

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES – Por vulneración directa de derechos fundamentales / RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Medio idóneo / FLEXIBILIZACIÓN DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / INEFICACIA DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Cuando se discuten aspectos ajenos a los procedimentales

Problema jurídico 1: [¿Procede la acción de tutela contra las decisiones proferidas por los tribunales de arbitramento, en aquellos eventos, cuya argumentación se dirige a demostrar la posible vulneración de derechos fundamentales?]

Tesis: Al respecto, la Sala recuerda que la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales exige que en la decisión que se ataca se haya configurado una vulneración directa de derechos fundamentales, pues el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros impide que el juez de tutela se pronuncie sobre los intereses jurídicos, no fundamentales, que se encontraban en discusión en el proceso arbitral. (...) Por consiguiente, cuando al laudo arbitral se le señalen defectos relativos a la argumentación de fondo adoptada como sustento de la decisión, completamente ajenos a cuestiones procedimentales, el requisito de subsidiariedad puede ser relativizado, de manera que la interposición de la acción constitucional antes o de manera simultánea con la presentación del recurso no haría improcedente, per se, la solicitud de amparo constitucional. (...) [D]e manera que si, por ejemplo, se invoca la protección a derechos fundamentales por la configuración de un defecto sustantivo o fáctico a partir del núcleo de su sustento argumentativo del laudo arbitral, la acción de tutela vendría a ser el único mecanismo verdaderamente eficaz para conjurar [la vulneración de los derechos fundamentales]. (...) En todo caso, (...) la tesis enunciada no podría ser utilizada, sin más, como excusa para omitir el agotamiento de los recursos pues, se reitera, solo en aquellos casos en que el recurso de anulación sea ineficaz porque se discuten asuntos completamente ajenos a los que se admiten como fundamento sus causales de procedibilidad, la acción de tutela puede ser la vía directa de defensa de derechos fundamentales. (...) Así entonces, el hecho de que en este momento ya exista una decisión definitiva sobre el recurso de anulación formulado contra el laudo de 6 de diciembre de 2017 no hace procedente la presente acción de tutela frente a todos los cargos formulados, pues, en todo caso, lo cierto es que el mecanismo idóneo para exponer los reproches sobre aspectos procedimentales del laudo es el recurso de anulación, de manera que al juez de tutela no le corresponde emitir pronunciamiento alguno sobre lo que ya fue decidido por el juez natural del asunto, en sentencia definitiva que no ha sido objeto de cuestionamiento.

AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO – Valoración probatoria no es arbitraria, desproporcionada u omisiva

Problema jurídico 2: [I]ncurrió en defecto fáctico [el laudo de 6 de diciembre de 2017 al concluir] que, la ANH no demostró que PETROMINERALES al ejercer su derecho a delimitar las áreas de explotación dentro del área contratada, hubiere desplegado una actuación abusiva, maliciosa o malintencionada constitutiva de mala fe.

Tesis: [L]a Sala advierte que no es cierto que la valoración realizada por el Tribunal Arbitral sobre el informe rendido por ADALID CORP y las cadenas de correos electrónicos corporativos sea arbitraria, desproporcionada u omisiva. Por el contrario, las razones que se exponen en el escrito de tutela como sustento del

defecto fáctico, que se reiteran en el recurso de impugnación, ponen de presente que el reproche en realidad consiste en la inconformidad de la parte actora con la conclusión a la cual arribó el Tribunal Arbitral, en tanto resulta desfavorable a sus intereses. (...) En consideración a lo anterior, la Sala recuerda que no corresponde al juez de tutela entrar a efectuar una nueva valoración del material probatorio aportado en el proceso arbitral, pues ello sería invadir su esfera de competencia y utilizar la acción de tutela como una instancia adicional del proceso, resultado a todas luces contrario al talante y a la configuración constitucional y legal de este especial mecanismo de amparo de los derechos fundamentales.

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE – No configuración / SENTENCIAS ALEGADAS COMO DESCONOCIDAS NO CONSTITUYEN PRECEDENTE

Problema jurídico 3: ¿Incorre en desconocimiento del precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre las consecuencias procesales de la mala fe y el abuso del derecho en la ejecución de un contrato, el laudo arbitral que determinó que no existió una estrategia defraudatoria o elusiva de las obligaciones de una de las partes de un contrato estatal?

Tesis: [Este] argumento tampoco está llamado a prosperar si se tiene en cuenta que el hecho de que las decisiones que se invocan hayan sido adoptadas por el órgano de cierre de la jurisdicción civil evidencia que no existe identidad entre los hechos jurídicamente relevantes de los casos que se resolvieron en las providencias que se invocan desconocidas y el resuelto mediante el laudo de 6 de diciembre de 2017, toda vez que, dentro del ámbito de competencia de la Corte Suprema de Justicia, no se encuentran las decisiones sobre la correcta interpretación y aplicación de las cláusulas de los contrato estatales, siendo ese el problema jurídico abordado en el laudo atacado con la presente acción de tutela. Dicha circunstancia tiene la entidad suficiente para desestimar el cargo por desconocimiento del precedente alegado.

AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO - Reglas para la interpretación de contrato estatal / ÁMBITO DEL JUEZ DE TUTELA

Problema jurídico 4: Incurre en defecto sustantivo el laudo arbitral que fijó la interpretación de un contrato estatal de exploración y explotación de hidrocarburos y determinó que las definiciones contractuales de "Área Contratada", "Área de Explotación" y "Campo Comercial" resultaban conceptos diferenciados

Tesis. [E]n aplicación de las reglas de interpretación de los contratos previstas en los artículos 1618, 1621 y 1622 del Código Civil, el Tribunal de Arbitramento adoptó una tesis sobre la hermenéutica de la cláusula 16.2 del Contrato CORCEL que es contraria a los intereses de la parte actora, circunstancia que no resulta suficiente para calificar de arbitraria o desproporcionada la decisión allí adoptada. En ese orden, los argumentos que sustentan el cargo sobre la supuesta interpretación manifiestamente irrazonable e ineficaz adoptada en el laudo acusado ponen de presente la inconformidad de la parte actora con la postura adoptada por el Tribunal Arbitral, ya que, en lugar de plantear un debate en torno a la vulneración de derechos de índole fundamental, en realidad exponen asuntos propios del problema jurídico que correspondió resolver al Tribunal accionado, como si pretendiera un pronunciamiento en sede de segunda instancia del proceso arbitral. (...) Así las cosas, la Sala encuentra que los argumentos que sustentan el cargo por defecto sustantivo no aluden a que la providencia se fundó en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, o que desconoció una sentencia con efecto erga omnes que definió el alcance de la norma aplicable,

y, por el contrario, se encaminan a obtener un nuevo pronunciamiento sobre la interpretación de la cláusula 16.2 del contrato CORCEL, aspecto este que escapa del ámbito de esta acción de tutela. En consecuencia, no prospera el cargo por el defecto sustantivo planteado.

NOTA DE RELATORIA: Con relación al estudio de procedencia de las acciones de tutela contra laudos arbitrales. Ver las SU 174 de 2007 y T-466 de 2011, proferidas por la Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01610-01(AC)

Actor: AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS - ANH

Demandado: TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO CONSTITUIDO PARA RESOLVER CONTROVERSIAS ENTRE PETROMINERALES COLOMBIA LTDA. Y LA AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS - ANH

La Sala decide la impugnación interpuesta por la **Agencia Nacional de Hidrocarburos**, en adelante **ANH**, en contra de la sentencia de 21 de noviembre de 2018, mediante la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró improcedente la acción de tutela frente a los argumentos reiterados en el recurso extraordinario de anulación presentado contra el laudo arbitral de 6 de diciembre de 2017 y con relación al cargo de defecto procedimental, y negó las demás pretensiones de la acción incoadas respecto de dicha decisión.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La **ANH**, por intermedio de apoderado judicial, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, que consideró vulnerados a raíz del laudo arbitral de 6 de diciembre de 2017, proferido por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá constituido para resolver el conflicto entre PETROMINERALES Colombia LTD. – sucursal Colombia (en adelante PETROMINERALES) y la ANH. La

controversia se suscitó con ocasión de la interpretación y ejecución del Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos CORCEL de 2 de junio de 2005 (en adelante contrato CORCEL).

En el laudo de 6 de diciembre de 2017, la ANH fue condenada a pagar la suma de \$3.205.137.500,00 a favor de PETROMINERALES, por concepto de costas y agencias en derecho¹.

En criterio de la actora, el mencionado laudo incurrió en defecto orgánico por cuanto el Tribunal invadió la órbita del peritaje técnico previsto en la cláusula 27.2.1 del contrato CORCEL, de conformidad con la cual no era competente para conocer ni resolver controversias sobre la conformación geofísica o geológica del bloque concesionado a PETROMINERALES por la ANH. Asimismo, señaló que el laudo adolece de defecto fáctico al no valorar las pruebas relacionadas con las excepciones de mala fe y abuso del derecho de PETROMINERALES que formuló la ANH (dictamen pericial en informática forense) y al haber decidido con fundamento en el conocimiento privado de los árbitros, según el cual en Colombia existe una política pública petrolera que motivó a la ANH a incentivar la exploración de campos menores de forma tal que sobre estos no se causaran los derechos económicos por precios altos pactados en el cláusula 16.2 del contrato CORCEL.

Además, acusó al laudo de haber incurrido en defecto sustantivo por cuanto: i) aplicó una norma de contenido probatorio inexistente en el ordenamiento jurídico, según la cual la única prueba admisible para desvirtuar la presunción de buena fe en la ejecución de un contrato E&P es la prueba técnica sobre la incorrección científica de la delimitación de yacimientos en el subsuelo concesionado; ii) desconoció el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre las consecuencias procesales de la mala fe y el abuso del derecho en la ejecución de un contrato y iii) realizó una interpretación incompleta y antijurídica del contrato CORCEL, que deja sin efecto varias cláusulas y permite el fraude a los artículos 83 y 360 de la Constitución Política.

Finalmente, señaló que el laudo de 6 de diciembre de 2017 incurrió en defecto procedimental derivado del incumplimiento del artículo 42 del Código General del Proceso, pues rompió la igualdad procesal de las partes en materia probatoria, se abstuvo de deducir indicios sobre la confluencia de tres declaraciones testimoniales

¹ Folio 347 del laudo arbitral allegado en copia en medio magnético.

sobre un mismo hecho e interpretó “[...] el *petitum* de la ANH a despecho del derecho de contradicción y el principio de congruencia [...]”². En consecuencia solicitó dejar sin efecto el laudo acusado.

II. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

2.1. El 24 de mayo de 2018 el Despacho sustanciador de la Sección Quinta de esta Corporación admitió la acción de tutela, ordenó notificar a los árbitros del Tribunal de Arbitramento que resolvió el conflicto entre PETROMINERALES Colombia LTD. – Sucursal Colombia y la ANH (Samuel Chalela Ortiz, Luis Fernando Salazar López y Edgar Francisco París Santamaría) y vincular, en calidad de tercero interesado, al representante legal de la sociedad PETROMINERALES Colombia LTD. – sucursal Colombia.

2.2. **Samuel Francisco Chalela Ortiz, Edgar Francisco Paris Santamaría y Hernando Herrera Mercado**, quienes fungieron, respectivamente, como árbitros y secretario del Tribunal de Arbitramento Constituido para resolver ciertas controversias entre PETROMINERALES y la ANH, se opusieron a la acción de tutela manifestando que ésta resulta improcedente y que en el referido laudo no se vulneraron los derechos fundamentales que se invocan.

Al respecto manifestaron, en primer lugar, que de manera concurrente con la acción de tutela la ANH interpuso recurso de anulación en contra del laudo de 6 de diciembre de 2017, el cual se encuentra en trámite ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, de manera que, en los términos del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela se torna improcedente.

Además, destacaron que de las pretensiones de la acción se observa que la ANH persigue intereses eminentemente patrimoniales que pueden ser atendidos en aquel trámite pues, si el recurso se declara fundado, la decisión del juez de anulación puede implicar la declinación de la condena impuesta en contra de la ANH, de manera que no podría considerarse que existe un perjuicio irremediable.

² Folio 5 del cuaderno principal.

De otra parte, invocaron la sentencia SU-174 de 2007, en la cual la Corte Constitucional señaló como uno de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros que no puede ser invadido por el juez de tutela y le impide a éste pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento. En consideración a ello, destacaron que el propósito de la ANH es reabrir el debate que se surtió ante el Tribunal de Arbitramento, ya que la decisión adoptada es contraria a sus intereses, y que dicha pretensión propiciaría que el juez de tutela analice asuntos que son de competencia del Tribunal, pues los cargos formulados se basan en una diferencia en la apreciación de los hechos y la interpretación del Derecho realizada en el laudo.

Agregaron que la tutela se dirige en contra de un Tribunal que cesó sus funciones al haber quedado ejecutoriado el laudo que decidió la controversia, en los términos del artículo 167 del Decreto 1818 de 1998, por lo que no puede ser objeto de la presente tutela, circunstancia que la hace, igualmente, improcedente.

En cuanto a los defectos señalados por la actora, adujeron que el pacto arbitral en virtud del cual se creó el Tribunal de Arbitramento se encuentra en la cláusula 27 del contrato CORCEL que indica que *“cualquier desacuerdo o controversia derivado de o relacionado con el presente contrato, que no sea un desacuerdo técnico o contable, se resolverá por medio de arbitraje”*³. En ese orden, pusieron de presente que en las consideraciones del laudo se evidenciaba que el fundamento jurídico invocado y el análisis probatorio allí realizado tuvo como finalidad determinar la manera cómo, contractual y jurídicamente, debía interpretarse y aplicarse el derecho por precios altos de hidrocarburos contenido en el numeral 16.2 de la cláusula 16 del contrato, siendo ésta una discusión netamente jurídica, por lo que el argumento expuesto por la ANH en relación con el defecto orgánico no es procedente.

Sobre el defecto fáctico precisaron que en el numeral vii), literal f), numeral 3 de la segunda parte del laudo se evidencia que el Tribunal sí llevó a cabo una exhaustiva valoración probatoria del dictamen pericial en informática forense, y que en varios apartes del laudo el Tribunal se refirió a las excepciones formuladas por la ANH sobre la mala fe y el abuso del derecho de PETROMINERALES, a

³ Folio 128 del cuaderno principal.

saber: en el literal b, numeral 2; el literal i) del literal b) del numeral 3; el numeral viii) del literal f) del numeral 3, todos de la segunda parte del laudo.

Del mismo modo, sobre la acusación de que el Tribunal partió de su conocimiento privado al afirmar que en Colombia existe una política pública petrolera de conformidad con la cual la ANH incentivó la exploración de campos menores de forma tal que sobre éstos no se causara en favor de la Nación los Derechos Económicos por Precios Altos, manifestaron que ese tema fue abarcado en el aparte i), del literal c) del numeral 2 de la segunda parte del laudo, en el que se revisaron los antecedentes que dieron lugar a la inclusión de la cláusula en cuestión en el contrato CORCEL y las variables que activaban los pagos por derechos económicos por precios altos. A partir de ello, dijeron que en el laudo se observa que el Tribunal hizo un análisis exhaustivo de las pruebas practicadas y los fundamentos de derecho, de manera que no está llamada a prosperar el cargo por defecto fáctico.

En cuanto al cargo por defecto sustantivo, afirmaron que el Tribunal no creó ninguna norma procesal según la cual la única prueba admisible para desvirtuar la presunción de buena fe en la ejecución del contrato es la prueba técnica sobre la incorrección científica de delimitación de yacimientos en el subsuelo concesionado, pues, en realidad, en el laudo se valoraron los elementos probatorios recaudados y los fundamentos normativos pertinentes. También reiteraron que el Tribunal de Arbitramento analizó con detalle la mala fe y el abuso del derecho alegados por la ANH y concluyó que ni las pruebas ni las normas aplicables demostraban que de la conducta de PETROMINERALES se desprendiera mala fe ni abuso del derecho. Asimismo, aclararon que en la parte segunda del laudo el Tribunal hizo un análisis detallado y minucioso sobre el texto del contrato CORCEL, sus definiciones, los procedimientos para la ejecución de sus actividades, las cláusulas relativas a la *litis*, las normas aplicables, los antecedentes y la actuación de las partes durante la ejecución del contrato y, a partir de todo ello, arribó a la conclusión sobre la forma en que el mismo debe interpretarse.

Finalmente, en lo relativo al defecto procedimental, señalaron que a lo largo del trámite y en el mismo laudo se respetaron las normas de procedimiento y se hizo control de legalidad sobre cada una de las etapas del trámite, al punto en que en la providencia consta que se practicaron todas las pruebas solicitadas por las

partes y decretadas por el Tribunal, se realizó una valoración cuidadosa de los elementos probatorios y se tuvieron en cuenta todas las solicitudes presentadas por las partes en las demandas y sus contestaciones.

Por lo anterior, solicitaron denegar las pretensiones de la acción de tutela.

2.3. Luis Fernando Salazar López, quien fungió como árbitro en el mencionado Tribunal, se opuso a la acción de tutela señalando, en primer lugar, que la acción resulta improcedente por estar en trámite el recurso de anulación interpuesto en contra del laudo de 6 de diciembre de 2017 y en atención a que no se está ante la posible concreción de un perjuicio irremediable en contra de la ANH. Además, señaló que la tutela no es procedente para controvertir la interpretación normativa y la valoración probatoria realizada por los árbitros en virtud del principio de autonomía judicial, mucho menos si se tiene en cuenta que la argumentación de la accionante se encuentra dirigida a lograr una reconsideración de los hechos y el derecho allí debatido. Coincidió en que el Tribunal de Arbitramento cesó sus funciones por la ejecutoria del laudo y al haber sido interpuesto recurso de anulación, de manera que la acción de tutela no es procedente.

En cuanto a los cargos por defecto orgánico, fáctico, sustantivo y procedimental se pronunció en los mismos términos que los argumentos expuestos por los demás árbitros.

2.4. El representante legal de **Frontera Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia**, antes PETROMINERALES Colombia Ltd., adujo que la presente acción de tutela representa un abuso del derecho por cuanto los argumentos que se exponen solo reflejan la inconformidad de la ANH con el resultado del trámite arbitral que se pretende hacer ver como una violación a sus derechos fundamentales, situación que hace patente la inexistencia de relevancia constitucional en el asunto.

Además, manifestó que la tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad porque se encuentra en trámite el recurso de anulación interpuesto en contra del

laudo arbitral, en el cual se solicitó la suspensión provisional de sus efectos con el fin de evitar el pago de la condena impuesta por el Tribunal, lo cual no representa un perjuicio irremediable, pues eventualmente el dinero podría ser restituido en virtud de una orden judicial. En ese sentido, señaló que los reproches que la entidad formula frente al laudo pueden enmarcarse dentro de las causales de anulación contenidas en el Decreto 1818 de 1998, pues la supuesta extralimitación del Tribunal al decidir sobre un aspecto técnico se puede invocar bajo la causal del numeral 8 del artículo 163 del referido Decreto e, igualmente, el hecho de que el Tribunal haya fallado en conciencia y no en derecho es una causal expresamente prevista en el numeral 6 *ibídem*.

Adicionalmente, dijo que si algunas inconformidades de la ANH no se subsumen frente a ninguna de las causales de anulación previstas en el Decreto 1818 de 1998, ello se debe a que se trata de divergencias de fondo entre la posición del actor y la del Tribunal, es decir, se trata de asuntos que no pueden ser abordados por el juez constitucional, so pena de exceder el ámbito de su competencia.

Ahora bien, frente al cargo por defecto orgánico, que se sustenta en que el Tribunal se pronunció sobre un asunto de carácter técnico al tener por acreditada la existencia de ocho estructuras petrolíferas independientes, manifestó que la controversia sometida al conocimiento del Tribunal consistía en la determinación de la cláusula 16.2 del Contrato, por lo que éste se limitó a establecer su interpretación correcta y, una vez verificado si existían o no las diferentes estructuras petrolíferas conforme las pruebas aportadas por las partes, determinó las consecuencias jurídicas de la mencionada cláusula, es decir, se pronunció sobre aspectos que fueron sometidos a su consideración por las partes.

Al respecto resaltó que fue la misma ANH la que trajo a colación el asunto de las estructuras petrolíferas, pues solicitó dentro del trámite arbitral la práctica del dictamen de un perito geólogo y geofísico experto en yacimientos de hidrocarburos. De manera que no es cierto que la ANH estimara que el Tribunal era incompetente para pronunciarse sobre la existencia de estructuras petrolíferas.

En el mismo sentido, adujo que no existió defecto fáctico en el laudo acusado y que no es cierto que el Tribunal no valoró o lo hizo de forma errónea las pruebas aportadas por la ANH, pues la providencia expone las consideraciones frente a las pruebas que la accionante echa de menos. En ese sentido, el Tribunal concluyó

que las pruebas aportadas no eran conducentes, pertinentes ni idóneas para enervar la presunción de buena fe que recae sobre Frontera Energy, sin que dicha tesis pueda significar que el Tribunal creó una tarifa legal para demostrar la mala fe.

También, estimó que el defecto sustantivo debe ser descartado de plano, pues el argumento sobre la errónea interpretación de la cláusula 16.2 del contrato desconoce la naturaleza de la acción de tutela y pretende revivir la disputa en sede de tutela.

Finalmente, destacó que tampoco se configuró un defecto procedimental, pues no es cierto que se haya roto la igualdad procesal en materia probatoria, ya que el Tribunal decretó, practicó y valoró las pruebas solicitadas y aportadas por ambas partes, y en cada etapa procesal realizó control de legalidad, sin que en dichas oportunidades la ANH hubiere manifestado reparo alguno con el desarrollo del proceso. Por todo lo anterior, solicitó desestimar la acción de tutela ante su improcedencia manifiesta.

III. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia de 21 de noviembre de 2018, declaró la improcedencia de la acción de tutela “[...] frente a los argumentos que fueron reiterados en el escrito del recurso extraordinario de anulación presentado contra el laudo arbitral de 6 de diciembre de 2017 y frente al cargo de defecto procedimental por haber incurrido presuntamente los árbitros en el vicio de incongruencia del fallo [...]”⁴ y denegó las demás pretensiones de la demanda.

En cuanto a lo primero, señaló que la Sección Tercera de esta Corporación remitió al presente trámite constitucional el recurso extraordinario de revisión presentado por la ANH en contra del laudo arbitral de 6 de diciembre de 2017. Advirtió que el recurso se sustentó en las causales sexta, octava, cuarta, séptima y novena de anulación, previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 que se refieren, respectivamente, a: (i) haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo, (ii) haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la

⁴ Folio 391, reverso, del cuaderno principal.

decisión de los árbitros, (iii) haber dejado de decretar pruebas oportunamente solicitadas sin fundamento legal o haber dejado de practicar las diligencias en la decisión, (iv) que la parte resolutive del laudo contenga errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de arbitramento, y (v) no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

Luego de exponer los argumentos que sustentaron cada una de las causales, la Sección Quinta concluyó que los fundamentos de la acción de tutela relativos a los defectos orgánico (por falta de competencia del Tribunal para decidir sobre la realidad geológica y geofísica del contrato), fáctico (por no valorar prueba documental electrónica de la mala fe de PETROMINERALES y por tener probada la existencia de una “política pública petrolera”) sustantivo (por creación de tarifa legal para probar la mala fe y por indebida interpretación del contrato), y defecto procedimental (por no valorar indicios que demostraban la mala fe de PETROMINERALES), fueron reiterados en el recurso extraordinario de anulación presentado contra el laudo de 6 de diciembre de 2017. Por tal motivo, teniendo en cuenta que tales cuestiones deben ser resueltas por el juez natural de la materia, declaró la improcedencia frente a esos argumentos de la tutela.

En concordancia con lo anterior, identificó tres cargos de la tutela que no fueron presentados en el recurso, a saber, el defecto fáctico (en cuanto a la valoración del testimonio del señor Julián Antonio García Salcedo), el desconocimiento del precedente (formulado por la actora como uno de los componentes del cargo por defecto sustantivo) y el defecto procedimental. Sin embargo, en cuanto a éste último, advirtió que el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 señala como causal de anulación que el laudo hubiere recaído sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, razón por la cual el alegato sobre la supuesta incongruencia del laudo por decidir sobre cuestiones ajenas al pacto arbitral, podía invocarse mediante esa causal, de manera que estimó que el cargo sobre el defecto procedimental no cumplía con el requisito de subsidiariedad.

Ahora bien, sobre el cargo por desconocimiento del precedente jurisprudencial decantado por la Corte Suprema de Justicia, según el cual *“el abuso del derecho en materia contractual implica un incumplimiento al deber de buena fe que faculta al*

*juez para imponer reparaciones o desestimar pretensiones*⁵, advirtió que las sentencias invocadas como desconocidas no constituían precedente obligatorio para el Tribunal de Arbitramento accionado, toda vez que la controversia involucraba una entidad pública y, por lo mismo, le correspondía a la Sección Tercera del Consejo de Estado el conocimiento del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, de manera que la Corte Suprema de Justicia no era el órgano de cierre para el referido Tribunal.

De otra parte, aclaró que la actora fundamentó el reproche por defecto fáctico en que el Tribunal Arbitral supuestamente le dio un valor probatorio preponderante al testimonio de Julián Antonio García Salcedo, quien tenía notorio interés en el resultado del proceso porque después de haber sido funcionario de la ANH pasó a ocupar el cargo de representante legal de una sociedad petrolera que estuvo involucrada en un pleito arbitral donde se debatió la interpretación de la cláusula de precios altos, por lo que su apoyo a la tesis contraria a la defendida por la ANH favorecía sus intereses personales.

En ese punto, concluyó que el testimonio de Julián Antonio García Salcedo no fue sustento de la decisión adoptada en el laudo ni tuvo la entidad de variar su sentido, pues *“[...] la posibilidad de existencia de diferentes áreas de explotación dentro de un mismo contrato, también fue corroborada, por el testigo Eliseo Acevedo, empleado de ECOPETROL (...) y por el ingeniero Julio Cesar Vera Díaz, quien fue Director de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía durante 12 años. De esta manera, así no hubiera tenido en cuenta el tribunal accionado el testimonio del señor Julián Antonio García Salcedo, al analizar en conjunto el extenso material probatorio restante, específicamente los testimonios referenciados, habría llegado a la misma conclusión de que sí podían existir diferentes áreas de explotación dentro de un mismo contrato, por lo cual este cargo no puede prosperar [...]”*⁶.

IV. IMPUGNACIÓN

4.1. Inconforme con la decisión adoptada, el apoderado de la parte actora presentó impugnación con fundamento en los siguientes argumentos:

⁵ Folio 389, reverso, del cuaderno principal.

⁶ Folio 391 del cuaderno principal.

4.1.1. Sobre la decisión de declarar improcedente la acción de tutela respecto de las pretensiones por los defectos orgánico, fáctico, sustantivo y procedimental, manifestó que la tutela sí cumplió con el requisito de subsidiariedad, teniendo en cuenta que el recurso de anulación contra laudos arbitrales no ofrece una solución integral para la protección de los derechos fundamentales que se encuentran en juego, ya que su naturaleza, finalidad y práctica es distinta a la de la acción de tutela.

Además, reprochó que el *a quo* no ponderó entre los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, y solo estudió tres de los seis requisitos generales de procedibilidad señalados en la SU 556 de 2016. Al respecto explicó que la Sección Quinta “[...] *exigió a un mismo tiempo, respecto de esta acción de tutela contra el Laudo Arbitral de 6 de diciembre de 2018, el cumplimiento simultáneo de los requisitos de inmediatez y de subsidiariedad, pero cometió el yerro de NO apreciar las circunstancias fácticas del caso concreto, es decir, incurrió en incumplimiento del mandato previsto en el numeral primero del artículo 6 del Decreto Ley 2591 de 1991 [...] porque estimó que la pendencia de un recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el laudo excluía el requisito de subsidiariedad. [...] esta falta de apreciación en concreto de la situación de la ANH se traduce en una omisión a la obligación del juez constitucional de realizar un test de razonabilidad y ponderación cuando advierte colisión o antinomia entre dos principios constitucionales, en este caso, (i) el de la inmediatez de la acción de tutela – necesidad de formular la petición de amparo dentro de los seis (6) meses siguientes a la ocurrencia del hecho vulneratorio de los derechos fundamentales-, respecto de (ii) el de la subsidiariedad de la acción de tutela – agotamiento previo de otros recursos o medios de defensa judicial – [...]”.*

Así entonces, solicitó tener en cuenta que “[...] *la práctica y la realidad del trámite del recurso extraordinario y apenas mediato de anulación del laudo es desde luego contraria a la imperativa naturaleza de aplicación inmediata de los derechos fundamentales, porque en efecto el trámite de anulación ante la Sección Tercera está sometido a los demorados turnos de un trámite contencioso- administrativo [...]”*, por lo que considera que “[...] *la concurrencia cronológica de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad de la acción de tutela [...] es fácticamente imposible bajo la concepción de subsidiariedad esgrimida por la Sala en la sentencia impugnada, que la ANH no comparte, porque para la fecha de vencimiento del plazo de seis (6) meses previsto por la jurisprudencia para no sacrificar el principio de inmediatez de la acción de tutela contra el Tribunal Accionado, ni siquiera había sido admitido el*

recurso que solamente se pudo sustentar pasados cinco (5) meses después de haberse interpuesto la presente acción de tutela [...]”⁷.

Con todo, afirmó que “[...] para haber podido satisfacer el requisito de subsidiariedad en los términos exigidos por la Sala, habría tenido la ANH que presentar la acción de tutela pasados, en un cálculo excesivamente optimista, unos dieciocho (18) meses desde la ocurrencia de los hechos denunciados como violatorios de las garantías constitucionales respecto de las cuales el artículo 86 de la CP concede acción de tutela, es decir, que se habría perdido necesariamente el requisito de la inmediatez para ese entonces [...]”⁸.

Así, consideró que el *a quo* debió realizar un test de proporcionalidad para determinar cuál principio debía prevalecer y tener a ambos por satisfechos o privilegiar el principio de inmediatez sobre el de subsidiariedad estricta, atendiendo al principio de efectividad señalado en el artículo 3 del Decreto Ley 2591 de 1991. A ello agregó que el principio de subsidiariedad se debía interpretar de conformidad con el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se refiere al derecho a la protección judicial efectiva.

En el mismo sentido, señaló que el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 prohíbe la expedición de fallos inhibitorios en acciones de tutela y pese a ello en la sentencia de primera instancia la Sección Quinta se abstuvo de pronunciarse sobre las solicitudes de amparo señaladas en las pretensiones primera, segunda, cuarta, sexta, séptima y octava de la tutela. Con ello, estimó que el *a quo* incurrió en un grave yerro de procedimiento constitucional al calificar a la subsidiariedad como un requisito de procedibilidad adjetiva.

Por lo anterior, solicitó analizar de fondo los cargos formulados en las pretensiones primera (defecto orgánico), segunda (defecto fáctico por falta de valoración probatoria), cuarta (defecto sustantivo por aplicación de norma inexistente), sexta (defecto sustantivo por indebida interpretación del contrato CORCEL) y séptima (defecto procedimental) de la tutela y conceder la protección de los derechos allí invocados.

⁷ Folio 434 del cuaderno principal.

⁸ Folio 435 del cuaderno principal.

4.1.2. En cuanto al análisis que se realizó en la sentencia de primera instancia sobre el desconocimiento del precedente reprochó que el *a quo* afirmara que los Tribunales de Arbitramento que conocen de conflictos donde es parte una entidad pública no se encuentran obligados por la jurisprudencia civil porque no pertenecen a la estructura orgánica en la cual la Corte Suprema de Justicia es el órgano de cierre. En criterio del impugnante, esa conclusión implica sustraer a los Tribunales de arbitramento de la aplicabilidad del principio de legalidad porque “*genera una jurisdicción paralela en donde la jurisprudencia no es fuente del derecho*”⁹, y desconoce que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 señala que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes y que la encargada de interpretar y desarrollar jurisprudencialmente dichas disposiciones es la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, la tesis según la cual los Tribunales Arbitrales no están obligados a acatar y aplicar el precedente judicial sentado por esa Corporación representa un desconocimiento del sistema de fuentes y demuestra el incumplimiento del deber de dar prevalencia a los aspectos sustanciales sobre la forma. En efecto, es pacífico que la jurisprudencia y el precedente judicial de todos los órganos de cierre es obligatorio y tiene fuerza vinculante para todos los jueces, incluidos los árbitros, por ser una fuente formal del derecho. Por lo mismo, indicó que la obligatoriedad del precedente judicial no se explica por un criterio orgánico, basado en la existencia de un superior jerárquico y las cortes de cierre, sino que atiende a un factor sustantivo, esto es, al derecho fundamental a la igualdad en la aplicación del derecho, conexo a los principios de libertad e igualdad.

4.1.3. En cuanto al defecto fáctico, adujo que la Sección Quinta se equivocó al interpretar el contenido de la pretensión tercera de la tutela que se fundamentaba en que el Tribunal Arbitral falló sin pruebas y con base en el conocimiento privado de los árbitros. En efecto, contrario a lo afirmado en primera instancia, la ANH no alegó la existencia de un defecto fáctico por haberle dado el Tribunal demandado un valor probatorio preponderante al testimonio del señor Julián Antonio García Salcedo, sino que pidió “[...] *declarar que [el Tribunal accionado] incurrió en DEFECTO FÁCTICO por haber decidido, sin pruebas y sobre la base de su conocimiento privado, que existe en Colombia una ‘política pública petrolera’ de conformidad con la cual la ANH INCENTIVÓ LA ‘exploración de campos menores’, de forma tal que sobre estos no*

⁹ Folio 424 del cuaderno principal.

*se causara en favor de la Nación los Derechos Económicos por Precios Altos de la cláusula 16.2 del contrato*¹⁰.

En consecuencia, insistió en que el *a quo* pasó por alto el análisis de fondo sobre el cargo por defecto fáctico y ratificó los argumentos expuestos en este punto en el escrito de tutela.

Igualmente, reprochó que la sentencia de primera instancia omitió pronunciarse sobre la solicitud de vincular a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República, a la Fiscalía General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, que considera necesaria teniendo en cuenta que dichas entidades son las encargadas de salvaguardar y vigilar los recursos del Estado, la moralidad pública, proteger los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal y acompañar al Estado en la defensa de sus intereses en litigio.

Finalmente, ratificó los razonamientos expuestos en el escrito de tutela como fundamento de la solicitud de amparo que en su criterio no fueron examinados de forma integral por la Sección Quinta, incluyendo el análisis sobre tres de los seis requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra el laudo y solicitó de forma anticipada la revisión eventual por parte de la Corte Constitucional sobre el presente trámite, en consideración a que la acción se adelanta en una lucha contra la corrupción privada derivada de la ejecución de los contratos estatales petroleros y por tratarse de un asunto de evidente relevancia constitucional.

4.2. Mediante memorial radicado el 5 de febrero de 2019, la ANH aportó como prueba de un hecho sobreviniente copia de la sentencia de 18 de enero de 2019 que resolvió el recurso extraordinario de anulación formulado en contra del laudo de 6 de diciembre de 2017. A partir de ello solicitó tener por agotado el requisito general de subsidiariedad en relación con 5 de los 7 motivos de reproche formulados por la ANH. Además, indicó que con la sentencia quedó demostrado que el juicio de anulación no es un medio de defensa judicial idóneo para discutir los hechos expuestos en la acción de tutela, ya que, en atención a su alcance restringido, al juez de la anulación le es imposible determinar si por medio de un laudo arbitral objeto del recurso extraordinario se cometieron violaciones a derechos fundamentales, tal como estimó la Sección Tercera en la aludida providencia.

¹⁰ Folio 429 del cuaderno principal.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. CUESTION PREVIA

Mediante auto de 28 de febrero de 2019 la Sala integrada por los Consejeros Hernando Sánchez Sánchez y Roberto Augusto Serrato Valdés declaró infundado el impedimento manifestado por el Consejero de Estado Oswaldo Giraldo López para conocer del presente asunto.

5.2. COMPETENCIA.

De conformidad con lo previsto por el numeral segundo del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 30 de noviembre de 2017, y en virtud del artículo 2º del Acuerdo número 377 de 11 de diciembre de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado, que regula la distribución de las acciones de tutela entre las secciones, y del artículo 13 del Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019 de la misma Sala, que asigna a esta Sección el conocimiento de estas acciones constitucionales, esta Sala es competente para conocer del presente asunto.

5.3. HECHOS

5.3.1. El 2 de junio de 2005 la ANH y PETROMINERALES celebraron Contrato de Exploración y Explotación de Hidrocarburos CORCEL por medio del cual la ANH le otorgó a PETROMINERALES el derecho de explorar de forma exclusiva el área correspondiente a 32.300 hectáreas ubicadas en varios municipios de los Departamentos de Meta y Casanare, y explotar los hidrocarburos de propiedad del Estado que se descubrieran en dicha área¹¹.

En la cláusula 16.2 del referido contrato se pactó lo relativo al *derecho por precios altos* en los siguientes términos:

“16.2. Derecho por Precios Altos:

Para Hidrocarburos Líquidos: *a partir de cuándo la producción acumulada de cada Área de Explotación incluyendo el volumen de regalías, supere los cinco (5) millones de Barriles de Hidrocarburos Líquidos, y en el evento de que el precio del crudo*

¹¹ Folio 304 del laudo arbitral de 6 de diciembre de 2017 que obra en el CD anexo.

marcador "West Texas Intermediate" (WTI) supere el Precio Base P_o , EL CONTRATISTA pagará a la ANH, un valor nominado en dólares de los Estados Unidos y pagadero por Mes calendario vencido, dentro de los treinta (30) Días calendario siguientes a cada vencimiento.

Para Gas Natural: cinco (5) años después del inicio de explotación del campo, que consta en la resolución de aprobación expedida por la autoridad competente, y en el evento de que el precio del Gas Natural marcador "U.S. Gulf Coast Henry Hub" supere el Precio Base P_o , EL CONTRATISTA pagará a la ANH, un valor nominado en dólares de los Estados Unidos y pagadero por Mes calendario vencido, dentro de los treinta (30) Días calendario siguientes a cada vencimiento.

El valor a pagar por este derecho por cada Área de Explotación será el que resulte de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$\text{Pago a la ANH} = \left(\text{valor de los hidrocarburos en el punto de entrega} \right) \times \left(\text{Volumen de hidrocarburos del contratista} \right) \times \left(\frac{P_x P_o}{P} \right) \times 30\%$$

Factor "A"

En donde:

Valor de los Hidrocarburos en el Punto de Entrega:

Para Hidrocarburos Líquidos:

Para efectos de esta fórmula, será el precio de referencia para el Mes calendario correspondiente, expresado en dólares de los Estados Unidos de América por Barril (USD \$/Bl), de una canasta de máximo tres (3) petróleos crudos de calidad similar a los provenientes de cada Área de Explotación, presentada por EL CONTRATISTA en el Plan de Explotación y acordada con la ANH y ajustado para el Punto de Entrega, por un margen pre-acordado. [...] ¹²

5.3.2. Desde el 18 de enero de 2010 la ANH libró cuentas de cobro a cargo de PETROMINERALES por concepto de los derechos económicos por precios altos causados en las áreas de explotación de los campos comerciales Corcel A y Corcel C, así como de otros campos del área contratada. PETROMINERALES no ha realizado el pago de dichas cuentas de cobro en consideración a que, en su criterio, no existe derecho alguno a favor de la ANH por precios altos, debido a que los campos comerciales Corcel A y Corcel C se encuentran ubicados en distintas áreas de explotación dentro del área contratada, razón por la cual las

¹² Folios 149 y 150, *ibídem*.

producciones de los referidos campos se comportan de manera individual y no se suman para determinar la producción acumulada de cada área de explotación que daría lugar a la causación de derechos económicos por precios altos.

5.3.3. El 29 de marzo de 2012 PETROMINERALES, teniendo en cuenta la cláusula compromisoria contenida en el contrato CORCEL, formuló demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, en contra de la ANH con el fin de dirimir las controversias surgidas en torno a la interpretación y aplicación del numeral 16.2 de la cláusula 16 del contrato CORCEL relativa al derecho por precios altos.

En concreto, con la demanda se pretendía que el Tribunal de Arbitramento decidiera si para efectos de la determinación del Derecho por Precios Altos para Hidrocarburos Líquidos a favor de la ANH, se debe sumar la producción de todos los campos comerciales, es decir, de toda el área contratada (tesis de la ANH), o si para tal operación se debe tomar en cuenta la producción por cada área de explotación en tanto cada campo comercial está debidamente individualizado y todos son independientes entre sí dentro del área contratada (tesis de PETROMINERALES).

5.3.4. Mediante laudo de 6 de diciembre de 2017 el Tribunal de Arbitramento resolvió:

“[...] QUINTO: DECLARAR la prosperidad de la pretensión segunda de la demanda principal reformada presentada por PETROMINERALES, y en consecuencia declarar que, en los términos del Contrato CORCEL, principalmente según los numerales 1.4., 1.6., 1.9., 1.27. y 1.28., de la Cláusula 1, numeral 4.3 de la Cláusula 4 y numerales 9.3 y 9.4 de la Cláusula 9, las definiciones contractuales de "Área Contratada", "Área de Explotación" y "Campo Comercial" son diferentes.

SEXTO: DECLARAR la prosperidad de la pretensión tercera de la demanda principal reformada presentada por PETROMINERALES, y en consecuencia declarar que, en los términos del Contrato CORCEL, en el Área Contratada, reportadas para el momento de la presentación de la demanda principal reformada, existían las siguientes ocho (8) Áreas de Explotación: CORCEL A, BOA, CORCEL C, COBRA, CORCEL D, CORCEL E, CARUTO y CARDENAL, independientes entre sí y delimitadas de conformidad con los documentos que obran en el expediente.

SEPTIMO: DECLARAR la prosperidad de la pretensión cuarta de la demanda principal reformada presentada por PETROMINERALES, y en consecuencia declarar que en los términos del numeral 16.2 de la cláusula 16 del Contrato CORCEL, el pago del Derecho por Precios Altos por Hidrocarburos Líquidos está condicionado a la ocurrencia de cinco condiciones contractuales que son: (i) que haya un Descubrimiento; (ii) que haya la declaratoria de comercialidad de un

Campo; (iii) que haya un Área de Explotación, pues el derecho se predica de cada Área de Explotación; (iv) que la producción acumulada de la respectiva Área de Explotación incluyendo el volumen de regalías supere los cinco (5) millones de barriles de Hidrocarburos Líquidos; y (v) que el precio de crudo marcador WTI supere el precio base Po; y que estas condiciones deben cumplirse conjuntamente para que se cree una obligación en cabeza de PETROMINERALES (obligación de pago a la ANH) y correlativamente un derecho en cabeza de la ANH (derecho a exigir y recibir el pago por parte de PETROMINERALES).

OCTAVO: DECLARAR la prosperidad de la pretensión quinta de la demanda principal reformada presentada por PETROMINERALES, y en consecuencia declarar que por estar ubicados los Campos Comerciales CORCEL A, BOA, CORCEL C, COBRA, CORCEL D, CORCEL E, CARUTO y CARDENAL en sus respectivas Áreas de Explotación, individualizadas e independientes entre sí dentro del Área Contratada, las producciones de los referidos Campos Comerciales y Áreas de Explotación se comportan de manera individual, separada y exclusiva y no se suman para determinar el Derecho por Precios Altos para Hidrocarburos Líquidos a favor de la ANH en los términos del Contrato CORCEL.

NOVENO: Como consecuencia de lo resuelto en el punto OCTAVO anterior DECLARAR la prosperidad de la pretensión sexta de la demanda principal reformada presentada por PETROMINERALES, y en consecuencia declarar que la producción de hidrocarburos de cada una de las Áreas de Explotación y sus respectivos Campos Comerciales no se suma para la aplicación del numeral 16.2. de la cláusula 16 del Contrato CORCEL.

DÉCIMO: DECLARAR la prosperidad de la pretensión séptima de la demanda principal reformada presentada por PETROMINERALES, y en consecuencia declarar que en los términos del numeral 16.2. de la cláusula 16 del Contrato CORCEL, la obligación de pago del Derecho por Precios Altos por Hidrocarburos Líquidos por parte de PETROMINERALES sólo se ha causado respecto del Área de Explotación CORCEL A a partir del mes de agosto de 2011 y respecto del Área de Explotación CORCEL C a partir del mes de junio de 2012, por haberse superado en cada una de dichas Áreas de Explotación una producción acumulada, incluyendo el volumen de regalías que supera los cinco (5) millones de barriles de Hidrocarburos Líquidos y por haber acontecido, en relación con tales Áreas de Explotación, las demás condiciones a las que se refiere la pretensión CUARTA de la demanda principal reformada.

DÉCIMO PRIMERO: DECLARAR la prosperidad de la pretensión octava de la demanda principal reformada presentada por PETROMINERALES, y en consecuencia declarar que no existe obligación de pago del Derecho por Precios Altos a la ANH respecto de las Áreas de Explotación CORCEL D, CORCEL E, BOA, COBRA, CARUTO y CARDENAL, toda vez que ninguna de ellas ha superado los cinco (5) millones de barriles de Hidrocarburos Líquidos de producción acumulada, incluyendo el volumen de regalías, ni se han dado las otras condiciones pactadas en el numeral 16.2. de la cláusula 16 del Contrato CORCEL.

DÉCIMO SEGUNDO: DECLARAR la prosperidad de la pretensión novena de la demanda principal reformada presentada por PETROMINERALES, y en consecuencia declarar que PETROMINERALES ha cumplido estrictamente sus obligaciones de pago del Derecho por Precios Altos por Hidrocarburos Líquidos establecidos por el numeral 16.2. de la cláusula 16 del Contrato CORCEL respecto de las Áreas de Explotación CORCEL A y CORCEL C.

DECIMO TERCERO: DECLARAR parcialmente la prosperidad de la pretensión décima segunda de la demanda principal reformada presentada por PETROMINERALES en cuanto a que respecto del Derecho por Precios Altos correspondientes a las Áreas de Explotación en el Área Contratada a que se refieren las comunicaciones incluidas en el literal g) del numeral 2 de la Segunda Parte del Laudo. PETROMINERALES no adeuda sumas a la ANH.

[...]

VIGÉSIMO PRIMERO: DENEGAR por infundadas, las demás pretensiones, principales y subsidiarias de la demanda de reconvenición formulada por la ANH en contra de PETROMINERALES, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

VIGÉSIMO SEGUNDO: CONDENAR a LA AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS (ANH) a pagar a PETROMINERALES S.A. la suma de TRES MIL DOSCIENTOS CINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$3.205.137.500,00) más IVA, por concepto de costas y agencias en derecho, de conformidad con la liquidación efectuada en la parte motiva de esta providencia.”¹³

5.3.5. La ANH, PETROMINERALES y el Ministerio Público radicaron solicitudes de aclaración y complementación del auto de 6 de diciembre de 2017 las cuales fueron resueltas en audiencia celebrada el 18 de diciembre de 2017.

5.3.6. El 24 de octubre de 2018 la ANH sustentó el recurso de anulación interpuesto en contra del laudo del 6 de diciembre de 2017 con fundamento en las siguientes causales de anulación previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998:

- CAUSAL SEXTA: por considerar que el laudo se profirió en conciencia pues, en su criterio, el Tribunal (i) no tuvo en cuenta la prueba documental producida por PETROMINERALES que demostraba la estrategia del “pitufeo”¹⁴ desplegada en Corcel, (ii) no examinó las pruebas que demostraban la realización de actos contrarios a un comportamiento contractual honesto, (iii) impuso una tarifa probatoria no prevista en la ley, de conformidad con la cual la mala fe del contratista de exploración y explotación de hidrocarburos debe probarse por medio de la demostración técnica de irregularidades técnico-científicas, y (iv) tuvo probada, sin estarlo, una supuesta política de estado para incentivar la delimitación de

¹³ Folios 342 a 353 del laudo arbitral de 6 de diciembre de 2017 que obra en el CD anexo.

¹⁴ Separar de manera artificiosa el terreno en múltiples unidades compartimentadas para impedir o dilatar la causación de derechos económicos por precios altos en favor de la ANH.

‘campos menores’ según la cual éstos se encuentran exentos del pago de derechos económicos por precios altos¹⁵.

- CAUSAL OCTAVA: por considerar que en el laudo se decidieron aspectos que no se encontraban por fuera de la competencia del Tribunal de Arbitramento, toda vez que, en virtud de la cláusula 27 del Contrato CORCEL, no estaba facultado para decidir sobre controversias técnicas o científicas entre las Partes y, pese a ello, estimó que era cierto que existían ocho áreas de explotación sobre la base de la suposición técnica y científica de que en CORCEL existen ocho unidades independientes de reservorios de hidrocarburos. En su parecer, el Tribunal no tenía competencia para hacer análisis técnicos de cada yacimiento, campo comercial, área de explotación en particular de cada campo comercial y del área contratada, pues los conflictos relativos a esa materia debían ser resueltas mediante peritaje técnico.¹⁶
- CAUSAL CUARTA¹⁷: frente a la cual alegó que los árbitros “[...] se abstuvieron de practicar la prueba indiciaria que necesaria y legalmente debían producir por razón de haberse demostrado que en el trámite arbitral se rindieron en favor de Petrominerales tres (3) declaraciones testimoniales que ocultaron la verdad confluente, concurrente y coordinadamente sobre un mismo hecho del proceso que perjudicaba la defensa de la convocante y demostraba el supuesto de hecho de dos excepciones formuladas por la Convocada, a saber, las de mala fe y abuso del derecho por parte de Petrominerales, y de su causa petendi como demandante reconventional [...]”¹⁸.
- CAUSAL SÉPTIMA: por considerar que el laudo tiene disposiciones contradictorias, toda vez que en los ordinales décimo sexto y vigésimo primero de la parte resolutive el Tribunal adoptó dos decisiones antagónicas, ya que en el uno declaró la prosperidad de la pretensión segunda formulada en la demanda de reconvenición de la ANH y en el otro denegó las demás pretensiones de la aludida demanda de reconvenición. En ese punto precisó que si el Tribunal resolvió que el término “área de explotación” de la cláusula 1.6 es el mismo utilizado en la cláusula 16.2, y

¹⁵ Folios 16 a 65 del anexo.

¹⁶ Folios 66 a 78 del anexo.

¹⁷ Folios 79 a 88 del anexo.

¹⁸ Folio 79 del anexo.

siendo que la primera define al “*área de explotación*” como la porción de área contratada en la cual se localiza uno o más campos comerciales, la conclusión lógica es que el área de explotación del contrato Corcel está conformada por uno o más campos comerciales y, por consiguiente, era imperativo declarar la prosperidad de la primera pretensión de la reforma a la demanda de reconvencción¹⁹.

- CAUSAL NOVENA: ya que, en su criterio, el laudo no decidió sobre cuestiones sujetas al arbitramento, pues no emitió un pronunciamiento sustancial sino solamente aparente sobre la excepción de ANH relativa a la prevalencia del tenor literal del contrato CORCEL y la consecuente pretensión cuarta en donde solicitó declarar que en la fórmula pactada en la cláusula 16.2 la variable volumen de hidrocarburos del contratista se refiere al volumen de hidrocarburos expresado en barriles de hidrocarburos líquidos que corresponden al contratista²⁰.

5.3.7. Mediante auto de 5 de julio de 2018 el Despacho sustanciador de la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado avocó conocimiento del recurso de anulación y, en providencia de 3 de octubre de 2018, repuso parcialmente el anterior auto y suspendió los efectos de la ejecución del laudo arbitral dictado el 6 de diciembre de 2017, en los términos establecidos en el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil.

5.3.8. Mediante sentencia de 18 de enero de 2019, la Subsección “C” de la Sección Tercera declaró infundado el recurso extraordinario de anulación formulado por la ANH y la condenó en costas.

5.4. ANÁLISIS DE LA SALA SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

En atención a los argumentos expuestos en la impugnación sobre la decisión adoptada en la sentencia de 21 de noviembre de 2018, la Sala abordará previamente el estudio de procedencia de la acción de tutela formulada en contra del laudo arbitral de 6 de diciembre de 2017.

5.4.1. Procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales

¹⁹ Folios 88 a 94 del anexo.

²⁰ Folios 94 a 109 del anexo.

Desde el año 1998, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la equivalencia material que existe entre los laudos arbitrales y las providencias judiciales *stricto sensu*, por cuanto, en primer lugar, ambas categorías aluden a decisiones eminentemente jurisdiccionales, que ponen fin a una controversia a partir de la valoración de las pruebas allegadas al proceso con fundamento en los mandatos constitucionales y legales, cuando se trata de un laudo arbitral dictado en derecho, o atendiendo a los principios de equidad, si es ese el evento²¹. Asimismo, al laudo arbitral se le reconoce como equivalente de la providencia judicial en consideración a que “[...] los árbitros son investidos de manera transitoria en la función pública de administrar justicia, la cual además legalmente ha sido calificada como un servicio público, por tal razón no cabe duda que en sus actuaciones y en las decisiones que adopten los tribunales arbitrales están vinculados por los derechos fundamentales, y que la tutela es procedente cuanto estos sean vulnerados o amenazados con ocasión de un proceso arbitral [...]”²²

Sin embargo, en lo que respecta a las acciones de tutela con las que se controvierten decisiones jurisdiccionales, la señalada equivalencia no se presenta de forma exacta, pues cuando dicha acción se interpone en contra de un laudo arbitral, el examen de los requisitos de procedibilidad de la solicitud demanda un juicio aún más estricto que aquel que se realiza cuando se cuestiona una sentencia judicial, ya que así lo obliga el principio de voluntariedad que fundamenta el proceso arbitral.

Así entonces, si las partes en un contrato deciden acudir a la justicia arbitral, y por ende sustraer de forma temporal un asunto del conocimiento de la administración de justicia, debe limitarse la injerencia de los jueces ordinarios en el litigio con el fin de salvaguardar la voluntad original de quienes suscribieron un pacto arbitral para habilitar a unos particulares de la potestad de dirimir una controversia²³. En esa medida, las peculiares características de esta modalidad de justicia justifican que el legislador haya optado por diseñar unos mecanismos de naturaleza extraordinaria y restrictiva para controvertir los laudos arbitrales y, por lo mismo, que en el estudio sobre la procedibilidad de las acciones de tutela que se interpongan en su contra se imponga un juicio estricto y restringido, de manera

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-242 de 20 de mayo de 1997, M.P.: Hernando Herrera Vergara.

²² Corte Constitucional, sentencia T-244 de 30 de marzo de 2007, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

²³ Corte Constitucional, sentencia SU 174 de 14 de marzo de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

que ésta solo resulte admisible cuando sea notoria la vulneración directa de un derecho fundamental

Al respecto, en la sentencia SU 174 de 14 de marzo de 2007, la Corte Constitucional precisó que, además del cumplimiento de los requisitos generales y especiales establecidos para las providencias judiciales, el estudio sobre la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales tiene cuatro elementos característicos que resaltan su carácter excepcionalísimo en este ámbito, a saber:

*[...] (1) un respeto por el **margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a éste pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento;***

*(2) la procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado, en la decisión que se ataca, una vulneración **directa** de derechos fundamentales;*

(3) si bien es posible y procedente aplicar la doctrina de las vías de hecho a los laudos arbitrales, dicha doctrina ha de aplicarse con respeto por los elementos propios de la naturaleza del arbitraje, lo cual implica que su procedencia se circunscribe a hipótesis de vulneración directa de derechos fundamentales; y

*(4) el carácter subsidiario de la acción de tutela se manifiesta con especial claridad en estos casos, ya que **sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos**, y a pesar de ello persiste la vía mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental. En materia de contratos administrativos sobresale el recurso de anulación contra el laudo. [...]²⁴*

Los criterios señalados en los numerales tercero y cuarto, a su vez, han sido desarrollados por variadas sentencias de la Corte Constitucional. Al respecto, se ha dicho que cuando se trata de tutelas contra laudos arbitrales, los requisitos específicos de procedibilidad de la acción establecidos en la sentencia C-590 de 2005²⁵, adquieren un matiz especial en atención a las características propias del

²⁴ Corte Constitucional, sentencia SU 174 de 14 de marzo de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁵ A partir de esta providencia la procedibilidad del amparo frente a las decisiones judiciales ha estado supeditada al cumplimiento de los denominados “requisitos generales de procedencia” y a la verificación de las “causales específicas de procedibilidad”. En lo atinente a las “causales específicas de procedencia” se ha manifestado igualmente que representan razones concretas por las cuales se puede acusar una providencia judicial de infringir derechos fundamentales. La jurisprudencia constitucional ha tipificado como causales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales las siguientes anomalías:

- a. El defecto orgánico.
- b. El defecto procedimental.
- c. El defecto fáctico.
- d. El defecto material o sustantivo.
- f. El error inducido.
- g. La decisión sin motivación.
- h. El desconocimiento del precedente.
- i. La violación directa de la Constitución.

trámite arbitral, de manera que los presupuestos para su comprobación son los que específicamente fueron sintetizados en la sentencia T-466 de 9 de junio de 2011²⁶.

Del mismo modo, la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha desarrollado las particularidades que comporta el estudio de la subsidiariedad en estos casos, pues, tal como se anunció, la acción de tutela se encuentra supeditada a la inexistencia de otros mecanismos de defensa o al agotamiento previo de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, entre ellos, el recurso extraordinario de anulación.

Sin embargo, el estudio sobre el cumplimiento del requisito de subsidiariedad le exige al juez constitucional realizar un análisis juicioso y específico sobre la efectividad del único medio de control que existe para controvertir un laudo arbitral, en el caso en concreto. Ello por cuanto, a partir de la forma en que fue previsto en el Decreto 1818 de 1998²⁷ (hoy Ley 1563 de 2012), este mecanismo es de carácter extraordinario, las causales para su procedencia son taxativas, de alcance restringido, dirigidas a atacar aspectos procesales de la providencia y en el cual la autoridad judicial encargada de resolverla, (la Sección Tercera del Consejo de Estado cuando la controversia involucra una autoridad pública) no actúa en calidad de juez de segunda instancia del Tribunal de Arbitramento, pues solo se pronuncia sobre los errores *in procedendo* consignados en el laudo.

En esa medida, es posible que el laudo arbitral incurra en algún defecto que no tenga cabida dentro de las causales procedimentales señaladas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, (hoy artículo 41 de la Ley 1563 de 2012) y que, sin embargo, produzca una afectación a un derecho fundamental.

En dicho supuesto, resultaría improcedente rechazar de forma irrestricta la acción de tutela que se presenta a pesar de que no se interpuso el recurso de anulación,

Los anteriores criterios fueron acogidos por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del 31 de julio de 2012, Rad.: 2009-01328, C.P.: María Elizabeth García González.

²⁶ Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁷ Por haber iniciado el 29 de marzo de 2012, el presente trámite arbitral se encuentra regido por el Decreto 1818 de 1998, toda vez que, según la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación “[...] los procesos arbitrales iniciados con antelación a 12 de octubre de 2012 seguirán rigiéndose por las normas procesales que sobre la materia prescribe el Decreto compilatorio 1818 de 1998, lo que incluye, entonces, el régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales del recurso de anulación de laudo arbitral y, en sentido contrario, solo se aplicará la normativa del Estatuto Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012 [...]”. Auto de 6 de junio de 2013, expediente número: 11001-03-26-000-2013-00003-00, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

o cuando éste aún no ha sido resuelto, ya que “[...] obligar al agotamiento del recurso de anulación en tales casos, significaría un absurdo innecesario cuando no se está en presencia de alguna de las causales o se pretendiera forzosamente acomodar la verdadera razón de la afectación del derecho fundamental en una de las causales de anulación [...]”²⁸ y, en todo caso, implicaría imponer una carga desproporcionada sobre aquel que considera vulneradas sus garantías fundamentales, pues carecería de vías para solicitar la protección de sus bienes jurídicos ante la administración de justicia.

Por consiguiente, cuando al laudo arbitral se le señalen defectos relativos a la argumentación de fondo adoptada como sustento de la decisión, completamente ajenos a cuestiones procedimentales, el requisito de subsidiariedad puede ser relativizado, de manera que la interposición de la acción constitucional antes o de manera simultánea con la presentación del recurso no haría improcedente, *per se*, la solicitud de amparo constitucional.

La Corte Constitucional ha dejado claro que los mecanismos de control del procedimiento arbitral no fueron diseñados por el legislador para revisar integralmente la controversia resuelta por el Tribunal de Arbitramento, de manera que si, por ejemplo, se invoca la protección a derechos fundamentales por la configuración de un defecto sustantivo o fáctico a partir del núcleo de su sustento argumentativo del laudo arbitral, la acción de tutela vendría a ser el único mecanismo verdaderamente eficaz para conjurar “[...] los actos u omisiones que hayan violado los derechos fundamentales de las partes durante el trámite arbitral. Es decir, las facultades del juez de la jurisdicción administrativa son muy restringidas si se compara con las facultades del juez constitucional para determinar y decidir sobre la afectación de derechos fundamentales en estos casos [...]”²⁹

En todo caso, la Sala destaca que con lo anterior no se invierte la regla general de la subsidiariedad de la acción de tutela y en consecuencia, la tesis enunciada no podría ser utilizada, sin más, como excusa para omitir el agotamiento de los recursos pues, se reitera, **solo en aquellos casos en que el recurso de anulación sea ineficaz porque se discuten asuntos completamente ajenos a los que se admiten como fundamento sus causales de procedibilidad, la**

²⁸ Corte Constitucional, sentencia SU 500 de 6 de agosto de 2015, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T -058 de 2 de febrero de 2009, M.P.: Jaime Araujo Rentería.

acción de tutela puede ser la vía directa de defensa de derechos fundamentales.

Lo mismo ocurre cuando se interpone la acción de tutela como mecanismo transitorio para conjurar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, siendo claro que en este tipo de casos los daños económicos no generan por sí solos este tipo de afectación, por más de que su cuantía sea elevada, ya que además del peligro inminente para el derecho fundamental se requiere que exista una urgencia de tomar medidas prontas³⁰.

5.4.2. Análisis del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad en el caso concreto

5.4.2.1. En el caso *sub examine*, la Sección Quinta de esta Corporación concluyó que la solicitud de amparo era improcedente ante la existencia de otro mecanismo judicial – el recurso extraordinario de anulación -, al cual acudió la parte actora de forma previa a la interposición de la tutela invocando algunos de los argumentos que desarrollan los cargos por defecto orgánico, fáctico, sustantivo y procedimental, a saber:

- (i) que el Tribunal carecía de competencia para pronunciarse sobre aspectos técnicos como las características del terreno del contrato CORCEL;
- (ii) que se tuvo por demostrada una política pública petrolera de incentivo de exploración de campos menores que es inexistente;
- (iii) que impuso una tarifa legal para la demostración de mala fe del contratista;
- (iv) que los árbitros no cumplieron con su deber de deducir indicios a partir de la evidencia de la mala fe procesal de una de las partes consistente en que tres empleados de PETROMINERALES hicieron declaraciones falsas.

En su impugnación la recurrente señaló, en primer lugar, que el recurso extraordinario de anulación no ofrecía solución alguna para la garantía de los derechos fundamentales comprometidos, ya que tiene una naturaleza, finalidad y

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 11 de diciembre de 2015, radicado 11001031500020150227001, C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

trámite completamente diferente al de la tutela, por lo que estimó que la decisión adoptada resultaba desproporcional y equivocada.

En el trámite de la impugnación, la ANH allegó copia de la sentencia de 18 de enero de 2019, mediante la cual la Subsección “C” de la Sección Tercera de esta Corporación resolvió el recurso de anulación que interpuso en contra del laudo de 6 de diciembre de 2018 y negó los cargos formulados. En consecuencia, señaló que a partir de ese hecho sobreviniente se debía tener por satisfecho el requisito general de subsidiariedad que la Sección Quinta estimó incumplido, y que con la sentencia se demostraba que el recurso de anulación no es un medio de defensa judicial idóneo para discutir los hechos expuestos en la acción de tutela, ya que, en atención a su alcance restringido, al juez de la anulación le es imposible determinar si por medio de un laudo arbitral objeto del recurso extraordinario se cometieron violaciones a derechos fundamentales, tal como afirmó la Sección Tercera en la aludida sentencia. Por lo anterior, solicitó analizar los 7 cargos formulados en la acción de tutela.

Al respecto, la Sala recuerda que la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales exige que en la decisión que se ataca se haya configurado una **vulneración directa de derechos fundamentales**, pues el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros impide que el juez de tutela se pronuncie sobre los intereses jurídicos, no fundamentales, que se encontraban en discusión en el proceso arbitral. Por su parte, el recurso extraordinario de anulación se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico como mecanismo para debatir, a través de unas causales de alcance restringido, aspectos procesales del laudo, y en el cual la autoridad judicial encargada de resolverla no actúa en calidad de juez de segunda instancia del Tribunal de Arbitramento, pues solo se pronuncia sobre los errores *in procedendo* consignados en la providencia.

Es por ello que la jurisprudencia reconoce que, cuando a un laudo arbitral se le señalan defectos relativos a la argumentación de fondo adoptada como sustento de la decisión, completamente ajenos a cuestiones procedimentales, el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela debe entenderse satisfecho en tanto el recurso de anulación no constituiría un mecanismo idóneo para abrir ese debate.

En esa medida, en orden a verificar si hay lugar a acoger la tesis de la actora sobre la procedencia de la presente acción, resulta necesario analizar si a través de las causales de anulación previstas en el Decreto 1818 de 1998 era imposible invocar las razones que aduce la ANH como fundamento de su solicitud de tutela pues, de ser así, la acción de tutela era el mecanismo procedente y para su ejercicio no sería exigible el agotamiento del recurso extraordinario de anulación.

Dicha verificación, en concordancia con las consideraciones anteriores, debería evidenciar entonces que si la ANH decidió acudir tanto a la acción de tutela como al recurso extraordinario de anulación, fue porque con cada uno de esos mecanismos pretendía una protección diferente, de manera que expuso razones específicas en cada uno de los trámites, en atención a la naturaleza y finalidad propia de cada cual.

Sin embargo, la comparación entre los argumentos que sustentaron el recurso extraordinario de anulación y los fundamentos de los defectos orgánico, fáctico, sustantivo y procedimental planteados en la acción de tutela, deja ver que ambos parten de los mismos supuestos al punto en que coinciden en su mayoría, circunstancia que pone de presente que la actora acudió a este mecanismo constitucional con el único fin de encauzar, forzosamente, argumentos que son susceptibles de debatirse a través del recurso de anulación como razones constitutivas de los defectos que alega en sede constitucional, utilizando de forma paralela los dos mecanismos.

La anterior circunstancia provocó que la sentencia de 18 de enero de 2019, por medio de la cual se resolvió el recurso de anulación formulado por ANH contra el laudo de 6 de diciembre de 2017, contenga pronunciamientos sobre aspectos que fueron igualmente expuestos en la acción de tutela como fundamento de los defectos alegados.

A continuación se exponen las coincidencias entre la acción de tutela y el recurso de anulación y la decisión que adoptó al respecto el Juez natural de la causa (Subsección "C" de la Sección Tercera) en la sentencia de 18 de enero de 2019:

CARGOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA	FUNDAMENTO DEL RECURSO DE ANULACIÓN	DECISIÓN DE LA SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2019
<p><u>Defecto orgánico:</u> el Tribunal Arbitral carecía de competencia para pronunciarse sobre la realidad geológica y geofísica del contrato CORCEL y con ello invadió la óptica del peritaje técnico (F. 16 a 23 C.ppal)</p>	<p><u>Causal 8ª “Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”:</u></p> <p>Los árbitros actuaron por fuera de su competencia, al invadir la órbita del peritaje técnico, asunto excluido según lo consagrado en la cláusula 27.2.4 del contrato CORCEL. (F.66 a 78 anexo)</p>	<p>Este cargo está llamado al fracaso, pues tal como se evidenció, por voluntad de las partes, el debate jurídico atinente a la hermenéutica del contrato, era de competencia del tribunal, y la naturaleza jurídica de ese debate no se desdibujó por causa de la necesaria comprensión, por parte de los árbitros, de algunos conceptos técnicos que sustentaron la redacción final de la cláusula 16 del contrato E & P. (F. 536 C.ppal)</p>
<p><u>Defecto fáctico:</u> En el laudo se decidió, sin pruebas y sobre la base del conocimiento privado de los árbitros, que en Colombia existe una política pública petrolera de conformidad con la cual la ANH incentivó la exploración de campos menores para que sobre estos no se causaran los derechos económicos por precios altos en favor de la Nación. (F. 42 a 48 C.ppal)</p>	<p><u>Causal 6ª “Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho”:</u></p> <p>El Tribunal de Arbitraje tuvo como probada, sin estarlo, una supuesta política de estado para incentivar la delimitación de ‘campos menores’, esto es, campos exentos de causar en favor del Estado el Derecho económico por precios altos. (F. 58 a 64 anexo)</p>	<p>Los testimonios rendidos por los abogados expertos que en su momento fueron contratados por la ANH para apoyar el proceso de estructuración y redacción del Contrato de E & P., ponen de presente la falta de fundamento en este reproche.</p> <p>En efecto, dichos abogados dieron fe que la ANH tenía especial interés en la redacción de la cláusula Derecho por Precios Altos y que ésta respondió al interés de la Agencia en estimular la explotación de los campos menores. (F. 533, reverso C.ppal)</p>
<p><u>Defecto sustantivo:</u> Derivado del hecho de</p>	<p><u>Causal 6ª “Haberse fallado en conciencia o</u></p>	<p>Lejos de exigir la pericia como única prueba de la</p>

<p>haber creado y aplicado una tarifa probatoria legalmente inexistente y de imposible cumplimiento según la cual “la presunción legal de buena fe solo admite prueba técnica en contrario” (F. 48 a 53 C.ppal)</p>	<p><u>equidad, debiendo ser en derecho”.</u></p> <p>El Tribunal acuñó una norma ajena al derecho positivo vigente de conformidad con la cual la mala fe del Contratista de Exploración debe probarse por medio de la demostración técnica de la existencia de irregularidades técnico-científicas. (F. 52 a 58 anexo)</p>	<p>indebida conformación de las Áreas, el Tribunal se limitó a recordar que en este tipo de contrato, competía a PETROMINERALES la delimitación de las Áreas de Explotación, trabajo que estaba fundado en unas consideraciones técnicas, y que una vez presentado a la ANH, ésta debía definir, en esa sede administrativa, con criterios, igualmente técnicos, obligación que infirió el Tribunal, no fue honrada oportunamente por la ANH, derivando de ello consecuencias contractuales. (F. 532 C.ppal)</p>
<p><u>Defecto procedimental:</u> Porque los árbitros incumplieron la obligación de calificar la conducta procesal de las partes y deducir indicios a partir de ella. Según la actora, los testigos de Petrominerales ocultaron la verdad sobre hechos que fueron comprobados con la prueba pericial informática que recolectó correspondencia producida por los mismos testigos, todo lo cual probaba la mala fe procesal de Petrominerales. (F. 69 a 73 C.ppal)</p>	<p><u>Causal 4ª “Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.”</u></p> <p>Los árbitros se abstuvieron de practicar la prueba indiciaria que necesaria y legalmente debían producir por razón de haberse demostrado que en el trámite arbitral se rindieron en favor de Petrominerales tres testimonios que ocultaron la verdad sobre un mismo hecho, con lo que demostraban la mala fe y el abuso del derecho por parte de Petrominerales (F. 79 a 84 del anexo)</p>	<p>Lo primero que debe advertir esta judicatura es que el recurso a esta causal se evidencia forzado, puesto que la prueba indiciaria no es objeto de decreto, sino el resultado de la aplicación de las reglas de la lógica al análisis de los medios de prueba, estos sí, previamente decretados y legalmente incorporados al proceso.</p> <p>Es por ello que, de aplicar esta Sala los criterios que tiene establecidos para la verificación del cumplimiento de los elementos de la causal, debe concluir que estos no se cumplen, pues:</p> <p>(i) La prueba que se echa de menos no fue solicitada (ni debía serlo) por la parte convocada; (ii) La aducida omisión no tuvo incidencia en la decisión del fondo del asunto; y (iii) solo hasta el</p>

		<p>momento de la sustentación del recurso de anulación la recurrente reclamó la aparente omisión en la práctica de la prueba indiciaria.</p> <p>El laudo valoró las pruebas aportadas dentro del trámite arbitral encontrando que las mismas eran contundentes y suficientes para dictar sentencia, por lo que la presunta prueba indiciaria referida por la recurrente no tiene repercusión alguna dentro de la decisión adoptada.</p> <p>(F. 536 a 538 del anexo)</p>
--	--	---

Lo anteriormente señalado permite arribar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, que no todos los argumentos expuestos en la tutela radicada por la ANH podían ser analizados a través de este mecanismo constitucional porque el medio idóneo para ello era el recurso de anulación, proceso en el que se estudiaron a la luz de las causales previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Y, en segundo lugar, que esta Sala no puede pronunciarse nuevamente sobre aquellos aspectos que ya fueron resueltos por la Subsección “C” de la Sección Tercera, pues, se repite, el que ya hayan sido analizados en sede del recurso de anulación pone de presente que la acción de tutela no era el medio idóneo para proponerlos y, por lo mismo, que a esta Sección solo le corresponde analizar aquellos aspectos que evidencien una argumentación relacionada con la vulneración de derechos fundamentales derivada de aspectos sustanciales del laudo arbitral, particularmente, las acusaciones sobre algunos sustentos del defecto fáctico, desconocimiento del precedente y sustantivo, porque los supuestos fácticos que la sustentaban no fueron objeto de análisis en el recurso de anulación.

Así entonces, el hecho de que en este momento ya exista una decisión definitiva sobre el recurso de anulación formulado contra el laudo de 6 de diciembre de 2017 no hace procedente la presente acción de tutela frente a todos los cargos

formulados, pues, en todo caso, lo cierto es que el mecanismo idóneo para exponer los reproches sobre aspectos procedimentales del laudo es el recurso de anulación, de manera que al juez de tutela no le corresponde emitir pronunciamiento alguno sobre lo que ya fue decidido por el juez natural del asunto, en sentencia definitiva que no ha sido objeto de cuestionamiento.

Una tesis contraria implicaría reconocer la acción de tutela como un mecanismo paralelo al recurso de anulación y equiparar ambos trámites como si en el ordenamiento hubieran sido previstos como dos opciones para perseguir una misma pretensión. En esas condiciones, para el interesado resultaría más atractivo iniciar de forma simultánea ambos mecanismos, con fundamento en iguales argumentos, para ampliar la probabilidad de que en alguno de ellos se acceda a sus pretensiones, circunstancia que, a todas luces, desconoce la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela.

En efecto, la acción de tutela no constituye un mecanismo adicional, sustituto ni complementario de los demás recursos constitucionales o legales. En esa medida, en estos casos lo pertinente sería agotar el recurso de anulación contra el laudo arbitral y atender a las consideraciones que el juez natural exponga en la sentencia que lo resuelva. Así las cosas, en el caso en el que el interesado considere que la irregularidad del laudo persiste, que ésta fue convalidada en la sentencia que resolvió la anulación y que todo ello constituye una vulneración a sus derechos fundamentales, debería formular acción de tutela en contra la providencia que decide el recurso extraordinario y demostrar que incurre en defectos específicos que vulneran sus derechos fundamentales.

En consideración a lo anterior, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre el fundamento de los cargos por defecto orgánico, defecto fáctico (en lo referido a que el Tribunal tuvo probada supuestamente sin estarlo una política de estado encaminada a la constitución de campos exentos del pago de derechos económicos por precios altos), defecto sustantivo (por invención de tarifa legal) y defecto procedimental.

5.4.2.2. De otra parte, con relación a la procedencia de la acción de tutela, la parte actora señaló que *“[...] no resulta nada difícil ver que en este caso concreto la concurrencia cronológica de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad de la acción de tutela – entendido este de la equivocada manera en que lo hizo el a quo*

– es fácticamente imposible bajo la concepción de subsidiariedad esgrimida por la Sala en la sentencia impugnada, que la ANH no comparte, porque para la fecha de vencimiento del plazo de seis (6) meses previsto por la jurisprudencia para no sacrificar el principio de inmediatez de la acción de tutela contra el Tribunal Accionado, ni siquiera había sido admitido el recurso que solamente se pudo sustentar pasados cinco (5) meses después de haberse interpuesto la presente acción de tutela, que para ese entonces ya acumulaba una mora gigantesca respecto del término de diez (10) días para su resolución le impone el artículo 86 a todos los jueces constitucionales, sin excepción [...]”³¹.

En esa medida, reprochó que para arribar a la decisión impugnada la Sección Quinta no tuvo en cuenta que “[...] para haber podido satisfacer el requisito de subsidiariedad en los términos exigidos por la Sala, habría tenido la ANH que presentar la acción de tutela pasados, en un cálculo excesivamente optimista, unos dieciocho (18) meses desde la ocurrencia de los hechos denunciados como violatorios de las garantías constitucionales respecto de las cuales el artículo 86 de la CP concede acción de tutela, es decir, que se habría perdido necesariamente el requisito de inmediatez para ese entonces, en perjuicio de la ANH [...]”³². En esa medida, afirmó que la Sección Quinta debió realizarse una ponderación entre la exigencia del requisito de subsidiariedad y el de inmediatez, para determinar cuál de los dos debía prevalecer o cómo debían coexistir.

Para la Sala, los anteriores argumentos parten, igualmente, de un entendimiento errado de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues no es cierto que los requisitos de inmediatez y subsidiariedad sean excluyentes en el presente caso.

Por el contrario, si se tiene claro que la acción de tutela solo es procedente para invocar la protección de derechos fundamentales derivada de aspectos sustanciales del laudo arbitral, no cabe duda de que la ANH debía interponerla dentro de un término prudencial e invocar en ella solamente los defectos que no tenían cabida bajo las causales de anulación previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, de manera que, en esas circunstancias, tanto el requisito de inmediatez como el de subsidiariedad estaría satisfecho ante la inexistencia de un mecanismo idóneo.

³¹ Folio 434 del cuaderno principal.

³² Folio 435 del cuaderno principal.

Así las cosas, no es cierto que se deba realizar un juicio de ponderación entre la exigencia de cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, por lo cual ese argumento tampoco justifica la procedencia de la acción de tutela respecto de todos los cargos formulados.

En virtud de lo anterior, la Sala abordará el análisis de la impugnación en lo referido a los cargos que, en estricto rigor jurídico, resultan susceptibles de análisis a través de la acción de tutela y en consideración a los argumentos que se expusieron en la impugnación del fallo de primera instancia.

5.5. ANALISIS DE LOS DEFECTOS INVOCADOS

Para resolver la presente acción, la Sala:

- ✓ Se pronunciará sobre el defecto fáctico alegado por la parte actora.
- ✓ Resolverá los siguientes problemas jurídicos:
 - ¿Incorre en desconocimiento del precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre las consecuencias procesales de la mala fe y el abuso del derecho en la ejecución de un contrato, el laudo arbitral que determinó que no existió una estrategia defraudatoria o elusiva de las obligaciones de una de las partes de un contrato estatal?
 - ¿Incorre en defecto sustantivo el laudo arbitral que fijó la interpretación de un contrato estatal de exploración y explotación de hidrocarburos y determinó que las definiciones contractuales de "Área Contratada", "Área de Explotación" y "Campo Comercial" resultaban conceptos diferenciados?

5.5.1. El defecto fáctico

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, un **defecto fáctico** se configura “[...] cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. Según esta Corporación, el

fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales [...].”³³

Considera el Alto Tribunal Constitucional que la evaluación del acervo probatorio jamás podrá hacerse por el juez de manera arbitraria y que por ello la valoración que éste realice, necesariamente implica *“la adopción de criterios **objetivos**³⁴, no simplemente supuestos por el juez, **racionales**³⁵, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y **rigurosos**³⁶, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas”*.³⁷

Ahora bien, se han identificado dos dimensiones en las cuales es posible se configure el defecto fáctico, a saber³⁸:

- a) Una dimensión negativa, que surge cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa³⁹, situación que se presenta cuando: (i) no decreta, ignora o hace una valoración defectuosa de la prueba⁴⁰, y (ii) sin una razón válida da

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-419 de 2011, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁴ Cfr. sentencia SU-1300 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte encontró perfectamente razonable la valoración de las pruebas que hizo el Juez Regional en la sentencia anticipada. El Juez no omitió ni ignoró prueba alguna, *ni dio por probado un hecho sin fundamento objetivo. “El hecho de que el incremento patrimonial no justificado del procesado, se derivó de actividades delictivas se probó a través de la confesión de {varios testigos}, y de un conjunto concurrente de indicios, entre los cuales sobresale el hecho de que las cuentas en las cuales se consignaron la mayoría de los 23 cheques recibidos por el peticionario, fueron abiertas por él usando información falsa y las fotocopias de las cédulas de sus empleados que aparecían en los archivos de las empresas constructoras de la familia”*.

³⁵ Cfr. sentencia T-442 de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

³⁶ Cfr. sentencia T-538 de 1994 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esa oportunidad se le concedió la tutela al peticionario por la indebida apreciación que hace el juez de la conducta asumida por una de las partes, que se atuvo a la interpretación que de unos términos hizo el secretario del juzgado, que le lleva a negarle la interposición de un recurso del que depende la suerte del proceso penal.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-159-2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-620 de 2013, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-567 de 1998 y T-417 de 2008, entre otras.

⁴⁰ Cfr. Sentencias T-239 de 1996 y T-747 de 2009.

por no probado un hecho que emerge claramente.

- b) Una dimensión positiva, que se produce cuando: (i) el juez aprecia pruebas que fueron determinantes en la decisión de la providencia cuestionada, las cuales no ha debido tener en cuenta porque, por ejemplo, se recaudaron indebidamente, eran ilegales o ineptas, o (ii) da por ciertas algunas circunstancias sin que exista material probatorio que fundamente su decisión⁴¹.

Bajo los parámetros judiciales anteriores y teniendo en cuenta que los asuntos fácticos que se debaten en un proceso corresponden a la prueba, la relevancia y la connotación jurídica de los hechos, el defecto fáctico puede configurarse cuando: a) se le da relevancia a un hecho jurídico que resulta irrelevante para la decisión del caso, o por el contrario, se considera irrelevante el hecho, cuando en uno u otro caso resulta determinante para la decisión; b) se considera probado un hecho concreto que en realidad no está probado, ya sea porque no hay constancia del mismo en el expediente, o porque la prueba se ha recaudado con violación al debido proceso, o porque lo acreditado en el proceso no tiene la virtud de prueba de acuerdo con la ley; o por el contrario, no se considera probado el hecho que en realidad sí lo está, o se omite indebidamente el decreto o práctica de una prueba, y es determinante para la decisión a tomar; y c) cuando a un hecho concreto debidamente probado, se le da una connotación jurídica que no le corresponde, o no estando probado se connota jurídicamente.

En todo caso, para que se verifique la existencia de este defecto, el error debe ser flagrante, manifiesto y debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la evaluación fáctica de la autoridad judicial que ordinariamente conoce de un asunto, ya que

⁴¹ Ver Corte Constitucional, Sentencias T-538 de 1994, T-086 de 2007 y T-747 de 2009, entre otras.

con ello invadiría la órbita de la competencia y la autonomía de que son titulares los jueces ordinarios.

En el presente asunto, la parte actora adujo que en el laudo de 6 de diciembre de 2017 se incurrió en defecto fáctico porque allí se concluyó que la ANH no demostró que PETROMINERALES, al ejercer su derecho a delimitar las áreas de explotación dentro del área contratada, hubiere desplegado una actuación abusiva, maliciosa o malintencionada constitutiva de mala fe.

En ese sentido, reprochó que en el laudo solo se hizo referencia a 4 correos electrónicos de los años 2010 y 2011 para decir que no hubo mala fe, “[...] cuando los actos preparatorios de gestación de la operación de red denominación de los campos del Bloque Corcel con miras a la constitución de pequeñas unidades productivas supuestamente exentas del Derecho Económico por Precios Altos, ya habían tenido lugar (en los años 2008 y 2009), y se encontraba documentada por TREINTA Y CUATRO (34) cadenas de correos no mencionados en el laudo [...] que contienen la verdad sobre el ejercicio abusivo de los derechos de PETROMINERALES [...]”⁴². Así entonces, dijo que las cadenas de correos revelaban que la contratista quería evitar la normal causación de los derechos económicos por precios altos y para ello cambió la denominación de los pozos de Corcel, creando artificiosamente varias áreas de explotación dentro del área contratada.

En particular, la actora afirmó que la prueba denominada “*informe de laboratorio – análisis de evidencia digital – copias de respaldo de cuentas de correo electrónico corporativas*”, realizado por el perito ADALID CORP., fue debidamente aportada al proceso, de manera que toda la información que allí constaba debía ser valorada por el Tribunal de conformidad con los artículos 68 del Código de Comercio y 264 del Código General del Proceso que indican que los libros y papeles de comercio constituyen plena prueba de las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí.

En concordancia con lo anterior, y como sustento del cargo por “defecto procedimental”, reprochó que el Tribunal quebró la igualdad procesal entre las partes al aplicar estándares probatorios desiguales respecto de la mala fe contractual, toda vez que las evidencias antes relacionadas no fueron estimadas como suficientes

⁴² Folio 30, reverso, del cuaderno principal.

para probar la mala fe de PETROMINERALES, mientras que la actuación de la ANH sí fue calificada como contraria a los postulados de la buena fe en consideración a la falsa política de incentivo a la exploración en campos menores.

Con relación a los documentos aportados al proceso con el fin de demostrar el ejercicio abusivo de los derechos de PETROMINERALES, en el laudo de 6 de diciembre de 2017 se hicieron las siguientes consideraciones:

[...] vii. Informe de análisis de evidencia digital rendido por ADALID – presentado por la ANH

La ANH, con ocasión de la inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos, decretada por el Tribunal, aportó una experticia de informática titulada "Informe de Laboratorio" rendido por ADALID CORP., en la cual, según su contenido, se hizo un análisis de evidencia digital, así como un análisis de respaldo de cuentas de correo electrónico.

Antes de analizar el contenido de este dictamen de parte, así como de su contenido, el Tribunal considera importante recordar que, una vez fue presentado el mismo, el Tribunal llevó a cabo un análisis sobre los documentos aportados como anexos del mismo y, en el Acta No. 48 mediante la cual se incorporó el mismo al expediente, indicó lo siguiente en relación con los mismos:

“el dictamen pericial por su parte, de acuerdo con el artículo 226 del CGP, sirve para verificar hechos que le interesan al proceso y que requieren de especiales conocimientos científico, técnicos o artísticos. De acuerdo con el inciso tercero del artículo 226 la prueba pericial debe acompañarse por”... los documentos que le sirvan de fundamento”. En ese sentido, la documentación que ha examinado el perito y que soporte las conclusiones a las que ha llegado será aportada como anexo al dictamen pericial, en cuanto tengan que ver con el dictamen y sea precisa y directamente relacionadas con los exámenes, métodos efectuados y con “los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones. (...)

En relación con los documentos aportados acompañando al dictamen pericial y que corresponden de alrededor de 12 millones de archivos que hacen parte de la información digital, si bien soportan el volumen de información analizada por el perito, no se registra que el aludido análisis efectuado contenga un examen o verificación del contenido de los mismos ni un proceso de confrontación con los hechos que pretenden hacerse valer, por lo que tales archivos no pueden tenerse en cuenta en su contenido como pruebas documentales del proceso.”

Bajo este entendimiento, el Tribunal analizará el anterior dictamen de parte bajo el entendido que los documentos aportados en el mismo hacen parte de los anexos aportados por los ingenieros como documentos que sirvieron de fundamento a las conclusiones a la que llegaron los peritos.

Ahora bien, en audiencia del 15 de marzo de 2017 decretada por el Tribunal, se llevó a cabo la recepción del testimonio de los expertos Edwin Alexander Cifuentes Bastidas, John Jairo Echeverry Aristizabal y Andres Alberto Guzmán Caballero, como parte del Equipo de la compañía ADALID CORP., como autores del informe

análisis de evidencia digital presentado por la ANH, de cuya transcripción se resaltan los siguientes apartes: [...]

Anota el Tribunal que el objetivo de este dictamen, tal como menciona el mismo, era hacer un análisis de evidencia digital, así como del respaldo de determinadas cuentas de correo electrónico sin hacer ningún análisis técnico del contenido de dicha información, ni mucho menos de la existencia de Áreas de Explotación en el Bloque CORCEL. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal considera que dicha experticia no resulta determinante para establecer desde el punto de vista técnico si se cumplen las propiedades para identificar las diferentes Áreas de Explotación, según lo explicado con anterioridad por el Tribunal, y ser entendido como una estructura independiente y agrupado por sí mismo en un Área de Explotación a la luz del Contrato, por lo que el Tribunal tampoco tendrá en cuenta este dictamen como criterio para definir cuántas áreas de explotación pueden ser individualizadas en el contrato. [...]

viii. Informe del dictamen pericial geológico y de yacimientos resultado de la inspección judicial con exhibición de documentos relacionados con el contrato Corcel v específicamente sobre los campos CORCEL A. CORCEL C. CORCEL D. CORCEL E y BOA elaborado por Javier Moros - aportado por la ANH

[...]

Observa el Tribunal que de cualquier manera que los correos y comunicaciones a las que se refiere el perito Moros como prueba de un supuesto plan al interior de PETROMINERALES para no permitir la aplicación de la cláusula relativa a "Precios Altos" se refieren en su mayoría a la necesidad de "presentar argumentos técnicos que soporten que la producción viene de estructuras independientes". Lo anterior, para el Tribunal, no puede ser entendido por sí mismo con un elemento abusivo o de mala fe como pretende hacerlo ver la ANH, pues de acuerdo con el Contrato, PETROMINERALES tiene plena autonomía para separar distintas estructuras en diferentes Áreas de Explotación siempre que tenga los elementos técnicos para comprobar que se trata de estructuras independientes cosa que, de acuerdo con las comunicaciones citadas, es lo que buscó hacer. Para el Tribunal es un hecho bastante claro que PETROMINERALES, en el desarrollo de la explotación del Bloque CORCEL que asumió bajo su cuenta y riesgo, podía llegar a la conclusión de que prefería mantener el mayor número de estructuras como autónomas y ubicarlas cada una de ellas dentro de un Área de Explotación, independientemente de que el motivo por el que decidiera hacer tal cosa fuera por temas económicos y de rentabilidad de su negocio, siempre que tuviera los elementos técnicos suficientes para sostenerlo, sin que por ello pueda asumirse un comportamiento contrario al postulado de la buena fe o de abuso del derecho por parte de PETROMINERALES.

Más adelante, en su dictamen, el perito indica que "el manejo que le han dado a la estructura Corcel D es el claro ejemplo de como Petrominerales ha manipulado la información tratando de independizar estructuras, unas de otras y así poder retrasar el impacto del impuesto de precios altos después de alcanzar producciones de 5MMbbls." Una vez más el señor Moros afirma vehementemente y sin fundamento alguno la existencia de un supuesto plan de PETROMINERALES para evitar la aplicación de la cláusula de "Precios Altos" y como sustento de ello se refiere a la "metodología de colocar fallas laterales para separar la denominada en un principio, estructura compleja Corcel" y al contenido de comunicaciones en las cuales los directivos de PETROMINERALES (según el experto) abiertamente expresan su intención de evitar la aplicación del numeral 16.2. de la cláusula 16.

Sobre este punto observa el Tribunal, que el perito no aporta ningún elemento técnico o científico que permita entender por qué desde su experticia es posible concluir que las mencionadas fallas "fueron intencionalmente colocadas" y que las mismas no existen. Por lo demás, el Tribunal no encuentra que la existencia de una comunicación que se refiera a la intención maliciosa de evitar el pago de un derecho económico adicional, que por sí misma pueda demostrar que PETROMINERALES alteró alguna información técnica con el fin de no permitir tal situación.

h. Consideraciones adicionales

i. Cadenas de correos presentados por la ANH y la ANDJE.

Tanto la ANH en sus alegatos de conclusión como el apoderado de la ANDJE, traen a colación distintos correos electrónicos que, en su parecer pondrían en evidencia la existencia de un plan de mala fe de PETROMINERALES para evitar la aplicación del numeral 16.2. de la cláusula 16 del Contrato. Con respecto a los correos transcritos, es relevante señalar que algunos de estos se cruzan entre diferentes empresas de la industria del petróleo sin que en ningún momento se ponga en evidencia en ellos la existencia de una mala fe, por el contrario es normal en el desarrollo de los negocios que los empresarios asuman frentes comunes para defender sus derechos, incluso cuando los mismos se refieren al tema de "Precios Altos". De los correos encontrados, llama la atención el Tribunal especialmente sobre los siguientes:

1. Correo enviado por el señor Mauricio Vega exfuncionario de HOCOL S.A. el 11 de marzo de 2010, cuando ya varias compañías se encontraban frente a la ANH en la misma situación, dirigido a la señora Diana al parecer funcionaria de la compañía GRANTIERRA y con copia a otros funcionarios de HOCOL y al doctor Jorge Posada de PETROMINERALES, en el que se lee: [...]

2. El enviado por la señora Diana Iletaly funcionaria de la compañía GRANTIERRA del mismo 11 de marzo de 2010, cuando ya varias compañías se encontraban frente a la ANH en la misma situación, dirigido a Jorge Posada de PETROMINERALES y otros funcionarios de HOCOL y de GRANTIERRA, de nuevo narrando una reunión sostenida con el señor Mauricio Vega y de su lectura no se desprende mala fe o similar. En este se lee: [...]

3. Correo enviado por el doctor Jorge Posada de PETROMINERALES a la señora Diana Iletaly funcionaria de la compañía GRANTIERRA y otros, del 24 de febrero de 2010, cuando ya varias compañías se encontraban frente a la ANH en la misma situación, manifestando y relacionado otras empresas que estaban en la misma situación al tema de "Precios Altos", del cual, se reitera, no se desprende mala fe o similar. En este se lee: [...]

El Tribunal reitera nuevamente que se trata de correos cruzados entre diferentes compañías petroleras que se encontraban en la misma situación frente a la interpretación que tiene la ANH, sobre el alcance de la cláusula del Derecho por Precios Altos que impacta a los Contratistas en sus finanzas, sin embargo, como se ha indicado, de los mismos no puede deducirse la existencia de mala fe por parte de PETROMINERALES.

El apoderado de la ANDJE en su escrito de intervención y en sus Alegatos de Conclusión, llama especialmente la atención sobre el siguiente correo electrónico:

Las conversaciones entre varios empleados de la empresa PETROMINERALES, evidencian una intención de eludir los pagos derivados de la aplicación del supuesto

de hecho descrito en la cláusula 16.2 del CONTRATO CORCEL, ya transcrita. Se tiene por ejemplo, que dentro de la exhibición documental pudieron evidenciarse conversaciones como la que se transcribe a continuación:

Liliana Marcela Rojas: Yo digo que si no se dan cuenta ... si las aceptan

Jorge Posada "Ok, entonces las enviaré sin decir nada. Amanecerá y veremos."

Como se puede ver, el anterior correo electrónico fue copiado de manera aislada y descontextualizada. Sin embargo, una vez revisada la cadena de correos que antecede al mismo, se puede observar que este correo, no se refiere a Áreas de Explotación o al Derecho por Precios Altos, sino a las políticas del Banco de la República frente a las Cartas de Crédito. En este sentido, éste fue enviado por Liliana Marcela Rojas a Jorge Posada, Luisa F. Camargo Sánchez y María Claudia Tobón y como el asunto de "Cartas de Crédito ANH" de fecha agosto 17 de 2010 y dice así: [...]

Como puede verse, una vez más, el anterior correo tampoco demuestra mala fe o comportamiento abusivo alguno, al contrario, como está planteado tergiversa lo dicho. Es de aclarar, que en el escrito de Alegatos de Conclusión de la ANH si está transcrito en forma adecuada.

4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS CUESTIONES SOMETIDAS A CONSIDERACION DEL TRIBUNAL

a. Síntesis de las consideraciones del Tribunal

7) La autonomía otorgada al Contratista para la ejecución del Contrato y su entera asunción de los costos y riesgos de la explotación, impone que la identificación y aviso que éste haga de un Descubrimiento para con él conformar un Área de Explotación, debe tenerse como cierta en aplicación del postulado constitucional de la buena fe, salvo que se contraponga a las conclusiones del Contratista un criterio fundado de la ANH que contradiga, con rigor técnico, la predica sustentada del Contratista. Solo si se lograre probar una desviación técnica o una abusiva aplicación del criterio del Contratista, que tenga por mal fundadas sus conclusiones o incluso demostrare una situación de incumplimiento del Contrato por su parte, cosa que no ocurrió ni durante la ejecución del Contrato ni tampoco en el trámite de este Tribunal, quedaría desvirtuada la presunción de buena fe. Por ende, la conformación de ocho (8) Áreas de Explotación en el Área Contratada CORCEL para el momento de la presentación de la demanda principal reformada, correspondientes a CORCEL A, BOA, CORCEL C, COBRA, CORCEL D, CORCEL E, CARUTO y CARDENAL, cuenta con apoyo contractual y no fue desvirtuada con el material probatorio en este trámite desplegado.

8) El postulado de la buena fe exige al Contratista que, por ejemplo, para la determinación de las Áreas de Explotación que estime pertinentes y adecuadas, deba apegarse a las previsiones que definen en el mismo Contrato tales conceptos, con una perspectiva técnica afiliada con rigor a las exigencias conceptuales consignadas por las partes, pudiendo, sin embargo, obtener autónomamente la configuración más eficiente, siempre que con ello no viole las restricciones del Contrato ni las acomode engañosamente con artificios técnicos (que no fueron demostrados en este proceso) para defraudar el derecho del otro contratante, por lo que el Tribunal circunscribió su análisis a la aproximación jurídica y hermenéutica del Contrato tal como lo plantearon las partes a través de sus pretensiones y excepciones.

9) *La pretendida estrategia maliciosa y malintencionada que adujo la convocada y apoyó la ANDJE con base en la presentación de fragmentos editados de unos correos electrónicos internos de PETROMINERALES no aparece probada pues lo que se evidencia de ellos es la reacción del Contratista provocada por el estímulo creado por la propia ANH, consistente en el interés y motivación de aquel para separar los campos menores en Áreas de Explotación independientes para obtener el beneficio de no activar pagos por el Derecho por Precios Altos según el numeral 16.2. de la cláusula 16 y propiciar el resultado buscado por la ANH que fue el incremento de la producción proveniente de campos marginales o menores (de menos de cinco (5) millones de barriles). Las comunicaciones de PETROMINERALES de las que la ANH pretende derivar tal supuesta mala intención, lo que ponen en evidencia es lo deseable que resultó para PETROMINERALES la finalidad perseguida por la política de la ANH concretada en el numeral 16.2. de la cláusula, consistente precisamente en la separación de los yacimientos pequeños en distintas Áreas de Explotación para estimular el interés del inversionista en dichos campos marginales o menores, es decir la importancia económica de alcanzar tal finalidad (todo ello precisamente en entera consistencia con lo que la cláusula perseguía), pero no se refieren dichas comunicaciones a que para ello se desfigurasen o tergiversasen los medios, esto es la razones técnicas, pues no encontró demostrado este Tribunal que el Contratista hubiera urdido maliciosa o malintencionadamente una maniobra encaminada a disfrazar, distorsionar o tergiversar las lecturas de los aspectos técnicos correspondientes a las propiedades petrofísicas, las propiedades de los fluidos o los mecanismos de producción. Por consiguiente, no se desvirtuó la presunción de la buena fe en la ejecución de los contratos y por ello ninguna de las pretensiones o excepciones que plantea la ANH invocando tal mala fe o abuso del derecho habrá de prosperar. [...]⁴³*

A partir de la lectura de los apartes transcritos del laudo arbitral de 6 de diciembre de 2017, la Sala advierte que no es cierto que la valoración realizada por el Tribunal Arbitral sobre el informe rendido por ADALID CORP y las cadenas de correos electrónicos corporativos sea arbitraria, desproporcionada u omisiva. Por el contrario, las razones que se exponen en el escrito de tutela como sustento del defecto fáctico, que se reiteran en el recurso de impugnación, ponen de presente que el reproche en realidad consiste en la inconformidad de la parte actora con la conclusión a la cual arribó el Tribunal Arbitral, en tanto resulta desfavorable a sus intereses.

Ello por cuanto en el laudo sí se analizaron las comunicaciones electrónicas a partir de las cuales la ANH pretendía demostrar la mala fe de PETROMINERALES y se estudió en detalle el informe que al respecto rindió la firma ADALID CORP, de manera que no es cierto que el Tribunal solo se haya referido a 4 correos electrónicos de las 34 cadenas aportadas.

En efecto, por una parte, en el acápite denominado “i. Cadenas de correos presentados por la ANH y la ANDJE”, el Tribunal se refirió a los correos electrónicos

⁴³ Folios 282 a 308 del laudo arbitral de 6 de diciembre de 2017.

que daban cuenta de las comunicaciones entre varias empresas de la industria de petróleo a quienes interesaba el debate sobre el alcance de la cláusula de derechos por precios altos y concluyó que de ellos no era posible deducir la existencia de mala fe por parte de PETROMINERALES, toda vez que ese intercambio de información resulta normal en el desarrollo de los negocios como instrumento para la búsqueda de una finalidad común.

De otra parte, al referirse sobre los informes⁴⁴ rendidos por la sociedad ADALID CORP. y por el señor Javier Moros, el Tribunal de arbitramento explicó sus conclusiones sobre las cadenas de correo que la ANH aportó con el fin de acreditar la mala fe de PETROMINERALES. En ese sentido, concluyó que los correos y comunicaciones aportados como prueba de un supuesto plan al interior de PETROMINERALES para no permitir la aplicación de la cláusula relativa a los Derechos Económicos por Precios Altos, en realidad evidenciaban el interés de la empresa contratista de presentar argumentos técnicos para explicar que su producción venía de estructuras independientes y que por ello existía justificación para separar el área contratada en varias áreas de explotación diferenciadas.

Por ende, contrario a los intereses de la entidad actora, el Tribunal concluyó que la constitución de campos separados dentro del área contratada no podía entenderse como un ejercicio abusivo o de mala fe porque, en virtud de lo dispuesto en el Contrato CORCEL, PETROMINERALES estaba facultada para separar distintas estructuras en áreas de explotación de la forma en que estimara más eficiente, si acreditaba técnicamente que se trataba de estructuras independientes.

Así las cosas, el hecho de que en el laudo no se haya hecho mención a cada uno de los mensajes que integraban las 34 cadenas de correos que la ANH aportó al proceso, no implica que el Tribunal los haya ignorado ni que haya incurrido en un defecto fáctico, mucho menos si se tiene en cuenta que en la providencia se dejó claro que, en criterio de los árbitros, las cadenas de correo no tenían la entidad suficiente para demostrar que la contratista quería evitar la normal causación de los derechos económicos por precios altos, pues esa conclusión correspondía a la interpretación parcializada y las apreciaciones subjetivas de la parte actora.

En consideración a lo anterior, la Sala recuerda que no corresponde al juez de tutela entrar a efectuar una nueva valoración del material probatorio aportado en el

⁴⁴ Elaborados a partir de los 12 millones de archivos digitales.

proceso arbitral, pues ello sería invadir su esfera de competencia y utilizar la acción de tutela como una instancia adicional del proceso, resultado a todas luces contrario al talante y a la configuración constitucional y legal de este especial mecanismo de amparo de los derechos fundamentales.

Por lo anterior, en vista de que en el presente caso no se observa que la apreciación probatoria realizada represente un ejercicio arbitrario e irracional de la función encomendada a la autoridad accionada, tal como lo estimó el *a quo*, se concluye que no se configura el defecto fáctico alegado.

5.5.2. El desconocimiento del precedente

La Corte Constitucional⁴⁵, al referirse al **desconocimiento del precedente**, ha precisado que: *“El precedente es el conjunto de sentencias anteriores al caso estudiado por el juez, que debido a su pertinencia para resolver el problema jurídico planteado deben ser tenidas en cuenta por el juez o la autoridad a quien le compete”,* y que la manera para determinar cuándo el precedente resulta necesario para la solución del caso es si: *“(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”.* De esta forma -concluye- *“[...] el precedente utilizado debe guardar similitud entre los hechos, el problema jurídico planteado y en la normatividad utilizada para resolver los casos”.*

Bajo los parámetros indicados, un precedente se configura cuando la sentencia pretende resolver un idéntico problema, desde la perspectiva jurídica y fáctica, lo que supone un mismo aspecto jurídico a considerar, unos mismos hechos relevantes, probados y debidamente connotados, e iguales fundamentos en derecho. A estos efectos, el examen de los requisitos que deben cumplirse para que se ataque la sentencia en sede de tutela por desconocimiento del precedente, impone al actor la carga de identificar el problema jurídico que resolvió la sentencia cuestionada para compararlo con el problema jurídico resuelto por el precedente, determinando consecuentemente su identidad en los hechos y en el derecho.

⁴⁵ Sentencia T-1033 de 2012.

Visto desde esta perspectiva, el desconocimiento del precedente supone que la sentencia cuestionada se identifica con aquél en su objeto y causa, entendiéndose por el primero la pretensión jurídica analizada, y por la causa los hechos en que se funda dicha pretensión y los fundamentos normativos de la misma.

No habrá entonces desconocimiento del precedente si la sentencia analizada difiere en cualquiera de los aspectos indicados.

Tampoco podrá invocarse el desconocimiento del precedente si la sentencia que difiere del mismo fundamenta su decisión en contra de manera razonable y suficiente, justificando tal posición. Pues ello está dentro de la autonomía funcional del juez.

En el asunto bajo examen, la parte actora alegó que el laudo arbitral de 6 de diciembre de 2017 incurrió en este defecto al apartarse del precedente judicial según el cual el abuso del derecho en materia contractual implica un incumplimiento al deber de buena fe que faculta al juez para imponer reparaciones o desestimar las pretensiones. En particular, afirmó que puede hablarse de la existencia de una *“doctrina probable en relación con el abuso del derecho como medio indemnizatorio frente a la conducta abusiva o también como herramienta desestimatoria de pretensiones abusivas”*⁴⁶, y en ese punto enlistó, en una nota a pie de página, varias providencias de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, la Sala advierte que la parte actora no explicó las circunstancias fácticas ni los fundamentos jurídicos de los casos que se resolvieron en las sentencias que enlistó y tampoco expuso la regla jurisprudencial que en cada una de ellas se determinó, aspectos mínimos que el interesado está llamado a probar cuando alega el desconocimiento de un precedente vinculante.

Dicha circunstancia imposibilita al juez constitucional para analizar el cargo que formula, pues para ello es imperativo contrastar el problema jurídico que se resolvió en las sentencias que se consideran desconocidas, con los hechos jurídicamente relevantes del asunto resuelto por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver controversias entre PETROMINERALES y la ANH.

⁴⁶ Folio 55, reverso, del cuaderno principal.

Ahora bien, en la impugnación la actora manifestó su desacuerdo con el fallo de primera instancia en cuanto determinó que los Tribunales de Arbitramento que conocen de conflictos que involucran una entidad pública no están obligados a acatar los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, porque esa Corporación no funge como órgano de cierre para el referido Tribunal. En criterio del impugnante, esa conclusión implica sustraer a los Tribunales de Arbitramento de la aplicabilidad del principio de legalidad porque avala una jurisdicción paralela en donde la jurisprudencia no es fuente del derecho, y desconoce que los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, siendo que la encargada de interpretar y desarrollar jurisprudencialmente dichas disposiciones es la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, ese argumento tampoco está llamado a prosperar si se tiene en cuenta que el hecho de que las decisiones que se invocan hayan sido adoptadas por el órgano de cierre de la jurisdicción civil evidencia que no existe identidad entre los hechos jurídicamente relevantes de los casos que se resolvieron en las providencias que se invocan desconocidas y el resuelto mediante el laudo de 6 de diciembre de 2017, toda vez que, dentro del ámbito de competencia de la Corte Suprema de Justicia, no se encuentran las decisiones sobre la correcta interpretación y aplicación de las cláusulas de los contrato estatales, siendo ese el problema jurídico abordado en el laudo atacado con la presente acción de tutela. Dicha circunstancia tiene la entidad suficiente para desestimar el cargo por desconocimiento del precedente alegado.

Así entonces, resulta equivocado afirmar que, como la Corte Suprema de Justicia tiene competencia para pronunciarse sobre la interpretación de las normas comerciales y civiles, su jurisprudencia resulta relevante en materia de contratos estatales, pues la sujeción al precedente judicial se encuentra atada, como se dijo, a que exista identidad de pretensión jurídica analizada, de los hechos en que se funda dicha pretensión y los fundamentos normativos de la misma.

Aunado a lo anterior, debe recordarse que solo hay lugar a afirmar que existe precedente judicial cuando se comprueba que la sentencia cuestionada se identifica con aquella que se invoca como precedente en los hechos relevantes, lo cual supone que en ambos procesos se hayan acreditado, de forma suficiente, las mismas circunstancias fácticas a través de las pruebas practicadas en cada uno.

En esa medida, en el presente asunto resulta improcedente analizar el precedente judicial invocado, ya que el principal hecho relevante de las sentencias que se dicen desconocidas no resultó acreditado en el laudo arbitral. En efecto, pese a que la parte actora enlistó un conjunto de sentencias referidas a las consecuencias del abuso del derecho en relaciones contractuales, en el laudo censurado se concluyó que no existió el abuso del derecho alegado por la ANH, tal como se explicó al analizar el cargo por el defecto fáctico. Por ende, salta a la vista que no se cumple el requisito fundamental para abordar el estudio del presente cargo.

En consecuencia, en atención a que en las sentencias alegadas como desconocidas no configuran precedente que haya sido desconocido en el laudo de 6 de diciembre de 2017, porque no resuelven un idéntico problema, desde la perspectiva jurídica y fáctica, no se configura el alegado defecto de desconocimiento del precedente

5.5.3. El defecto sustantivo

Este defecto alude al aspecto normativo que sustenta las decisiones judiciales y se erige como causal de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias en consideración a que, si bien la competencia asignada a los jueces para interpretar y aplicar las normas jurídicas se encuentra amparada por los principios de autonomía e independencia, ésta no es absoluta, pues al ser una atribución que emana de la función pública de administrar justicia está limitada por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho⁴⁷. Los criterios señalados suponen que la irregularidad que se invoca debe ser de tal importancia y gravedad que haya dado lugar a una decisión violatoria de derechos fundamentales, pues la configuración del defecto sustantivo no puede darse a partir de cualquier diferencia con la interpretación en que se funda una decisión judicial; ello, ya que el derecho es dinámico y constituye una ciencia cultural en la que bien pueden debatirse vías jurídicas distintas para resolver un mismo caso, y todas ellas resultar razonables y compatibles con las garantías y derechos fundamentales de los sujetos procesales, pues son distintas las escuelas de pensamiento jurídico y variados los métodos de interpretación que se utilizan para

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-757 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

resolver un problema. Precisamente de ello deriva la autonomía de los jueces en su labor de administración de justicia y la necesidad de establecer órganos de cierre.

Ahora bien, resulta pertinente precisar que en la jurisprudencia constitucional se han identificado varias situaciones que ponen de presente la existencia de un defecto material en una providencia judicial⁴⁸. En atención a los presupuestos que las configuran, dichos eventos pueden agruparse en i) el defecto sustantivo que plantea un conflicto **en relación con la fuente formal** de la providencia que se ataca y, ii) el defecto sustantivo **en torno al método de interpretación** de la norma jurídica que fundamenta la decisión, a saber:

- **Defecto sustantivo respecto de la fuente:**

Tiene lugar cuando la sentencia se fundamenta en una norma que indiscutiblemente no es aplicable al caso bajo examen por cuanto, a) es inexistente, b) ha sido declarada contraria a la Constitución, o c) está derogada y por tanto perdió vigencia. Asimismo, tiene lugar este defecto cuando de forma manifiestamente arbitraria y grosera se aplica una norma legal que no se adecúa a la situación fáctica del caso, lo cual debe ser debidamente alegado y probado ante el juez constitucional, a riesgo de desconocerse la autonomía del funcionario judicial que dictó la providencia.

- **Defecto sustantivo en torno al método:**

Se configura cuando la fuente formal de la sentencia radica en una norma aplicable al asunto bajo examen, por lo que hay acuerdo al respecto, pero la hermenéutica que de ella se hace no se encuentra dentro del margen de interpretación razonable y aceptable, o “[...] *la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes [...]*”⁴⁹, o cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 2017, M.P.: Diana Fajardo Rivera, en la cual se reitera lo señalado en las sentencias SU-399 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, SU-400 de 2012 M.P. (e): Adriana María Guillén Arango, SU-416 de 2015 M.P.: Alberto Rojas Ríos y SU-050 de 2017 M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 2017, M.P.: Diana Fajardo Rivera.

disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática.

Desde esta óptica, quien alegue que una providencia ha incurrido en defecto sustantivo o material susceptible de tutela no puede limitarse a expresar su parecer sobre la norma que debe ser aplicada, o sobre el significado y el sentido que a ella deba dársele, pues tiene la carga de demostrar la arbitrariedad en que ha incurrido la sentencia que ataca. Ya sea indicando de manera contundente la razón por la cual tal providencia se funda en norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto; o poniendo de presente la sentencia con efecto erga omnes que definió el alcance de la norma aplicable de manera distinta a como lo hace la sentencia cuestionada; o detallando las disposiciones que fueron desatendidas y que eran necesarias para efectuar una interpretación sistemática; o exponiendo de manera inobjetable las razones por las cuales la norma indiscutiblemente pertinente fue inobservada y por ende inaplicada, o finalmente, los efectos que el legislador expresamente ha dado a la norma y que son distintos a la situación fáctica planteada.

En este punto, la parte actora señaló que en el laudo de 6 de diciembre de 2017 se incurrió en defecto sustantivo porque la decisión adoptada es producto de una hermenéutica manifiestamente irrazonable del contrato CORCEL que desconoce los efectos de varios de sus elementos.

En ese sentido, adujo que el laudo anuló los efectos jurídicos de la expresión “volumen de hidrocarburos del contratista” que hace parte de la fórmula prevista en la cláusula 16.2 del Contrato para la liquidación de los derechos económicos por precios altos. Asimismo, señaló que la interpretación adoptada carece de sentido, porque no permite contabilizar la producción existente antes de que se constituya el área de explotación, y agregó que el Tribunal “[...] *desmembró de sus efectos jurídicos a las cláusulas 4.3. y 9.3 del Contrato E&P CORCEL, que regulan la delimitación geográfica de cada área de explotación en particular y su extensión en el tiempo [...]*”⁵⁰.

⁵⁰ Folio 65 del cuaderno principal.

Por lo anterior, estimó que los árbitros incumplieron con las reglas de interpretación de los contratos señaladas en los artículos 1618⁵¹, 1621⁵² y 1622⁵³ del Código Civil al momento de decidir sobre la cláusula 16.2 del Contrato.

Con relación a lo anterior, en el laudo atacado se expusieron las siguientes consideraciones:

“[...] ii. Resolución sobre las excepciones propuestas por la ANH al contestar la demanda principal reformada

TERCERO: OMISIÓN DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA INTENCIÓN DE LAS PARTES Y A LA NATURALEZA DEL CONTRATO CORCEL.

Para resolver esta excepción el Tribunal estima que, conforme a la intención de los contratantes y a lo demostrado en el proceso, se acreditó plenamente que en el Área Contratada existen varias Áreas de Explotación debidamente delimitadas e individualizadas por PETROMINERALES, cuya producción solamente había superado al momento de la presentación de la demanda principal reformada los cinco (5) millones de barriles en dos (2) de ellas.

Sostener que en el Área Contratada no pueden existir varias Áreas de Explotación, apoyándose en una interpretación exegética del artículo 23 del Código de Petróleos, va en contravía del marco jurídico aplicable, el Contrato celebrado entre las partes, así como en contra de lo demostrado en el proceso, pues PETROMINERALES tenía la autonomía contractual para conformar las Áreas de Explotación libremente dentro del Área Contratada sujetándose a lo dispuesto en el Contrato, y en cumplimiento de sus obligaciones contractuales las delimitó a ciencia y paciencia de la ANH.

En consecuencia, no es de recibo para el Tribunal la tesis sostenida por la ANH al formular esta excepción, en cuanto que los conceptos de Área Contratada y Área de Explotación guardan identidad, pues como se dijo anteriormente, los dos conceptos son diferentes y la intención de las partes se aviene a la naturaleza del Contrato y a las estipulaciones claramente contenidas en el mismo, según se expuso en este Laudo Arbitral, especialmente en la Segunda Parte numeral 2, numeral 3 literales a), b), d) y e).

Por lo tanto, esta excepción no está llamada a prosperar.

CUARTO: OMISIÓN DE INTERPRETACIÓN EFICIENTE.

⁵¹ ARTICULO 1618. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

⁵² ARTICULO 1621. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

⁵³ ARTICULO 1622. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.

Ya en otro aparte de este Laudo Arbitral el Tribunal se refirió In-extenso a lo que corresponden las definiciones que hicieron los contratantes en el contrato CORCEL respecto de los conceptos "Área de Explotación", "Área Contratada", "Descubrimiento" y "Campo Comercial", precisando y aclarando su alcance frente al tema debatido, así como los efectos que las mismas producen.

En ese sentido, por estar claramente definidas esas nociones por los contratantes sin entrar en contradicción con las normas legales y por conducir la regulación hecha por éstos a un negocio jurídico funcional y de posible cumplimiento de acuerdo con las Buenas Prácticas de la Industria del Petróleo y la autonomía de la voluntad, se descarta que el Contrato deba interpretarse en la forma en que lo señala la ANH. Al entendimiento de los conceptos relevantes y claramente aplicados en el clausulado se refirió este Tribunal, de manera especial, en la Segunda Parte numeral 2 literales b), c), d), e), f) y numeral 3 literal a), entre otros.

Por tanta, está excepción tampoco prosperará.

QUINTO: OMISIÓN DE INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.

Conforme a lo previsto en el artículo 1622 del Código Civil, las cláusulas de un contrato se pueden interpretar unas con otras dándoles a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad, por lo que Tribunal en el presente caso, observó que conforme el numeral 16.2. de la cláusula 16, el reconocimiento de derechos económicos previsto en la cláusula de Derecho por Precios Altos opera respecto de cada Área de Explotación que se encuentre dentro del Área Contratada.

Lo anterior no desconoce el sentido de los numerales 1.6., 1.9., 1.21. de la cláusula 1, el numeral 4.3. de la cláusula 4 y las cláusulas 12 y 14 del mismo Contrato, las cuales, igualmente, se deberán entender como referidas a cada una de las Áreas de Explotación que se delimitaron por PETROMINERALES dentro del Área Contratada. El Tribunal se ocupó del análisis sistemático del contrato en la Segunda Parte numeral 2 de este Laudo Arbitral, entre otros.

*En ese sentido, esta excepción no está llamada a prosperar. [...]*⁵⁴

Las anteriores consideraciones ponen de presente que, en aplicación de las reglas de interpretación de los contratos previstas en los artículos 1618, 1621 y 1622 del Código Civil, el Tribunal de Arbitramento adoptó una tesis sobre la hermenéutica de la cláusula 16.2 del Contrato CORCEL que es contraria a los intereses de la parte actora, circunstancia que no resulta suficiente para calificar de arbitraria o desproporcionada la decisión allí adoptada.

En ese orden, los argumentos que sustentan el cargo sobre la supuesta interpretación manifiestamente irrazonable e ineficaz adoptada en el laudo acusado ponen de presente la inconformidad de la parte actora con la postura adoptada por el Tribunal Arbitral, ya que, en lugar de plantear un debate en torno a la vulneración de derechos de índole fundamental, en realidad exponen asuntos

⁵⁴ Folios 318 a 320 del laudo arbitral.

propios del problema jurídico que correspondió resolver al Tribunal accionado, como si pretendiera un pronunciamiento en sede de segunda instancia del proceso arbitral.

Al respecto resulta imperativo recordar que, por expresa voluntad de las partes en el contrato CORCEL, las controversias derivadas en torno a su interpretación fueron sustraídas del conocimiento de la justicia ordinaria en virtud del pacto arbitral allí consignado.

En esa medida, la injerencia de los jueces en esas controversias se encuentra muy limitada por el respeto de la voluntad original de quienes suscribieron un pacto arbitral para habilitar a unos particulares de la potestad de dirimir una controversia. Por lo mismo, acudir ante un juez constitucional con la pretensión de obtener un pronunciamiento sobre aspectos esenciales de la hermenéutica del contrato constituye una vulneración del pacto arbitral y, por ende, resulta inadmisibile.

Así las cosas, la Sala encuentra que los argumentos que sustentan el cargo por defecto sustantivo no aluden a que la providencia se fundó en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, o que desconoció una sentencia con efecto *erga omnes* que definió el alcance de la norma aplicable, y, por el contrario, se encaminan a obtener un nuevo pronunciamiento sobre la interpretación de la cláusula 16.2 del contrato CORCEL, aspecto este que escapa del ámbito de esta acción de tutela. En consecuencia, no prospera el cargo por el defecto sustantivo planteado.

5.6. SOLICITUDES DE VINCULACIÓN DE ÓRGANISMOS DE CONTROL

En su impugnación la ANH reiteró la solicitud de vincular a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República, a la Fiscalía General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, que considera necesaria teniendo en cuenta que dichas entidades son las encargadas de salvaguardar y vigilar los recursos del Estado, la moralidad pública, proteger los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal y acompañar al Estado en la defensa de sus intereses en litigio.

La Sala no accede a dicha petición en consideración a que, en los términos del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, la intervención en las acciones de tutela contra

providencias judiciales se encuentra condicionada a que al sujeto interviniente manifieste un interés en las resultas del proceso constitucional.

5.6. CONCLUSIÓN

En vista de que en el presente caso no se observa una arbitrariedad que represente un ejercicio irracional de la función encomendada a la autoridad accionada, se concluye que no se configuran los defectos fáctico, sustantivo, ni el desconocimiento del precedente alegados por la Agencia Nacional de Hidrocarburos. En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia impugnada que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados.

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,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2018, por la Sección Quinta del Consejo de Estado por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS