoyo normativo de estas consideraciones, se afirma que el Tribunal de Arbitramento gozaba de la jurisdicción y la competencia para interpretar la ley del contrato, con fundamento en las potestades conferidas por los artículos 116 y 230 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 1602 y 1622 del Código Civil, de acuerdo con los cuales, el contrato es una ley para las partes y las reglas de interpretación del contrato permiten apreciar de manera sistemática el contenido del contrato y la aplicación práctica que las partes han dado al mismo. Se concluye que así ocurrió en el sub lite, al definir la pertinencia del procedimiento contractual aplicable y la viabilidad de la subsanación en aquellos eventos que reseñó el Tribunal de Arbitramento.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación** **- Causales - Taxativas**

Los argumentos presentados por la ANI se refieren a la inconveniencia de la interpretación definida por el Tribunal de Arbitramento para la aplicación de una cláusula contractual, en el caso concreto, la cláusula referida a las multas. Dichos planteamientos no pueden ser estimados en el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, toda vez que las causales del citado recurso son taxativas, no siendo una de ellas el desacuerdo del recurrente con el impacto que a su juicio tendrá la decisión del Tribunal de Arbitramento.

**LAUDO ARBITRAL - Desconocimiento de la propia actuación en el proceso arbitral - Recurso de reposición**

Acerca de los reproches que realizó OPAÍN en relación con el contenido del recurso presentado por la ANDJE, observa la Sala que la ANDJE puede cambiar de apoderado y hasta de estrategia de defensa si lo considera; sin embargo, es improcedente que esa entidad pretenda fundar un recurso de anulación desconociendo los efectos jurídicos de su propia actuación en el proceso arbitral. De acuerdo con lo establecido en los artículos 41 y 79 de la Ley 1563 de 2012, el asunto de la competencia del Tribunal de Arbitramento quedó claramente definido con la participación en la audiencia y con la conducta pasiva de las partes y de la ANDJE al no interponer recurso alguno contra el auto correspondiente, además de que, se agrega, en el trámite arbitral no hubo excepciones planteadas por falta de competencia. No se puede aceptar que la ANDJE justifique su nueva postura en que estaba en la imposibilidad de advertir cuáles iban a ser las consideraciones y las decisiones del laudo arbitral. Se advierte que la ANDJE estuvo de acuerdo con la formulación de las pretensiones que la AEROCIVIL llevó al Tribunal de Arbitramento, las cuales coadyuvó en forma expresa desde el momento en que esa agencia presentó su escrito de intervención en el proceso arbitral. Desde allí era innegable que se expondría al análisis del Tribunal de Arbitramento en cuanto al contenido del contrato de arrendamiento que se encontró en conexión con las obligaciones de OPAÍN en el seno del Contrato de Concesión y con la multa que pretendió hacer exigible AEROCIVIL por razón de la conducta desplegada por OPAÍN, al vencimiento de la segunda prórroga del referido contrato de arrendamiento.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación** **- Causal - Naturaleza - Límites - No jerarquía**

Por otra parte, en el recurso de anulación del laudo arbitral, la ANDJE planteó su desacuerdo con la interpretación que el Tribunal de Arbitramento dio a los efectos de la cesión del contrato de arrendamiento, en cuanto allí se consideró que a partir de la cesión el contrato el mismo se regía por el derecho privado. La Sala observa que el argumento expuesto por la ANDJE pretende cerrar el paso al efecto jurídico de la cesión del contrato, con fundamento en el cual el Tribunal de Arbitramento desplegó las consideraciones en orden a juzgar la conducta de OPAÍN en relación con sus obligaciones dentro del Contrato de Concesión al vencimiento de la segunda prórroga del contrato de arrendamiento. De esta manera, los argumentos expuestos por la ANDJE se enfocan en discutir la apreciación del Tribunal de Arbitramento, sobre lo cual no puede fundarse el recurso de extraordinario de anulación, toda vez que la parte resolutiva del laudo arbitral comprendió una declaración congruente con el asunto objeto de la pretensión y que, por ello, no se tipificó la causal invocada por el recurrente, amén de que el recurso de anulación es extraordinario, se restringe a las causales referidas en la ley y no constituye instrumento para reabrir el debate a la manera de una segunda instancia del proceso ordinario.

**CONTRATRO DE ARRENDAMIENTO - Bienes de uso público - Prórroga automática**

Por otra parte, en el recurso de anulación del laudo arbitral, la ANDJE planteó su desacuerdo con la interpretación que el Tribunal de Arbitramento dio a los efectos de la cesión del contrato de arrendamiento, en cuanto allí se consideró que a partir de la cesión el contrato el mismo se regía por el derecho privado. La Sala observa que el argumento expuesto por la ANDJE pretende cerrar el paso al efecto jurídico de la cesión del contrato, con fundamento en el cual el Tribunal de Arbitramento desplegó las consideraciones en orden a juzgar la conducta de OPAÍN en relación con sus obligaciones dentro del Contrato de Concesión al vencimiento de la segunda prórroga del contrato de arrendamiento. …La Sala está de acuerdo en que frente a los bienes de uso público no es viable invocar la tácita reconducción del contrato de arrendamiento ni el derecho a la renovación automática y que las normas de las reglas del renovación del contrato de arrendamiento del establecimiento de comercio deben ceder ante la naturaleza del bien público y del servicio público en el seno de un contrato estatal. Sin embargo, esa consideración no lleva a concluir que en el laudo arbitral objeto del recurso de anulación se hubiera desconocido la limitación de la prórroga automática, toda vez que, según se indica a continuación, el Tribunal de Arbitramento advirtió que los derechos estaban limitados por razón de los bienes y servicios de carácter público, no obstante lo cual, observó que ese asunto no era materia de la controversia –como en efecto se advierte que las cláusulas del contrato de arrendamiento no estaban sometidas al juzgamiento del Tribunal de Arbitramento-.

**COSTAS - AGENCIAS EN DERECHO - No procede contra Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE)**

El inciso quinto del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que si el recurso no prospera se declarará infundado el recurso de anulación y se condenará en costas al recurrente, salvo que éste haya sido presentado por el Ministerio Público. Para efectos de la precitada condena, las agencias en derecho se estiman, en este caso, dentro del marco del Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de conformidad con la complejidad y la duración de la actuación que tuvo que desplegar la parte vencedora dentro del respectivo recurso. …Las agencias en derecho se fijan solamente a cargo de la ANI, toda vez que la ANDJE no puede ser condenada como parte sustantiva de la controversia contractual en este proceso, en atención a las normas que regulan su intervención.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00173-00(55954)**

**Actor: SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAÍN S.A. -OPAÍN S.A.[[1]](#footnote-1)**

**Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL AEROCIVIL (hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI)**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN**

Temas: COMPETENCIA – procedibilidad de la causal de anulación por falta de competencia del Tribunal de Arbitramento. Anotación sobre la postura de la ANDJE / CONGRUENCIA DEL LAUDO ARBITRAL – con otro laudo arbitral sobre hechos anteriores / FALLO EN CONCIENCIA – no se configuró.

Decide la Sala los recursos extraordinarios de anulación interpuestos por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI[[2]](#footnote-2) y por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE[[3]](#footnote-3), contra el laudo que profirió el Tribunal de Arbitramento el 24 de agosto de 2015, en el cual resolvió en relación con las diferencias que se presentaron en el Contrato de Concesión No. 6000169 OK suscrito el 12 de septiembre de 2006, sobre “*la ocurrencia o no de incumplimientos de lo pactado y sobre la procedibilidad o no de la aplicación de las multas dentro del referido contrato*”[[4]](#footnote-4).

Entre otras, las decisiones del Tribunal de Arbitramento fueron las siguientes[[5]](#footnote-5):

Declarar que AVIANCA no es un beneficiario real de OPAÍN en los términos del contrato de Contrato de Concesión; que las actividades desarrolladas por AVIANCA en la Terminal Puente Aéreo no hacen parte de la explotación comercial regulada en la cláusula 1.59 del Contrato de Concesión; que OPAÍN está legalmente obligada a respetar, cumplir y hacer cumplir el contrato de arrendamiento No. BO AR 011-04 celebrado con AVIANCA; que OPAÍN no tiene facultad legal (artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993) de introducir variaciones o modificaciones a lo contratado; que la contraprestación de OPAÍN por concepto de la explotación comercial del puente aéreo la constituye únicamente el ingreso que debe pagar AVIANCA mensualmente, de conformidad con la cláusula séptima del contrato de arrendamiento; que la consideración contenida en la comunicación 1000-2012017269 de 25 de abril de 2012, en la cual AEROCIVIL solicitó que se atendiera lo señalado por la interventoría en la comunicación JAFVARC-105-2011, referida a *“aumentar los recursos provenientes de los ingresos no regulados del inmueble denominado Puente Aéreo”* no tiene el alcance de constituirse en una obligación contractual a cargo de OPAÍN, ni puede considerarse como incluida en la cláusula 63.19 del Contrato de Concesión[[6]](#footnote-6).

Igualmente, el laudo arbitral declaró que, al terminarse el plazo contractual de la segunda prórroga del contrato de arrendamiento con AVIANCA, OPAÍN no estaba obligada a suscribir un nuevo contrato de arrendamiento, ni, en su defecto, a realizar la explotación de manera directa; que OPAÍN no incumplió las cláusulas 10, literal gg), ni 63.19 del Contrato de Concesión[[7]](#footnote-7), por no haberle terminado el Contrato de Arrendamiento o por no haberlo modificado para excluir del mismo las áreas y locales comerciales y avisos publicitarios; y que, en virtud del contrato de concesión OPAÍN estaba obligada a desarrollar por su cuenta y riesgo la explotación del área concesionada, dentro de los límites de la buena fe y de la ley[[8]](#footnote-8).

Además, dentro de las decisiones del laudo arbitral, para los propósitos de esta providencia, se transcriben las siguientes:

*“***DÉCIMO CUARTO***. Declarar que, de conformidad con lo pactado en la Cláusula 1.59[[9]](#footnote-9) ‘Explotación Comercial o Explotación Comercial del Área concesionada’ está permitido que terceros desarrollen actividades Comerciales en el Área Concesionada a cambio de una contraprestación a favor del Concesionario o de un Beneficiario Real del Concesionario o de los miembros del Concesionario, sin que tal explotación o actividad comercial de tales terceros constituya un incumplimiento del contrato de concesión y sin que el producto o beneficio que reciban tales terceros pueda o deba considerarse como parte del ‘Ingreso Bruto’ Pactado en la Cláusula 1.70[[10]](#footnote-10) del Contrato de Concesión”.*

Acerca de la procedencia de las multas, en el laudo arbitral se denegaron las demandadas[[11]](#footnote-11) y, de manera expresa, se declaró improcedente la siguiente:

*“****DÉCIMO SEXTO****. Declarar que no es procedente la imposición de una multa diaria de diez (10) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMLMV) a partir del 1 de octubre de 2012, aplicada por la AEROCIVIL a OPAÍN mediante comunicación 170.092.5-2012047126 del 23 de noviembre de 2012, radicada en OPAÍN el 2012-12-11 con No. 2012110017582”[[12]](#footnote-12).*

También resulta importante reseñar que el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre las excepciones presentadas por las partes, así:

*“****VIGÉSIMO PRIMERO.*** *Declarar la prosperidad parcial de las excepciones denominadas: ‘CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL; INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL IMPUTABLE A OPAÍN; A OPAÍN NO LE SON IMPUTABLES LOS HECHOS CAUSANTES DE LOS RETRASOS QUE SE PRESENTARON EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, TODA VEZ QUE DICHOS HECHOS SE PRODUJERON POR INCUMPLIMIENTOS LEGALES Y CONTRACTUALES DE AEROCIVIL, POR HECHOS IMPREVISTOS O POR HECHOS PROVENIENTES DE TERCEROS, POR CUYOS EFECTOS NO SE PUEDE IMPUTAR RESPONSABILIDAD A OPAÍN; EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE TIPICIDAD, RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS MULTAS APLICADAS POR LA AEROCIVIL; AEROCIVIL INCURRIÓ EN UNA CONDUCTA DESPROPORCIONADA, INJUSTIFICADA E ILEGAL AL SANCIONAR A OPAÍN POR INCUMPLIMIENTOS INEXISTENTES, NO OBSTANTE QUE SE ENCONTRABA EN ESTADO DE INCUMPLIMIENTO; LA INTERVENTORIA INCURRIÓ EN UNA CONDUCTA PARCIALIZADA Y ABUSIVA AL HABER RECOMENDADO A AEROCIVIL SANCIONAR A OPAÍN POR INCUMPLIMIENTOS INEXISTENTES Y DESCONOCER LOS INCUMPLIMIENTOS DE AEROCIVIL; la prosperidad total de las excepciones denominadas ‘INEXISTENCIA DE ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL; INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LOS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES ATRIBUIDOS A OPAÍN E INEXISTENCIA DEL SUPUESTO DAÑO ALEGADO POR AEROCIVIL; INEXISTENCIA DEL DAÑO INDEMNIZABLE; LIBERTAD DE OPERACIÓN, EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE LA AEROCIVIL EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA 63.18 ‘MULTA POR INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE INFORMACIÓN AL INTERVENTOR’ DE CONFORMIDAD CON LO ESTIPULADO; AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE COLABORACIÓN DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO; AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE REALIZAR LOS MEJORES ESFUERZOS DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO’ y denegar las excepciones denominadas ‘CONTRATO DE CONCESIÓN SIN SUBORDINACIÓN NUGATORIA DE LA SOLIDARIDAD; VIOLACIÓN DE LOS TOPES DE RIESGO PREVISTO; EXCEPCIÓN DE APLICACIÓN PREFERENTE DEL ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚLICA (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) Y DEL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN (Ley 1474 de 2011), CON RELACIÓN A LA CLAUSULA 63 ‘MULTAS’; INDEBIDA E ILEGAL INTERPRETACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO; INCUMPLIMIENTO DE LA AEROCIVIL POR VIOLACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CON LA INTERVENTORÍA; AEROCIVIL Y LA INTERVENTORÍA INCURRIERON EN UNA CONDUCTA ABUSIVA DE LA POSICIÓN DOMINANTE CONTRACTUAL; AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE PLANEACIÓN; EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO’ por lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia”.*

Finalmente, el laudo arbitral impuso las siguientes condenas: **i)** a la convocante, OPAÍN, a pagar de la suma de $112’005.000 *“como valor de la multa por deficiencias en los diseños de detalle para la construcción de la Subestación Eléctrica de la Nueva Torre de Control*” y **ii)** a la ANI, entidad que subrogó a la convocada y demandante en reconvención- a pagar a OPAÍN la suma de $1.280’020.910 por concepto de costas, incluidas las agencias en derecho.

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. El procedimiento arbitral**

Con fundamento en la cláusula compromisoria que se encontró pactada en el Contrato de Concesión 600069 OK suscrito el 12 de septiembre de 2006 para la “*ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN, EXPLOTACIÓN COMERCIAL, MANTENIMIENTO Y MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL EL DORADO DE LA CIUDAD DE BOGOTA D.C.”*, se integró un Tribunal de Arbitramento para conocer de la demanda instaurada, el 21 de enero de 2013, por la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. OPAÍN S.A.[[13]](#footnote-13) en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL AEROCIVIL, esta última entidad subrogada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI[[14]](#footnote-14).

**1.1. La demanda**

OPAÍN presentó varias pretensiones orientadas a que se declarara que la contraprestación a su cargo, por concepto de la explotación comercial del Puente Aéreo la constituye únicamente el canon del contrato de arrendamiento BO AR 011-04, suscrito el 30 de julio de 2004[[15]](#footnote-15), sobre la Terminal Puente Aéreo, el cual fue celebrado entre AEROCIVIL y AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO - AVIANCA[[16]](#footnote-16) y cedido a la sociedad concesionaria de acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006.

Solicitó, igualmente, que se declarara que la contraprestación que recibía AVIANCA por la explotación de las áreas de locales comerciales no hacía parte de los denominados *“Ingresos Brutos”* del Contrato de Concesión; que OPAÍN no estaba obligado a atender el requerimiento de la interventoría en relación con aumentar los recursos de los ingresos provenientes de la Terminal Puente Aéreo y que podía desarrollar y mantener autónomamente la explotación comercial del área concesionada.

Por otra parte, la sociedad concesionaria demandó para que, de conformidad con el Contrato de Concesión, se declara que no era procedente la imposición de la multa diaria de diez salarios mínimos legales mensuales vigentes a partir de primero de octubre de 2012, aplicada por AEROCIVIL a OPAÍN, en atención al requerimiento de la interventoría[[17]](#footnote-17).

**1.2. Contestación de la demanda**

En la contestación de la demanda radicada el 23 de mayo de 2013, AEROCIVIL aceptó parcialmente los hechos, negó el incumplimiento del Contrato de Concesión por parte de esa entidad y se opuso a las pretensiones de la demanda.

**1.3. Excepciones**

AEROCIVIL presentó las siguientes excepciones: **i)** *“Obligatoriedad de los compromisos asumidos por OPAÍN”*, la cual hizo consistir en que OPAÍN estaba obligada por el Contrato de Concesión, por los compromisos adquiridos en virtud de la cesión del contrato de arrendamiento celebrado con AVIANCA y por las instrucciones de la interventoría; y, **ii)** el incumplimiento de las obligaciones contractuales de OPAÍN, por haber desatendido las instrucciones de la interventoría, particularmente en cuanto se refirió a la modificación de las condiciones del contrato de arrendamiento celebrado con AVIANCA.

**1.4. Demanda de reconvención**

Por su parte, AEROCIVIL formuló demanda de reconvención en la cual solicitó que se declarara el incumplimiento de OPAÍN, por no haber atendido las instrucciones que le impartieron el Interventor Financiero, Contable, Tributario y Administrativo y el Director de AEROCIVIL.

Como consecuencia, la entidad demandante en reconvención solicitó que se condenara a OPAÍN a indemnizar los daños ocasionados por no haber asumido directamente la explotación comercial y haber extendido el contrato de arrendamiento celebrado con AVIANCA sobre la Terminal Puente Aéreo, más allá del 30 de septiembre de 2012 (pretensiones primera a tercera)[[18]](#footnote-18).

En la pretensión octava de la demanda de reconvención, AEROCIVIL solicitó que se declarara que OPAÍN incumplió sus obligaciones en el Contrato de Concesión, específicamente por haber dejado de pagar las multas aplicadas, de conformidad con la cláusula 10 ordinal ll) del referido Contrato de Concesión[[19]](#footnote-19).

En igual forma, AEROCIVIL presentó la pretensión novena para que se declarara el incumplimiento de OPAÍN acerca de las multas causadas y de las multas aplicadas por diferentes conceptos, tales como la no entrega de información, la no ejecución oportuna de las obras Fase 1 de la Nueva Terminal de Pasajeros y por no acatar la instrucción impartida en relación con la explotación de la Terminal Puente Aéreo, entre otros incumplimientos[[20]](#footnote-20).

**1.5. Contestación de la demanda de reconvención**

En el escrito mediante el cual OPAÍN dio contestación a la demanda de reconvención, esa sociedad concesionaria advirtió que a partir de la Ley 1150 de 2007 las multas tenían un carácter conminatorio[[21]](#footnote-21).

Se opuso a la pretensión octava, por cuanto aseveró que OPAÍN no había dejado de pagar las multas que le fueron aplicadas, una vez cumplido el procedimiento pactado con arreglo al debido proceso.

En relación con las conductas de incumplimiento descritas en la pretensión novena, la consecuente causación de las multas y la condena al pago solicitadas en los términos de las pretensiones décima y undécima de la demanda de reconvención, OPAÍN se opuso a la prosperidad de las mismas.

Afirmó que en algunos casos las obligaciones no se habían incumplido, que en otros constituyeron cumplimientos imperfectos con las debidas justificaciones y, finalmente, se fundó en que algunos de esos requerimientos correspondían a una interpretación unilateral, irregular e indebida del Contrato de Concesión.

**1.6. Excepciones en relación con la demanda de reconvención**

OPAÍN presentó las excepciones que detalló en veintidós ítems, con fundamento, entre otras razones, en que se debió aplicar lo previsto en la Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, para efectos del debido proceso en la imposición de las multas. La excepción relacionada con la ley aplicable no prosperó[[22]](#footnote-22).

Dentro de las excepciones que sí prosperaron se reseñan las siguientes. “*INEXISTENCIA DE ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL; INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LOS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES ATRIBUIDOS A OPAÍN E INEXISTENCIA DEL SUPUESTO DAÑO ALEGADO POR AEROCIVIL; INEXISTENCIA DEL DAÑO INDEMNIZABLE; LIBERTAD DE OPERACIÓN, EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE LA AEROCIVIL EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA 63.18 ‘MULTA POR INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA DE INFORMACIÓN AL INTERVENTOR’ DE CONFORMIDAD CON LO ESTIPULADO; AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE COLABORACIÓN DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO; AEROCIVIL INCUMPLIÓ EL DEBER DE REALIZAR LOS MEJORES ESFUERZOS DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO”[[23]](#footnote-23).*

**1.7. Auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento declaró su competencia**

En el Acta 9 de 25 de febrero de 2014[[24]](#footnote-24) consta que el Tribunal de Arbitramento profirió el auto mediante el cual se declaró competente para conocer y decidir las controversias planteadas por las partes. Contra ese auto no se presentó recurso alguno.

**1.8. Denegación de medidas cautelares**

Mediante auto de 4 de marzo de 2014, contenido en el Acta 10, el Tribunal de Arbitramento consideró y denegó las medidas cautelares que fueron solicitadas por OPAÍN con el propósito de obtener la adecuación o la suspensión del procedimiento de multas previsto en la cláusula 63 del Contrato de Concesión[[25]](#footnote-25).

**1.9. Acuerdo parcial**

Según consta en el Acta 31 de 22 de abril de 2015, el Tribunal de Arbitramento considero y aprobó el acuerdo conciliatorio de carácter parcial celebrado entre las partes y aceptó el desistimiento de las pretensiones: cuarta, quinta, sexta y séptima de la demanda de reconvención[[26]](#footnote-26).

**2. El laudo arbitral**

En el laudo arbitral proferido el 24 de agosto de 2015, contra el cual se impetró el recurso extraordinario de anulación, el Tribunal de Arbitramento estudió las pretensiones de la demanda presentada por la parte convocante y de la demanda de reconvención presentada por la parte convocada.

Desató las pretensiones declarativas acerca de los ingresos derivados del contrato de arrendamiento No. B0 0011-04 celebrado con AVIANCA, las referidas a la facultad de explotación de las áreas comerciales de la Terminal Puente Aéreo y la determinación de que el producto de dicha explotación y del subarriendo de los locales comerciales no hacía parte de la base para calcular los denominados “*Ingresos Brutos”*[[27]](#footnote-27), en el Contrato de Concesión No. 6000169 OK de 12 de septiembre de 2006.

Acerca de lo dispuesto sobre las multas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el Tribunal de Arbitramento consideró lo siguiente:

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

*“Difiere en tal sentido el Tribunal de lo señalado por la Sala de Servicio y Consulta Civil, en cuanto a que el procedimiento allí pactado es ineficaz. Por el contrario considera que si bien es cierto que existen normas imperativas, actualmente de reserva legal para el adelantamiento de los procedimientos sancionatorios incorporados en la Ley 1474 de 2011, el contrato en mención fue de aquellos no contemplados por el parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007”[[28]](#footnote-28).*

En el contenido del laudo arbitral se observa que el Tribunal de Arbitramento desarrolló un capítulo acerca de “*LAS MULTAS Y LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN*” dentro del cual detalló la cláusula de multas contenida en el Contrato de Concesión *sub judice* y concluyó acerca de la “*posibilidad de subsanación del hecho generador de la multa”.*

Con fundamento en lo anterior, en el punto 5.3.4.2. del laudo arbitral, el Tribunal de Arbitramento pasó a estudiar la *“pretensión novena de la demanda de reconvención”* y, en relación con ella y la aplicación de las multas, identificó las *“conductas subsanadas con posterioridad al agotamiento del procedimiento pactado y que no son procedentes por otras razones”;* asimismo, determinó *“las conductas no subsanadas y subsanadas con posterioridad a la finalización del procedimiento y que el Tribunal declarará Procedentes”*[[29]](#footnote-29).

Como consecuencia, el Tribunal de Arbitramento consideró improcedentes las multas en relación con las conductas subsanadas antes de iniciar o de culminar el procedimiento dispuesto para imponer la decisión administrativa[[30]](#footnote-30).

**3. El recurso de anulación**

La ANI – entidad que subrogó a AEROCIVIL- solicitó la aclaración del laudo arbitral mediante escrito radicado el 31 de agosto de 2014, la cual fue considerada en audiencia y denegada, según consta en el auto de 7 de septiembre de 2015[[31]](#footnote-31).

Mediante escrito presentado el 20 de octubre de 2015, en la oportunidad prevista en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012[[32]](#footnote-32), una vez se denegó la solicitud de aclaración del laudo arbitral[[33]](#footnote-33), la ANI, obrando como entidad que subrogó a AEROCIVIL en el proceso arbitral, presentó el recurso de anulación contra el laudo arbitral con fundamento en las causales 2 y 9 de la Ley 1563 de 2012, las cuales, a su juicio, se configuraron por la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento y por haberse pronunciado en el laudo arbitral sobre un aspecto de las multas no sometido a la decisión de los árbitros, de acuerdo con los cargos que se detallarán adelante[[34]](#footnote-34).

Por su parte, la ANDJE presentó el 20 de octubre de 2015 un escrito contentivo del recurso de anulación interpuesto contra el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado por OPAÍN contra la ANI, en el cual: **i)** formuló petición especial al Consejo de Estado para que se declarara de oficio la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento, toda vez que le advirtió que no podía pronunciarse sobre el contrato de arrendamiento celebrado con AVIANCA y **ii)** en el mismo recurso la ANDJE formuló cargos contra el laudo arbitral, con fundamento en las causales 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, referidas al fallo en conciencia y a haber recaído el laudo arbitral sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, de acuerdo con los cargos que se detallarán más adelante.

**4. Trámite procesal del recurso de anulación**

**4.1.** OPAÍN descorrió el traslado del recurso extraordinario de anulación mediante escrito radicado ante el Tribunal de Arbitramento el 9 de noviembre de 2015.

Observó el “*inusual número plural de recursos”* y la disparidad de sus contenidos y procedió a exponer sus argumentos para controvertir los cargos presentados por la ANI y por la ANDJE.

**4.2.** Recibido el expediente en el Consejo de Estado, mediante auto de 27 de abril de 2016, se aceptó el **impedimento** presentado por el Consejero Hernán Andrade Rincón[[35]](#footnote-35).

**4.3.** A través del auto de 28 de junio de 2016, el Despacho avocó el conocimiento de los recursos de anulación interpuestos. En dicha providencia observó que de conformidad con lo previsto en el artículo 610 del Código General del Proceso, la ANDJE puede actuar en los procesos que se tramitan ante cualquier jurisdicción, bien sea como interviniente en los asuntos en los cuales sea parte una entidad pública o en aquellos en los que se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado, o bien sea como apoderada judicial de las entidades públicas.

**4.4.** El Ministerio Público guardó silencio dentro del trámite del recurso de anulación.

**II.- C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver el recurso de anulación, la Sala se ocupará de lo siguientes puntos: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** alcance de la competencia de la ANDJE; **3)** el caso concreto y **4)** costas.

En el punto correspondiente al caso concreto se estudiarán las causales interpuestas por la ANI y por la ANDJE.

**1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado**

Se verifican los presupuestos establecidos en la Ley 1563 de 2012 para conocer del presente recurso de anulación, teniendo en cuenta que se impetró contra un laudo arbitral proferido en el seno de un contrato celebrado por una entidad pública[[36]](#footnote-36), dándose cumplimiento a lo establecido en el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012[[37]](#footnote-37) y al numeral 7 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011[[38]](#footnote-38).

**2. Alcance de la competencia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE para presentar recurso de anulación del laudo arbitral**

Se reafirma la competencia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado –ANDJE para presentar el recurso de anulación contra el laudo arbitral, en su calidad de interviniente, con fundamento en el artículo 610 del Código General del Proceso.

En el presente caso se observa que la ANDJE intervino en el trámite arbitral una vez fue citada, de acuerdo con la siguientes actuaciones: **i)** mediante escrito de 23 de octubre de 2013 manifestó que *“esta Agencia ha decidido intervenir dentro del proceso arbitral[[39]](#footnote-39)*”; **ii)** en el escrito de intervención radicado el 5 de diciembre de 2013, apoyó su competencia en el Decreto-ley 4085 de 2011 y en los artículos 610 a 612 del Código General del Proceso y se catalogó como uno de los sujetos que integraban en el respectivo tramite arbitral, la parte demandada y demandante en reconvención, *“sin que por ello adquiera la calidad de parte procesal (parágrafo 2, numeral 4º, articulo 6ºdel Decreto 4085 de 2011)”*[[40]](#footnote-40) y, **iii)** en igual forma, la ANDJE intervino en el proceso arbitral para oponerse al decreto de medidas cautelares, mediante escrito presentado el 27 de febrero de 2014[[41]](#footnote-41).

En el escrito de intervención inicial la ADNJE se opuso a todas las pretensiones de la demanda y manifestó que esa entidad *“coadyuva las pretensiones y fundamentos de derecho de la AEROCIVIL, contenidas en la demanda de reconvención”*, de acuerdo con la sustentación que presentó en extenso[[42]](#footnote-42).

En esa oportunidad sus argumentos se concentraron en el análisis del objeto del Contrato de Concesión y de las obligaciones pactadas, así como en el deber de las partes de obrar de buena fe y bajo el principio “*Pacta Sunt Servanda*” que las vinculaba. Por ello, expuso la ANDJE que, a su juicio, OPAÍN pretendía violar el Contrato de Concesión al desconocer el plazo de vencimiento del contrato de arrendamiento de la Terminal Puente Aéreo de cuya existencia conoció desde la suscripción del Contrato de Concesión y que le fue cedido en condiciones ciertas.

De acuerdo con el contenido del Acta 9, al igual que las partes del proceso y el Ministerio Público, la ANDJE se encontraba presente en la audiencia que se llevó a cabo en 25 de febrero de 2014[[43]](#footnote-43), en la cual el Tribunal de Arbitramento decidió sobre su competencia. En dicha acta constan las consideraciones que realizó el Tribunal de Arbitramento acerca del pacto arbitral, las cuestiones sometidas a arbitraje en el caso concreto y la jurisdicción y la competencia para conocer del asunto[[44]](#footnote-44).

La providencia mediante la cual el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer de las controversias planteadas se notificó en estrados y contra ella no se interpuso recurso alguno.

**3. El caso concreto**

**3.1. Cargos presentados por la ANI**

La ANI presentó su recurso de anulación contra el laudo arbitral, con fundamento en los numerales 2 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, según se detalla a continuación.

**3.1.1. La falta de competencia**

“Artículo  41. *Causales del recurso de anulación.*Son causales del recurso de anulación:

“(…).

*“2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”.*

La ANI invocó la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para pronunciarse acerca de la causación de las multas. En su escrito manifestó:

 *“Así, la decisión del Tribunal tomó por sorpresa a mi representada, que, reitero, jamás tuvo oportunidad de plantear argumentos, esgrimir hechos o solicitar pruebas que evidenciaran que las multas si se entendían causadas y, por ende debían aplicarse y pagarse, pese a que los hechos constitutivos de incumplimiento alcanzaron a ser subsanados por el concesionario antes de la finalización del procedimiento sancionatorio contractual”[[45]](#footnote-45).*

**3.1.2. La contestación de OPAÍN al cargo de falta de competencia**

OPAÍN observó que la Ley 1563 de 2012 no establece que el juez arbitral carezca de competencia para resolver los asuntos a su cargo invocando fuentes de derecho distintas a las referidas por la parte demandante.

**3.1.3. Consideraciones de la Sala acerca de la falta de competencia**

La invocación de la causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, referida a la falta de jurisdicción y de competencia, debe ser rechazada por improcedente, toda vez que el mencionado artículo dispone:

“*Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”.*

Es útil observar que no son de recibo los argumentos de la entidad estatal recurrente en cuanto afirma que el asunto no fue materia del recurso de reposición frente al auto mediante el cual el Tribunal de Arbitramento decidió sobre su competencia, supuestamente porque el punto jamás estuvo en la demanda principal o en la demanda de reconvención.

La Sala advierte que la demanda de reconvención presentada por AEROCIVIL –entidad subrogada posteriormente por la ANI- sí se refirió al incumplimiento del Contrato de Concesión, a la efectividad de las multas que fueron detalladas en el escrito correspondiente. En igual forma, se reseña que AEROCIVIL expuso sus pretensiones sobre una relación concreta de conductas que soportó en forma extensa y detallada con fundamento en la aplicación de la cláusula 63 del Contrato de Concesión.

Por otra parte, se observa que en el auto de febrero de 2014 (Acta 9), para resolver acerca de su competencia, el Tribunal de Arbitramento decidió acerca de la jurisdicción y la competencia que le asistía para dirimir las controversias sobre todas las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvención. Se reitera que esa decisión no fue materia de recurso alguno.

Así las cosas, en tratándose de una controversia en cuyas pretensiones se invocó el supuesto incumplimiento del Contrato de Concesión por parte de AEROCIVIL y la imposición de las multas en los casos determinados en la demanda de reconvención, se advierte que la competencia del Tribunal de Arbitramento estaba marcada por el *petitum* de las demandas (inicial y de reconvención) y por las causas que cada una de las partes invocó.

Como consecuencia, se concluye que debe rechazarse el cargo presentado por la ANI, toda vez que no se tipificó la falta de competencia.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la ANI expuso conjuntamente las razones que apoyan el recurso de anulación por la causal 2 y por la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, los cargos serán estudiados desde el ángulo de la segunda de dichas causales, es decir, que se apreciará si el laudo arbitral entró a decidir sobre asuntos no sometidos al Tribunal de Arbitramento.

**3.1.4. Cargo fundado en la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012**

*“9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.*

La ANI expuso sus argumentos en la siguiente forma:

Después de realizar una breve descripción del proceso, identificó como decisión objeto de la censura materia del recurso de anulación, la contenida en ordinal vigésimo segundo del laudo arbitral a cuyo tenor:

*“****VIGÉSIMO SEGUNDO****. Denegar la pretensión novena de sus literales a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, l, m, n, o, p, q, r, s, t, u, v, w, de la demanda de reconvención por las razones establecidas en la parte motiva de esta providencia”.*

En forma concreta la ANI desarrolló tres aspectos: **i)** el tema de si las multas podían aplicarse o no a hechos subsanados, **ii)** la existencia de un Tribunal de Arbitramento de fecha anterior y **iii)** la inconveniencia de la postura adoptada en el laudo arbitral.

**3.1.4.1.** “***El tema de si las multas podían o no aplicarse ante hechos subsanados, como lo analizó y decidió el Tribunal no fue sometido por las partes a su consideración****”****[[46]](#footnote-46)****.*

La ANI afirmó que en su demanda OPAÍN formuló pretensiones relativas a la discusión que se había suscitado entre las partes, con ocasión de la operación por parte de AVIANCA en la Terminal Puente Aéreo, única y exclusivamente.

Agregó que, luego, al dar contestación a la demanda de reconvención, OPAÍN tampoco cuestionó el procedimiento sancionatorio pactado en la cláusula 63.20 del Contrato de Concesión.

Concluyó que la controversia sobre las multas se contrajo a los siguientes aspectos: **i)** la Ley que gobernaba la estipulación contractual sobre multas y el procedimiento que se había seguido en relación con los hechos constitutivos de las multas, todo lo cual se concentró en que OPAÍN apuntaba a que las multas debían ser impuestas de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y que, por ende, se discutió acerca de que AEROCIVIL debió imponer las multas mediante actos administrativos, en vez de aplicarlas siguiendo el procedimiento de la cláusula 63 y 63.20 del Contrato de Concesión y **ii)** según afirmó la ANI, las otras dos razones que planteó OPAÍN consistieron en cuestiones meramente fácticas que apuntaban a demostrar que no había incumplido o que incurrió en incumplimientos imperfectos con las debidas justificaciones.

**3.1.4.2. Contestación de OPAÍN al cargo acerca de haber recaído el laudo sobre la causación de las multas en relación con hechos subsanados**

OPAÍN sostuvo que la controversia consistente en si las multas podían aplicarse a hechos subsanados, por haber sido pactadas como *“apremio*”, siempre estuvo presente en el debate.

Especificó que ello se puede establecer desde el análisis de la actuación en sede administrativa, con las múltiples comunicaciones que obran como prueba en el proceso arbitral y que en el plenario se puede observar que en la pretensión novena de la demanda de reconvención presentada por AEROCIVIL, esa entidad pidió al Tribunal de Arbitramento que declarara el incumplimiento de veintitrés obligaciones, enlistadas en los literales a) a w). Adicionó que en la pretensión décima fue esa entidad estatal la que solicitó que se declarara que dichas multas se habían *“causado”.*

Transcribió diversos apartes de la contestación de la demanda de reconvención, en los cuales OPAIN se refirió a que se había desconocido que *“la gran mayoría de las obligaciones que se reputan como incumplidas ya se encontraban* *cumplidas cuando se da inicio al proceso de imposición de multas”.*

También reseñó que en las excepciones presentadas a la demanda de reconvención OPAÍN expuso que no era posible tener como *“impuestas”* las multas causadas, toda vez que las obligaciones *“dejaron de estar pendientes antes del inicio del procedimiento sancionatorio”.*

OPAÍN transcribió algunos apartes de su alegato de conclusión en los cuales desarrolló la naturaleza de *“apremio”* asignada a las multas dentro del contenido de la cláusula 63 del Contrato de Concesión.

Finalmente, resumió la relación que presentó en el alegato de conclusión acerca de las pruebas de los incumplimientos a partir de la pretensión novena de la demanda de reconvención que presentó AEROCIVIL y destacó que allí se identificaron las multas que fueron *“resueltas por la AEROCIVIL cuando la supuesta obligación contractual que se reprochaba como incumplida ya lo estaba”.*

Como conclusión, OPAÍN estimó que el asunto de la causación de las multas hizo parte de los puntos que se sometieron a la controversia arbitral, tal como lo demuestran las transcripciones de las piezas procesales y las pruebas obrantes en el proceso[[47]](#footnote-47).

**3.1.4.3. Consideraciones de la Sala acerca del cargo por haber recaído el laudo arbitral sobre la causación de las multas en relación con hechos subsanados**

Con fundamento en las consideraciones que se exponen a continuación se concluye que la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no se tipificó en el caso concreto.

En las pretensiones novena, décima y undécima de la demanda de reconvención la ANI solicitó:

*“****NOVENA.*** *Que se declare que OPAÍN ha incumplido obligaciones que asumió por virtud del Contrato No. 6000169 OK del 12 de septiembre de 2006, mediante el cual se le otorgó la ‘concesión para la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento y modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C., específicamente por:*

*“a. No entregar oportunamente la información sobre novedades y actualizaciones de mayo de 2011 (contratos de arrendamiento celebrados por el concesionario);*

*“b. No entregar oportunamente la información sobre novedades y actualizaciones de septiembre de 2011 (contrato de arrendamiento Instituto Distrital de Turismo OP-DC-CA-0214-10);*

*“c)**no entregar oportunamente la información sobre novedades y actualizaciones del mes de noviembre de 2011 (modificatorios 6 y 7 al contrato de arrendamiento No. OP-COM-AE-09 celebrado con OTCA S.A.S.);*

*“d) no entregar oportunamente la información sobre novedades y actualizaciones del mes de enero de 2012 (contratos de arrendamiento del Nuevo Terminal de Carga);*

*“f) no entregar oportunamente la información sobre novedades y actualizaciones del mes de mayo de 2012 (contratos de arrendamiento del Nuevo Terminal de Carga);*

*“g) no entregar oportunamente la información sobre novedades y actualizaciones del mes de julio de 2012;*

*“h) no entregar oportunamente la información sobre novedades y actualizaciones del mes de agosto de 2012 (contratos de arrendamiento del Nuevo Terminal de Carga);*

*“i) no entregar oportunamente información sobre novedades y actualizaciones del mes de septiembre de 2012 (contratos de arrendamiento del Nuevo Terminal de Carga);*

*“j) deficiencias en las obras Fase 1 de la Nueva Terminal de Pasajeros T1 + T2 Adosada – Terminal 2 – Hito 6;*

*“k) deficiencias en los diseños de detalle para construcción de la Subestación Eléctrica de la Nueva Torre de Control;*

*“l) la ejecución de obras de la salida de la Terminal de Carga TC1 (instalación de tuberías en concreto diámetro 24’’ red sanitaria) sin el cumplimiento de requisitos mínimos de seguridad y técnicos;*

*“m) la ejecución de obras del Módulo 11 fase 2- Nuevo Terminal de Pasajeros sin planos aprobados;*

*“n) Las ejecución de obras de* [los] *Módulos 14 y 15 de la T1 del Nuevo Terminal de Pasajeros Fase 2 sin planos aprobados;*

*“o) no corregir, dentro del plazo de 10 días, los errores en la póliza RCE No. P-100000072;*

*“p) cobrar un valor mayor al debido a pasajeros por concepto de tasa aeroportuaria internacional;*

*“q) el fondeo extemporáneo de la subcuenta Tribunal de Arbitramento;*

*“r) no corregir, dentro del plazo otorgado por la interventoría, el beneficiario de la póliza NB100000776 (amparo patronal);*

*“s) no acatar la instrucción impartida por la interventoría y el Director General de la Aerocivil en relación con la explotación comercial del Terminal Puente Aéreo al momento de la terminación contrato BO-AR-011-04;*

*“t) no realizar de manera oportuna y completa la transferencia del 18% del total de los ingresos no regulados, asociados a la explotación comercial y a la publicidad del área comercial de la T1 a la subcuenta de excedentes de la Aerocivil;*

*“u) no modificar dentro del término requerido por la Aerocivil, la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 100000296 – Amparo de Contaminación Accidental;*

*“v) no depositar el valor completo correspondiente al 4% de los Ingresos Regulados y no Regulados durante el Período de Extensión de la Etapa de Modernización y Expansión; y*

*“w) infracciones respecto de obligaciones de seguridad aeroportuaria al tener guardas y supervisores de seguridad* *sin la capacitación requerida y sin el respectivo carné.*

*“****DÉCIMA****: Que en consecuencia se declare que – como lo establecieron los interventores, técnico, operativo, ambiental y de mantenimiento y financiero, contable y tributario y administrativo del contrato de concesión y la Aerocivil-* ***se han causado[[48]](#footnote-48)*** *las multas a las que se refiere la pretensión inmediatamente anterior, en razón de los incumplimientos contractuales señalados.*

*“****UNDÉCIMA****: Que se condene a Opaín al pago del valor de las multas a las que se hizo referencia en la pretensión inmediatamente anterior; debidamente ajustado de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y con los intereses corrientes o de mora a que haya lugar”.*

En la parte resolutiva del laudo arbitral se dispuso:

*“****VIGÉSIMO SEGUNDO****: Denegar la pretensión novena de sus literales a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, l, m, n, o, p, q, r, s, t, u, v, w, de la demanda de reconvención por las razones establecidas en la parte motiva de esta providencia”.*

Salta a la vista que la pretensión que expuso AEROCIVIL se resolvió de manera congruente con el asunto que delimitó en la demanda de reconvención, aunque fue denegada en todos los eventos expuestos por esa entidad estatal, con excepción del relacionado en el ordinal k) de la pretensión novena de la aludida demanda de reconvención.

Desde ese punto de vista no se puede aceptar que el laudo arbitral recayó sobre asuntos no sometidos a la decisión del Tribunal de Arbitramento.

Ahora bien, observa la Sala que, de conformidad con el texto del recurso de anulación, la ANI –entidad que subrogó a AEROCIVIL- manifestó su inconformidad con las consideraciones que realizó el Tribunal de Arbitramento en relación con la posibilidad de subsanar las multas y con la aplicación que se dio al artículo 63.20 del Contrato de Concesión[[49]](#footnote-49).

En la parte general del laudo arbitral el Tribunal de Arbitramento razonó acerca de la posibilidad de subsanar el hecho generador de la multa, en la siguiente forma:

*“3.6.2.4.3. La posibilidad de subsanación del hecho generador de la multa*

*“En concordancia con lo que acaba de señalarse, si la finalidad que con las multas se persigue, es disuadir al contratista de una conducta contraria al contrato y apremiarlo para que supere la infracción en la que, en criterio de la Entidad, ha incurrido, el Tribunal analizará los casos sometidos a su conocimiento considerando la conducta desplegada por el Concesionario, análisis en el que también ha considerado el concepto emitido por la Sala de Servicio y Consulta Civil, que en relación con este aspecto señala:*

*‘Son medidas disuasorias destinadas a superar la infracción (…)’.*

*“En este orden de ideas, el Tribunal ha concluido que si la finalidad del apremio es la de disuadir al contratista y compelerlo a que se acomode su conducta a los parámetros que en consideración de la entidad, constituyen un incumplimiento de lo pactado, sería totalmente contrario a dicho objetivo, que se inicie o se anuncie el procedimiento de multas, cuando los hechos generadores de la misma ya han cesado.*

*“En desarrollo de lo anterior considera el Tribunal que las multas cuyo procedimiento se inició una vez el contratista había superado los hechos constitutivos de las mismas, resultan inútiles e incoherentes frente a dicha finalidad.*

*“Igual reflexión merecen aquellas donde los hechos generadores de las multas, fueron subsanados antes de culminar el procedimiento, esto es, antes de que el representante de la entidad estatal comunicara al Concesionario que habría lugar a su aplicación.*

*“Así las cosas, después de analizar lo relativo a las sanciones así dispuesto y considerando la fecha de suscripción del Contrato, el Tribunal concluye:*

*“a) Que el Contrato se suscribió en vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007.*

*“b) Que la retroactividad establecida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 no es aplicable por no haberse reservado la AEROCIVIL la facultad para imponerlas de manera unilateral,*

*“c) Que en cualquier caso los principios de la actividad sancionatoria del Estado deben ser considerados por razón del interés público que persigue el contrato señalado[[50]](#footnote-50)”.*

Como apoyo de su análisis, el Tribunal de Arbitramento reseñó dos casos concretos en los cuales la interventoría hizo constar la circunstancia de haberse *subsanado* la situación materia del requerimiento, de acuerdo con la correspondencia que obró como prueba: **i)** el procedimiento iniciado el 14 de diciembre de 2012, en relación con la multa de la Terminal de Carga TC1, fundamentado en el requerimiento del interventor contenido en la comunicación JFA-A&C-0561-12 acerca de dos aspectos relativos a higiene y seguridad; **ii)** el procedimiento de la póliza de seguro, originado en la no exclusión de beneficiario iniciado por oficio JAHV-ARC-386-2012[[51]](#footnote-51).

Más adelante, en el análisis concreto de la pretensión novena de la demanda de reconvención presentada por AEROCIVIL, el laudo arbitral se refirió, caso por caso, a cada uno de los eventos de la aludida pretensión, a los hechos que dieron lugar al inicio del procedimiento tendiente a la causación de las multas y evaluó conceptualmente el alcance de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión, en cuanto a las instrucciones del interventor se refiere.

Acerca de las instrucciones del interventor, partiendo del análisis de los literales ff) y gg) de la cláusula 10 del Contrato de Concesión, el Tribunal de Arbitramento concluyó:

*“En ese orden de ideas expresamente se señaló en la cláusula 10 que a través de la instrucción no se puede modificar el contrato”[[52]](#footnote-52).*

En este último aspecto, se establece que el Tribunal de Arbitramento desarrolló el análisis de la subsanabilidad del incumplimiento y la improcedencia de hacer exigibles las multas respectivas con fundamento en las cláusulas del Contrato de Concesión referidas al procedimiento para la imposición de las multas (cláusula 63), de acuerdo con el alcance de las facultades del interventor, en su caso (cláusula 10).

Además, la Sala encuentra pertinencia entre las consideraciones y las decisiones del Tribunal de Arbitramento en materia de la causación de las multas y la improcedencia de su aplicación en los casos concretos en que fueron denegadas las pretensiones, en la medida en que en el laudo arbitral se estudiaron y se desataron las diferencias precisamente identificadas con base en las pretensiones y en las excepciones correspondientes. Se agrega que el Tribunal de Arbitramento identificó las pruebas relacionadas con cada uno de los eventos que fueron objeto de la demanda de reconvención presentada por la AEROCIVIL.

Por ello, no se puede aceptar que la ANI –entidad que obra como parte procesal que subrogó a AEROCIVIL- concluya en su recurso de anulación que se encontró sorprendida por el contenido del laudo arbitral, toda vez que las reglas debatidas acerca de las multas estuvieron en el seno de la controversia en forma explícita, desde el contenido de la demanda y de la demanda de reconvención.

Desde la perspectiva de la labor de administración de justicia que se atribuye al Tribunal de Arbitramento, es claro que los árbitros pueden apoyarse en las cláusulas del contrato y en la apreciación de los hechos probados en el proceso, aunque ninguna de las partes haya hecho referencia expresa al sentido del análisis legal que finalmente adopta el Tribunal de Arbitramento para desatar la controversia. Sin embargo, en el laudo que ahora se examina, el Tribunal de Arbitramento no tuvo que acudir a reglas contractuales distintas de aquellas sobre las cuales discutieron las partes. El laudo desarrolló un análisis legal sobre los asuntos que se debatieron en el plenario en orden a definir las declaraciones y condenas que el Tribunal de Arbitramento estimó procedentes.

Se tiene presente que dentro del marco de las pretensiones y las excepciones planteadas en el proceso arbitral, de acuerdo con los hechos probados, el Tribunal de Arbitramento puede obrar bajo la aplicación del viejo aforismo que rige la labor del Juez, por virtud del cual le corresponde la potestad de definir el derecho para el caso concreto, según se expresa así: *dame los hechos, yo te daré el Derecho* (*Da mihi factum, Tibi dabo ius*).

En desarrollo de su labor, obrando como Juez del contrato, el Tribunal de Arbitramento tenía la potestad de realizar las consideraciones legales acerca de la naturaleza de las multas, el alcance de las instrucciones de la interventoría y el procedimiento aplicable para imponer las multas, toda vez que las partes habían abierto la *litis* a los referidos aspectos, en virtud del contenido de la demanda y de la demanda de reconvención, amén de que sobre ello se desplegó el material probatorio controvertido en el proceso.

Como apoyo de la anterior apreciación, puede citarse el análisis de la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación, acerca de la aplicación del principio *“iura novit curia”*, en cuanto allí se destacó que le corresponde al Juez definir la controversia con fundamento en el derecho aplicable, con independencia de lo que aleguen las partes:

*“72. El principio iura novit curia, al que aluden los tutelantes (….), ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte como aquel por el cual “los jueces tienen el deber de verificar el* ***derecho*** *aplicable a cada caso concreto, sin estar atados a los errores cometidos por las partes en sus pronunciamientos y* ***sin que ello implique desconocer o crear los hechos probados en el proceso****”[[53]](#footnote-53). Este Tribunal ha señalado que tal principio resulta aplicable en los procesos de reparación directa, para variar el régimen de responsabilidad invocado por los demandantes, por tratarse de una cuestión no de hecho sino de derecho. Sin embargo, ha dejado claro que su alcance se circunscribe a la posibilidad de variar los fundamentos de derecho invocados por las partes, pues el juez debe decidir con base en el derecho efectivamente aplicable al caso, pero no se extiende a la modificación de los hechos expuestos en la demanda, en tanto son estos los que delimitan el objeto de la controversia sometida a su consideración”[[54]](#footnote-54).*

Es evidente que en el proceso arbitral se discutió acerca del procedimiento para la aplicación de las multas, que las cláusulas 10 y 63 del Contrato de Concesión hicieron parte integrante de los libelos contentivos de la controversia y que en la interpretación de las mismas se apoyó el Tribunal de Arbitramento para proferir el laudo arbitral.

Puntualizando sobre el apoyo normativo de estas consideraciones, se afirma que el Tribunal de Arbitramento gozaba de la jurisdicción y la competencia para interpretar la ley del contrato, con fundamento en las potestades conferidas por los artículos 116 y 230 de la Constitución Política[[55]](#footnote-55), en concordancia con los artículos 1602 y 1622 del Código Civil, de acuerdo con los cuales, el contrato es una ley para las partes y las reglas de interpretación del contrato permiten apreciar de manera sistemática el contenido del contrato y la aplicación práctica que las partes han dado al mismo. Se concluye que así ocurrió en *el sub lite*, al definir la pertinencia del procedimiento contractual aplicable y la viabilidad de la subsanación en aquellos eventos que reseñó el Tribunal de Arbitramento[[56]](#footnote-56).

Como consecuencia de todo lo expuesto, no se aceptan los argumentos esgrimidos por la entidad estatal que impetró el recurso de anulación del laudo.

**3.1.4.4.** “**La razón por la cual dicho tema no constituía -ni podía constituir- una diferencia entre las partes**”[[57]](#footnote-57).

Para apoyar el argumento consistente en que la decisión contenida en el clausulado décimo segundo del laudo arbitral obedeció a un asunto que no fue expuesto al debate, la ANI afirmó que el tema de si las multas podían o no ser aplicadas cuando el concesionario alcanzaba a subsanar la causa, *“ya había sido motivo de discusión en otro proceso que instauró AEROCIVIL el 9 de julio de 2010, dentro del cual OPAIN invocó la excepción que denominó la ‘improcedencia de imponer la multa una vez cumplida la obligación’[[58]](#footnote-58)”.*

Se refirió al contenido del laudo arbitral de 4 de octubre de 2012, con el cual culminó el referido procedimiento arbitral y destacó que en dicha decisión ese Tribunal de Arbitramento observó que de acuerdo con el texto del Contrato de Concesión, en diversos casos se estableció que la multa se causaba por días calendario y que, por consiguiente, *“la causación de la multa opera por la sola mora en el cumplimiento de la obligación”*[[59]](#footnote-59)*.*

Se observa que la ANI transcribió las consideraciones del referido Tribunal de Arbitramento, en un asunto relacionado con la aplicación de la cláusula 27 del Contrato de Concesión[[60]](#footnote-60).

En la misma forma, la ANI expuso que el primer Tribunal de Arbitramento había resuelto acerca de una razón adicional a la expuesta por OPAÍN para no aplicar el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, consistente en que de acuerdo con el Contrato de Concesión, *“no se contempló que la entidad estatal imponga la multa, sino que ella se causa por virtud del Contrato”.*

Concluyó que dicha cuestión “*no podía llevarse de nuevo al conocimiento del Juez del contrato – como en efecto no lo fue-, de suerte que la decisión objeto de censura recayó sobre un punto sobre el cual los árbitros no tenían competencia”[[61]](#footnote-61)*.

**3.1.4.5. Respuesta de OPAÍN acerca del contenido de otro laudo arbitral**

El apoderado de OPAÍN anotó:

*“El H. Consejero podrá enterarse con claridad y suficiencia, a partir de la página 73 del laudo, sobre las motivaciones que orientaron y gobernaron las decisiones del Tribunal Arbitral. Podrá el Consejero no estar de acuerdo, en todo o en parte, con esas reflexiones del Tribunal, pero lo que si no le habría perdonado al juez del contrato habría sido que NO las hubiese tenido, para darle paso a las pretensiones de Aerocivil con fundamento en que en otro tribunal de arbitramento estaba todo decidido y en que no podría hacer alguna reflexión que no esperara Aerocivil, por falta de competencia para ello”[[62]](#footnote-62).*

**3.1.4.6. Consideraciones de la Sala acerca de las decisiones contenidas en otro laudo arbitral**

El laudo arbitral de 4 de octubre de 2012 se profirió en fecha anterior a la presentación de la demanda arbitral que dio lugar al laudo de 24 de agosto de 2015, el cual es materia del presente recurso de anulación[[63]](#footnote-63).

En la demanda de reconvención del proceso arbitral que ahora ocupa la atención de la Sala, la AEROCIVIL se refirió a esa primera decisión arbitral, así:

*“57. No obstante la claridad de la obligación en cuestión[[64]](#footnote-64), el concesionario la ha incumplido en varias oportunidades, como pasa a verse a continuación.*

*“58. Y lo anterior resulta tanto más reprochable en la medida en que, luego de un extenso debate sobre los distintos argumentos que Opaín ha venido desde siempre esgrimiendo para excusar su ausencia de respuesta o su respuesta tardía a las solicitudes de información en cuestión, el laudo arbitral dictado apenas el pasado 4 de octubre del año pasado (sic) definió que en estos casos, sin excepción, Opaín había incumplido con la referida obligación contractual y, por ende, fue condenado al pago de todas las multas causadas”[[65]](#footnote-65).*

Por otra parte, se observa que en el acápite titulado *“HECHOS FUNDAMENTALES QUE SIRVEN DE SUSTENTO A LAS PRETENSIONES DE AEROCIVIL”* el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo de 4 de octubre de 2012, consideró 274 hechos[[66]](#footnote-66) referidos a diversos requerimientos, producidos algunos en relación con los arrendamientos y otros en relación con las conductas sancionables con multas, los cuales, de acuerdo con la lectura del laudo, en términos generales, se situaron entre lo ocurrido el 24 de septiembre de 2007 (hechos que dan lugar al requerimiento JAHV ARC 279 2008 de 18 septiembre de 2008)[[67]](#footnote-67) y el 23 de febrero de 2011 (comunicación 20111000000421)[[68]](#footnote-68).

Nótese que la demanda en el proceso arbitral a que se refiere el presente recurso de anulación fue instaurada el 21 de enero de 2013 y que, en tratándose de las multas, AEROCIVIL se fundó en hechos diferentes y posteriores a los debatidos en el primer Tribunal de Arbitramento:

En forma concreta se destaca que la demanda de reconvención se refirió a los requerimientos ocurridos a partir de las *“novedades y actualizaciones”* de los meses de mayo, septiembre, noviembre de 2011; enero, mayo, junio, julio y agosto de 2012*[[69]](#footnote-69);* los fundados en los oficios de aplicación de multas emitidos a partir del 12 de mayo de 2011(JAHV-250-2011, póliza de seguro); 25 de enero de 2012 (JAHV-ARC-0050- 2012 – mayor valor tasa aeroportuaria internacional), entre otros.

Por otra parte, se agrega que las diferencias que se desataron en el laudo arbitral de 24 de agosto de 2015, en torno del caso concreto de las obligaciones referidas al contrato de arrendamiento con AVIANCA y al procedimiento adelantado sobre las mismas, con inclusión del requerimiento de 22 de febrero de 2011 (oficio JAHV-ARC-105-2011) referido a la explotación de la Terminal Puente Aéreo[[70]](#footnote-70), no fueron ventiladas en el primer Tribunal de Arbitramento.

Como consecuencia de lo expuesto, se observa que entre las pretensiones de los dos procesos arbitrales no había identidad fáctica y que las condenas impuestas en el primer laudo no se extendían a hechos o requerimientos posteriores.

Por último, se advierte que las declaraciones a las que arribó el primer Tribunal de Arbitramento también llevaron a concluir acerca de la posibilidad de aplicar las multas bajo las reglas del Contrato de Concesión. Además, a diferencia de lo que extrae la ANI, se observa que en ese arbitramento también se decidió la improcedencia de las multas en algunos eventos y en otros, la posibilidad de subsanación:

*“****DÉCIMA NOVENA****: DECLARAR en relación con el alcance jurídico de las multas pactadas en los términos expuestos en la parte motiva que:*

*“1. De acuerdo con el texto del contrato y sus modificaciones la multa por incumplimiento del Cronograma solo se causa cuando se incumple la fecha prevista para la entrega del hito.*

*“2. No se causa la multa en caso de que el incumplimiento del hito sea motivado por caso fortuito o fuerza mayor.*

*“3. No es posible iniciar el procedimiento para que se establezca incumplimiento del cronograma hasta que no se haya cumplido el hito del plazo del hito respectivo.*

*“4. Las multas no proceden cuando, tratándose del suministro de información, dicho suministro no depende de la sociedad concesionaria (…).*

*“5. Para la aplicación de las multas deben aplicarse las reglas de la cláusula penal que prevén su razonabilidad y proporcionalidad.*

*“6. La multa regulada en la cláusula 63.18[[71]](#footnote-71), se causa cuando el Concesionario no entrega en el plazo previsto la información solicitada* ***y se niega a corregir su incumplimiento,*** *de acuerdo con la parte motiva del presente laudo.*

*“7. Las multas en cuanto a la entrega de información no son procedentes cuando objetivamente la obligación a la que se refiere no es clara y por ello el deudor no sabe cuál es el alcance de la misma”* (La negrilla no es del texto).

Como consecuencia, la inconformidad que plantea la ANI, no es causal de recibo en sede del recurso de anulación del laudo arbitral.

**3.1.4.7.** “**El impacto de la decisión censurada**”[[72]](#footnote-72)

La ANI expuso las dificultades concretas que se derivan de la interpretación del laudo arbitral objeto del recurso que ahora se decide. Afirmó que el laudo arbitral avala la postura de la sociedad concesionaria que, consciente del plazo, retarda la ejecución de la obligación o la subsana antes de que se le inicie el procedimiento correspondiente.

**3.1.4.8. OPAÍN observó al respecto:**

*“(…) el recurrente hace afirmaciones que no son propias del recurso de anulación y que faltan a la verdad. Lo que hizo el Laudo, en la práctica, ha sido invitar a la ANI y a su interventoría para que no abusaran del derecho sancionatorio que les confirió el contrato. Nunca, léase y óigase bien, NUNCA el Concesionario ha retardado intencionalmente la ejecución de sus obligaciones. Es una manifestación de parte de mala fe y de la deslealtad contractual de Opaín. ‘por sus obras les conocereís’ ”.*

**3.1.4.9. Consideraciones de la Sala en relación con el impacto de la decisión censurada**

Los argumentos presentados por la ANI se refieren a la inconveniencia de la interpretación definida por el Tribunal de Arbitramento para la aplicación de una cláusula contractual, en el caso concreto, la cláusula referida a las multas.

Dichos planteamientos no pueden ser estimados en el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, toda vez que las causales del citado recurso son taxativas, no siendo una de ellas el desacuerdo del recurrente con el impacto que a su juicio tendrá la decisión del Tribunal de Arbitramento.

**3.2. Causales invocadas por la ANDJE**

**3.2.1. Causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012**

***“****2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”.*

Después de transcribir diversas sentencias del Consejo de Estado acerca de la competencia de los Tribunales de Arbitramento y de citar las decisiones del laudo en las que aparece mencionada AVIANCA, en su escrito contentivo del recurso de anulación la ANDJE puntualizó la causal de anulación así:

*“La competencia del Tribunal Arbitral se reducía a las diferencias y a las relaciones contractuales existentes entre las partes signatarias de la cláusula – OPAÍN y AEROCIVIL-. Se advierte así que AVIANCA no estaba vinculada por este pacto arbitral y por ende, el Tribunal carecía de competencia para pronunciarse sobre la existencia, validez y ejecución del contrato de arrendamiento existente entre AVIANCA y OPAÍN.*

*“(…).*

*“Frente al requisito de procedibilidad a que se refiere la interposición del recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia, es necesario precisar que este vicio no se alegó en dicha oportunidad, toda vez que a la fecha en que el Tribunal asumió competencia no podía advertirse que en las consideraciones de la parte resolutiva del laudo se pronunciaría como en efecto lo hizo” [[73]](#footnote-73).*

En el mismo escrito, a continuación de la exposición del cargo correspondiente, para el caso de que se rechazara su argumento por falta del requisito de procedibilidad, la ANDJE acudió a presentar una *“petición especial”*, con fundamento en la violación del artículo 29 de la Constitución Nacional y en la jurisprudencia acerca del deber del Juez Administrativo para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del pacto arbitral.

**3.2.2. Respuesta de OPAÍN al cargo por falta de competencia presentado por la ANDJE**

OPAÍN observó que la ANDJE no interpuso el recurso de reposición contra el auto mediante el cual se decidió sobre la competencia del Tribunal de Arbitramento.

Agregó que la formulación del cargo evidencia el inexcusable desconocimiento del todo el trámite arbitral y del contenido de las pretensiones[[74]](#footnote-74). Puntualizó lo siguiente:

*“Lo que hace el laudo, y no podía hacer nada distinto, so pena de incurrir en incongruencia y negación de justicia, es pronunciarse sobre la pretendida procedencia de la multa aplicada a Opaín por no acatar la instrucción dada por la interventoría, avalada por Aerocivil, instrucción dirigida a terminar el contrato de arrendamiento con Avianca (…). El laudo declaró que Avianca era un tercero y no un ‘beneficiario real’ de Opaín, en virtud de lo cual las actividades de ese tercero no eran actividades reguladas por el contrato de concesión y sus ingresos no hacían parte de los ‘Ingresos Brutos’ de la concesión (…) y que, como la explotación comercial de ese tercero Avianca no constituía un incumplimiento contractual de Opaín, pues la multa aplicada no procedía.*

*“Entonces, el Laudo para nada se pronuncia sobre ‘la existencia, validez y ejecución del contrato de arrendamiento entre AVIANCA y OPAÍN’”[[75]](#footnote-75).*

**3.2.3. Consideraciones de la Sala acerca de la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento. Anotación sobre la postura de la ANDJE**

No son de recibo los argumentos de la ANDJE, por las siguientes razones: **i)** carece de asidero idóneo el supuesto de que el Tribunal de Arbitramento se pronunció acerca de las diferencias con AVIANCA, en razón del contrato de arrendamiento; **ii)** es claro que las pretensiones y las decisiones en el proceso arbitral versaron sobre los presuntos incumplimientos del Contrato de Concesión por parte de OPAÍN en relación con las obligaciones de esa concesionaria frente a la entidad estatal concedente. Se advierte que, en lo que importa para este análisis, la controversia se trabó y se desató en torno del tratamiento de los ingresos que se debían derivar del contrato de arrendamiento cedido a OPAÍN; **iii)** el hecho de que el Tribunal de Arbitramento haya estudiado el contrato de arrendamiento suscrito con AVIANCA, entre otros muchos aspectos fácticos de la disputa, en orden a definir cuál era la obligación exigible a OPAÍN y la procedencia de unas multas, no significa en modo alguno que se trasladó la competencia del Tribunal de Arbitramento al contrato de arrendamiento celebrado con AVIANCA.

Acerca de los reproches que realizó OPAÍN en relación con el contenido del recurso presentado por la ANDJE, observa la Sala que la ANDJE puede cambiar de apoderado y hasta de estrategia de defensa si lo considera; sin embargo, es improcedente que esa entidad pretenda fundar un recurso de anulación desconociendo los efectos jurídicos de su propia actuación en el proceso arbitral.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 41[[76]](#footnote-76) y 79 de la Ley 1563 de 2012, el asunto de la competencia del Tribunal de Arbitramento quedó claramente definido con la participación en la audiencia y con la conducta pasiva de las partes y de la ANDJE al no interponer recurso alguno contra el auto correspondiente, además de que, se agrega, en el tramite arbitral no hubo excepciones planteadas por falta de competencia[[77]](#footnote-77).

No se puede aceptar que la ANDJE justifique su nueva postura en que estaba en la imposibilidad de advertir cuáles iban a ser las consideraciones y las decisiones del laudo arbitral.

Se advierte que la ANDJE estuvo de acuerdo con la formulación de las pretensiones que la AEROCIVIL llevó al Tribunal de Arbitramento, las cuales coadyuvó en forma expresa desde el momento en que esa agencia presentó su escrito de intervención en el proceso arbitral. Desde allí era innegable que se expondría al análisis del Tribunal de Arbitramento en cuanto al contenido del contrato de arrendamiento que se encontró en conexión con las obligaciones de OPAÍN en el seno del Contrato de Concesión y con la multa que pretendió hacer exigible AEROCIVIL por razón de la conducta desplegada por OPAÍN, al vencimiento de la segunda prórroga del referido contrato de arrendamiento.

**3.2.4. Causal 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012**

*“7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.*

En orden a sustentar el cargo, la ANDJE expuso los requisitos para que se configure el fallo en conciencia y puntualizó que se materializaron en este caso, toda vez que el laudo proferido se apartó sin motivo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en particular de la referida a la explotación de la infraestructura aeroportuaria.

En su argumentación hizo referencia a los pronunciamientos de esta Corporación acerca de los siguientes asuntos: **i)** la importancia de verificar el objeto del contrato con el fin de identificar de qué tipo se trata[[78]](#footnote-78); **ii)** los principios de economía y eficiencia que deben orientar la actividad en el Contrato de Concesión[[79]](#footnote-79) y, **iii)** citó la jurisprudencia en la cual se afirma que toda concesión de infraestructura de propiedad estatal cumple la función básica de integración de la producción y el consumo y que dentro de ese contexto le corresponde al particular colaborar en la prestación eficiente del servicio objeto de la concesión[[80]](#footnote-80).

La ANDJE destacó que el Tribunal de Arbitramento ha debido seguir el pronunciamiento del Consejo de Estado en el caso del esquema financiero de la terminal de carga del aeropuerto El Dorado, en el cual se advirtió la vulneración de la moralidad administrativa y del patrimonio público[[81]](#footnote-81).

**3.2.5. Contestación de OPAÍN frente a la causal referida al fallo en conciencia**

OPAÍN advirtió que para saber si el laudo se profirió en derecho o en conciencia, se debe observar su motivación y que en tal sentido se anota que el Tribunal de Arbitramento consideró, entre otros fundamentos, que el subarriendo de los locales fue autorizado por AEROCIVIL, que las funciones de la interventoría no conllevan la potestad de imponer modificaciones contractuales, que la cláusula 1.59 del Contrato de Concesión permite entender que la *“explotación comercial”* fue concedida a OPAÍN y que los contratos de arrendamiento cedidos, como el de la Terminal Puente Aéreo*,* hacen parte de la *“explotación comercial”* de la sociedad concesionaria[[82]](#footnote-82).

Concluyó que el laudo arbitral se fundó en la observación específica y concreta de diversas cláusulas del Contrato de Concesión y que, por tanto, fue emitido en derecho.

**3.2.6. Consideraciones de la Sala acerca de la causal de fallo en conciencia invocada por la ANDJE**

Desconoce la ANDJE que el Tribunal de Arbitramento partió de la ubicación normativa coincidente con las providencias del Consejo de Estado que se citan, acerca de la naturaleza del contrato de concesión.

De la lectura de la parte considerativa del laudo arbitral se advierte que el Tribunal de Arbitramento identificó el carácter estatal del Contrato de Concesión y su conexión con el servicio público, toda vez que en el punto 3.2.1 del laudo arbitral[[83]](#footnote-83) se pronunció sobre este aspecto y acogió las consideraciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil[[84]](#footnote-84).

Por otra parte, es bueno puntualizar que los supuestos de la providencia que se invocó por la ANDJE en su recurso de anulación, la cual se produjo en sede de acción popular, no son totalmente equivalentes con los que se ventilaron en el caso relacionado con las obligaciones relativas al contrato de arrendamiento celebrado con AVIANCA.

Se reseña que en el caso *sub lite* el contrato de arrendamiento provenía de una relación jurídica preexistente al Contrato de Concesión, que OPAÍN entró a fungir como arrendador por virtud de la cesión del referido contrato de arrendamiento y que sobre el mismo hubo unos acuerdos específicos de prórroga, dentro de los cuales se invocaron las limitaciones operativas del Aeropuerto El Dorado[[85]](#footnote-85), los cuales no estaban sometidos al juzgamiento del Tribunal de Arbitramento en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala.

Se agrega que las particularidades del caso concreto fueron objeto de análisis en el laudo arbitral y que el Tribunal de Arbitramento delimitó en forma consistente los aspectos específicos que no fueron materia de juzgamiento en el proceso arbitral.

Como conclusión, en atención a las diferencias fácticas y jurídicas y al alcance específico de la acción popular que fue invocada por la ANDJE, es infundado imponer al Tribunal de Arbitramento la obligatoriedad de considerar las apreciaciones del Juez de la acción popular, toda vez que allí fueron realizadas con base en el análisis del esquema financiero de un contrato celebrado con la operadora de carga, el cual no fue materia de juzgamiento en el proceso arbitral.

De acuerdo con lo expuesto, se rechaza el supuesto del fallo en conciencia en relación con las decisiones acerca de las obligaciones de la sociedad concesionaria y las multas que fueron objeto de discusión en el caso concreto.

Además, tal como lo afirmó la propia ANDJE, no se configura el laudo en conciencia cuando el recurrente persigue que el juez del recurso realice una valoración normativa del contrato sin que se verifique que el fallo se aparta del derecho positivo vigente.

**3.2.7. Causal del numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.**

*“9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.*

La ANDJE afirmó que *“el laudo proferido se pronunció sobre la relación entre un tercero que no hacía parte del laudo arbitral – AVIANCA- y sobre las cláusulas exorbitantes que se encontraban expresamente excluidas de la materia objeto del litigio”,* configurándose así la causal del numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Para apoyar su argumentación, la ANDJE relacionó algunas consideraciones del laudo arbitral acerca de la naturaleza del contrato de arrendamiento y de la inexistencia de cláusulas excepcionales al derecho común en dicho contrato.

**3.2.8. Respuesta de OPAÍN al cargo consistente en haber concedido más de lo pedido y haber decidido sobre cuestiones no sujetas a arbitramento**

OPAÍN observó que no se configuró un fallo *extra petita,* por cuanto el Tribunal de Arbitramento se ocupó de decidir sobre la procedencia o no de cada multa y reafirmó que no es cierto que se hubiera fallado sobre la relación jurídica existente entre AVIANCA y OPAÍN.

Advirtió que tampoco se presentó un fallo *infra petita* toda vez que el Tribunal de Arbitramento no se pronunció sobre la legalidad de las prórrogas automáticas, teniendo en cuenta que en este caso no se había solicitado declaración o condena sobre dicho aspecto.

**3.2.9. Consideraciones de la Sala acerca de la congruencia del laudo arbitral**

No se configuró un fallo *extra petita* por el hecho de incluir en el laudo arbitral consideraciones acerca de un contrato de arrendamiento que no era materia de juzgamiento.

**3.2.9.1.** A diferencia de lo que afirmó la ANDJE, la Sala encuentra que las decisiones relacionadas en el cargo correspondiente guardan congruencia con las pretensiones que se ventilaron en el Tribunal de Arbitramento, que el laudo no contiene decisiones acerca de la existencia y validez del contrato celebrado con AVIANCA, las cuales en efecto no estaban sometidas a la decisión del Tribunal de Arbitramento.

Se agrega que AVIANCA no fue vinculada al proceso arbitral[[86]](#footnote-86) y que evidentemente las diferencias que se resolvieron en el laudo arbitral se referían al tratamiento de las obligaciones de OPAÍN en el Contrato de Concesión y, dentro de ellas, a la obligación de transferir determinados recursos a las cuentas de la concesión, de manera que el Tribunal de Arbitramento no incurrió en un fallo *extra petita* por el hecho de considerar el contenido del contrato de arrendamiento y su relación con el contrato de concesión, para efecto de las decisiones que adoptó.

**3.2.9.2**. Tampoco se presentó un fallo *infra petita* supuestamente constituido por haber dejado de considerar que las cláusulas excepcionales se encontraban excluidas del procedimiento arbitral, de acuerdo con lo que se expone a continuación:

OPAÍN solicitó que se declarara que tenía la facultad legal (artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993[[87]](#footnote-87)) de introducir modificaciones o variaciones al contrato de arrendamiento, la cual fue resuelta en forma negativa, así:

*“****SEXTO****: Declarar que OPAÍN no tiene la facultad legal (artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993) de introducir variaciones o modificaciones a lo contratado, para evitar afectaciones graves del servicio público que se deben satisfacer con los bienes concesionados”[[88]](#footnote-88).*

Es de importancia advertir que el laudo arbitral en el asunto *sub lite* no contiene una decisión acerca de un acto administrativo de los referidos en los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993. Ello guarda el principio de congruencia puesto que no se sometió al Tribunal de Arbitramento el juzgamiento sobre acto administrativo alguno.

Se observa que de acuerdo con la pretensión cuarta de la demanda presentada por OPAÍN, el Tribunal de Arbitramento fue llamado a definir si por virtud de la cesión del contrato de arrendamiento, OPAÍN tenía la facultad de modificación para evitar afectaciones graves al servicio público. En esa pretensión OPAÍN se refirió, con cita entre paréntesis, a los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993.

Se reseña que para resolver la citada pretensión declarativa, la cual fue resuelta en forma negativa, el Tribunal de Arbitramento estimó la aplicación del artículo 895 del Código de Comercio[[89]](#footnote-89) con base en el cual consideró que la cesión del contrato no conllevó la transferencia de los privilegios y beneficios derivados de la calidad de la parte estatal cedente.

También es importante apreciar que el Tribunal de Arbitramento fundó su análisis en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en orden a establecer las diferencias entre la cesión del crédito y la cesión del contrato[[90]](#footnote-90) y definió el alcance de la cesión con fundamento en la cláusula 20.1 del Contrato de Concesión[[91]](#footnote-91).

De acuerdo con todo lo expuesto se puede concluir que el razonamiento del Tribunal de Arbitramento correspondió a una interpretación del Contrato de Concesión[[92]](#footnote-92) y que el laudo arbitral no definió acerca de la legalidad de los actos administrativos contemplados en los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993.

Acerca de este punto, considera la Sala que continúa siendo aplicable la jurisprudencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el sentido de que los actos administrativos expedidos en ejercicio de las cláusulas excepcionales previstas en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993[[93]](#footnote-93) son los únicos actos contractuales cuya anulación no puede ser declarada por la jurisdicción arbitral[[94]](#footnote-94).

**3.2.9.3.** Por otra parte, en el recurso de anulación del laudo arbitral, la ANDJE planteó su desacuerdo con la interpretación que el Tribunal de Arbitramento dio a los efectos de la cesión del contrato de arrendamiento, en cuanto allí se consideró que a partir de la cesión el contrato el mismo se regía por el derecho privado.

La Sala observa que el argumento expuesto por la ANDJE pretende cerrar el paso al efecto jurídico de la cesión del contrato, con fundamento en el cual el Tribunal de Arbitramento desplegó las consideraciones en orden a juzgar la conducta de OPAÍN en relación con sus obligaciones dentro del Contrato de Concesión al vencimiento de la segunda prórroga del contrato de arrendamiento.

De esta manera, los argumentos expuestos por la ANDJE se enfocan en discutir la apreciación del Tribunal de Arbitramento, sobre lo cual no puede fundarse el recurso de extraordinario de anulación, toda vez que la parte resolutiva del laudo arbitral comprendió una declaración congruente con el asunto objeto de la pretensión y que, por ello, no se tipificó la causal invocada por el recurrente, amén de que el recurso de anulación es extraordinario, se restringe a las causales referidas en la ley y no constituye instrumento para reabrir el debate a la manera de una segunda instancia del proceso ordinario.

**3.2.9.4.** La Sala está de acuerdo en que frente a los bienes de uso público no es viable invocar la tácita reconducción del contrato de arrendamiento ni el derecho a la renovación automática y que las normas de las reglas del renovación del contrato de arrendamiento del establecimiento de comercio deben ceder ante la naturaleza del bien público y del servicio público en el seno de un contrato estatal[[95]](#footnote-95).

Sin embargo, esa consideración no lleva a concluir que en el laudo arbitral objeto del recurso de anulación se hubiera desconocido la limitación de la prórroga automática, toda vez que, según se indica a continuación, el Tribunal de Arbitramento advirtió que los derechos estaban limitados por razón de los bienes y servicios de carácter público, no obstante lo cual, observó que ese asunto no era materia de la controversia –como en efecto se advierte que las cláusulas del contrato de arrendamiento no estaban sometidas al juzgamiento del Tribunal de Arbitramento-.

Se lee en el laudo arbitral, la siguiente consideración:

*“Lo anterior sin embargo no implica que tales contratos, en tanto sean celebrados por una entidad pública no están sometidos a las demás disposiciones del Estatuto de contratación pública, pero en este caso por virtud de la cesión, el contrato de arrendamiento perdió su carácter estatal y al igual que cualquier contrato de arrendamiento debe sujetarse en primer lugar a lo pactado y en lo no pactado a las normas civiles y comerciales pertinentes, sin perjuicio de considerar que algunos derechos,* ***entre ellos el de la renovación o la prórroga, están limitados, por razón de los bienes y servicios de carácter público involucrados, asunto que ha sido objeto de consideración por el Consejo de Estado, y que si bien ha sido objeto de discusión entre las partes, no constituye una materia que haya sido sometida al conocimiento de este Tribunal, tal como se precisará más adelante****”[[96]](#footnote-96).*

Además, si en gracia de discusión se entrara a echar de menos la prevalencia del bien o servicio público, se advierte que la arrendataria también prestaba un servicio público en el respectivo bien y que, por otra parte, el efecto que ello implicaba sobre el esquema financiero del contrato de arrendamiento estaba por fuera de la controversia sometida al proceso arbitral.

**3.2.9.5.** Finalmente, de acuerdo con el contenido del punto 3.2.3 del laudo arbitral[[97]](#footnote-97), se tiene en cuenta que para apreciar la conducta de OPAÍN el Tribunal de Arbitramento advirtió que, entre otras consideraciones, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado[[98]](#footnote-98), existen contratos en los cuales no es posible pactar ni hacer valer las denominadas cláusulas excepcionales.

La anterior tesis se puede compartir o no. Sin embargo, el hecho de que para juzgar la conducta de OPAIN, supuestamente constitutiva de incumplimiento del Contrato de Concesión, el Tribunal de Arbitramento se hubiera apoyado, entre otras consideraciones, en una observación acerca de los contratos bajo la égida de la Ley 80 de 1993 que había sido reiterada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, lleva a desestimar la argumentación de la ANDJE, según la cual el laudo se habría apoyado únicamente en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en cuanto el mismo se refirió a la explotación económica del bien por parte del concesionario.

Como consecuencia de todo lo expuesto, no procede el cargo imputado por la ANDJE.

**4. Costas**

El inciso quinto del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que si el recurso no prospera se declarará infundado el recurso de anulación y se condenará en costas al recurrente, salvo que éste haya sido presentado por el Ministerio Público.

Para efectos de la precitada condena, las agencias en derecho se estiman, en este caso, dentro del marco del Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de conformidad con la complejidad y la duración de la actuación que tuvo que desplegar la parte vencedora dentro del respectivo recurso.

Por lo anterior, se fijan las agencias en derecho a cargo de la parte que presentó el recurso extraordinario de anulación –que será denegado en esta providencia- en la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales, a cargo de la ANI.

Las agencias en derecho se fijan solamente a cargo de la ANI, toda vez que la

ANDJE no puede ser condenada como parte sustantiva de la controversia contractual en este proceso, en atención a las normas que regulan su intervención.

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

##### F A L L A

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADOS** losrecursos de anulación propuestos por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI y por la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO – ANDJE contra el laudo arbitral proferido el 24 de agosto de 2015 por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias entre la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAÍN S.A. -OPAÍN S.A.- y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL –AEROCIVIL-, subrogada por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI-.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a laAGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI y por consiguiente a pagar a la SOCIEDAD CONCESIONARIA OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL OPAÍN S.A. -OPAÍN S.A.**,** la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**TERCERO:** Expídanse copias de esta providencia para efecto de la condena impuesta.

**CUARTO:** En firme la providencia, se ordenadevolver el expediente al Tribunal de Arbitramento por conducto de la Secretaría.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. En adelante se podrá denominar OPAÍN, la convocante o la demandante. [↑](#footnote-ref-1)
2. En adelante se podrá denominar la ANI, la convocada o la demandada. [↑](#footnote-ref-2)
3. En adelante se podrá denominar la ANDJE. [↑](#footnote-ref-3)
4. Acta 9 de 25 de febrero de 2014, Tribunal Arbitral, folios 472 a 591, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Teniendo en cuenta la extensión de las declaraciones y decisiones adoptadas se transcribirá solo parcialmente la decisión contenida en el laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-5)
6. Resumen de los asuntos resueltos en los numerales tercero a décimo de la parte resolutiva del laudo arbitral, páginas 258 a 260, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-6)
7. ## *“63.19. Multa por incumplimiento de otras obligaciones*

*“Si el* ***Concesionario*** *incumpliere alguna de las obligaciones contenidas en el* ***Contrato de Concesión****, que no se encuentra incluida en las demás multas a que hace referencia la presente cláusula, se causará una multa diaria de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV). Estas multas se causarán hasta cuando el* ***Concesionario*** *demuestre que ha corregido el incumplimiento respectivo a satisfacción del* ***Interventor****”.* [↑](#footnote-ref-7)
8. Declaraciones contenidas en los numerales décimo a décimo quinto del laudo arbitral, páginas 260 a 261 del referido laudo, obrante en cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-8)
9. “***1.59. Explotación Comercial o Explotación Comercial del Área Concesionada***

*“(…).*

*“Entre los actos de* ***Explotación Comercial*** *ejercidos por el* ***Concesionario*** *o por su* ***Beneficiario Real*** *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*** *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****.*

*“(…).*

*“b) La celebración y ejecución de los contratos (incluidos los* ***Contratos Cedidos****)**para la* ***Explotación Comercial*** *de las áreas comerciales del* ***Aeropuerto****”.*  [↑](#footnote-ref-9)
10. *“****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****. (…)”.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Con excepción de la multa referida a las deficiencias por los diseños de detalle “*para la construcción de la Subestación Eléctrica de la Nueva Torre de Control*”. [↑](#footnote-ref-11)
12. Páginas 261 a 263 del laudo arbitral, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-12)
13. En adelante se denominará OPAÍN, la convocante o la demandante. [↑](#footnote-ref-13)
14. Subrogación del Contrato de Concesión, realizada en desarrollo de los Decretos 4164 y 4165 de 2011, a partir de 1º de enero de 2014. Admitida por el Tribunal de Arbitramento en el numeral 12 del acta 9, folio 478, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 4 a 17 cuaderno de pruebas 1. [↑](#footnote-ref-15)
16. En adelante se denominará AVIANCA. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 2 a 6 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-17)
18. Más adelante se reseñará el acuerdo parcial y el desistimiento sobre las pretensiones cuarta, quinta, sexta y séptima, las cuales, por esa razón se omiten del resumen de la demanda de reconvención. [↑](#footnote-ref-18)
19. *“ll) Pagar las multas establecidas en este* ***Contrato****, aceptando la transferencia entre la* ***Subcuenta Principal*** *y la* ***Subcuenta de Excedentes de Aerocivil*** *cuando se presenten las circunstancias establecidas en la CLÁUSULA 63 del presente* ***Contrato****, previo el cumplimiento del procedimiento fijado en dicha Cláusula”. Contrato de Concesión, folio 67, cuaderno de pruebas 24.* [↑](#footnote-ref-19)
20. La demandante en reconvención relacionó las multas causadas por el incumplimiento de la sociedad concesionaria, de acuerdo con los hechos y los oficios contentivos de requerimientos que discriminó en los puntos 56 a 163 de la demanda de reconvención y, también, relacionó las multas aplicadas de acuerdo con los hechos y actuaciones descritas en los puntos 164 a 327 de la demanda de reconvención. Folios 242 a 283, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-20)
21. OPAÍN citó las consideraciones de la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 23 de septiembre de 2009, magistrada ponente Myriam Guerrero de Escobar. Folio 317, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-21)
22. El Tribunal de Arbitramento consideró que aplicaba el procedimiento contractual, según se detallará más adelante. Folio 67, cuaderno 1 y folio 257, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 432, cuaderno principal [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 472 a 492, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folio 526, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 474, cuaderno 3. [↑](#footnote-ref-26)
27. Resolutiva contenida en el punto séptimo, página 259 del laudo arbitral, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-27)
28. Página 91 del laudo arbitral, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-28)
29. Páginas 171 a 237 del laudo arbitral, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-29)
30. Páginas 97 y 98 del laudo arbitral, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 454, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-31)
32. *“Artículo 40. Recurso extraordinario de anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso”.* [↑](#footnote-ref-32)
33. Auto de 7 de septiembre de 2015. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 457 a 470, cuaderno principal 1. [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 555, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-35)
36. Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEOROCIVIL [↑](#footnote-ref-36)
37. *“Ley 1563 de 2012. Artículo 46. Competencia.*

*“(…).*

*“Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.* [↑](#footnote-ref-37)
38. ***“****Artículo 149 C.P.A.C.A. Competencia del Consejo de Estado en única instancia.*

*“El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:*

*“(…).*

*“7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión”.* [↑](#footnote-ref-38)
39. Folio 421, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folio 426, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-40)
41. Folios 530 a 547, cuaderno1. [↑](#footnote-ref-41)
42. Folios 423 a 467, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-42)
43. Folio 472, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-43)
44. Folio 480, cuaderno1. [↑](#footnote-ref-44)
45. Folio 464, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-45)
46. Folio 461, cuaderno principal [↑](#footnote-ref-46)
47. El apoderado de OPAÍN afirmó: “*Respetuosamente llamo la atención del H. Consejo de Estado, especialmente al señor Consejero Ponente de la Sección Tercera, resaltando que hasta aquí sin traer todo lo que se debatió sobre ‘El tema de si las multas podían o no aplicarse ante hechos subsanados’ he ocupado 9 páginas. Cómo afirmar, como lo hizo el recurrente, que este tema ‘no fue sometido por las partes a su consideración’, para plantear que por ello ‘fue un tema sobre el cual jamás tuvo necesidad mi representada de ocuparse en el curso del proceso’ y estructurar así la idea de la causal 9ª invocada: ‘haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros’.”* Tomado del escrito mediante el cual se descorrió el traslado de los recursos de anulación, folio 536 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-47)
48. La negrilla no es del texto. Se destaca para el propósito de este análisis. [↑](#footnote-ref-48)
49. *“Artículo 63.20. Procedimiento para la imposición de multas.*

*“El procedimiento para la imposición de multas, podrá iniciarse, bien por parte del* ***Interventor*** *o bien por parte* ***de Aerocivil****. (….)”.* [↑](#footnote-ref-49)
50. Páginas 94 a 97 del laudo arbitral, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-50)
51. Páginas 99 a 101 del laudo arbitral, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-51)
52. página 172 del laudo arbitral, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-52)
53. Cita original de la sentencia: *“Sentencia T-399 de 2014 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio). Énfasis añadido”.*  [↑](#footnote-ref-53)
54. Corte Constitucional, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa, sentencia SU636/15

proferida el 7 de octubre de 2015**, r**eferencia: expediente T-4500770, acción de tutela interpuesta por Rafael Enrique Noguera Abello y José Rafael Noguera Abello contra la sentencia del catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013), de la Sección Tercera (3ª), Subsección A del Consejo de Estado. [↑](#footnote-ref-54)
55. “*Artículo 116 C.P. (…). Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.*

“*Artículo**230 C.P. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”.* [↑](#footnote-ref-55)
56. *“Artículo**1602 CC.**Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*.

***“****Artículo 1622 CC.**Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.*

*“Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.*

*“O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.* [↑](#footnote-ref-56)
57. Folio 464, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-57)
58. Folio 465, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-58)
59. Folios 466 y 467, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-59)
60. *“El incumplimiento de cualquiera de los plazos previstos en el* ***Cronograma de Obras****, dará lugar a la causación de multas en los términos señalados en el numeral 63.6 de la CLÁUSULA 63, del presente* ***Contrato de Concesión”****.* [↑](#footnote-ref-60)
61. Folio 468, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-61)
62. Folio 537, cuaderno principal del recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-62)
63. Según el texto del laudo arbitral proferido el 4 de octubre de 2012, ese trámite arbitral se inició con fundamento en la demanda presentada el 9 de julio de 2010 reformada e integrada en un solo escrito el 26 de mayo de 2011. [↑](#footnote-ref-63)
64. Consagrada en la cláusula 10 literal ff) del Contrato de Concesión, consistente en la obligación de atender las instrucciones del interventor. [↑](#footnote-ref-64)
65. Folios 242 y 243, cuaderno 1.

 [↑](#footnote-ref-65)
66. Páginas 25 a 66 del laudo arbitral, cuaderno principal 2. [↑](#footnote-ref-66)
67. Página 57 del laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-67)
68. Página 54 del laudo arbitral. [↑](#footnote-ref-68)
69. Página 21, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-69)
70. Página 12 del laudo arbitral, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-70)
71. ##  Con el propósito de ilustrar la decisión se acude aquí a transcribir el clausulado correspondiente al evento de la multa citada: “*63.18. Multa por incumplimiento en la entrega de información al Interventor. Si el Concesionario no entregare la información completa que le solicite el Interventor, siempre y cuando ésta se relacione con el objeto del presente Contrato, dentro de los plazos y en los términos de cada requerimiento y se negare a corregir dicho incumplimiento, se causará diaria de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV). Estas multas se causarán hasta cuando el Concesionario demuestre que ha corregido el incumplimiento respectivo a satisfacción del Interventor. Cuando transcurran más de treinta (30) Días Calendario sin que se haya subsanado el incumplimiento, Aerocivil podrá iniciar el procedimiento que se describe en la CLÁUSULA 68 de este Contrato”. (*La subraya no es del texto).

 [↑](#footnote-ref-71)
72. Folio 468, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-72)
73. Folio 485, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-73)
74. Afirmó el apoderado de OPAÍN que este cargo “*desmerece la actividad profesional, que, con mucha altura y calidad, desplegó el Dr…., quien ofició como apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, desde la intervención inicial (contestación de la demanda) hasta la Audiencia de Aclaraciones del Laudo”.* Folio 540, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-74)
75. Folio 541, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-75)
76. *“Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”.* [↑](#footnote-ref-76)
77. *“Artículo 79. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquiera otra que tenga por objeto impedir la continuación de la actuación arbitral.*

*“(…).*

*“Las excepciones u objeciones deberán proponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia, deberá oponerse tan pronto como sea planteada, durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral solo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada”.* [↑](#footnote-ref-77)
78. Citó la siguiente sentencia: Consejero ponente, Carlos Alberto Zambrano, sentencia de 16 de septiembre de 2013, expediente 19705. [↑](#footnote-ref-78)
79. Citó la siguiente providencia: Consejero ponente, Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Auto de 21 de febrero de 2011, expediente 38621. [↑](#footnote-ref-79)
80. La ANDJE citó la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. sentencia de 29 de agosto de 2014, expediente 25000-23-24-000-2011-00032 AP: Consejera Ponente Stella Conto Díaz del Castillo. Esta providencia se profirió, en el seno de la acción popular instaurada por Juan Carlos Ortiz Cristancho contra el Ministerio de Transporte y otros. Se observa que las consideraciones de ese fallo versaron sobre el esquema financiero adoptado para la terminal de carga. En la sentencia se delimitó el alcance de las pretensiones así:

*“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”.* [↑](#footnote-ref-80)
81. Ibídem, fallo en la acción popular citada. [↑](#footnote-ref-81)
82. Folio 544, cuaderno principal [↑](#footnote-ref-82)
83. Páginas 48 a 52 del laudo arbitral, cuaderno principal recurso de anulación. [↑](#footnote-ref-83)
84. Citó el siguiente concepto: Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, 13 de agosto de 2009, radicación 95211001-03-06-000-2009-00033-00. [↑](#footnote-ref-84)
85. Contrato Modificatorio No. 2., folios 54 a 58, cuaderno de pruebas 1. [↑](#footnote-ref-85)
86. En la demanda de reconvención AEROCIVIL solicitó la notificación de AVIANCA como tercero interesado en los términos del artículo 320 del CPC. En el acta No. 9 de 25 de febrero de 2014 consta que el Tribunal de Arbitramento, fijó las partes procesales y no incluyó la vinculación de terceros intervinientes, distintos de la ANDJE y el Ministerio Público. [↑](#footnote-ref-86)
87. Ley 80 de 1993. “*Artículo 14º.-**De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual****.****Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

*“1o**Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado”.*

*Ley 80 de 1993. “Artículo**16º.- De la Modificación Unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”.* [↑](#footnote-ref-87)
88. Folio 419, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-88)
89. “Artículo 895 C.Co. *Implicación de la Cesión****.*** *La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes”.* [↑](#footnote-ref-89)
90. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, sentencia de 25 de abril de 2012, radicación: 25000-2326-000-1994-09759-01 (20817). [↑](#footnote-ref-90)
91. *“****20.1. Contratos Cedidos***

*“ (…).*

*“Mediante la suscripción del* ***Acta de Entrega****,* ***Aerocivil*** *cede su posición contractual en los* ***Contratos Cedidos*** *al* ***Concesionario****, en los mismos términos y condiciones suscritos entre las partes originales y desde las 12:00 meridiano del* ***Día Calendario*** *siguiente a la suscripción del* ***Acta de Entrega****.*

*“En consecuencia, a partir de esa fecha y hora, el* ***Concesionario*** *asumirá la totalidad de los derechos y obligaciones emanadas de los* ***Contratos Cedidos*** *a favor de* ***Aerocivil****, en tanto dichos derechos y obligaciones no estuviesen directamente asociados al carácter de Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, como es el caso de las cláusulas excepcionales al derecho común, cláusulas que dejarán de ser aplicables.*

*“Por la suscripción del* ***Acta de Entrega****,**el* ***Concesionario*** *se obliga a dar cumplimiento a los* ***Contratos Cedidos*** *de acuerdo con sus términos y condiciones y con la ley”.*  [↑](#footnote-ref-91)
92. Páginas 52 a 54 del laudo arbitral, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-92)
93. *“2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión”.* [↑](#footnote-ref-93)
94. Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 18 de abril de 2013, radicación número: 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859) actor: Julio César García Jiménez, demandado: departamento de Casanare, referencia: acción de controversias contractuales. En el mismo sentido se pueden citar los siguientes antecedentes de la sentencia de unificación: **i)** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, expediente 39.942; **ii)** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, expediente 20.251, auto de 27 de febrero de 2013, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera. “***(…) lo cierto es que los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la Ley 80 de 1993, aquellos dictados en ejercicio de las potestades consagradas exclusivamente por el artículo 14*** *(en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 eran los señalados en el artículo 76), pues así lo entendió la Corte Constitucional al pronunciar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, de modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral (…)”.* [↑](#footnote-ref-94)
95. , Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón, sentencia de octubre 29 de 2014, radicación 25000232600020010147701 (29851), actor: Galería Cano y otros, demandado Unidad Especial de Aeronáutica Civil. [↑](#footnote-ref-95)
96. Página 56 del laudo arbitral. Cuaderno principal [↑](#footnote-ref-96)
97. Páginas 54 a 56 del laudo arbitral, cuaderno principal [↑](#footnote-ref-97)
98. Citó la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, sentencia de primero de diciembre de 2008, radicación 2500023260002007005330 (35827). [↑](#footnote-ref-98)