

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDO ARBITRAL - La providencia cuestionada no vulnera el derecho al debido proceso / JURAMENTO - Clases / JURAMENTO ESTIMATORIO - Marco normativo / ECOPEPETROL - Naturaleza jurídica y régimen aplicable en materia contractual / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - No se configura puesto que lo relacionado con el juramento estimatorio, ahora cuestionado en sede de tutela, constituye un obiter dicta que no reviste carácter obligatorio / DEFECTO FÁCTICO - No se configura pues para quien alega la ocurrencia de perjuicios no es suficiente el juramento estimatorio y debe demostrarlos / DEFECTO SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - No se configura pues la inclusión en el contrato de la cláusula de terminación unilateral tiene sustento legítimo en el derecho privado y no corresponde al ejercicio de las potestades exorbitantes o cláusulas excepcionales al derecho común

[L]o señalado por la Corte [en la sentencia C-157 de 2003 citada como precedente] en torno a que el juramento estimatorio tiene la potencialidad de probar la existencia de un daño, debe ser considerado como un obiter dicta, esto es, como un argumento que no tiene la virtualidad de configurarse en la regla o razón que constituyó la base de la decisión judicial, sino una opinión incidental en la argumentación realizada. La anterior apreciación resulta armónica con la pacífica doctrina y con la reiterada jurisprudencia conforme con la cual quien alegue la ocurrencia de un daño, a partir del cual demande su reparación e indemnización, debe demostrarlo plenamente. (...). [B]ien lo consideró el Tribunal de Arbitramento en el laudo arbitral cuando consideró que (...) dentro de los elementos estructurales de la responsabilidad civil se encuentra el daño experimentado por el demandante, correspondiéndole a éste demostrarlo plenamente. (...). [S]ólo si la interpretación es jurídicamente imposible (ostensiblemente arbitraria) o si apareja la violación de un derecho fundamental sustantivo y siempre que se cumplan los restantes requisitos de procedibilidad de la acción, podría intervenir el juez constitucional, lo cual, como se observa no se presenta en el caso sub examine. (...). En los términos señalados no se configura el desconocimiento del precedente alegado por la parte actora. (...). [L]a Sección Primera del Consejo de Estado estima que si bien algunas de las citadas sentencias de tutela proferidas por la Sala Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia podrían identificarse como criterio de interpretación del juramento estimatorio, lo cierto es que dichos pronunciamientos no son de obligatorio acatamiento, y únicamente atienden a la categoría de criterio auxiliar hermenéutico para otros operados judiciales, bajo el entendido que dicha Corporación Judicial, además de que no tiene una posición unificada al respecto, no es órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, y en tanto que dentro de sus competencias no se encuentra la de proferir sentencias de unificación de tutela. (...). [L]as decisiones citadas como desconocidas pueden constituir antecedentes, más no precedentes; y sin perjuicio de ello, la Sala no evidencia que el Tribunal de Arbitramento realizara una interpretación extensiva de la disposición que contiene el juramento estimatorio, por lo que el defecto enunciado no se configura. (...). [L]os argumentos del actor en relación con la configuración del defecto fáctico no resultan procedentes, por cuanto, (...) la Corte Constitucional, en la sentencia C-157 de 2013, declaró la exequibilidad del párrafo único demandado, bajo el entendido de que tal sanción –por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte. Por tanto, se reitera que, (...) quien alegue la ocurrencia de perjuicios, a partir de los cuales demande una indemnización, debe demostrarlos por medios distintos del juramento estimatorio porque (...) incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...). [L]a Sala

encuentra justificado que, en la configuración del contrato 5206589, Ecopetrol S.A. junto con la sociedad Seviport S.A., válidamente convinieran la inclusión de la cláusula 6.2. relacionada con la posibilidad de terminar unilateralmente el negocio jurídico privado mediante un preaviso. (...). [E]sta Corporación ha señalado que la atribución contractual pactada dentro de los negocios jurídicos suscritos por Ecopetrol S.A., referente a la terminación unilateral del mismo, tiene sustento legítimo en el derecho privado, sin que tal circunstancia permita afirmar, per se, que dicha cláusula tenga fuente en las potestades exorbitantes derecho común previstas en el Estatuto General de la Contratación Pública. (...). [L]a estipulación contractual que se analiza en el sub lite no puede ser considerada como el resultado del ejercicio de unas potestades exorbitantes o cláusulas excepcionales al derecho común. (...). De conformidad con lo expuesto se advierte que no se configura el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 230 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 243 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 37 / DECRETO 1983 DE 2017 - ARTÍCULO 2.2.3.1.1.1 NUMERAL 9 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 1 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 40 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 41 / LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 45 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 355 / LEY 105 DE 1931 - ARTÍCULO 625 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 211 / LEY 1395 DE 2010 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 167 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 206 / DECRETO 2067 DE 1991 - ARTÍCULO 21 / DECRETO 2067 DE 1991 - ARTÍCULO 23 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 48 / LEY 1118 DE 2006 - ARTÍCULO 6 / LEY 80 DE 1993

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, ver entre otras: Corte Constitucional, sentencia de 11 de agosto de 2016, exp. T-430, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y sentencia de 13 de octubre de 2016, exp. SU-556, M.P. María Victoria Calle Correa. En cuanto al criterio que fue rectificado, acerca de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se esté en presencia de la violación de derechos constitucionales fundamentales, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ), C.P. María Elizabeth García González. Sobre la procedencia excepcional y los requisitos generales y especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, ver: Corte Constitucional, sentencia de 8 de junio de 2005, exp. C-590, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Acerca de los requisitos para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra sentencia de tutela, ver: Corte Constitucional, sentencia de 1 de octubre de 2015, exp. SU-627, M.P. Mauricio González Cuervo. Con respecto a los requisitos especiales, considerados causales concretas, que de configurarse autorizan al juez de tutela a dejar sin efecto una providencia judicial, ver: Corte Constitucional, sentencia de 3 de septiembre de 2009, exp. T-619, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sobre el mismo tema y en el sentido de que la configuración de alguno de los requisitos especiales permiten dejar sin efecto o modular la decisión que se cuestiona, ver: Corte Constitucional, sentencia de 23 de marzo de 2010, exp. T-225, M.P. Mauricio González Cuervo. Acerca de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, criterio que reiteró el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad generales y específicos precisados por la Corte Constitucional, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01(IJ), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. En cuanto al desconocimiento del precedente constitucional, ver: Corte Constitucional, sentencia de 22 de mayo de 2015, exp. T-309, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Respecto del juramento estimatorio, ver: Corte

Constitucional, sentencia de 19 de octubre de 1995, exp. C-472, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Acerca del estudio de exequibilidad contra norma contentiva del juramento estimatorio, ver: Corte Constitucional, sentencia de 17 de febrero de 2016, exp. C-067, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En cuanto a los componentes de toda sentencia y el hecho de que la ratio decidendi tiene fuerza normativa o de precedente, ver: Corte Constitucional, sentencia de 16 de octubre de 2014, exp. T-775, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Acerca del control de constitucionalidad del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, ver: Corte Constitucional, sentencia de 5 de febrero de 1996, exp. C-037, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Respecto del hecho de que todos los operadores jurídicos están obligados por el efecto de la cosa juzgada material de las sentencias de la Corte Constitucional, ver: Corte Constitucional, sentencia de 1 de abril de 1993, exp. C-131, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En cuanto al carácter cierto del daño, consultar: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 22 de octubre de 2015, exp. 2008-00156, M.P. Guillermo Vargas Ayala. Sobre la configuración de un defecto sustantivo y los poderes del juez de tutela, consultar: Consejo de Estado, Sección Cuarta, providencia de 10 de febrero de 2016, exp. 2015-03158, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. En relación con el mismo tema, ver: Corte Constitucional, sentencia de 3 de marzo de 2014, exp. T-120, M.P. María Victoria Calle Correa. En cuanto a las diferencias entre los conceptos de antecedente y precedente, ver: Corte Constitucional, sentencia de 25 de febrero de 2014, exp. T-102, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En el mismo sentido y sobre el mismo tema, consultar: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 12 de mayo de 2016, exp. 2015-02793-00, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Respecto de la configuración del defecto fáctico, ver: Corte Constitucional, sentencia de 8 de febrero de 2018, exp. SU-004, M.P. José Fernando Reyes Cuartas. En relación con la naturaleza de la empresa Ecopetrol S.A. y el régimen aplicable en materia contractual, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2016, exp. 54067, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En cuanto a las atribuciones contractuales de Ecopetrol, relacionadas con la terminación unilateral del contrato, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de agosto de 2016, exp. 41783, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CAUSAL DE IMPEDIMENTO - Por existir amistad íntima entre alguna de las partes y el funcionario judicial / IMPEDIMENTO - Se declara fundado

[L]a Sala observa que la acción de tutela presentada por la Sociedad Colombiana de Servicios Portuarios S.A. – Serviport S.A., se dirige en contra de lo decidido en los ordinales cuarto y quinto de la parte resolutive del laudo arbitral de 18 de diciembre de 2017, proferido por el Tribunal de Arbitramento integrado, entre otros, por el doctor [E.J.A.P.], con quien el doctor [O.G.L.] señala tener una amistad íntima. Así las cosas, resulta procedente declarar fundado el impedimento formulado por el Consejero de Estado, al encontrarse acreditado el supuesto consagrado en el numeral 5 del artículo 56 ibídem, dado que el aludido vínculo de amistad íntima se encuentra acreditado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 39 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTÍCULO 56 NUMERAL 5

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la causal de impedimento relacionada con la existencia de una amistad íntima entre alguna de las partes y el juez, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia de 17 de julio de 2014, exp. 2014-00022, C.P. Susana Buitrago Valencia y Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, providencia de 26 de enero de 2016, exp. 2015-02504, C.P. Guillermo Sánchez Luque.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., doce (12) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00688-00(AC)

**Actor: SOCIEDAD COLOMBIANA DE SERVICIOS PORTUARIOS S.A. –
SERVIPORT S.A.**

**Demandado: TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE LA CÁMARA DE
COMERCIO DE BOGOTÁ**

La Sala decide la acción de tutela presentada por la **Sociedad Colombiana de Servicios Portuarios S.A.**, en adelante **Serviport S.A.**, por intermedio de apoderado judicial, en contra de lo decidido en los ordinales cuarto¹ y quinto² de la parte resolutive del laudo arbitral de 18 de diciembre de 2017, proferido por el **Tribunal de Arbitramento** integrado por los doctores **Jorge Suescún Melo, Ernesto Rengifo García y Emilio José Archila Peñalosa.**

I. LA SOLICITUD DE TUTELA

La sociedad **Serviport S.A.**, por intermedio de apoderado judicial, solicita el amparo del derecho fundamental al debido proceso, cuya vulneración la atribuye al referido Tribunal de Arbitramento, por haber incurrido en los defectos de desconocimiento del precedente, sustantivo y fáctico, en el laudo arbitral de 18 de diciembre de 2017, proferido para dirimir las controversias existentes entre dicha sociedad y la empresa Ecopetrol S.A.

II. LOS HECHOS

De conformidad con lo expuesto en el escrito petitorio de tutela, los hechos que fundamentan la solicitud se contraen, en síntesis, a lo siguiente:

¹ “[...] Negar las demás pretensiones declarativas de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia [...]”.

² “[...] Negar las pretensiones de condena planteadas en la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia [...]”.

II.1. El 11 de diciembre de 2009, **Ecopetrol S.A.** y **Serviport S.A.** suscribieron el contrato número 5206589, cuyo objeto es la ejecución, por parte del contratista de

de ejecutar por parte del contratista “[...] *actividades marítimas de apoyo al mantenimiento y operación de interés del contratante en el terminal marítimo de Coveñas [...]*”. En dicho acuerdo de voluntades se pactó una cláusula de terminación unilateral exclusivamente a favor de Ecopetrol S.A., consistente en que dicho contrato se podía dar por terminado unilateralmente mediante aviso dirigido al contratista con una antelación no menor a 120 días calendario.

II.2. La sociedad Serviport S.A. presentó demanda arbitral el 29 de abril de 2016, de conformidad con lo estipulado en la cláusula trigésima segunda del contrato, con el propósito de que se accediera a las siguientes **pretensiones declarativas**:

[...] 1.1. Que se declare que, a través de las comunicaciones contenidas en el memorando N° 2-2016-082-88 de 29 de enero de 2016 y en la comunicación de 30 de enero de 2016, ECOPETROL terminó unilateralmente el Contrato Adicional N° 2 de 20 de febrero de 2013.

1.2. Que se declare que la terminación del Contrato Adicional N° 2 de 20 de febrero de 2013, adoptada mediante las comunicaciones contenidas en el memorando N° 2-2016-082-88 de 29 de enero de 2016 y en la comunicación de 30 de enero de 2016, es contraria de derecho y viola lo previsto en la ley y lo pactado en dicho Adicional N° 2 y en el Contrato principal 5206589 de 11 de diciembre de 2009.

1.3. Que se declare también que es contrario a Derecho y viola lo previsto en la ley y lo pactado en el Adicional N° 2, lo dicho por ECOPETROL en la comunicación N° 2-2016-093-133555 de 5 de abril de 2016.

1.4. Que, atendiendo a lo solicitado en las dos pretensiones anteriores, se declare la nulidad y/o improcedencia de las comunicaciones contenidas en el memorando N° 2-2016-082-88 de 29 de enero de 2016, en la comunicación de 30 de enero de 2016 y en la comunicación N° 2-2016-093-133555 de 5 de abril de 2016.

1.5. Que, en consecuencia, se declare que ECOPETROL es responsable por los daños que, a título de daño emergente y lucro cesante, ha causado y causará a SERVIPORT por la terminación del Contrato Adicional N° 2.

1.6. Que se declare que la cláusula N° 6.2 del Contrato N° 5206589, suscrito entre ECOPETROL Y SERVIPORT, es abusiva e ineficaz de pleno derecho y que cualquier aplicación de la misma por parte de ECOPETROL no puede producir efecto alguno ni alterar el derecho de SERVIPORT y la obligación de ECOPETROL a que el Contrato N° 5206589 termine en el plazo pactado.

1.7. Que se declare que para la aplicación de lo pactado en la N° 18.1 del Contrato N° 5206589 y la terminación del mismo por caso fortuito o fuerza mayor, se requiere del acuerdo escrito entre las partes y que no es procedente la terminación unilateral de dicho contrato por ninguna de ellas, so pena de hacerse responsable de los daños y perjuicios que con la terminación se causen [...]”.

II.3. Como **pretensiones condenatorias** el apoderado de la sociedad Serviport S.A. solicitó las siguientes:

“[...] 2.1. Que se condene a ECOPETROL S.A. a pagar a SERVIPORT S.A. todos los daños y perjuicios que, a título de daño emergente y lucro cesante, resulten demostrados en el proceso y que sean consecuencia de la prosperidad de las pretensiones anteriores.

2.2. Que las sumas que resulten en el laudo arbitral en favor de SERVIPORT se actualicen debidamente con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE, desde el mes de febrero de 2016 hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral.

2.3. Que respecto de cualquier suma que resulte en el laudo arbitral en favor de SERVIPORT, se decreten, a partir de la ejecutoria del mismo, los intereses moratorios de la ley, con independencia de la interposición del recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda.

2.4. Que se condene a ECOPETROL S.A. a pagar todas las costas del proceso y agencias en derecho [...]”.

II.4. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso, la sociedad Serviport S.A. presentó en la demanda arbitral **juramento estimatorio** consistente en requerir que se le pagara la suma de \$8.257.920.000, por concepto de daño emergente y lucro cesante. Posteriormente, el 16 de agosto de 2016, presentó memorial complementario de la demanda, haciendo una discriminación detallada de dicho juramento.

II.5. El 17 de junio de 2016, de común acuerdo, se designaron como árbitros a los doctores Jorge Suescún Melo, Ernesto Rengifo García y Emilio José Archila Peñalosa. Una vez integrado el Tribunal y luego de su instalación, se admitió la demanda de Serviport S.A. y ordenó notificar personalmente a Ecopetrol S.A., al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

II.6. Una vez contestada la demanda el juramento estimatorio no fue objetado. En tales condiciones, Serviport S.A. considera que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso, tal valoración constituía prueba suficiente no solo del monto del daño sino del daño en sí mismo considerado y que fue sufrido por la sociedad como consecuencia de la decisión de Ecopetrol S.A. de terminar el contrato adicional de 20 de febrero de 2013.

II.6. El Tribunal de Arbitramento, después de haber practicado las pruebas solicitadas por Serviport S.A. así como las decretadas de oficio, y una vez surtida la etapa de alegaciones finales, profirió laudo arbitral el 18 de diciembre de 2017, el cual quedó en firme el 18 de febrero de 2018, fecha en la que se resolvieron las aclaraciones y complementaciones formuladas al mismo.

II.7. El Tribunal de Arbitramento precisó en el laudo arbitral que encontró probado el incumplimiento alegado por Serviport S.A. señalando que el contrato adicional número 2 había sido terminado en forma ilegal e improcedente, por lo que accedió a las pretensiones declarativas 1.1, 1.2 y 1.3, disponiendo lo siguiente:

“[...] PRIMERO.- Declarar que ECOPETROL S.A. terminó unilateralmente el Contrato Adicional No 2 de 20 de febrero de 2013 a través de las comunicaciones contenidas en el memorando No 2-2016-082-88 de 29 de

enero de 2016 y en la comunicación de 30 de enero de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Declarar que la terminación del Contrato Adicional No 2 de 20 de febrero de 2013, adoptada mediante las comunicaciones contenidas en el memorando No 2-2016-082-88 de 29 de enero de 2016 y en la comunicación de 30 de enero de 2016, es contraria a la ley, a lo pactado en el Contrato Adicional No 2 y en el Contrato Principal No 5206589 de 11 de diciembre de 2009, en el sentido de que fueron remitidas sin haberse respetado el preaviso de los ciento veinte (120) días establecidos en la cláusula 6.2 del contrato principal No 5206589, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Declarar que las comunicaciones contenidas en el memorando No 2-2016-082-88 de 29 de enero de 2016, la comunicación de 30 de enero de 2016 y la comunicación No 2-2016-093-133555 de 5 de abril de 2016, remitidas por ECOPETROL S.A. a SERVIPORT S.A., resultaron improcedentes, mas no nulas, por no haber respetado el plazo pactado de ciento veinte (120) días establecido en la cláusula 6.2 del contrato principal No 5206589, de acuerdo con las precisas razones expuestas en la parte motiva de este laudo arbitral [...]”.

II.8. El Tribunal de Arbitramento negó la pretensión declarativa 1.5 y las pretensiones de condena 2.1, 2.2 y 2.3, al considerar que Serviport S.A. no había probado el daño reclamado en la demanda, habida cuenta que el juramento estimatorio solo era prueba del monto pero no del daño sufrido por dicha compañía.

II.9. El Tribunal tampoco accedió a la pretensión 1.6 de la demanda en la que Serviport S.A. solicitó que se declarara que la cláusula número 6.2 del Contrato número 5206589, suscrito entre Ecopetrol y Serviport S.A., resultaba abusiva e ineficaz de pleno derecho, pues en el laudo se señaló que en los contratos estatales sí es procedente pactar cláusulas de terminación unilateral, diferentes a las potestades exorbitantes consagradas en el Estatuto de Contratación Pública.

II.10. En criterio de Serviport S.A., las citadas decisiones del Tribunal de Arbitramento vulneraron el derecho fundamental al debido proceso.

II.11. La accionante alegó el **desconocimiento del precedente judicial** existente en tanto en el laudo arbitral se negaron las pretensiones 1.5, 2.1, 2.2, y 2.3 de la demanda; precedente según el cual el juramento estimatorio es un medio de prueba para acreditar no solo el monto del daño sino el daño mismo, tal como lo prevé la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: i) en la sentencia de 28 de abril de 2017, expediente 13001-22-13-000-2017-00059-01 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, ii) en la sentencia de 27 de abril de 2017, expediente 41001-22-14-000-2017-00061-01 M.P. Álvaro Fernando García Restrepo, y iii) en la sentencia de 14 de diciembre de 2015, expediente 68001-22-13-000-2015-00532-01 M.P. Margarita Cabello Blanco.

II.12. Manifestó que el Tribunal de Arbitramento al motivar el laudo de 18 de diciembre de 2017 y al resolver las pretensiones 1.5, 2.1, 2.2 y 2.3 de la demanda, también **desatendió las sentencias** T-082 de 2011, T-455 de 2012 y T-775 de 2014, proferidas por la Corte Constitucional, y que se refieren a la obligatoriedad del precedente judicial.

II.13. Acotó que en el laudo arbitral objeto de controversia se **desconoció el criterio** fijado en la sentencia C-157 de 2013, proferida por la Corte Constitucional, consistente en que la estimación razonada que se efectúe de la cuantía de los perjuicios sufridos bajo la gravedad del juramento, se reconoce como un medio de prueba que, de no ser objetado, también de manera razonada, o de no mediar notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena.

II.14. Argumentó la existencia de un **defecto fáctico** en el laudo arbitral, al momento de resolver negativamente las pretensiones 1.5, 2.1, 2.2 y 2.3 de Serviport S.A., en tanto desconoció el contenido del juramento estimatorio efectuado en la demanda y el valor probatorio de dicho juramento para acreditar no solo el monto del daño sino el daño en sí mismo considerado.

II.15. Planteó la configuración de un **defecto sustantivo** en tanto el laudo arbitral denegó la pretensión consistente en la declaratoria de abusiva e ineficaz de la cláusula número 62 del contrato suscrito entre Ecopetrol S.A. y Serviport S.A.

(pretensión declarativa 1.6), y desconoció e inaplicó las sentencias del Consejo de Estado que proscriben la posibilidad de que en los contratos estatales se pacten cláusulas de terminación unilateral *ad nutum*, como la contenida en la mencionada cláusula 6.2. Citó como providencias que contienen dicha tesis las siguientes: i) sentencia de 13 de agosto de 2008, expediente número 15342, proferida por la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, ii) sentencia de 15 de febrero de 2012, expediente 19730, proferida por la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, iii) sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510, proferida por la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, y iv) sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 45310, proferida por la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado, M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

II.16. Mencionó que también el laudo arbitral incurrió en un **defecto sustantivo** al denegar la procedencia de la pretensión 1.6 de la demanda de Serviport S.A. motivando erradamente la decisión en dos providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado que no eran aplicables al caso, a saber: la sentencia de 24 de agosto de 2016, expediente 41.783, y la sentencia de 19 de julio de 2017, expediente 57.394, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, las cuales guardan relación con controversias relacionadas con la terminación unilateral de contratos estatales por incumplimiento del contratista, evento que no corresponde al supuesto que dio lugar al conflicto puesto en conocimiento de los árbitros.

III. LAS PRETENSIONES

La sociedad Serviport S.A. solicita en el escrito de tutela la declaratoria de las siguientes pretensiones:

“[...] 1. Se ampare el derecho constitucional fundamental de SEVIPORT al debido proceso y se declare que el mismo fue vulnerado por el Tribunal de Arbitramento al proferir el laudo arbitral del 18 de diciembre de 2017 y denegar, en los numerales cuarto y quinto de la parte resolutive del mismo, las pretensiones 1.5, 1.6, 2.1, 2.2 y 2.3 de la demanda arbitral presentada por SERVIPORT contra ECOPETROL.”

2. Declarar que la vulneración del derecho constitucional fundamental de SERVIPORT al debido proceso, se produjo por las siguientes razones:

2.1. Por desconocer el precedente judicial vigente a la hora de resolver en el laudo las pretensiones 1.5, 2.1, 2.2 y 2.3 de la demanda de SERVIPORT, precedente conforme al cual el juramento estimatorio es un medio de prueba para acreditar no solo el monto del daño sino el daño mismo, tal como resulta de las siguientes sentencias de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia: i) sentencia de 28 de abril de 2017, Exp. 1300122130002017-00059-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona; ii) sentencia de 27 de abril de 2017, Exp. T-4100122140002017-00061-01, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo; iii) sentencia de 14 de diciembre de 2015, Exp. 68001221300020150053201, M.P. Margarita Cabello Blanco.

2.2. Por desconocer e inaplicar los requisitos de transparencia y suficiencia exigibles al Tribunal de Arbitramento para apartarse del precedente judicial de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia sobre el valor probatorio del juramento estimatorio para acreditar el daño: i) al no citar en la parte motiva del laudo de 18 de diciembre de 2017 las sentencias constitutivas del precedente judicial indicadas en el ordinal 2.1 de este escrito, de las cuales se apartó el Tribunal aduciendo, sin haber contrastado tales sentencias en dicho laudo, que el juramento estimatorio de SERVIPORT solo probaba el monto del daño pero no el daño sufrido por ésta por la actuación ilegal de ECOPETROL al terminar el contrato adicional que tenía suscrito con SERVIPORT. ii) al desatender en la motivación del laudo de 18 de diciembre de 2017 y al resolver las pretensiones 1.5, 2.1, 2.2 y 2.3, de la demanda de SERVIPORT, las sentencias de la Corte Constitucional T-082 de 2011, T-455 de 2012 y T-775 de 2014, sobre la obligatoriedad del precedente constitucional.

2.3. Por incurrir en defecto sustantivo al desestimar en el laudo de 18 de diciembre de 2017, las motivaciones de la sentencia de la Corte Constitucional C-157 de 21 de marzo de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo, (según las cuales “se permite que la parte estime de manera razonada la cuantía de los perjuicios sufridos, bajo la gravedad del juramento, y se reconoce a esta estimación como un medio de prueba que, de no ser objetada, también de manera razonada, o de no mediar una notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena. Esto quiere decir que basta con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía”, desconociendo que dichas motivaciones: i) Hacían parte del precedente judicial indicado en el ordinal 2.1, a tal punto que las mismas fueron expresamente transcritas en las citadas sentencias de 28 y 27 de abril de 2017 y admitidas tácitamente en la de 14 de diciembre de 2015, todas

ellas de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia. Y, ii) han sido aceptadas también por la doctrina arbitral, tal como resulta del laudo de 7 de diciembre de 2016, en el que al resolver las controversias entre Recuado Bogotá S.A.S y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A., se transcribieron también las motivaciones de la citada sentencia C-157 de 2013 en relación con el artículo 206 del CGP y el juramento estimatorio.

2.4.- Por haber incurrido en defecto fáctico, a la hora de resolver en el laudo las pretensiones 1.5, 2.1, 2.2 y 2.3 de SERVIPORT, al desconocer: i) el juramento estimatorio contenido en el Capítulo VII de la demanda arbitral de SERVIPORT, el cual era concordante con el hecho 11 de la demanda y la pretensión 1.5 de la misma, y ii) el valor probatorio de dicho juramento estimatorio para acreditar no solo el monto del daño sino el daño mismo reclamado por Serviport en su demanda.

2.5.- Por incurrir en defecto sustantivo al denegar en el laudo la pretensión 1.6 de la demanda de SERVIPORT y desconocer e inaplicar las sentencias de las Subsecciones B y C de las Sección Tercera del Consejo de Estado que se citan a continuación, las cuales proscriben la posibilidad de que en contratos estatales como el que celebró ECOPETROL con SERVIPORT, se pacten cláusulas de terminación unilateral ad nutum, como la contenida en la cláusula 6.2 del Contrato N° 5206589: i) sentencia de 13 de agosto del 2008 de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, M.P. Ramiro Saavedra Becerra (Expediente N° 15342), ii) sentencia de 15 de febrero de 2012 de la Subsección C de las Sección Tercera del Consejo de Estado, M.P. Jaime Orlando Santofimio (Expediente N° 19730), iii) sentencia de 8 de mayo de 2013 de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, M.P. Jaime Orlando Santofimio (expediente N° 24510), iv) sentencia de 20 de febrero de 2014 de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero (expediente N° 45310).

2.6.- Por incurrir en defecto sustantivo al denegar en el laudo de 18 de diciembre de 2017 la procedencia de la pretensión 1.6 de la demanda de SRVIPORT, motivando la misma con dos (2) sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado que no eran aplicables al caso (concretamente las de 24 de agosto de 2016 – Expediente 41.783 y 19 de julio de 2017 – Expediente 57.394, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa), por versar las mismas sobre controversias relacionadas con la terminación unilateral de contratos estatales por incumplimiento del contratista, cosa que no ocurrió en la controversia entre ECOPETROL y SERVIPORT.

3. Como consecuencia de todas o algunas de las anteriores peticiones, se dejen sin efectos los numerales cuarto y quinto de la parte resolutive del

laudo arbitral de 18 de diciembre de 2017, teniendo en cuenta que el Tribunal de Arbitramento no podría sustituir dichos numerales en un laudo que enmiende el que ya fue proferido el año pasado, habida cuenta que el mismo perdió competencia el 1 de febrero de 2018.

4. Finalmente, se declare además que no hay cosa juzgada sobre los numerales cuarto y quinto del laudo arbitral de 18 de diciembre de 2017, ni sobre las pretensiones 1.5, 1.6, 2.1, 2.2 y 2.3 de la demanda presentada por SERVIPORT contra ECOPETROL [...]”.

IV. TRÁMITE DE LA TUTELA

Mediante auto de 25 de mayo de 2018, el Magistrado Sustanciador del proceso admitió la acción de tutela presentada por Serviport S.A. en contra del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, integrado por los doctores Jorge Suescún Melo, Ernesto Rengifo García y Emilio José Archila Peñaloza, ordenó la vinculación de Ecopetrol S.A. como tercero con interés en los resultados del proceso, y a todos les solicitó la presentación del informe previsto en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

V. INTERVENCIONES

V.1. El Tribunal de Arbitramento integrado por los doctores Jorge Suescún Melo, Ernesto Rengifo García y Emilio José Archila Peñaloza, solicitó decidir desfavorablemente las inconformidades de la parte tutelante.

Manifestaron que el accionante no alegó ninguna inconformidad respecto de la decisión del Tribunal de Arbitramento de incorporar al proceso todas las pruebas que acompañaron la contestación extemporánea de la demanda arbitral, lo que reveló la intención del Tribunal de realizar un análisis en conjunto de todo el acervo probatorio con el que se aprovisionó el litigio.

Expusieron que la tutela no es la vía apropiada para eximir a la parte demandante de la carga de probar el daño, e indicó que ello no se acompasa con la finalidad de

esta acción constitucional. Concretó que prohiar esa tesis sería tanto como volver al sistema de la tarifa legal probatoria, lo cual desplazaría la regla de la razón o de la sana crítica en la valoración conjunta de los diferentes medios de prueba.

Precisaron que en el laudo arbitral se entendió que el Código General del Proceso exige que el juez exponga razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba y que el juramento estimatorio es un medio probatorio más que debe ser analizado en conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica. Y, de otra parte, indicó que independientemente de la discusión de si solo prueba el monto del perjuicio o si también acredita el daño causado, el juramento estimatorio a lo sumo podría llegar a constituir un medio probatorio más, al que no se le debe dar alcance de prueba invencible o incluso de verdad revelada, como lo sugiere el accionante.

Resaltaron que Serviport S.A. presentó juramento estimatorio respecto de la declaratoria de incumplimiento del contrato por terminación anticipada (1.5), y de la validez de la cláusula 6.2 del mismo, para que se le indemnizara por todo el tiempo pendiente de ejecución del contrato; sin embargo, puntualizó que tal petición fue negada por el Tribunal. Además, reseñó que Ecopetrol S.A. debió cumplir con el preaviso contractual y no lo hizo, respecto del cual no se allegó juramento estimatorio ni ninguna otra prueba que permitiera acreditar el perjuicio irrogado y su cuantía.

Informaron que, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia de 16 de noviembre de 2016, expediente radicado bajo el número SP 16575-2016- (47616), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, consideró que “[...] *el juramento estimatorio no es prueba suficiente del daño, pues solo constituye un estimativo de su cuantía, que debe estar acompañada de prueba sumaria de la existencia de los bienes que se avalúan [...]*”. En el mismo sentido citó apartes de la sentencia de la Sala de Casación Civil de la misma Corporación Judicial, proferida dentro del expediente radicado bajo el número 11001-31-03-017-2012-00624-01, en la que se precisó:

“[...] Además, aunque en la demanda se hizo el juramento estimatorio, tal acto no releva a los actores de acreditar la existencia del perjuicio. La prueba del incumplimiento y del menoscabo derivado del mismo era necesaria para la estimación de las pretensiones. Incluso, el párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso establece una sanción al litigante “...en los casos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios...”, ello con el condicionamiento establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013 [...]”.

Resaltaron que la convocante no allegó prueba alguna para acreditar la causación de los perjuicios cuya reparación reclama ni acreditó que los mismos fueran ciertos, directos y previsibles, en razón a lo cual no deviene probado el detrimento patrimonial alegado.

Argumentaron que en la decisión arbitral cuestionada mediante tutela no se evidencia yerro alguno, como quiera que los planteamientos esgrimidos por la parte tutelante parten de una interpretación errónea de las consecuencias derivadas de la falta de objeción al juramento estimatorio, cuyo alcance ha sido precisado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Alegaron la falta de relevancia constitucional en el presente caso *“[...] como quiera que se trata de una mera inconformidad del accionante frente a la decisión adoptada por el Tribunal Arbitral, especialmente en lo que concierne con el alcance de las consecuencias derivadas ante la ausencia de objeción al juramento estimatorio [...]”.*

Explicaron que si bien en uno de los apartes de la sentencia C-157 de 2013, el cual no hace parte de la *ratio decidendi* de la sentencia, se expone que *“[...] basta con la palabra de una persona, dada bajo la gravedad del juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía [...]”*, lo cierto es que también debe resaltarse que *“[...]”, ello de manera alguna incide en la interpretación que debe dársele al texto normativo que regula la consecuencia generada ante la falta de objeción a la cuantía estimada bajo juramento (inciso 1º del artículo 206 del CGP), entre otras cosas porque el juicio de constitucionalidad recayó en el párrafo del artículo 206, el cual previó una sanción equivalente al cinco por ciento del valor pretendido, en el evento en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. Así las cosas, debe*

afirmarse con total claridad que el juramento tan solo puede llegar a probar la cuantía, mas no el daño [...]”.

Anotaron que la contraparte de quien efectúa la estimación juramentada de perjuicios cuenta con la posibilidad de objetar el monto, pero a la parte que hizo la valoración le corresponde acreditar tanto los elementos constitutivos del derecho reclamado como su monto.

Enfatizaron que en la decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC876-2018, se dispuso lo siguiente: “[...] Además, aunque en la demanda se hizo el juramento estimatorio, tal acto no relevaba a los actores de acreditar la existencia del perjuicio. La prueba del incumplimiento y del menoscabo derivado del mismo era necesaria para la estimación de las pretensiones. Incluso, el párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso establece una sanción al litigante “...en los eventos en que se niegan las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios...”, ello con el condicionamiento establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013 [...]”.

En cuanto a la existencia de un defecto sustantivo por la negación de la pretensión 1.6 de la demanda arbitral, sin tomar en consideración diversas sentencias de las Secciones B y C del Consejo de Estado, que proscriben que en los contratos estatales se pacten cláusulas de terminación unilateral, los integrantes del Tribunal de Arbitramento explicaron que por tratarse de un contrato regido por el derecho privado, es legítima la inclusión de una cláusula como la señalada, pues los particulares en sus negocios jurídicos pueden incluir esta clase de estipulaciones, de manera que una entidad como Ecopetrol S.A. que compite con ellos, debe estar dotada de los mismos medios y contar con las facultades similares para enfrentarlos apropiadamente. También destacó que, en este caso, la cláusula de terminación unilateral discrecional, que eventualmente se llegue a pactar, no será una cláusula exorbitante impuesta por la entidad pública por razones de interés general, sino un acuerdo libremente negociado, producto del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

En síntesis, desestimaron la pretensión 1.6 con fundamento en las siguientes razones:

“[...] 1. Porque la jurisprudencia ha reconocido la validez y eficacia de las cláusulas de terminación unilateral incluso en los contratos estatales, especialmente en los eventos en los que una entidad pública actúe como igual con un contratista particular, sin que por ello se entienda que se está ejerciendo una facultad excepcional o exorbitante o que se están transgrediendo principios de la contratación administrativa.

2. Porque la cláusula de terminación unilateral discrecional no constituye una condición potestativa, habida cuenta de que esta se predica de circunstancias de las que pende el nacimiento de una obligación (suspensivas), y no, de aquellas que extinguen o aniquilan vínculos contractuales (resolutorias).

3. Porque de la interpretación de la cláusula 6.2 no se observa que sea abusiva, toda vez que se trata de una previsión contractual que fue negociada entre los contratantes y estuvo precedida de una relación de confianza de varios años (más de 5), como se demuestra por el hecho de no preservarse ante el eventual traspaso de posición contractual de ECOPETROL a un tercero.

4. Porque el nivel de estabilidad del contrato material de arbitraje es moderado, entre otras cosas, porque en él las cláusulas excepcionales consagradas en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 son facultativas, lo que permite que las partes en ejercicio de su autonomía privada puedan pactar cláusulas de terminación unilateral.

5. Porque el preaviso razonable tiene como función balancear el contenido contractual y, además, proteger al contratista frente al eventual ejercicio arbitrario o irrazonable de facultades unilaterales.

6. Porque para el Tribunal el deber de informar la terminación unilateral del contrato con 120 días de antelación, constituye un preaviso razonable que le permite al contratista ajustar su operación o actividad a su desarrollo o compromisos futuros [...]”.

Concluyeron que de lo expuesto se observa que, a través de la acción de tutela, el impugnante expresa sus inconformidades con la decisión tomada respecto de la

cláusula de terminación unilateral discutida y adoptada por las partes, sin que exista un desconocimiento del precedente ni mucho menos un defecto sustantivo.

V.2. La empresa **Ecopetrol S.A.**, por intermedio de apoderada especial, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela de la referencia y la negación de las pretensiones aducidas en el escrito petitorio del amparo constitucional, por cuanto la decisión arbitral obedeció a una falta de elementos probatorios por parte de Serviport S.A. para probar el daño.

Frente a los hechos admitió lo siguiente: i) que Serviport S.A. presentó demanda arbitral con el propósito de obtener, entre otras cosas, el resarcimiento de unos supuestos daños ocasionados por Ecopetrol S.A. con ocasión de la terminación unilateral del Contrato Adicional número 2 del 20 de febrero de 2013, y ii) que contestó de forma extemporánea la demanda y, por ello, no objetó el juramento estimatorio indicado en la demanda arbitral. Además, destacó que no es cierto que tal juramento constituyera prueba tanto del daño como del monto de los perjuicios alegados, como tampoco lo es que el Tribunal de Arbitramento, al dirimir la controversia, hubiese incurrido en el desconocimiento de sentencias judiciales, vulnerado de esta forma el derecho fundamental al debido proceso.

Aseveró que el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir la controversia no desconoció un precedente judicial sobre el carácter probatorio del juramento estimatorio, pues en el mismo laudo se hace referencia a la inconformidad que ahora plantea Serviport S.A., consistente en que el juramento estimatorio constituye prueba tanto del daño como del monto, para lo cual citó como desatendida la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013.

Precisó que los árbitros expusieron en el laudo que Serviport S.A. no probó el daño cuya reparación pretendía y con ello desatendió la carga probatoria que le correspondía, conforme con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso. Además, señaló que el Tribunal Arbitral no desconoció el precedente judicial, sino que determinó que no contaba con los medios de prueba suficientes para declarar el daño, que es uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad.

Acotó que en el caso de Serviport S.A. solo se allegaron pruebas documentales que dan cuenta del desarrollo contractual, pero ninguna tendiente a demostrar el daño alegado en la demanda, razón por la cual aportó un peritazgo financiero después de haberse interpuesto la demanda y de vencidas las oportunidades para presentar pruebas.

Manifestó que aunque la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, “[...] haya afirmado que basta con la palabra de una persona, dada bajo la gravedad del juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía [...]”, lo cierto es que tal afirmación es un *obiter dicta* y anotó que “[...] **es incuestionable que dicho aparte configura un error semántico de inclusión en el texto, porque no es posible bajo ningún régimen que el juramento pruebe el daño, si aquel no resulta acreditado no es posible atender favorablemente las pretensiones condenatorias de ningún proceso pues sería tan grave como admitir una prueba inconducente [...]**” (negritas fuera de texto).

Puntualizó que lo explicado se desprende con claridad del texto del artículo 206 del Código General del Proceso, norma en la que claramente se establece que el juramento hará prueba del “[...] monto [...]” de la indemnización y que cuando “[...] se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios [...]” también habrá lugar a una sanción, dejando establecido, sin lugar a equívocos, que no es prueba del daño y que es deber de la autoridad judicial, tal como lo preceptúa el artículo 176 del Código General del Proceso, apreciar las pruebas en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia y validez de ciertos actos.

Destacó que quien pretenda el reconocimiento y el consecuente pago de una indemnización de carácter judicial, tiene la carga de aportar los elementos probatorios mínimos que demuestren la asunción del daño emergente reclamado y la posible pérdida justificada del lucro cesante.

Citó, como apoyo a su argumentación, la sentencia de 16 de noviembre de 2016, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el proceso radicado bajo el número SP 16575-2016 (47616) en la que se precisó lo siguiente: “[...] *el juramento estimatorio no es prueba suficiente del daño, pues solo constituye un estimativo de su cuantía, que debe estar acompañado de prueba sumaria de la existencia de los bienes que se valúan para adquirir un costo suasorio [...]*”.

Con fundamento en la providencia judicial citada, concluyó que el hecho consistente en que en la demanda se incluya el juramento estimatorio como medio de prueba, no releva a la parte que pretende un resarcimiento de allegar todos los elementos de prueba suficientes encaminados a demostrar el detrimento patrimonial; deber al cual faltó Serviport S.A., tal como lo expuso el Tribunal de Arbitramento en su decisión.

En cuanto al defecto sustantivo alegado por Serviport S.A. asociado al desconocimiento de la jurisprudencia aplicable que niega la posibilidad de pactar cláusulas de terminación unilateral, reiteró que, tal como se expuso en el laudo arbitral, no se está ante un contrato estatal en el que esté prohibido el pacto de tales cláusulas, pues Ecopetrol S.A. se rige por normas de derecho privado y, por tanto, dicha prohibición no le es aplicable.

Finalmente, arguyó que las declaraciones y peticiones de Serviport S.A. desarrolladas en el escrito de tutela, están encaminadas a que se concluya que el laudo proferido por los árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá designados por las partes, no fue proferido en derecho, al desconocerse, supuestamente, que el juramento estimatorio prueba tanto el daño como su monto; todo ello para indicar que frente a tal eventualidad procede el recurso de anulación previsto en el numeral 7º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, el cual no se ha interpuesto, norma que dispone que será objeto de anulación el laudo cuando se haya fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho.

VI. CUESTIÓN PREVIA

El Consejero de Estado, doctor **Oswaldo Giraldo López** manifiesta estar incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 5º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, en consideración a que tiene “[...] *una amistad íntima con el abogado Emilio José Archila Peñalosa, quien integró el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo censurado por el demandante [...]*”.

Al respecto, la Sala recuerda que los impedimentos y las recusaciones establecidas en la ley son mecanismos jurídicos que buscan garantizar que las decisiones adoptadas por los administradores judiciales estén enmarcadas dentro de los principios de imparcialidad, independencia y transparencia.

Estas instituciones procesales tienen su fundamento constitucional en el derecho al debido proceso, pues el trámite judicial adelantado por un juez subjetivamente incompetente, no puede entenderse desarrollado bajo el amparo de la presunción de imparcialidad a la cual se llega sólo en cuanto sea posible garantizar que el funcionario judicial procede y juzga con absoluta rectitud; esto es, apartado de designios anticipados o prevenciones que, al margen del análisis estrictamente probatorio y legal, puedan favorecer o perjudicar a una de las partes.

En el *sub lite*, el doctor **Oswaldo Giraldo López** fundamenta su impedimento en el mencionado numeral 5º del artículo 56 *ibídem*, aplicable por remisión del artículo 39 del Decreto Ley 2591 de 1991, que al tenor indica:

[...] Artículo 56. Causales de impedimento. Son causales de impedimento:

[...]

5. Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial [...]”.

En relación con esta causal de impedimento, la Sala recuerda que esta Corporación ha sostenido que la existencia de la amistad estrecha entre el Juez y alguna de las partes, su representante o apoderado, es una manifestación que

tiene un nivel de credibilidad que se funda en aquello que expresa el operador judicial, pues no es jurídicamente posible comprobar los niveles de amistad íntima que un funcionario pueda llegar a sentir por otra persona, tal y como se observa a continuación³⁻⁴:

*“[...] esta Corporación ha dicho que la existencia de la amistad estrecha o de la enemistad grave entre el Juez y alguna de las partes, su representante o apoderado, **es una manifestación que tiene un nivel de credibilidad que se funda en aquello que expresa el operador judicial, pues no es jurídicamente posible, comprobar los niveles de amistad íntima o enemistad grave que un funcionario pueda llegar a sentir por otra persona.** Lo anterior, debido a que tales situaciones se conocen y trascienden el ámbito subjetivo, cuando el Juzgador mediante su afirmación la pone de presente para su examen, sin que sea del caso que su amigo o enemigo, lo ratifique.*

Entonces, procede que se acepte el impedimento manifestado comoquiera que está acreditado que la acción de nulidad electoral se dirige contra la señora Flora Perdomo Andrade, en su condición de demandada, respecto de quien el Consejero integrante de esta Sección afirma tener una “especial amistad”, circunstancia que podría afectar su imparcialidad [...]”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala observa que la acción de tutela presentada por la **Sociedad Colombiana de Servicios Portuarios S.A. – Serviport S.A.**, se dirige en contra de lo decidido en los ordinales cuarto⁵ y quinto⁶ de la parte resolutive del laudo arbitral de 18 de diciembre de 2017, proferido por el **Tribunal de Arbitramento** integrado, entre otros, por el doctor **Emilio José Archila Peñalosa**, con quien el doctor **Oswaldo Giraldo López** señala tener una amistad íntima.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, Providencia de 17 de julio de 2014. Rad.: 2014 – 00022. Consejera Ponente: doctora Susana Buitrago Valencia.

⁴ En este mismo sentido se ha precisado que *“[...] la sola manifestación de la amistad íntima o enemistad grave entre el Juez y alguna de las partes, su representante o apoderado, por tratarse de una causal subjetiva, es suficiente para que la misma se configure [...]”.* Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Providencia de 26 de enero de 2016. Rad.: 2015 – 02504. Consejero Ponente: doctor Guillermo Sánchez Luque.

⁵ *“[...] Negar las demás pretensiones declarativas de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia [...]”.*

⁶ *“[...] Negar las pretensiones de condena planteadas en la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia [...]”.*

Así las cosas, resulta procedente declarar fundado el impedimento formulado por el Consejero de Estado, al encontrarse acreditado el supuesto consagrado en el numeral 5º del artículo 56 *ibídem*, dado que el aludido vínculo de amistad íntima se encuentra acreditado.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

VII.1. Competencia

Esta Sala, de conformidad lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991⁷ y en el artículo 2.2.3.1.1.1 numeral 9º del Decreto número 1983 de 2017⁸, es competente para decidir la acción de tutela de la referencia promovida por la sociedad **Serviport S.A.** en contra del Tribunal de Arbitramento integrado por los doctores **Jorge Suescún Melo**, **Ernesto Rengifo García** y **Emilio José Archila Peñalosa**, por haber incurrido en los defectos de desconocimiento del precedente, fáctico y sustantivo al proferir el laudo arbitral de 18 de diciembre de 2017 y denegar, en los ordinales cuarto y quinto de la parte resolutive, las pretensiones 1.5, 1.6, 2.1, 2.2 y 2.3 de la demanda arbitral.

VII.2. Problema Jurídico

A la Sala le corresponde establecer: i) si la acción de tutela presentada por Serviport S.A. cumple con los requisitos generales de procedibilidad. Y, en caso afirmativo; ii) si el referido Tribunal de Arbitramento vulneró a Serviport S.A. el derecho fundamental al debido proceso por haber incurrido en los defectos de desconocimiento del precedente, fáctico y sustantivo al proferir el laudo arbitral de 18 de diciembre de 2017 y denegar, en los ordinales cuarto y quinto de la parte resolutive, las pretensiones 1.5, 1.6, 2.1, 2.2 y 2.3 de la demanda arbitral.

⁷ "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

⁸ "Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela".

Con el fin de resolver estos problemas jurídicos se efectuarán previamente algunos planteamientos en relación: i) con la procedencia de la acción de tutela en contra de laudos arbitrales; ii) con los requisitos de procedencia de la acción de tutela presentada en contra de providencias judiciales, procediendo posteriormente a iii) resolver el caso concreto adentrándose al fondo del asunto siempre y cuando se satisfagan los requisitos generales.

VII.3. Procedencia de la acción de tutela en contra de laudos arbitrales

La Sección Primera del Consejo de Estado ya se ha referido a este tema enfatizando, en consonancia con la Corte Constitucional⁹, que la acción de tutela procede en contra de laudos arbitrales dado que los mismos son asimilables a providencias judiciales. Dicha asimilación en la actuación adquiere la categoría de equivalencia, en la Ley 1563 de 2012, *“por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional”*, señala en su artículo 1º que *“[...] el laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje [...]”*.

VII.4. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Requisitos generales y especiales de procedibilidad

En sentencia de 31 de julio de 2012¹⁰, la Sala Plena del Consejo de Estado cambió su postura inicial y decidió asumir el estudio de fondo de las acciones de tutela dirigidas en contra de providencias judiciales violatorias de derechos fundamentales siguiendo los lineamientos dispuestos por la Corte Constitucional y su propia jurisprudencia.

⁹ Ver entre otras las siguientes decisiones: Sentencia SU 556 de 2016. Magistrada Ponente: doctor María Victoria Calle Correa; Sentencia T-430 de 2016. Magistrado Ponente: doctor Luis Guillermo Guerrero Pérez; Sentencia T-186 de 2015. Magistrado Ponente: doctor Luis Guillermo Guerrero Pérez; Sentencia SU-500 de 2015. Magistrado Ponente: doctor Luis Guillermo Guerrero Pérez; Sentencia T-288 de 2013. Magistrado Ponente: doctor Jorge Ignacio Petelt Chaljub; Sentencia T-455 de 2012. Magistrado Ponente: doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-055 de 2014, Magistrado Ponente: doctor Alberto Rojas Ríos.

¹⁰ Radicación: 2009-01328-01(IJ). Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González.

Ahora bien, la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, estableció los siguientes presupuestos generales y especiales para que proceda la acción de tutela en contra de decisiones judiciales:

Como **requisitos generales de procedibilidad** fijó: **i)** la relevancia constitucional del asunto; **ii)** el agotamiento de todos los medios de defensa judicial, salvo la existencia de un perjuicio irremediable; **iii)** el cumplimiento del principio de inmediatez; **iv)** si se trata de una irregularidad procesal, que ésta tenga efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; **v)** la identificación clara de los hechos causantes de vulneración y su alegación en el proceso, y **vi)** que la acción no se dirija contra un fallo de tutela, salvo las excepciones previstas en la sentencia SU-627 de 2015.

Como **requisitos especiales** de procedencia del amparo, y que permiten al juez constitucional dejar sin efectos una providencia judicial¹¹, la sentencia C-590 de 2005 estableció la existencia de los siguientes defectos: orgánico, procedimental absoluto, fáctico, material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución¹².

De lo expuesto, la Sala advierte que, cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la

¹¹ Sentencia T-619 de 2009, Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

¹² **Defecto orgánico**, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de jurisdicción o competencia para ello.

Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el juez actuó al margen del procedimiento establecido.

Defecto fáctico, que surge cuando la providencia judicial carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, valora erradamente los elementos de juicio; o da por demostrada una situación fáctica sin existir evidencia probatoria de la misma.

Defecto material o sustantivo, existe cuando las decisiones se fundamentan en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.

Error inducido, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por las partes o intervinientes y ese engaño lo llevó a tomar una determinación que afecta derechos fundamentales.

Decisión sin motivación, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no expone los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión adoptada en la parte resolutive de la providencia judicial.

Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario desconoce o limita el alcance dado por esta Corte Constitucional a una disposición constitucional o derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

Violación directa de la Constitución, que se presenta cuando la actuación de la autoridad se opone de manera directa a las normas establecidas en la Constitución Política.

vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial, en primer lugar, debe verificar la presencia de los requisitos generales y, en segundo lugar, le corresponde examinar si en el caso objeto de análisis se configura uno de los defectos ya explicados, permitiéndole de esta manera “*dejar sin efecto o modular la decisión*”¹³ que se encaje en dichos parámetros.

Se trata, entonces, de una rigurosa constatación de los presupuestos de procedibilidad, por cuanto resulta a todas luces necesario evitar que este instrumento excepcional se convierta en una manera de desconocer principios y valores constitucionales tales como los de cosa juzgada, debido proceso, seguridad jurídica e independencia judicial que gobiernan todo proceso jurisdiccional.

El criterio expuesto fue reiterado en pronunciamiento de la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014, radicado: 11001-03-15-000-2012-02201-01¹⁴.

VII.5. Análisis de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela

La Sala encuentra que el actor solicita la protección del derecho fundamental al debido proceso con ocasión de puntuales reparos derivados de la terminación unilateral de un contrato que involucran aspectos económicos, ii) la acción de tutela se presentó dentro de un término razonable, pues entre el 18 de diciembre de 2017, fecha del laudo arbitral; el 1º de febrero de 2018, fecha del auto que resuelve sobre la solicitud de complementación y aclaración del laudo arbitral, y la presentación de la acción de tutela el 8 de marzo de 2018, no pasaron más de seis meses; iv) la situación que generó la eventual vulneración de los derechos fundamentales fue debidamente puntualizada en el escrito de tutela y v) la providencia cuestionada no se profirió en el trámite de una acción de tutela.

13 Corte Constitucional. Sentencia T- 225 del 23 de marzo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

14 Consejero Ponente, Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Ahora bien, en cuanto a la subsidiariedad cabe recordar que la Ley 1563 de 2012, “[...] Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones [...]”, en su artículo 40 dispone que en contra del laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación que deberá interponerse debidamente sustentado dentro de los treinta días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición.

Por su parte, el artículo 41, *ibídem*, precisa como causales de anulación las siguientes:

[...] 1. La inexistencia, invalidez absoluta o inoportunidad del pacto arbitral.

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

3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.

4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.

5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiere tener incidencia en la decisión.

6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.

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

8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.

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.

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.

La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término [...]”.

En la demanda de tutela no se pone de presente que se hubiere interpuesto el recurso de anulación; sin embargo, se advierte, que las causales que habilitan su ejercicio son de naturaleza procesal y los reparos alegados por la parte actora constituyen aspectos sustanciales de la controversia. Además, la parte accionante no alega la configuración de la situación fáctica descrita en el numeral 7º de la norma trascrita, consistente en haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, que podría entenderse como de naturaleza sustancial.

Ahora bien y en lo relacionado con el recurso extraordinario de revisión¹⁵, la Sala advierte que tampoco resulta procedente por cuanto no se presentan los presupuestos para la procedencia de las causales establecidas para tal fin¹⁶.

¹⁵ Ley 1563 de 2012. Artículo 45. “[...] Recurso de revisión. Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso). Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda [...]”.

¹⁶ Código General del Proceso. Artículo 355. “[...] Causales. Son causales de revisión 1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida. 3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas. 4. Haberse fundado la sentencia en dictamen de perito condenado penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba. 5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida. 6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente. 7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad. 8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso. 9. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso

VII.6. Análisis de los requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela

La parte actora le atribuye al Tribunal de Arbitramento la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso por dos razones, a saber: (i) se desconoció que el juramento estimatorio es un medio de prueba para acreditar no solo el monto del daño sino el daño en sí mismo considerado, por lo que se inaplicó los precedentes judiciales relacionados con la materia y se incurrió en un defecto fáctico y; (ii) se desconoció y se inaplicaron las sentencias del Consejo de Estado que proscriben la posibilidad de que en los contratos estatales se pacten cláusulas de terminación unilateral *ad nutum*, como la contenida en la cláusula 6.2 del contrato número 5206589, por lo que se incurrió en un defecto sustantivo.

VII.6.1. El presunto desconocimiento del alcance del juramento estimatorio

La accionante alegó el **desconocimiento del precedente judicial** vigente al momento de resolver en el laudo arbitral las pretensiones 1.5, 2.1, 2.2, y 2.3 de la demanda, precedente conforme al cual el juramento estimatorio es un medio de prueba para acreditar no solo el monto del daño sino el daño mismo, tal como lo prevé la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013.

Asimismo, que se **inaplicó las sentencias** de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de: i) 28 de abril de 2017, expediente 13001-22-13-000-2017-00059-01 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, ii) 27 de abril de 2017, expediente 41001-22-14-000-2017-00061-01 M.P. Álvaro Fernando García Restrepo; y iii) 14 de diciembre de 2015, expediente 68001-22-13-000-2015-00532-01 M.P. Margarita Cabello Blanco.

Finalmente, que el Tribunal de Arbitramento al motivar el laudo de 18 de diciembre de 2017 también **desatendió las sentencias** T-082 de 2011, T-455 de 2012 y T-775

en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo, no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada [...]”.

de 2014, proferidas por la Corte Constitucional y que se refieren a la obligatoriedad del precedente judicial.

De otra parte, argumentó la existencia de un **defecto fáctico** en el laudo arbitral, al momento de las pretensiones 1.5, 2.1, 2.2 y 2.3 de Serviport S.A., en tanto desconoció el contenido del juramento estimatorio efectuado en la demanda y el valor probatorio de dicho juramento para acreditar no solo el monto del daño sino el daño en sí mismo considerado.

VII.6.1.1. Defecto por desconocimiento del precedente judicial

Se entiende por precedente, la sentencia o el conjunto de sentencias proferidas con anterioridad al asunto que debe resolverse, que presentan similitudes con un caso nuevo materia de escrutinio en relación con: i) patrones fácticos y ii) problemas jurídicos, y en las que en su *ratio decidendi* se ha fijado una regla general para resolver la controversia, que también sirve para solucionar el nuevo caso.

Hace distinción entre el precedente horizontal y el vertical teniendo en cuenta la autoridad que profiere la providencia, para explicar que el primero hace referencia a aquellas sentencias fijadas por las autoridades de la misma jerarquía o por el mismo operador judicial, y el segundo se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar la jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción. Un juez individual o colegiado no puede separarse, sin una explicación suficientemente sustentada, del precedente fijado en sus propias sentencias, ni tampoco del establecido por las autoridades superiores, específicamente del emanado de las Altas Cortes.

De una forma más específica sostiene que el desconocimiento del precedente tiene dos modalidades a saber: i) **como causal autónoma contra providencia judicial cuando se trata de precedente constitucional**, y ii) **como defecto sustantivo por desconocimiento del precedente, la cual se configura cuando la autoridad jurisdiccional se aparta del precedente horizontal o vertical** sin justificación

suficiente, lo cual conduce a concluir que la providencia adolece de un defecto sustantivo.

En la sentencia T-309 de 22 de mayo de 2015, la Corte Constitucional precisa que el precedente constitucional puede llegar a desconocerse cuando: i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de control de constitucionalidad, ii) se contraría la *ratio decidendi* de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente, la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, o iii) se desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada, o iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela.

En síntesis, según la Corte Constitucional, para determinar si una sentencia constituye precedente aplicable se deben satisfacer los siguientes requisitos: i) que los hechos relevantes del caso se asemejen a los del caso a decidir, ii) que la regla de la decisión fijada en la providencia que se invoca como precedente se mantenga vigente, esto es, que no haya variado o evolucionado en otra sentencia más específica, y iii) que la consecuencia jurídica del caso resulte aplicable al caso actual.

En el *sub lite*, y como se precisó líneas atrás, la sociedad Serviport S.A. plantea que el Tribunal de Arbitramento al resolver las pretensiones 1.5¹⁷, 2.1¹⁸, 2.2¹⁹ y 2.3²⁰ de la demanda incurrió en el **desconocimiento de las sentencia C-157 de 2013**, en la

¹⁷ 1.5. Que, en consecuencia, se declare que ECOPETROL es responsable por los daños que, a título de daño emergente y lucro cesante, ha causado y causará a SERVIPORT por la terminación del Contrato Adicional N° 2.

¹⁸ 2.1. Que se condene a ECOPETROL S.A. a pagar a SERVIPORT S.A. todos los daños y perjuicios que, a título de daño emergente y lucro cesante, resulten demostrados en el proceso y que sean consecuencia de la prosperidad de las pretensiones anteriores.

¹⁹ 2.2. Que las sumas que resulten en el laudo arbitral en favor de SERVIPORT se actualicen debidamente con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE, desde el mes de febrero de 2016 hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral.

²⁰ 2.3. Que respecto de cualquier suma que resulte en el laudo arbitral en favor de SERVIPORT, se decreten, a partir de la ejecutoria del mismo, los intereses moratorios de la ley, con independencia de la interposición del recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda.

que la Corte Constitucional precisó que el juramento estimatorio es un medio de prueba para acreditar no solo el monto del daño sino el daño en sí mismo considerado. Asimismo, el actor indicó que se inaplicaron las decisiones contenidas en las sentencias **T-082 de 2011, T-455 de 2012 y T-775 de 2014, también proferidas por la Corte Constitucional**, las cuales se refieren a la obligatoriedad del precedente judicial.

En este contexto, la Sala hará referencia: (i) al juramento estimatorio y su regulación en el ordenamiento jurídico y; (ii) a las decisiones a fin de determinar el alcance y aplicación de las mismas en el caso concreto bajo estudio, con miras a establecer si se configuró el defecto por desconocimiento del precedente constitucional, así como el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente.

(i) El juramento estimatorio y su regulación en el ordenamiento jurídico

El ordenamiento jurídico procesal en Colombia consagra el juramento como uno de los medios de prueba, cuya finalidad se relaciona con la definición de una obligación o como instrumento en el esclarecimiento de hechos controvertidos²¹.

En nuestra legislación se distinguen dos (2) tipos de juramentos: el estimatorio que *“[...] ocurre cuando una parte o la ley defiere a la declaración juramentada de la otra (lo atinente) a la existencia o las modalidades de uno o varios hechos discutidos en el proceso [...]”* y el decisorio que *“[...] se presenta cuando la ley acepta como prueba el juramento de la parte beneficiada por tal acto, para fijar el monto o valor de una prestación exigida al adversario u otra circunstancia que debe ser objeto del proceso, mientras esta no pruebe lo contrario [...]”*²²

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-472 de 1995. Magistrado Ponente: doctor Antonio Barrera Carbonell.

²² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo II. Sexta edición. Editorial Temis. Bogotá, 2012. Pág. 2

En lo atinente al juramento estimatorio, debe recordarse que se trata de una prueba arraigada en nuestro sistema procesal desde el Código Judicial²³ (Ley 105 de 1931)²⁴, siendo éste el primer antecedente de su regulación legal²⁵.

En este sentido, se observa que el artículo 625 *ibídem* establecía que “[...] *la declaración jurada de una parte, cuando la ley autoriza a ésta para estimar, en dinero, el derecho demandado proveniente de perjuicios u otra causa, hace fe mientras esa estimación no se regule en articulación suscitada a pedimento de la otra parte en cualquier estado del juicio, antes de fallar [...]*”.

El Decreto 1400 de 1970²⁶ consagraba el juramento estimatorio en el artículo 211, el cual disponía que “[...] *el juramento de una parte cuando la ley la autoriza para estimar en dinero el derecho demandado, hará prueba de dicho valor mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que lo admita o en el especial que la ley señale; el juez de oficio podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión [...]*”. Igualmente, imponía una multa cuando la cantidad estimada superara el doble de la que resultare de la regulación.

Por su parte, la Ley 1395 de 2010²⁷ modificó la anterior disposición, de manera que el juramento estimatorio procedía cuando se pretendía el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras. Además, se le dio valor probatorio cuando no era objetado, y se facultó al juez para que ordenara la regulación cuando consideraba que era notoriamente injusta o sospechara fraude o colusión. La norma era del siguiente tenor:

[...] ARTÍCULO 211. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su

²³ FORERO SILVA, Jorge. El juramento estimatorio como medio de prueba de la cuantía reclamada. En *Ámbito Jurídico*. Publicación del día 17 de abril del 2013.

²⁴ Sobre organización judicial y procedimiento civil.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2016. Magistrado Ponente: doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁶ Código de Procedimiento Civil – CPC.

²⁷ Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.

cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.

Si la cantidad estimada excediere del treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia [...].”

La Ley 1564 de 2012²⁸⁻²⁹ recogió este medio de prueba en su artículo 206, en el sentido de precisar que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos, e indicando que dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El artículo 206 dispone lo siguiente:

*“[...] Artículo 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. **Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo.** Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta

²⁸ Código General del Proceso – CGP.

²⁹ La exposición de motivos del Código General del Proceso señala como una de las principales reformas la del juramento estimatorio, en el sentido de ser un instrumento para valorar las pretensiones con las consecuencias procesales que ello acarrea.

por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

PARÁGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte [...]” (negritas fuera de texto).

En relación con el trámite legislativo del juramento estimatorio y con las diferentes ponencias para su consagración en el Código General del Proceso, la Corte Constitucional³⁰ sostuvo lo siguiente:

*“[...] La ponencia para primer debate del proyecto de ley número 196 de 2011 Cámara destaca que el Código General del Proceso fortalece **la figura del juramento estimatorio** y establece una primera redacción del artículo demandado **en la cual se consideraba como prueba, y se establecía el procedimiento para su objeción**, se permitía al juez*

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2016. Magistrado Ponente: doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

ordenar de oficio la regulación cuando considerara que existe fraude o colusión y se imponía una sanción del diez por ciento de la regulación en caso de que la suma estimada excediere en el treinta por ciento la que resulte en la regulación:

“Artículo 206. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.

4.3.2.4. Como puede apreciarse esta redacción es muy similar a la consagrada en el artículo 10 de la ley 1395 de 2010 con algunas modificaciones y adiciones como el establecimiento de un plazo y un procedimiento para la realización de objeciones al juramento estimatorio.

4.3.2.5. La ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley Número 196 de 2011 Cámara volvió a destacar el fortalecimiento del juramento estimatorio e introdujo varias modificaciones al artículo 206, tales como la obligación de discriminar los conceptos de la estimación, la adición de un inciso con el objeto de evitar posibles maniobras que conllevan a evadir o eludir el pago de dicho arancel con base en el cálculo real de las pretensiones y de un inciso final que establece una excepción cuando el demandante haga el juramento estimatorio de daños inmateriales con fundamento en la jurisprudencia vigente al momento de presentar la demanda, modificaciones que son explicadas detalladamente en la ponencia:

“Artículo 206. Juramento estimatorio. Se Introducen varias modificaciones importantes en la norma. En primer lugar, se indica en el inciso primero que el juramento estimatorio deberá hacerse discriminando cada uno de los conceptos que comprenda.

*En segundo término, dada la estrecha relación de esta disposición con la obligación de pagar el arancel judicial, **ese adiciona un inciso (inciso quinto) que tiene como objetivo evitar posibles maniobras que conlleven a evadir o eludir el pago de dicho arancel con base en el cálculo real de las pretensiones.***

*En este sentido, **se establece que la suma indicada en el juramento estimatorio será la máxima pretendida, sin que le sea posible al juez, en ningún caso, decretar una mayor en la sentencia.***

*Finalmente se introduce un inciso final que establece una excepción a las reglas previstas en el artículo en mención, **cuando el demandante haga el juramento estimatorio de daños inmateriales con fundamento en la jurisprudencia vigente al momento de presentar la demanda.** Con esta medida, se evita atribuirle al demandante sanciones o consecuencias adversas a sus pretensiones derivadas del cambio o evolución de la jurisprudencia.*

Todas estas modificaciones se encuentran en consonancia con las modificaciones que se pretenden establecer al juramento estimatorio regulado hoy en el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, a través del Proyecto de ley número 019 de 2011 Cámara, por la cual se regula un Arancel Judicial y se dictan otras disposiciones”.

4.3.2.6. Estas modificaciones fueron aprobadas posteriormente en la plenaria de la Cámara de representantes, la cual estableció una redacción del artículo 206 del Proyecto muy similar a la que finalmente se consagraría en el Código General del Proceso.

4.3.2.7. La ponencia para primer debate en el Senado de la República explica de manera detallada los objetivos y la regulación del juramento estimatorio en el Código General del Proceso, destacando que permite agilizar la justicia y disuade la interposición de demandas “temerarias” y “fabulosas”:

“La Ley 1395 introdujo nuevamente el juramento estimatorio. Esta institución permite agilizar la justicia y disuade la interposición de demandas “temerarias” y “fabulosas”. El Código General del Proceso establece varias novedades respecto del juramento estimatorio y pretende resolver algunas controversias que se han presentado en torno a su aplicación:

a) *En el Código General del Proceso se adiciona la regla según la cual el juramento se entenderá como el máximo de lo pretendido y por lo tanto el juez no podrá reconocer suma superior a la indicada al juramento.*

No obstante lo anterior, esta limitación no operará cuando los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando el demandado objete la estimación de perjuicios, toda vez que en estos casos el juez podrá fallar con base en lo probado en el proceso. Esto le imprime igualdad a las partes, puesto que en caso de objetar la estimación, el demandado también correrá con el riesgo de que resulte probado en el proceso una suma superior a la estimada en la demanda.

b) *Asimismo el Código General del Proceso establece una nueva oportunidad procesal para objetar el juramento: puede ser objetado por la parte contraria y si así fuere, se le concede un plazo de 5 días a la parte que hizo la estimación para que aporte o solicite pruebas.*

c) *También habrá lugar a la condena en los eventos en que se dé el desistimiento de las pretensiones por no demostración. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

d) ***Finalmente, se establece que en los procesos en los cuales sea obligatorio realizar el juramento estimatorio, este deberá ser incluido en la demanda so pena de su inadmisión. De la misma forma, cuando el juramento debe ser incluido en la contestación de la demanda, la falta del mismo impedirá que está considerada***".

4.3.2.8. En esta ponencia se precisó la redacción de la norma y se realizaron algunos cambios como la ampliación del margen de error requerido para aplicar la sanción por una estimación incorrecta del 30 al 50 por ciento, se aclaró que la limitación impuesta al juez en el sentido de no poder reconocer en la sentencia una suma superior a la pretendida en la demanda no aplica para los perjuicios que se causen con posterioridad a su presentación, se sustituyó la expresión "daños inmateriales" por "daños extrapatrimoniales" y se agregó la sanción contemplada en el párrafo final aplicable cuando las pretensiones fueran desestimadas:

"Artículo 206. Juramento estimatorio. En primer lugar, en el inciso 3° se precisa la redacción sin modificar el sentido de la norma, salvo para una causal genérica de sospecha.

En segundo lugar, teniendo en cuenta las consecuencias negativas que pueden derivarse de la estimación deficiente de las pretensiones prevista en la norma, se optó por ampliar el margen de error requerido para la aplicación de la sanción prevista en el inciso 4°. En este orden de ideas, en lugar de 30%, la diferencia que deberá existir entre las pretensiones y lo otorgado en la demanda deberá ser del 50%.

De otro lado, en el inciso quinto se aclaró que la limitación impuesta al juez en el sentido de no poder reconocer en la sentencia una suma superior a la pretendida en la demanda no aplica para los perjuicios que se causen con posterioridad a su presentación.

La redacción del inciso 6° se simplificó sustancialmente y varió en dos sentidos. Primero, se sustituyó la expresión “daños inmateriales” por “daños extrapatrimoniales” en la medida en que esta última es una categoría más comprensiva y ajustada con la tipología de daños que maneja actualmente la jurisprudencia nacional. Segundo, se eliminó la regla según la cual el juez debía calcular los daños bajo los estándares jurisprudenciales vigentes al momento de la presentación de la demanda por considerarse inconveniente.

Finalmente, se agregó un párrafo que tiene por objeto que la norma también sea aplicada a los casos en los cuales las pretensiones sean desestimadas.

En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas. Es decir, la sanción aplicará también para casos en los que el juramento en sí mismo no es fabuloso sino que son las pretensiones mismas las que son fabulosas. Por ejemplo, en un caso de responsabilidad contractual si el juez decide que nunca hubo contrato. De esta manera, se va más lejos en el objetivo de desestimular la presentación de pretensiones sobrestimadas o temerarias [...]” (negritas fuera de texto).

(ii) El presunto desconocimiento del precedente constitucional

- Sentencia C-157 de 2013, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

La sociedad accionante, como sustento de sus planteamientos, sostiene que el laudo arbitral desestimó el contenido de la **sentencia C-157 de 2013, proferida por**

la Sala Plena de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, en cuya parte motiva se señaló que la estimación razonada que se efectúe de la cuantía de los perjuicios en el juramento estimatorio, constituye un medio de prueba que brinda soporte suficiente para una sentencia de condena en tanto también permite acreditar el daño en sí mismo considerado.

En relación con tal afirmación conviene precisar que en la sentencia de constitucionalidad C-157 de 2003 se indicó que el problema jurídico a resolverse radicaba exclusivamente en “[...] **establecer si el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, que regula el medio de prueba del juramento estimatorio, al prever una sanción equivalente al cinco por ciento del valor pretendido, en el evento de que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios, vulnera el principio de buena fe, constituye una medida excesiva que desconoce el principio de proporcionalidad de la sanción** y, por ende, viola el derecho a acceder a la administración de justicia y el derecho a un debido proceso [...]” (negritas fuera de texto).

Es en este contexto que la Corte Constitucional **declaró la exequibilidad del parágrafo único demandado**, bajo el entendido de que tal sanción –*por falta de demostración de los perjuicios*–, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido negligente.

En igual sentido, la Sala resalta que en la sentencia C-157 de 2013 se fijó como regla jurídica de la decisión la atinente a que “[...] **si bien el legislador goza de una amplia libertad para configurar los procedimientos, no puede prever sanciones para una persona, a partir de un resultado, como el de que se nieguen las pretensiones por no haber demostrado los perjuicios, cuya causa sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado** [...]”.

Es de resaltarse que tal decisión la Corte Constitucional tuvo en cuenta las siguientes consideraciones: i) que la finalidad de desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias resulta acorde con el ordenamiento

constitucional; ii) que la norma es potencialmente adecuada para cumplir dicha finalidad; y iii) que sólo en uno de los escenarios hipotéticos planteados –en el de que la causa de no satisfacer la carga de la prueba sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado-, la sanción resulta excesiva o desproporcionada frente al principio de la buena fe y a los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso.

De otra parte, la Sala considera pertinente advertir que la Corte Constitucional, al referirse al alcance de la figura jurídica del juramento estimatorio, señaló que le corresponde a la parte actora estimar de manera razonada la cuantía de los perjuicios sufridos, bajo la gravedad del juramento, y que se “[...] *reconoce a esta estimación como un medio de prueba que, de no ser objetada, también de manera razonada, o de no mediar una notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena [...]*”.

Ahora bien, es un hecho cierto que la referida sentencia sostuvo que “[...] ***bastaba con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía [...]***”; sin embargo, también es una realidad que tal consideración fue un argumento en el que no se fundamentó la conclusión y decisión de la sentencia, lo que conduce a afirmar que el mismo carece, por ende, de fuerza normativa³¹.

Al respecto, la Sala recuerda que las decisiones que dicta la Corte Constitucional con ocasión de las demandas presentadas en ejercicio de la acción pública de control de constitucionalidad o de control previo de constitucionalidad tienen como efecto el que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional³².

³¹ La Corte Constitucional ha precisado que en toda sentencia deben distinguirse tres componentes: “[...] (i) *la parte resolutive o decisum, en la que se dictan las normas particulares que vinculan a las partes del proceso, y constituyen la solución al problema analizado; (ii) la ratio decidendi, compuesta por las consideraciones (razones) necesarias para sostener la decisión adoptada, y (iii) los obiter dicta, argumentos de contexto y complementarios que no son lógicamente imprescindibles para soportar la conclusión normativa de la sentencia. Solo el segundo componente, la ratio decidendi posee fuerza de precedente [...]*”. Corte Constitucional. Sentencia T- 775 de 2014. Magistrado Ponente: doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

³² Artículo 243 de la Constitución Política. Artículo 243. “[...] *Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo,*

De allí que el Decreto 2067 de 4 de septiembre de 1991³³, en relación con los efectos de las decisiones adoptadas en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, preceptúa lo siguiente:

*[...] Artículo 21. **Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.***

[...]

*Artículo 23. La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, **mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar para las autoridades y corrige la jurisprudencia.***

Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explícitas en la sentencia [...]” (negritas fuera de texto).

Del alcance de estas decisiones igualmente se ocupa la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, - Ley 270 de 7 de marzo de 1996 – que, en el artículo 48, dispone lo siguiente:

*[...] Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. **Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:***

*1. **Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***

mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución [...]”.

³³ “Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. **Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces [...]** (negrillas fuera de texto).

La Corte Constitucional, al efectuar el control previo de constitucionalidad de esta disposición estatutaria, en la sentencia C-037 de 2006 hizo varias precisiones respecto del carácter vinculante de sus sentencias de constitucionalidad, excluyendo de éste efecto a las consideraciones incorporadas en los textos de las sentencias que no fundamentan la decisión adoptada en la parte resolutive (*obiter dicta*). En este sentido señaló³⁴:

[...] Respecto del segundo punto, esto es, de los efectos de los fallos y de la doctrina constitucional, la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional se ha ocupado de estos temas. Esta Corporación ha explicado:

“En el artículo 243 de la Carta se consagra la denominada ‘cosa juzgada constitucional’, en virtud de la cual las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional presentan las siguientes características:

“- Tienen efecto erga omnes y no simplemente inter partes.

“- Por regla general obligan para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto.

“- Como todas las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, no se puede juzgar nuevamente por los mismos motivos sino que el fallo tiene certeza y seguridad jurídica. Sin embargo, a diferencia del resto de los fallos, la cosa juzgada constitucional tiene expreso y directo fundamento constitucional -art. 243 CP-.

“- Las sentencias de la Corte sobre temas de fondo o materiales, tanto de exequibilidad como de inexecuibilidad, tienen una característica especial: no pueden ser nuevamente objeto de controversia. Ello porque la Corte debe confrontar de oficio la norma acusada con toda la Constitución, de conformidad con el artículo 241 superior, el cual le

³⁴ Recogiendo la tesis ya expuesta en la sentencia C-083 de 1995, sobre las restricciones al carácter obligatorio de algunas partes de las sentencias de la Corte Constitucional.

asigna la función de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Carta. Mientras que los fallos por ejemplo del contencioso administrativo que no anulen una norma la dejan vigente pero ella puede ser objeto de futuras nuevas acciones por otros motivos, porque el juez administrativo sólo examina la norma acusada a la luz de los textos invocados en la demanda, sin que le esté dado examinar de oficio otras posibles violaciones, de conformidad con el artículo 175 del código contencioso administrativo (cosa juzgada con la causa petendi).

“- Todos los operadores jurídicos de la República quedan obligados por el efecto de la cosa juzgada material de las sentencias de la Corte Constitucional”.³⁵

En cuanto a la pregunta acerca de qué partes de las sentencias de la Corte hacen tránsito a cosa juzgada, la misma jurisprudencia precisó:

[...] 2. ¿Hace tránsito a la cosa juzgada toda la sentencia de la Corte Constitucional o solamente una parte de ella?

“La Corte responde este nuevo interrogante en el sentido de afirmar que únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada.

“3. ¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?

“La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.

“Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

“Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

“En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la

³⁵ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-131 del 1o de abril de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera obiter dicta.

*“Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues **tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.***

[...]

*De lo dicho, se desprende claramente la exequibilidad de la norma que se revisa, excepto, como antes se ha explicado, las expresiones señaladas en la parte final del numeral 1o. En efecto, **sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional.** En cuanto a **la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive;** en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella [...].” (negritas y subrayado fuera de texto).*

Así, la jurisprudencia constitucional, con apoyo en los artículos 230 y 243 de la Constitución Política, concluyó que las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad de las normas, tiene carácter obligatorio en relación con dos partes; a saber: (i) con la resolutive y (ii) con aquellos apartes de la motivación que guardan relación necesaria e inescindible con aquella, pues son los que constituyen su fundamento esencial.

Por ende, las demás consideraciones, **argumentos o análisis de los cuales no dependa la decisión de exequibilidad o inexequibilidad de la norma sometida a control,** son **criterios auxiliares y no obligatorios** para los tribunales y jueces.

Así las cosas, lo señalado por la Corte en torno a que el juramente estimatorio tiene la potencialidad de probar la existencia de un daño, debe ser considerado como un *obiter dicta*, esto es, como un argumento que no tiene la virtualidad de configurarse en la regla o razón que constituyó la base de la decisión judicial, sino una opinión incidental en la argumentación realizada.

La anterior apreciación resulta armónica con la pacífica doctrina³⁶ y con la reiterada jurisprudencia³⁷ conforme con la cual quien alegue la ocurrencia de un daño, a partir del cual demande su reparación e indemnización, debe demostrarlo plenamente³⁸⁻³⁹.

La Sala recuerda que el daño debe ser cierto, directo, personal y debe haber afectado un interés lícito, el cual debe sea reparado o indemnizado, en la medida de lo posible, de manera integral.

³⁶ DE CUPIS, Adriano, El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona. 1970. Página 540. “[...] tanto en el orden al contenido del daño, como a su existencia, depende de la prueba, cuya carga incumbe la perjudicado [...]”.

³⁷ Ver entre otras las siguientes decisiones: Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 20 de mayo de 2010. Rad: 2001 – 3414. Magistrado Ponente: doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta; Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 22 de octubre de 2015. Rad: 2008 – 00156. Magistrado Ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala; Consejo de Estado. Sentencia de 26 de abril de 2018. Rad: 2007 – 3162. Magistrada Ponente: doctora María Elizabeth García González; Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 31 de mayo de 2016. Rad: 2003 – 00261. Magistrado Ponente: doctor Danilo Rojas Betancourth; Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de 21 de enero de 2013, Rad.: 2002 – 35801. Magistrado Ponente: doctor Fernando Giraldo Gutiérrez.

³⁸ El artículo 167 del Código General del Proceso dispone que “[...] incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [...]”.

³⁹ ROCHA ALVIRA, Antonio. Derecho Probatorio. Universidad Externado de Colombia. 1987. La actividad procesal corresponde al principio de Onus probando, definido de la siguiente forma: “[...] Con esta expresión se quiere indicar la actividad correspondiente a cada una de las partes en la tarea de hacer conocidos del juez los hechos en que se basan sus afirmaciones de la demanda o de la defensa. Son tres las reglas que informan la carga de la prueba, a que no escapa ninguna legislación antigua ni moderna, a saber: *Onus probandi incumbit actori*, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción. *Reus, in excipiendo, fit actor*, o sea que el demandado, cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su turno los hechos en que funda su defensa; y *Actore non probante, reus absolvitur*, es decir que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si éste no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda. [...] En efecto, los hechos constitutivos, los alega el demandante porque crean o generan un derecho a su favor, como su nombre lo indica “constituye” o construyen su derecho. Él debe probarlos. [...] La distribución de la carga de la prueba consagrada en el artículo 1757 del C.C. tiene por fundamento una regla de experiencia universal: el interés o conveniencia de cada una de las partes de sacar avante sus propias afirmaciones. Quien pretenda ser acreedor al cumplimiento o pago de una prestación es el interesado y no el deudor, en hacer conocidos del juez, mediante la prueba pertinente, los hechos base de su pretensión [...]”.

El carácter cierto del daño es una de las condiciones de su existencia, “[...] *debe resaltarse que se opone al daño cierto y no da lugar a declarar la responsabilidad patrimonial, aquel que es eventual, hipotético, estocástico o aleatorio [...]*”⁴⁰.

De manera que bien lo consideró el Tribunal de Arbitramento en el laudo arbitral cuando consideró que “[...] *dentro de los elementos estructurales de la responsabilidad civil se encuentra el daño experimentado por el demandante, correspondiéndole a éste demostrarlo plenamente, lo cual conlleva la necesidad de aportar las evidencias adecuadas para probar que el actor sufrió un detrimento patrimonial generador de un daño emergente (incremento de sus pasivos o disminución de sus activos), o de un lucro cesante (pérdida de las utilidades esperadas) [...]*”.

Sumado a lo anterior, la Sala estima necesario recordar que el juez constitucional no tiene competencia para resolver un conflicto de interpretación del derecho legislado, por cuanto esta cuestión debe ser definida por el juez de la causa. De allí que sólo si la interpretación es jurídicamente imposible (ostensiblemente arbitraria) o si aparece la violación de un derecho fundamental sustantivo y siempre que se cumplan los restantes requisitos de procedibilidad de la acción, podría intervenir el juez constitucional, lo cual, como se observa no se presenta en el caso *sub examine*.

Sobre la configuración de un defecto sustantivo y los poderes del juez de tutela, la Corte Constitucional⁴¹ ha señalado lo siguiente:

*“[...] cuando éste se estructura a partir de la interpretación que el juez ordinario ha dado a la disposición legal, debido a que, **le está vedado al juez constitucional configurar el defecto sustantivo a partir de la elección realizada por el operador judicial, cuando la escogencia se ha efectuado entre interpretaciones constitucionalmente admisibles (...)**”⁴².*

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 22 de octubre de 2015. Rad: 2008 – 00156. Magistrado Ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Providencia de 10 de 2016. Rad.: 2015 – 3158. Consejero ponente: doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez,

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Bogotá, D.C., cinco (05) de febrero de dos mil quince

[...] 3.4. *Indebida interpretación normativa. La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que este defecto **no prospera ante cualquier error interpretativo por parte del Juez Ordinario, sino que dicha falla debe ser arbitraria para que pueda prosperar la solicitud de amparo de tutela.***

De esta forma, la Corte Constitucional ha indicado que:

*“14. Para que pueda entenderse configurada una vía de hecho por interpretación de la ley es necesario que la parte actora **demuestre claramente que existe una ostensible aplicación arbitraria de una norma. Es el grado de la radical arbitrariedad lo que habilita al juez constitucional a intervenir en la causa, pues de otra forma estaría extralimitando sus competencias.** En efecto, como ha sido explicado con antelación y reiterado por la Corte Constitucional, **el juez constitucional no tiene competencia para resolver un conflicto de interpretación del derecho legislado. Esta cuestión debe ser definida por el juez de la causa y finalmente por el órgano de cierre de la respectiva jurisdicción. Sólo si la interpretación es jurídicamente imposible (ostensiblemente arbitraria) o si apareja la violación de un derecho fundamental sustantivo y siempre que se cumplan los restantes requisitos de procedibilidad de la acción, podría intervenir el juez constitucional**”⁴³.*

*“[...] 23. En relación con el defecto sustantivo por interpretación errónea⁴⁴ de las disposiciones jurídicas, debe advertirse que es un supuesto particularmente restringido de procedencia de la tutela por defecto sustantivo. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, **la interpretación de la ley es un campo en el que se manifiestan con especial intensidad los principios de independencia y autonomía judicial. En efecto, al aplicar los textos legales, el juez se enfrenta a diversas posibilidades hermenéuticas, y no corresponde al juez constitucional señalar cuál es la “correcta”, o la más conveniente para la resolución de un caso específico. El funcionario judicial, al administrar justicia, debe estar a salvo de injerencias indebidas que afecten su imparcialidad y la sujeción debida al orden jurídico (artículo 230 C.P.).***

(2015). Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01864-01(AC). Actor: Ministerio de Relaciones Exteriores. Demandado: Consejo de Estado - Sección Quinta

⁴³ Sentencia T-230 de 2007 proferida por la Corte Constitucional.

⁴⁴ En este aparte, la Sala seguirá el esquema expositivo del fallo T-1031 de 2001. En el caso, un miembro de grupos armados al margen de la ley que se hallaba fuera del país, ofreció colaboración a la FGN a cambio de los beneficios previstos por la Ley para este tipo de asuntos. La Fiscalía consideró que no podrían otorgarse tales beneficios sino una vez se entregara a la justicia. La interpretación fue considerada irrazonable, pues no existía norma que prohibiera otorgar los beneficios en las condiciones descritas. La Sala de Revisión recalcó que los jueces son independientes, pero que su independencia no es absoluta. La falta de una razón jurídica para negar una interpretación penal más favorable, fue considerada suficiente para otorgar el amparo.

*Por ese motivo, **solamente interpretaciones irrazonables pueden dar lugar a la intervención de tutela.** Estas, se asocian a la ausencia de correspondencia alguna entre el enunciado objeto de interpretación, y el sentido que el juez le atribuye; el desconocimiento de la interpretación autorizada y decantada por la altas cortes (donde puede dar lugar también al desconocimiento del precedente) para hacer efectivo el principio de igualdad de trato en la aplicación de la ley, los jueces se encuentran ligados a la interpretación dada a las normas jurídicas por los órganos de cierre de cada jurisdicción, a menos de que argumenten de manera suficiente y razonable una posición diferente; y a la elección de opciones hermenéuticas que puedan afectar irrazonable y desproporcionadamente derechos fundamentales de la partes, o terceros con interés en el proceso [...]*⁴⁵.

En suma, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del parágrafo único del artículo 206 del Código General del Proceso, bajo el entendido de que la sanción por la falta de demostración de los perjuicios resulta improcedente cuando tal omisión resulte ajena a la voluntad de la parte, con ello se está reiterando la obligación de acreditarlos por medios distintos al juramento estimatorio, por lo que los argumentos de probidad y buena fe aducidos en la parte motiva del fallo para entender acreditados los perjuicios con el juramento estimatorio pueden considerarse como *obiter dicta* mas no como la razón de la decisión.

En los términos señalados no se configura el desconocimiento del precedente alegado por la parte actora.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto y analizado, la Sala analizará los demás decisiones invocadas como desconocidas por la parte actora, con miras a establecer si respecto de las mismas eventualmente se consagró un evento de desconocimiento del precedente.

- Sentencia T-082 de 15 de febrero de 2011, proferida por la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Mediante esta providencia se revisó la acción de tutela presentada por Clara López Obregón en contra de la sentencia de nulidad electoral proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado mediante la cual se le negaron sus pretensiones.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-120 de 2014.

El fallo revisado fue dictado por la Sección Primera del Consejo de Estado, Corporación Judicial que negó la protección constitucional solicitada al considerar que solo excepcionalmente procedía la acción de tutela contra providencias judiciales cuando éstas vulneraban el derecho fundamental de acceso a la justicia.

La Corte Constitucional confirmó la decisión al establecer que no se atendió el requisito de inmediatez.

Esta sentencia no constituye precedente atendible en tanto no guarda identidad con la situación fáctica tratada en el presente asunto, ni la regla de la decisión adoptada en la misma resulta aplicable en el caso que ahora se estudia, menos aun cuando la providencia solo se refiere de manera general al alcance interpretativo del desconocimiento del precedente sin efectuar valoraciones relacionadas con la obligada observancia de dicho defecto o requisito especial en el caso concreto bajo estudio en tanto previamente se había acreditado su improcedencia por no satisfacer la inmediatez, lo que impidió analizar el fondo de la controversia.

- Sentencia T-455A de 2012, proferida por la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Mediante esta providencia se revisó una acción de tutela presentada en contra de un laudo arbitral y concluyó que el Tribunal de Arbitramento convocado por Producciones Jes Ltda. en contra de la Comisión Nacional de Televisión vulneró el derecho al debido proceso y al derecho a un trato igual por parte de la CNTV, en tanto desatendió el precedente fijado por el Consejo de Estado sobre el acta de liquidación del contrato estatal que se suscribió para concesionar espacios televisivos y al cual renunció la programadora en ejercicio de previsiones legales para ello, debido a que la situación económica había afectado la industria de la televisión. Bajo este entendido, se advierte que la situación fáctica analizada por la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional dista de la que constituyen los hechos esenciales del presente asunto.

- Sentencia T-775 de 2014, proferida por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Mediante esta providencia se revisó una acción de tutela interpuesta en contra de las sentencias proferidas por el Juzgado 6º Adjunto Laboral de Barranquilla y la Sala Tercera de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que no accedieron a las pretensiones presentadas por el demandante contra el municipio de Galapa y de la Institución Educativa María Auxiliadora del mismo ente territorial, consistente en declarar la existencia de un contrato laboral entre las partes y ordenar el pago de las sumas dejadas de percibir, lo cual vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la primacía de la realidad sobre la forma, al mínimo vital y al acceso a la administración de justicia, por desatender el precedente vertical sentado por la Corte Constitucional en la sentencia T-556 de 2011.

En la sentencia T-556 de 2011, la Corte Constitucional recordó los elementos conceptuales que integran el defecto de desconocimiento del precedente judicial y abordó dos problemas jurídicos consistentes en: i) la eventual vulneración de los derechos fundamentales del actor relacionados con la tesis de la primacía de la realidad sobre las formas, la prohibición de explotación laboral y la afectación del mínimo vital, y ii) la eventual violación del derecho a la vivienda digna del actor al intentar desalojarlo de las instalaciones educativas donde vivía. En atención a ello, en la Sentencia T-775 de 2014 solo se aplicó el precedente relacionado con el primer problema jurídico abordado. La situación fáctica expuesta en los fallos citados dista de la narrada en la demanda de amparo que ahora se estudia.

Ahora bien, Serviport S.A. también le atribuye al Tribunal Arbitral haber incurrido en **defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial** vigente al momento de resolver en el laudo arbitral las pretensiones 1.5, 2.1, 2.2 y 2.3 de la demanda, conforme al cual el juramento estimatorio es un medio de prueba para acreditar no solo el monto del daño sino el daño mismo, el cual, según la sociedad actora, se encuentra **fijado en diversas sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia**, a saber:

- Sentencia de tutela STC5647-2017, radicación número 41001-22-14-000-2017-00061-01, de 27 de abril de 2017, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Álvaro Fernando García Restrepo.

Mediante dicha providencia se resolvió el caso del señor Luis Alberto Oviedo Galicia, quien mediante el proceso verbal de resolución de contrato solicitó que se declarara disuelto, por mutuo disenso tácito, el contrato de compraventa suscrito con Nelson Céspedes Polo respecto de un apartamento situado en el municipio de Garzón, Huila, y que como consecuencia de la prosperidad de tal pretensión, se le restituyera el inmueble y los frutos civiles.

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Garzón, Huila, mediante sentencia de 22 de septiembre de 2016, acogió la pretensión y tal decisión fue revocada el 9 de febrero de 2016 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Garzón, despacho que negó el reconocimiento de los frutos civiles por no haberse acreditado, lo cual, en su opinión, quebrantó sus derechos fundamentales pues en la demanda manifestó bajo la gravedad del juramento la cuantía de los frutos civiles, de conformidad con lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso.

En contra de tal decisión se interpuso acción de tutela y la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva concedió el amparo al considerar que “[...] que el funcionario accionado redujo el valor probatorio que el ordenamiento legal entrega al juramento estimatorio que no fuera objetado por la contraparte en el desarrollo de un proceso judicial, excluyó injustificadamente la prueba referida del análisis que precedió la sentencia, yendo en contra de la evidencia probatoria [...]”.

Impugnado el fallo de tutela de primera instancia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, lo confirmó. Sin embargo, es claro que la citada decisión no constituye precedente aplicable al caso que nos ocupa, por cuanto en la misma se analizaron las objeciones al juramento estimatorio y las pruebas del daño que fueran excluidas injustificadamente, circunstancias puntuales que difieren de la situación fáctica del caso cuyo estudio ahora ocupa a esta Sala.

- Sentencia de tutela STC5797, radicación número 13001-22-13-000-2017-00059-01, de 28 de abril de 2017, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona.

Mediante dicho fallo se resolvió el caso del señor Manrique Herrera Nieto, quien presentó acción de tutela en contra de los Juzgados Primero Civil Municipal y Primero Civil del Circuito de Cartagena, Bolívar, despachos judiciales que decidieron un proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual adelantado en contra de Comcel S.A., encaminado a lograr la indemnización de los perjuicios causados en razón a un contrato a través del cual, supuestamente, se efectuó la compra de cinco líneas telefónicas con sus respectivos equipos, debiendo cancelar la suma de \$5.471.1444,86 documento en el cual se impuso una firma que no correspondía a la suya, tal como fue comprobado por la Fiscalía General de la Nación.

En primera instancia el Tribunal Superior de Bolívar negó la tutela porque no encontró arbitrariedad en la gestión de los funcionarios querellados. El accionante impugnó y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia de 28 de abril de 2017, puso de presente que el juzgador soslayó el juramento estimatorio efectuado en la demanda, catalogado por la ley y la jurisprudencia como medio probatorio. Resaltó que tal manifestación tenía la virtualidad de erigirse como elemento de convicción para acreditar tanto los perjuicios como su monto, pues no fue objetado por la parte pasiva, quien no contestó la demanda. En dicho fallo se hizo referencia a la sentencia C-157 de 2013, proferida por la Corte Constitucional, subrayando la consideración efectuada en relación con el juramento estimatorio consistente en que *"[...] basta con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía [...]"*.

Al respecto cabe reiterar lo expresado por la Sala cuando se refirió al desconocimiento del precedente contenido en la sentencia C-157 de 2013, en el sentido de reiterar que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del parágrafo único del artículo 206 del Código General del Proceso, bajo el entendido de que la

sanción por la falta de demostración de los perjuicios resulta improcedente cuando tal omisión resulte ajena a la voluntad de la parte, por lo que los argumentos de probidad y buena fe aducidos en la parte motiva del fallo para entender acreditados los perjuicios con el juramento estimatorio pueden considerarse como *obiter dicta* mas no como la razón de la decisión.

Por tanto, la sentencia de tutela STC5797, radicación número 13001-22-13-000-2017-00059-01, de 28 de abril de 2017, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, no constituye precedente aplicable al caso que nos ocupa.

- Sentencia de tutela STC17100-2015, radicación número 68001-22-13-000-2015-00532-01, de 14 de diciembre de 2015, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco.

Mediante dicho fallo se resolvió la impugnación interpuesta por la Empresa Minera Reina de Oro Limitada, en contra de la sentencia de tutela de 16 de octubre de 2015, por la cual la Sala Civil-Familia del Distrito Judicial de Bucaramanga negó el amparo solicitado por dicha sociedad respecto de un laudo proferido por el Tribunal Arbitral, en el que trató lo relacionado con un contrato de opción que recayó sobre la íntegra cesión de un contrato minero. En cuanto al aparte pertinente relacionado con el juramento estimatorio la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dicha sentencia señaló lo siguiente:

“[...] una vez verificado que el referido “contrato de opción” ajustado, válido y por ende plausible de llevarse a cabo, que recayó sobre la íntegra “cesión del contrato minero” que fue su objeto, resultó deshonorado por la empresa quejosa en tanto que luego de que la sociedad opcionada escogiera positivamente por su materialización, ella sin sustento alguno en lo pactado de consuno, quiso apartarse de su observancia no obstante que su contraparte sí había asumido las cargas negociales que le cometían, lo que de suyo derivó en la predicación de su incumplimiento dando lugar, entre otras cosas, a la estipulación de los lapsos en que las recíprocas prestaciones sinalagmáticas concertadas había de darse pues de ello no se ocupó el aludido acuerdo de voluntades, amén de la

condena indemnizatoria del caso que tuvo apoyatura en el no objetado “juramento estimatorio” que en su oportunidad fue realizado por la convocante del panel arbitral, hermenéutica respetable que se basó cardinalmente, en el Estatuto Mercantil, el Código Civil (artículos 943, 947, 922, 1882, 1929) y las Leyes 51 de 1918 y 685 de 2001 (Código de Minas), la que no puede ser alterada por esta vía, todo lo cual no merece reproche desde la óptica ius fundamental para que deba proceder la inaplazable intervención del juez de amparo [...]”.

Resulta pertinente precisar que si bien el asunto tratado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se refiere a temas mineros, las circunstancias puntuales se contraen a una cesión del contrato, lo que difiere de la situación fáctica que se presenta en el caso cuyo estudio ocupa la atención de esta Sala, referente a la suscripción de un contrato con el objeto de ejecutar por el contratista actividades marítimas de apoyo al mantenimiento y operación de interés del contratante en el terminal marítimo de Coveñas, respecto del cual se controvierte la cláusula pactada para su terminación unilateral. Por tanto, en tales términos, no hay lugar a tener dicha providencia como precedente aplicable.

Sumado a lo anterior, cabe poner de presente que, de manera contraria a lo consagrado en los pronunciamientos judiciales expuestos que, en la sentencia SC876-2018, de 23 de marzo de 2018, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez, se expuso que el juramento estimatorio no relevaba a los actores de acreditar el perjuicio alegado. Al efecto se precisó lo siguiente:

*“[...] Además, aunque en la demanda se hizo el juramento estimatorio, **tal acto no relevaba a los actores de acreditar la existencia del perjuicio, la prueba del incumplimiento y del menoscabo derivado del mismo era necesaria para la estimación de las pretensiones.** Incluso, el párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso establece una sanción al litigante “...en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicio...”, ello con el condicionamiento establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013 [...]” (negritas fuera de texto).*

En este contexto, la Sección Primera del Consejo de Estado estima que si bien algunas de las citadas sentencias de tutela proferidas por la Sala Casación Civil de la

Corte Suprema de Justicia podrían identificarse como criterio de interpretación del juramento estimatorio, lo cierto es que dichos pronunciamientos no son de obligatorio acatamiento, y únicamente atienden a la categoría de criterio auxiliar hermenéutico para otros operados judiciales, bajo el entendido que dicha Corporación Judicial, además de que no tiene una posición unificada al respecto, no es órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, y en tanto que dentro de sus competencias no se encuentra la de proferir sentencias de unificación de tutela.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado los conceptos de **antecedente** y **precedente**, así⁴⁶:

“[...] El antecedente se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de derecho (e.g. conceptos, interpretaciones, preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad [...]”⁴⁷

[...]

Por su parte, el precedente, por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso [...]”⁴⁸ (negrillas fuera de texto).

En el mismo sentido se pronunció la Sección Primera del Consejo de Estado, en la sentencia de 12 de mayo de 2016, proferida dentro de la acción de tutela radicada bajo el número 2015-02793-00⁴⁹.

⁴⁶ T-102 de 25 de febrero de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁷ T-292 de 6 de abril de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Vargas.

⁴⁸ Texto tomado de la sentencia de 27 de noviembre de 2015, proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁴⁹ Consejero Ponente Roberto Augusto Serrato Valdés.

Así las cosas, las decisiones citadas como desconocidas pueden constituir antecedentes, más no precedentes; y sin perjuicio de ello, la Sala no evidencia que el Tribunal de Arbitramento realizara una interpretación extensiva de la disposición que contiene el juramento estimatorio, por lo que el defecto enunciado no se configura.

VII.6.1.2. Defecto fáctico

La sociedad Serviport S.A. considera que el Tribunal de Arbitramento incurrió en un defecto fáctico al momento de resolver en el laudo arbitral las pretensiones 1.5, 2.1, 2.2 y 2.3, por cuanto desconoció el contenido del juramento estimatorio efectuado en la demanda y el valor probatorio de dicho juramento para acreditar no solo el monto del daño sino el daño mismo.

Desde una dimensión negativa, este defecto surge de las omisiones o descuidos de los funcionarios judiciales en las etapas probatorias, a saber: i) cuando sin justificación alguna no valora los medios de convicción existentes en el proceso, los cuales determinan la solución del caso objeto de análisis, ii) resuelve el caso sin tener las pruebas suficientes que sustentan la decisión, y iii) por no ejercer la actividad probatoria de oficio cuando las normas procesales y constitucionales así lo determinan.

Desde una dimensión positiva, este defecto se configura: i) cuando se evalúa y resuelve con fundamento en pruebas ilícitas, siempre que estas sean el fundamento de la providencia, y ii) cuando se adopta la determinación pertinente con fundamento en pruebas que por disposición de la ley no son demostrativas del hecho objeto de la decisión.

En síntesis, de conformidad con lo expuesto en la sentencia SU-004 de 8 de febrero de 2018⁵⁰, el defecto fáctico se estructura cuando la decisión judicial es producto de

⁵⁰ Magistrado Ponente: doctor José Fernando Reyes Cuartas.

un proceso en el cual: i) se omitió la práctica de pruebas esenciales para definir el asunto, ii) se practicaron pero no se valoraron bajo el tamiz de la sana crítica; y iii) los medios de convicción son ilegales o carecen de idoneidad. El error debe ser palmario y que incida directamente en la decisión, puesto que el juez de tutela no puede convertirse en una tercera instancia.

En criterio de la Sala, los argumentos del actor en relación con la configuración del defecto fáctico no resultan procedentes, por cuanto, tal como se precisó en el numeral anterior, la Corte Constitucional, en la sentencia C-157 de 2013, declaró la exequibilidad del parágrafo único demandado, bajo el entendido de que tal sanción – *por falta de demostración de los perjuicios*-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte.

Por tanto, se reitera que, de conformidad con tal argumentación de la Corte Constitucional, quien alegue la ocurrencia de perjuicios, a partir de los cuales demande una indemnización, debe demostrarlos por medios distintos del juramento estimatorio porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso “[...] *incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen* [...]”.

De otra parte, al haberse declarado la exequibilidad del parágrafo único del artículo 206 del Código General del Proceso, en el entendido de que la sanción por la falta de demostración de los perjuicios resulta improcedente cuando tal omisión resulte ajena a la voluntad de la parte, debe concluirse que con ello se está reiterando la obligación de acreditarlos.

En estos términos no se configura el defecto fáctico alegado por la parte actora.

VII.6.2. El presunto desconocimiento de la prohibición de que en los contratos estatales se pacten cláusulas de terminación unilateral ad nutum

La sociedad Seviport S.A. también le atribuye al Tribunal de Arbitramento haber incurrido en el laudo arbitral en un defecto sustantivo, toda vez que denegó la pretensión consistente en la declaratoria de abusiva e ineficaz de la cláusula número 62 del contrato suscrito entre ella y Ecopetrol S.A., desconociendo las sentencias del Consejo de Estado que prohíben la posibilidad de que en los contratos estatales se pacten cláusulas de terminación unilateral; cláusula ésta del siguiente tenor:

“[...] ECOPETROL S.A. mediante aviso escrito dirigido al contratista con una antelación no menor a ciento veinte (120) días calendario, podrá dar por terminado el presente contrato en cualquier término, en forma total o parcial. Esta forma de terminación unilateral por preaviso se entenderá como justa y no dará lugar a pago de indemnización alguna a favor del Contratista [...]”.

Al respecto, la Sala estima necesario recordar que, Ecopetrol S.A. es una sociedad de economía mixta, de carácter comercial, organizada bajo la forma de sociedad anónima, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con lo establecido en la Ley 1118 de 2006⁵¹, y regida por sus Estatutos Sociales⁵².

En relación con su régimen contractual, debe anotarse que de conformidad con el artículo 6º *ibídem*, “[...] todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, **se registrarán exclusivamente por las reglas del derecho privado**, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa [...]” (negritas fuera de texto).

⁵¹ Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones.

⁵² Estatutos Sociales que se encuentran contenidos en la Escritura Pública No. 5314 del 14 de diciembre de 2007, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Bogotá D.C., modificados por la Escritura Pública No. 560 del 23 de mayo de 2011, otorgada en la Notaría Cuarenta y Seis del Círculo Notarial de Bogotá D.C., la Escritura Pública No. 666 del 7 de mayo de 2013, otorgada en la Notaría Sesenta y Cinco del Círculo Notarial de Bogotá D.C. y la Escritura Pública No. 1049 del 19 de mayo de 2015, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Bogotá D.C. <https://www.ecopetrol.com.co/wps/portal/es/ecopetrol-web/nuestra-empresa/quienes-somos/acerca-de-ecopetrol/marco-legal>.

En relación con la naturaleza de la empresa Ecopetrol S.A. y el régimen aplicable en materia contractual, el Consejo de Estado⁵³ ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse, tal y como se observa a continuación:

*“[...] Como es bien sabido, **Ecopetrol es una sociedad de economía mixta**, de carácter comercial, **organizada bajo la forma de sociedad anónima**, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía; **y a los contratos celebrados por Ecopetrol, no se les aplican las regulaciones de la Ley 80 de 1993, de la Ley 1150 de 2007 ni de sus decretos reglamentarios, toda vez que, de conformidad con las prescripciones del artículo 6º de la ley 1118 de 2006, estos contratos se rigen por las reglas del derecho privado**. En consecuencia, en los contratos celebrados por Ecopetrol, los asuntos relacionados con: i) la selección del contratista; ii) los elementos de existencia del contrato; iii) los requisitos de validez del contrato; iv) las cláusulas contractuales y v) la ejecución y liquidación de los contratos, **se rigen por las normas de derecho privado**, ya sean las del Código Civil o las del Código de Comercio [...]”* (negritas fuera de texto).

En este sentido, resulta procedente señalar que Ecopetrol S.A., en ejercicio de las facultades y libertades contractuales derivadas de su autonomía negocial, tiene la capacidad de incluir cláusulas que garanticen el desarrollo de su objeto social, y en el mismo sentido tiene la atribución de adoptar las medidas que se encuentren encaminadas a preservar los intereses de la compañía y cumplir con las exigencias estatutarias, bajo los estrictos linderos del derecho privado.

Para la Sala no resulta extraño ni incompatible al derecho privado que, en virtud del principio de autonomía negocial, las partes consientan en reconocer a la otra alternativas encaminadas a la finalización anticipada del vínculo contractual por hechos que reflejan desconocimiento a los derechos, obligaciones y cargas que se contemplan en el contrato y bajo los precisos términos contractuales pactados.

Es así como la Sala encuentra justificado que, en la configuración del contrato 5206589, Ecopetrol S.A. junto con la sociedad Seviport S.A., válidamente convinieran la inclusión de la cláusula 6.2. relacionada con la posibilidad de terminar unilateralmente el negocio jurídico privado mediante un preaviso.

⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de junio de 2016. Rad.: 54067. Magistrado Ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Cabe resaltar que esta Corporación ha señalado que la atribución contractual pactada dentro de los negocios jurídicos suscritos por Ecopetrol S.A., referente a la terminación unilateral del mismo, tiene sustento legítimo en el derecho privado, sin que tal circunstancia permita afirmar, *per se*, que dicha cláusula tenga fuente en las potestades exorbitantes derecho común previstas en el Estatuto General de la Contratación Pública⁵⁴. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵⁵ ha señalado:

“[...] Al respecto, se discute dentro del Derecho privado la posibilidad de pactar cláusulas tales como la terminación unilateral por incumplimiento del contrato, sin que ello implique la existencia de una parte más fuerte dentro de la relación jurídica, la ruptura de la igualdad entre los contratantes o el ejercicio de una potestad arbitraria o exorbitante propia del Derecho administrativo o contractual público...Sin embargo, la Sala considera que la ruptura unilateral de un contrato de derecho privado per se no supone una desigualdad o privilegio a favor de una de las partes, pues la terminación unilateral no comporta necesariamente el beneficio exclusivo de la parte cumplida, ya que, incluso, ésta puede resultar perjudicada, verse frustrada ante la ejecución del negocio y, seguramente, coaccionada a la celebración de uno nuevo...”

De manera que, aunque el pacto de estas figuras puede aparecer como un elemento de carácter sancionatorio, ello por sí mismo no las ubica en el ámbito de la exorbitancia o arbitrariedad y, mucho menos, en el terreno del derecho contractual administrativo, porque su fuente es el de la autónoma regulación de las relaciones negociables que cada una de las partes contratantes tiene conforme a los principios del Derecho privado para la estructuración de sus negocios jurídico.

Ahora, la viabilidad de estas estipulaciones es tan evidente, que a la luz del Derecho privado existen tipos contractuales que encuentran la fuente de la terminación unilateral por incumplimiento en las previsiones legales que gobiernan la materia [...]” (negrillas fuera de texto).

Por lo anterior, la estipulación contractual que se analiza en el *sub lite* no puede ser considerada como el resultado del ejercicio de unas potestades exorbitantes o cláusulas excepcionales al derecho común.

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para considerar y concluir que, el ejercicio por parte de Ecopetrol S.A. de la atribución unilateral de terminación anticipada del contrato 5206589, tiene como fuente el mismo régimen contractual de

⁵⁴ Ley 80 de 1993. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de agosto de 2016. Rad.: 41783. Magistrado Ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

derecho privado previsto en la Ley 1118, lo cual se acompasa con lo sostenido por esta Corporación en las providencias antes citadas.

Así las cosas, contrario a lo señalado por la accionante en el proceso de la referencia, la Sala no observa que la cláusula sea abusiva, toda vez que se trata una previsión contractual negociada por las partes y, adicionalmente la misma tampoco resulta ineficaz, en tanto el ordenamiento jurídico privado los facultó para su consagración generando plenos efectos en el terreno contractual.

De manera que acertó el Tribunal de Arbitramento cuando señaló que “[...] *que la jurisprudencia ha reconocido la validez y eficacia de las cláusulas de terminación unilateral incluso en los contratos estatales, especialmente en los eventos en los que una entidad pública actúe como igual con un contratista particular, sin que por ello se entienda que se está ejerciendo una facultad excepcional o exorbitante o que se están transgrediendo principios de la contratación administrativa [...]*”.

Finalmente y sin perjuicio de lo anterior, la Sala analizará las decisiones invocadas como desconocidas por la parte actora, con miras a establecer si respecto de las mismas eventualmente se consagró un evento de desconocimiento del precedente:

- Sentencia número 68001-23-31-000-1995-00782-01 (15342), de 13 de agosto de 2008, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Ramiro Saavedra Becerra

Mediante dicha providencia se estudió el caso de Olga Lucía González Ballesteros, quien afirmó que la Electrificadora de Santander le incumplió el contrato de prestación de servicios profesionales de revisoría fiscal que había suscrito con ella en calidad de contratista, como consecuencia de la determinación unilateral anticipada de darlo por terminado. La demandante solicitó que se le indemnizara por los perjuicios causados. Esta providencia no constituye precedente aplicable en el caso bajo estudio por cuanto la situación fáctica que motiva la demanda es distinta a la expuesta en la presente acción de tutela.

- Sentencia número 85001-23-31-000-2000-00202-01 (19730), de 15 de febrero de 2012, proferida por la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Mediante dicha providencia se estudió el caso de Ordener Chávez Tibaduiza, a quien la Caja Nacional de Previsión Social le dio por terminado, de manera unilateral y sin justa causa, el contrato de prestación de servicios que habían celebrado desde el 4 de enero de 1999. El actor pidió que se declarara que la demandada incumplió las obligaciones que impone la Ley 80 de 1993, que se restableciera el equilibrio contractual y que se condenara a la demandada al pago de las sumas de dinero correspondientes al término restante de duración del contrato, así como la indemnización por la terminación unilateral del contrato. Esta providencia no constituye precedente aplicable en el caso bajo estudio por cuanto la situación fáctica que motiva la demanda es distinta a la expuesta en la presente acción de tutela.

- Sentencia número 5001-23-31-000-1998-00027-01 (24510), de 8 de mayo de 2013, proferida por la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Mediante dicha providencia se estudió el caso de Mario Gutiérrez Díaz y Consuelo Hernández Gutiérrez quienes demandaron a la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación solicitando que se declarara la nulidad de la cláusula décimo tercera del contrato del contrato de arrendamiento número 003 del 1º de marzo de 1995, así como de otras resoluciones por medio de las cuales se dio por terminado el contrato de arrendamiento y se confirmó esta decisión. Pidieron que se declarara el incumplimiento del contrato así como su prórroga, y que se condenara a la parte demandada al reconocimiento y pago de la indemnización respectiva por perjuicios morales, daño emergente y lucro cesante. Esta providencia no constituye precedente aplicable en el caso bajo estudio por cuanto la situación fáctica que motiva la demanda es distinta a la expuesta en la presente acción de tutela.

- Auto número 68001-23-31-000-2010-00262-01 (45310), de 20 de febrero de 2014, proferida por la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Ramiro de Jesús Pazos Guerrero

Mediante dicho auto la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, se pronunció respecto del recurso de apelación interpuesto por la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano y por Ecopetrol S.A. en contra del auto de 19 de noviembre de 2010, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda presentada en ejercicio de la acción contractual.

En el caso decidido por la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, Ecopetrol S.A., impuso multa de manera unilateral a la Unión Temporal Manolo Arteaga – Patricia Zambrano, terminó de manera unilateral el contrato, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria y liquidó unilateralmente el acuerdo de voluntades. Este auto no constituye precedente aplicable en el caso bajo estudio por cuanto es una decisión de Sala de Sección y no del Pleno de la Sección Tercera y la situación fáctica que resuelve es distinta a la expuesta en la presente acción de tutela en la cual las partes aseveran que en el contrato suscrito por ellas se incluyó la cláusula de terminación unilateral objeto de controversia.

En efecto, a diferencia del caso que ocupa la atención de la Sala, en el resuelto mediante el auto alegado por la parte actora como precedente desconocido, las partes contractuales no habían incluido en su contrato la cláusula de terminación unilateral, la cual en el *sub lite* sí fue pactada.

Por último ha de precisarse que si bien la parte tutelante plantea que en el laudo arbitral se incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente, al negarse la pretensión 1.6 de la demanda arbitral de Serviport S.A., porque se refirió a sentencias relacionadas con la terminación unilateral de contratos estatales por incumplimiento del contratista, es claro que ello no ocurre en el presente caso por cuanto, como se precisó, se trata de la inclusión de cláusulas de derecho privado y no son el resultado del ejercicio de los poderes exorbitantes previstos en el Estatuto de Contratación Pública.

De conformidad con lo expuesto se advierte que no se configura el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente.

Las precedentes consideraciones conllevan a establecer que el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá no ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de Serviporte S.A., razón por la cual se negará la acción de tutela de la referencia.

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

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el impedimento manifestado por el Consejero de Estado, doctor **OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR el amparo constitucional solicitado por la Sociedad Colombiana de Servicios Portuarios S.A. Serviport S.A, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: De no ser impugnado el presente fallo, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

COPIÉSE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado

Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Consejera de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado