



331

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

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2019-01060-01
Demandante: SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A.
Demandado: TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE LA CÁMARA DE
COMERCIO DE BOGOTÁ

Temas: *Tutela contra laudo arbitral / Vulneración derechos fundamentales al debido proceso e igualdad en la sanción impuesta por estimación jurada de las pretensiones / Confirma decisión que negó amparo*

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por la parte actora contra la sentencia de tutela proferida el 24 de mayo de 2019 por la Sección Primera del Consejo de Estado, que negó la solicitud de amparo de la acción de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

1.- El 11 de marzo de 2019¹, la sociedad SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A., (en adelante SCIA) a través de apoderado judicial, solicitó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, que consideró vulnerados por la sanción impuesta en el laudo arbitral proferido el 28 de noviembre de 2018 por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá², que la consideró justificada porque la estimación jurada de la indemnización que señaló la sociedad SCIA en la demanda arbitral excedió el 50% de lo que la parte convocante probó, en el marco del proceso arbitral iniciado por

¹ Folio 1-49 del expediente de tutela.

² Integrado por los árbitros Gilberto Peña Castrillón, Juan Manuel Garrido Díaz y Eduardo Silva Romero.



la accionante contra la Refinería de Cartagena S.A.S. (antes S.A. -en adelante REFICAR).

2.- Como pretensiones la sociedad accionante solicitó las siguientes:

*<<PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de **SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. (SCIA)**, vulnerados por el Tribunal de Arbitramento integrado por los árbitros **GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN, JUAN MANUEL GARRIDO DÍAZ y EDUARDO SILVA ROMERO** en el laudo arbitral del 28 de noviembre de 2018 corregido el 11 de diciembre de 2018.*

***SEGUNDO:** Como consecuencia de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de **SCIA**, dejar sin valor ni efecto los artículos vigésimo octavo, vigésimo noveno y trigésimo de la parte resolutive del Laudo Arbitral del 28 de noviembre de 2018 corregido el 11 de diciembre de 2018.*

*En subsidio de la anterior pretensión, dejar sin valor ni efecto los artículos vigésimo octavo, vigésimo noveno y trigésimo de la parte resolutive del Laudo Arbitral del 28 de noviembre de 2018, y ordenar al Tribunal de Arbitramento que decida nuevamente sobre el juramento estimatorio presentado por **SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. (SCIA)** teniendo en cuenta que las sanciones previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso no proceden de acuerdo con las circunstancias especiales y concretas del trámite arbitral dentro del que se profirió el referido Laudo Arbitral>> (negrilla del texto).*

2. Hechos

Como fundamentos fácticos de la solicitud de tutela, la parte accionante expuso los siguientes:

3.- El 24 de noviembre de 2013, la sociedad Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A., presentó a la Refinería de Cartagena S.A.S. una oferta mercantil para el montaje e instalación de equipos de diversas áreas del proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena, en concreto, para el montaje e instalación de los equipos del sistema de manejo de Coke para las áreas de la Unidad de Coke Retardado del Sistema de Carga de Camiones, el Edificio de Control y las Obras Civiles correspondientes.

4.- El 30 de octubre de 2013, REFICAR aceptó la oferta mercantil, y se perfeccionó el negocio jurídico celebrado entre las partes, quienes suscribieron el contrato, el cual fue modificado en varias ocasiones, mediante los respectivos otrosíes.

5.- REFICAR y SCIA pactaron en la sección 3.06 del contrato que las diferencias que surgieran con ocasión de la <<celebración, ejecución, terminación, liquidación e interpretación del contrato>> serían decididas por un Tribunal de Arbitramento



designado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, **que fallaría en derecho.**

6.- Dado los retrasos e incumplimientos durante la ejecución del contrato, que generaron sobrecostos y perjuicios a SCIA, ésta convocó a REFICAR a un tribunal de arbitramento en los términos pactados en la cláusula compromisoria.

7.- El proceso arbitral se adelantó de conformidad con las reglas establecidas en la Ley 1563 de 2012 y del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

8.- En la demanda arbitral, la sociedad accionante SCIA solicitó la indemnización por los sobrecostos y perjuicios causados por los incumplimientos y retrasos de REFICAR. Para ello, aportó un dictamen pericial elaborado por la firma Hill International que daba cuenta de dichos perjuicios, los que fueron ratificados, posteriormente, con una nueva experticia realizada por la firma HKA.

9.- En el dictamen pericial antes señalado, la accionante SCIA, en cumplimiento del juramento estimatorio, de conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso solicitó como indemnización *<<una suma no inferior a COP \$28.684.801.431, incluyendo intereses e indexación hasta el 6 de noviembre de 2015, fecha de la presentación de la demanda>>*.

10.- La entidad convocada REFICAR contestó la demanda arbitral, formuló excepciones de mérito y presentó demanda de reconvención contra la sociedad SCIA, en la que estimó los perjuicios a cargo de la convocante en la suma de \$9.355'416.835.

11.- En las respectivas oportunidades procesales, tanto la parte convocante como la convocada objetaron los juramentos estimatorios presentados en las demandas de la convocante y de la de reconvención.

12. El 28 de noviembre de 2018, el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante el laudo arbitral declaró la *<<conurrencia de incumplimiento recíprocos>>* y señaló que las *<<pretensiones solo prosperarían parcialmente>>*.

13.- En lo que respecta al juramento estimatorio formulado por la sociedad convocante SCIA, el Tribunal de Arbitramento resolvió:

<<Vigésimo octavo: Declarar que el juramento estimatorio de la indemnización pretendida por SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. -SCIA- en la demanda arbitral contra la REFINERÍA DE CARTAGENA S.A.-REFICAR-, excedió el cincuenta por ciento (50%) de lo que resultó probado en el plenario.



Vigésimo noveno: Como consecuencia de la declaración anterior, imponer a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. –SCIA- la sanción pecuniaria prevista en el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso equivalente a dos mil cincuenta y tres millones cuatrocientos sesenta y cinco mil ochocientos setenta y dos pesos (\$2.059.129.731) (sic), de acuerdo con los racionios y liquidación que obran en la parte motiva de este laudo arbitral.

Trigésimo: Ordenar que la anterior sanción pecuniaria sea pagada a la orden del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o a quien haga sus veces, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral. Expídase copia auténtica del mismo, con nota de ejecutoria, a la orden del beneficiario de esta sanción pecuniaria>>.

14.- El 11 de diciembre de 2018, el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá negó las solicitudes de aclaración y adición formuladas por las partes y corrigió el numeral vigésimo noveno, en el sentido de indicar que la sanción impuesta a la convocante SCIA, en razón del juramento estimatorio establecido el artículo 206 del C.G.P. equivalía a <<dos mil cincuenta y nueve millones ciento veintinueve mil setecientos treinta y un pesos (\$2.059.129.731)>> y no a la suma indicada en el laudo arbitral proferido el 28 de noviembre de 2018.

15.- Afirmó la sociedad accionante SCIA que las decisiones adoptadas por el Tribunal de Arbitramento en el laudo arbitral, proferido el 28 de noviembre de 2018, corregido el 11 de diciembre del mismo año, vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

3. Fundamentos de la vulneración

16.- Como fundamentos de la solicitud de amparo, la sociedad accionante señaló que, en el asunto de la referencia, el Tribunal de Arbitramento accionado le vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

17.- Puso de presente que no hizo uso del recurso de anulación de laudo arbitral como medio extraordinario de defensa judicial, por cuanto ninguna de las causales de anulación del laudo arbitral establecidas en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional) le eran aplicables, toda vez que la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso no estaba tipificada en ninguna de las causales señaladas en el citado artículo.

18.- La sociedad accionante SCIA señaló que el laudo arbitral controvertido incurrió en **defecto sustantivo**, toda vez que se basó en una interpretación del artículo 206 del Código General del Proceso que <<se encuentra por fuera del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable>>, porque no tuvo en cuenta la finalidad del juramento estimatorio para imponer la sanción prevista en la citada norma. Justificó esta aseveración en la sentencia C-157 de 2013 de la Corte Constitucional que precisó que la sanción establecida en dicho artículo solo podría imponerse por <<falta de demostración de los perjuicios>> y cuando la



causa de la misma no fuere *<<imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado>>*. Esta interpretación fue reiterada en sentencia C-279 de 2013; posteriormente, el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014 la acogió y la introdujo en la modificación hecha al inciso 4º y al párrafo del artículo 206 del C.G.P. Esta posición fue ratificada por la Corte Constitucional en la sentencia C-067 de 2016, al estudiar la exequibilidad de la norma antes citada sobre el juramento estimatorio.

18.1.- Afirmó la sociedad actora que el Tribunal de Arbitramento accionado le impuso la sanción por un juramento estimatorio sobrevalorado y falta de demostración del perjuicio, sin tener en cuenta su actuar diligente, esmerado y no temerario; además, sostuvo que el Tribunal desconoció no solo los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la materia, sino lo establecido en el artículo 206 del CGP modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014.

18.2.- Reiteró que el **defecto sustantivo** se configuró en el laudo arbitral cuestionado, toda vez que Tribunal accionado adoptó decisiones abiertamente contradictorias y aplicó disposiciones que no eran pertinentes para el caso, porque *<<acogió muchas de las pretensiones de SCIA declarando la responsabilidad de REFICAR en los incumplimientos>>* y se contradijo al señalar que la accionante desconoció las formas contractuales pactadas.

19.- La sociedad SCIA afirmó que el Tribunal de Arbitramento accionado *<<violó directamente la Constitución Política al infringir el derecho>>* a la igualdad, por cuanto abordó de manera diferenciada la misma conducta de las partes, ya que exoneró a la convocada REFICAR de la sanción sobre el juramento estimatorio establecida en el artículo 206 del CGP, pese a que solo logró demostrar el 26.5% de las pretensiones solicitadas en la demanda de reconvención.

20.- Añadió que el laudo incurrió en **defecto fáctico**, toda vez que desconoció el valor probatorio del dictamen pericial aportado por la firma Hill International y ratificado por la firma HKA como sustento de su juramento estimatorio, se basó en la experiencia personal de los árbitros para desconocer dichos dictámenes periciales que sustentaban las reclamaciones de sociedad SCIA y su valoración de los perjuicios en el juramento estimatorio, y desconoció la naturaleza jurídica del dictamen pericial, con las siguientes acciones:

20.1.- En primer lugar, porque en el laudo se desconoció que el juramento estimatorio presentado por la sociedad SCIA estaba soportado en un dictamen pericial realizado por la firma Hill International allegado con la demanda arbitral. Prueba esta que el Tribunal desechó con base en argumentos falaces y prefirió el dictamen allegado por REFICAR.



20.2.- En segundo lugar, porque el Tribunal dio valor a la experiencia personal de los árbitros sobre la forma en que se desarrollan los contratos de obra, contrariando el artículo 29 de la Constitución.

20.3.- Finalmente, adujo que en el laudo se desconoció la naturaleza técnica y especializada del dictamen pericial, al declarar que la conducta de la sociedad SCIA había sido temeraria y que había obrado de mala fe al estimar sus pretensiones.

21.- La sociedad accionante también afirmó que el laudo arbitral incurrió en **desconocimiento del precedente**, porque le impuso la sanción prevista en el artículo 206 del CGP, sin tener en cuenta que en otros tribunales de arbitramento, en casos similares, incluso en algunos integrados por los miembros del Tribunal de Arbitramento accionado, se abstuvieron de imponer la multa, pese a que también negaron las pretensiones de la demanda arbitral.

4. Fallo impugnado

22.- El 24 de mayo de 2019, la Sección Primera del Consejo de Estado negó la solicitud de amparo invocado por la sociedad accionante (fl. 256-283 del Exp. de tutela).

23.- En primer lugar, el *a quo* negó, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, la vinculación del Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, -solicitada por el árbitro Gilberto Peña Castrillón y REFICAR, convocada en el proceso arbitral-, con base en que dicha entidad no fue parte ni intervino en el proceso arbitral que dio origen al laudo cuestionado en el *sub lite*. Sostuvo el *a quo* que la presunta vulneración a derechos fundamentales que se alega en la presente tutela derivada de los defectos en los que supuestamente incurrió el laudo arbitral proferido el 28 de noviembre de 2018, es ajena al ámbito de la competencia del Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que su mención es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 206 del CGP que dispone que la condena impuesta en contra de la parte que haya estimado los perjuicios en valor superior al 50% de lo que resultó probado se pagará a favor de dicha entidad³.

24.- En relación con el defecto fáctico, el *a quo* refirió que en el laudo cuestionado: i) se comprobó el hecho objetivo que daba lugar a la aplicación de la sanción prevista en el artículo 206 del CGP, esto es, que los perjuicios que la sociedad SCIA estimó en la demanda excedían, en más del 50%, el monto de los perjuicios que efectivamente logró probar en el proceso; ii) se analizó el componente subjetivo de la actuación de SCIA, aspecto en el que se destacaron los esfuerzos desplegados por

³ "Artículo 206: [...] Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada."



la sociedad para sustentar su estimación de perjuicios a través de dictámenes periciales que, según concluyó el Tribunal, fueron elaborados desconociendo la realidad de la ejecución contractual y con metodologías erradas, a sabiendas de la sociedad SCIA.

Para el Tribunal accionado este comportamiento evidenciaba una actuación contraria a la buena fe, porque la sociedad convalidó el proceder errado de los peritos al replicar en su demanda las reclamaciones que arrojaron los dictámenes, a pesar de que tenían conocimiento de las condiciones reales en las que se había pactado el contrato.

24.1 Concluyó que para el Tribunal accionado mereció especial atención <<el hecho de que otros peritos contratados por la misma SCIA aportaron la plena prueba del monto real de los perjuicios que la sociedad sufrió como consecuencia del cumplimiento irregular del contrato que suscribió con REFICAR, evidencia que daba más luces sobre la temeridad en el proceder de la sociedad, pues la sociedad optó por reclamar los perjuicios en un monto superior al que señalaban sus propios registros contables>>. Razón por la cual, a partir de la confrontación entre las pruebas que sustentaban el monto estimado de los perjuicios, el Tribunal de Arbitramento encontró que la conducta desplegada por la sociedad SCIA ameritaba la imposición de la sanción prevista en el artículo 206 por la exorbitancia cuantitativa de sus reclamaciones y por los racionios improcedentes que fueron invocados para hacer ver como razonables las cifras estimadas en el juramento.

24. 2.- En consecuencia, no se configuró el defecto fáctico alegado, toda vez que no observaba una apreciación probatoria arbitraria e irracional de la función encomendada a la autoridad accionada.

25.- En cuanto al defecto sustantivo, la Sección Primera del Consejo de Estado señaló que no se configuró, toda vez que el Tribunal Arbitral encontró que sí se configuraban los supuestos para la imposición de la sanción prevista en el artículo 206 del CGP, al estar comprobada la exorbitancia cuantitativa de las reclamaciones de la sociedad SCIA y la improcedencia de los argumentos invocados para hacer ver como razonables las cifras estimadas en el juramento, por lo que no podría hablarse de una aplicación manifiestamente irrazonable de la norma mencionada, que daría lugar a la configuración del defecto sustantivo.

26.- En relación con el alegado defecto de violación directa de la Constitución Política, por cuanto el Tribunal accionado desconoció el derecho fundamental a la igualdad de la sociedad accionante, en el laudo cuestionado se explicó que la razón por la que no se accedió al reconocimiento de los perjuicios solicitados por REFICAR, de forma adicional a la cláusula penal, consistió en que el Tribunal concluyó que ese monto ya se encontraba incluido en lo pactado en la cláusula penal, que correspondía a una estimación anticipada de los perjuicios.



26.1.- En el laudo se aclaró que, en relación con REFICAR, se verificó la inexistencia de mala fe, toda vez que los dictámenes que había aportado no adolecían de las incoherencias que sí se evidenciaron en el dictamen allegado por la sociedad SCIA en cuanto a las reclamaciones presentadas por las partes y sus soportes.

27.- Finalmente, en cuanto al desconocimiento del precedente con base en que no se tuvieron en cuenta los casos similares de otros tribunales de arbitramento, afirmó el *a quo* que la justicia arbitral se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, quienes deciden apartarse de la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión que adopte un tribunal de arbitramento, que se constituye para dirimir una controversia específica entre unos sujetos que puntualmente le asignaron su competencia, y que no tienen superior jerárquico. Esta circunstancia hace imposible la adaptación de la teoría del precedente vertical respecto de los laudos arbitrales. Adicionalmente, la naturaleza transitoria de los tribunales arbitrales hace improcedente la teoría sobre la existencia de un precedente horizontal, que se refiere a aquellas reglas jurisprudenciales que resultan de obligatorio cumplimiento al haber sido fijadas por autoridades de la misma jerarquía o por el mismo operador judicial.

5. Impugnación

28.- La parte accionante -sociedad SCIA- impugnó la decisión para señalar que, en su caso, se encontraban vulnerados los derechos fundamentales invocados por cuanto no había lugar a la imposición de la multa, pues las pretensiones se sustentaron en un dictamen pericial elaborado por una firma experta de amplio recorrido y trayectoria internacional, que sirvió como base para realizar el juramento estimatorio. Como muestra de la buena fe y diligencia al momento de hacer el juramento estimatorio, SCIA demostró que incurrió en millonarios gastos por concepto de honorarios para la realización del dictamen que soportaba la suma jurada, en cuantía de USD 851.327.

28.1 Adujo que en el laudo arbitral se incurrió en el grave error de considerar como un elemento demostrativo de la <<carencia de razonabilidad>> en la estimación de las pretensiones de SCIA, que un dictamen contable contradijera el monto del objeto de reclamación. Sin embargo, fue tal el yerro del Tribunal, que llegó a dicha conclusión con un elemento material probatorio que no existía para la fecha en que fue presentada la reforma de la demanda arbitral (6 de marzo de 2017), toda vez que el mismo dictamen solo fue presentado al proceso ocho (8) meses después (8 de noviembre de 2017), aspecto que claramente muestra la vía de hecho en la que incurrió el Tribunal y que paso por alto el *a quo*.



28.2.- Sostuvo la sociedad SCIA que existió una confusión al inferir que el dictamen técnico del Hill International tenía el mismo alcance y objetivo que el dictamen contable, y esa razón llevó a afirmar en el laudo que el dictamen contable ponía en evidencia la mala fe de SCIA. Como es apenas obvio, se trató de dos dictámenes con objeto, metodología y técnicas diferentes, que, lógicamente, debían arribar a conclusiones diferentes.

29.- En cuanto al trato desigual, alegó la sociedad SCIA que, contrario a lo señalado por el *a quo*, este se encontraba plenamente probado, pues la convocante (SCIA) y la convocada/ demandante en reconvencción (REFICAR) presentaron su juramento estimatorio con base en dictámenes periciales; sin embargo, el Tribunal concluyó que el dictamen de REFICAR desvirtuaba su mala fe, en tanto que el dictamen aportado por SCIA no tuvo esa misma consecuencia.

29.1.- Si el Tribunal hubiera aplicado el mismo criterio a la demandante en reconvencción (REFICAR), habría tenido la obligación de imponerle una sanción similar a la impuesta a SCIA, esto es, por el 10% de los perjuicios dejados de probar, suma que ascendería a \$687.489.245.3. Indicó que el Tribunal aplicó correctamente el artículo 206 del CGP al momento de no imponer la sanción a REFICAR pero su decisión, grave e inconstitucional, consistió en imponerle la sanción a SCIA, en violación del principio constitucional de igualdad <<por aplicación de un evidente doble rasero al momento de emitir su juzgamiento, ante situaciones de hecho y de derecho claramente similares, arribó a conclusiones contrapuestas: exonerar a REFICAR pero sancionar SCIA>>.

29.2.- Es en la conclusión del laudo arbitral sobre el hecho de que SCIA procedió de mala fe, donde se materializa la vulneración del principio de igualdad. Tanto REFICAR como SCIA: i) probaron sus pretensiones en una cuantía inferior al 50%. Es más, REFICAR incluso probó porcentualmente menos (26.5%) que SCIA (28%); ii) ambas compañías acompañaron unos dictámenes periciales de firmas expertas para soportar sus pretensiones.

Como se advierte, desde el punto de vista fáctico, la situación era exactamente igual, pero las conclusiones del Tribunal de Arbitramento fueron diferentes, circunstancias que constituyen la violación del derecho fundamental a la igualdad.

29.3.- Como prueba de la afectación a su derecho a la igualdad, la accionante citó los casos en los que los árbitros que participaron en la decisión arbitral del 28 de noviembre de 2018, no impusieron sanciones por el juramento estimatorio sobrevalorado, pese a que en esos casos se demostró que la pretensión estimada había excedido en más del 50% el valor efectivamente probado, y en ellos se expuso que no había mediado negligencia, ni arbitrariedad, ni temeridad, ni falta de lealtad al fijar la pretensión.



Las decisiones citadas corresponden a las proferidas el i) 14 de septiembre de 2017, Ayuda Integral S.A. vs CI PRODECO S.A. Carbones de la Jagua S.A. y otros; ii) 15 de diciembre de 2015, UT Aeropuerto El Dorado vs Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S.A.; iii) 24 de julio de 2015, EXICOM S.A.S. vs Colombia Móvil S.A. E.S.P., y iv) 28 de enero de 2014, Albright Enterprises Corp. y otro vs Tribeca General Partners One S.A. y otros.

30.- Solicitó que se revocara la decisión de primera instancia y, en su lugar, se tutelaran los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, vulnerados en el laudo arbitral del 28 de noviembre de 2018, corregido el 11 de diciembre de 2018.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

31.- Esta Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta por el accionante contra la sentencia de tutela proferida el 24 de mayo de 2019 por la Sección Primera del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991, 1069 de 2015, 1983 de 2017 y en el Acuerdo No. 377 de 2018 de la Sala Plena de esta Corporación.

2. Problema jurídico

32.- La Sala resolverá si el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá en laudo del 28 de noviembre de 2018, corregido el 11 de diciembre de 2018, vulneró a SCIA sus derechos fundamentales i) al debido proceso, al imponer la sanción de que trata el artículo 206 del CGP en cuantía de \$2.059.129.731 como consecuencia de la estimación jurada que hizo de la pretensión indemnizatoria en exceso del 50% que como parte convocante probó, en el marco del proceso arbitral iniciado por la accionante contra la Refinería de Cartagena S.A.S. (REFICAR), pese a que no existió actuar negligente o temerario de la parte, e ii) a la igualdad, porque el Tribunal, bajo los mismos supuestos y condiciones, decidió que REFICAR no merecía la imposición de la sanción, en relación con la estimación hecha al presentar la demanda de reconvención.

33.- En concepto de la Sala, la presente acción cumple con los requisitos generales de procedencia, pero no está demostrado que el laudo, al imponer a la convocante la sanción prevista en el inciso cuarto del artículo 206 del CGP, hubiese incurrido en los defectos que la jurisprudencia ha establecido como admisibles para dejar sin efectos una decisión adoptada por un Tribunal de Arbitramento.



33.1.- En efecto: a) A pesar de que una decisión arbitral es susceptible de acción de tutela al igual que la decisión de cualquier Juez, el campo del Juez Constitucional en este punto es más restringido, habida cuenta de que las partes, haciendo uso de la autonomía la voluntad, han resuelto someter sus diferencias y sujetarse a lo que disponga un Tribunal Arbitral que resolverá en *única instancia*, y b) El Tribunal de arbitramento, para imponer la sanción prevista en el inciso cuarto del artículo 206 del CGP, tuvo en cuenta las condiciones objetivas previstas en esa norma y, además, expuso las argumentaciones dirigidas a sostener la razón por la cual consideraba que la estimación de perjuicios hecha por la convocante era temeraria, con lo cual ajustó su decisión a los criterios interpretativos de la Corte Constitucional.

No adoptó el Tribunal de Arbitramento una decisión arbitraria o carente de motivación que configure un defecto sustantivo, ni dejó de valorar los dictámenes que aportaron las partes, para poder inferir un defecto fáctico. Obró de igual forma al analizar la conducta de la convocada al formular su demanda de reconvenición, sin que se evidencie tampoco en este aspecto, la violación al derecho de igualdad invocado por la sociedad accionante.

33.2.- Para desarrollar los supuestos mencionados en el punto inmediatamente anterior, la Sala: i) realizará el análisis de los requisitos de procedencia explicando cómo la Corte Constitucional ha abordado el tema de la tutela contra laudo arbitral; ii) expondrá la regulación del juramento estimatorio en el artículo 206 del CGP, y, por último iii) analizará el caso concreto.

3. Verificación de los requisitos de procedencia

34.- Como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴ los laudos arbitrales se equiparan a las sentencias judiciales para efectos de determinar la procedencia de acción de tutela. En efecto, este mecanismo constitucional es procedente contra laudos arbitrales siempre que con ellos se vulneren, amenacen o afecten los derechos fundamentales de las partes o de terceros.

En este sentido, esa corporación en la Sentencia C-378 de 2008 admitió que: *<<El laudo arbitral se equipara a una sentencia judicial por cuanto pone fin al proceso y desata de manera definitiva la cuestión examinada. Adicionalmente, los árbitros son investidos de manera transitoria de la función pública de administrar justicia, la cual, ha sido calificada legalmente como un servicio público, motivo por el cual, no cabe duda que en sus actuaciones y en las decisiones que adopten los tribunales arbitrales están vinculados por los derechos fundamentales, por lo que resulta*

⁴ Sentencia T-608 de 1998, SU-837 de 2002, SU-058 de 2003; T-1228 de 2003, T-920 de 2004 y SU-174 de 2007



procedente la acción de tutela cuando estos sean vulnerados o amenazados con ocasión de un proceso arbitral>>.

34.1.- Ahora bien, dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, ella no procede contra laudos arbitrales cuando dentro del trámite arbitral las partes o los afectados por la decisión no hayan hecho uso de los medios de defensa mediante la presentación de los recursos procedentes, excepto que se acuda a este mecanismo de manera excepcional para evitar un perjuicio irremediable.

34.2.- En la sentencia SU-174 de 2007, la Corte indicó que el carácter excepcional, está dado por: <<(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.>>

34.3.- Recientemente, la Corte Constitucional en sentencia T-354 de 2019, reiteró la excepcionalidad de la acción de tutela en relación con las decisiones arbitrales, en los siguientes términos:

<<Para efectos de avalar la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales, la Corte Constitucional ha equiparado materialmente a estos últimos con las providencias judiciales, por cuanto ambos son producto del ejercicio de una función jurisdiccional y tienen efectos de cosa juzgada⁵. A este propósito, en la Sentencia SU-033 de 2018 señaló:

“La equivalencia –material- que existe entre el laudo arbitral y la providencia judicial, activa de manera excepcional la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, los cuales puedan verse afectados por las decisiones

⁵Corte Constitucional, Sentencia SU-033 de 2018. En la citada sentencia, la Corporación sostuvo lo siguiente frente al fundamento de la equivalencia, al menos material, entre laudos arbitrales y providencias judiciales: “El inciso 3 del artículo 116 de la Constitución Política dispone que los particulares pueden ser transitoriamente investidos de la función de administrar justicia para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. Esta habilitación constituye el fundamento constitucional para que los particulares administren justicia a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos como el arbitramento, cuya naturaleza jurídica comporta un acto jurisdiccional cuyas actuaciones tienen el alcance de surtir efectos de cosa juzgada. Precisamente el carácter jurisdiccional y sus efectos implican que los laudos arbitrales se asimilan a las sentencias judiciales para efectos de la procedencia de acción de tutela contra providencias.”



emanadas y el procedimiento llevado a cabo por los tribunales de arbitramento.”

Por tanto, la procedencia de este tipo de acciones está sometida, *prima facie*, a los mismos requisitos de procedibilidad, tanto generales como específicos⁶, que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado respecto de las providencias judiciales⁷.

El examen estricto de procedibilidad

Esta Corporación ha precisado, sin embargo, que el examen de los requisitos de procedibilidad debe ser más estricto y riguroso frente a laudos arbitrales que frente a providencias judiciales. En la sentencia SU-500 de 2015 se ahondó sobre la razón que fundamenta este análisis restrictivo:

“La razón para que, tratándose de acciones de tutela dirigidas contra laudos arbitrales, se predique esa lectura particular y más restrictiva de los requisitos de procedibilidad establecidos para la acción de tutela contra providencias judiciales, reside, fundamentalmente, en la consideración de que se está en un escenario en el cual se ha expresado la voluntad de los sujetos de apartarse de la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión que adopte un tribunal de arbitramento.”

En esa medida, la jurisprudencia ha reconocido que la *alternatividad* del arbitraje –en tanto elemento esencial de este método de solución

⁶Corte Constitucional, Sentencia SU-033 de 2018. En la citada sentencia, la Corporación sostuvo lo siguiente sobre el particular: *“En ese sentido, su procedencia y procedibilidad está sometida, en principio, a las mismas reglas que la jurisprudencia constitucional ha sistematizado en la sentencia C-590 de 2005 respecto a las providencias judiciales (...)”*

⁷Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005. En dicha providencia, la Corporación diferenció dos tipos de presupuestos para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, a saber: los requisitos generales y específicos de procedibilidad.

Los siguientes son los requisitos generales: (i) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional, esto es, que el caso involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad que caracteriza a la tutela, es decir, que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que estos carezcan de idoneidad o que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, por lo que la acción debe interponerse en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) que cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto decisivo en la providencia que se impugna; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados; y(vi) Que no se trate de sentencias de tutela.

Y los requisitos especiales son: (i) *el defecto orgánico*: ocurre cuando el administrador de justicia que profirió la providencia impugnada carece en forma absoluta de competencia; (ii) *el defecto procedimental absoluto*: se origina cuando el administrador de justicia actuó completamente al margen del procedimiento establecido; (iii) *el defecto fáctico*: se presenta cuando el administrador de justicia carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, o cuando la valoración de la prueba fue absolutamente equivocada; (iv) *el defecto material o sustantivo*: se configura cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o claramente inaplicables al caso concreto, o cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; (v) *el error inducido*: sucede cuando el administrador de justicia fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; (vi) *la decisión sin motivación*: implica el incumplimiento del administrador de justicia del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones; (vii) *el desconocimiento del precedente*: se configura cuando por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el administrador de justicia desconoce la regla jurisprudencial establecida; y (viii) *la violación directa de la Constitución*: se estructura cuando el administrador de justicia adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Constitución.



de controversias- *“irradia la facultad de permanencia de la decisión adoptada por el tribunal, la cual no podría verse condicionada a una posterior ratificación o cuestionamiento por parte de la jurisdicción a la cual las partes han renunciado originalmente.”*⁸

Es por ello que las vías previstas en el ordenamiento jurídico para atacar los laudos arbitrales son extraordinarias y limitadas: **su objeto se circunscribe a controvertir, en principio, aspectos del procedimiento y se adscriben a unas causales taxativas**⁹. En tales términos, *“no pueden asimilarse al examen de un recurso de apelación que está destinado a un conocimiento más completo y profundo sobre el ámbito sustancial de la controversia”*¹⁰ y, por tanto, no tienen como objeto *“revisar in integrum la determinación definitiva adoptada por los árbitros, ya que aquella se reputa prima facie intangible, definitiva y revestida de plenos efectos de cosa juzgada.”*¹¹.

En consecuencia, esta Corporación ha advertido que **la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos encuentra sentido, por una parte, en la protección de los derechos fundamentales**, dada su trascendencia en nuestro ordenamiento constitucional, el cual prevé la tutela como la última alternativa de defensa de estos bienes jurídicos y, por otra, **en que los árbitros, no obstante, su autonomía e independencia se encuentran igualmente obligados a garantizar dichos derechos**¹². En esa misma línea, este Tribunal ha señalado que tal excepcionalidad exige respetar:

*“(i) La estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) la voluntad de las partes de someter sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (iv) el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no debe ser invadido por el juez de tutela y le impide a éste, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento”*¹³.>> (negritas fuera del texto)

35.- Teniendo en cuenta los presupuestos mencionados, en este caso la Sala advierte que los hechos referidos en el recurso de amparo no encuadran en ninguna de las causales establecidas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que permitan la interposición del recurso de anulación como mecanismo extraordinario de defensa judicial, de modo que, al no existir otro mecanismo de defensa judicial, la tutela resulta procedente para debatir las cuestiones que aquí se presentan.

36.- Como los laudos arbitrales se equiparan a sentencias judiciales, la Corte

⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015.

⁹ Corte Constitucional, Sentencias SU-174 de 2007, SU-500 de 2015 y SU-033 de 2018.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-466 de 2011.

¹² Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015.

¹³ Corte Constitucional, Sentencias SU-174 de 2007 y SU-033 de 2018.



Constitucional ha sostenido que se debe verificar si se cumplen los requisitos (sentencia C-590 de 2005) *generales de procedibilidad* de la tutela contra de providencias judiciales, cuyo cumplimiento es necesario para que el juez de tutela pueda valorar de fondo el caso que se estudia, y los *requisitos específicos o materiales* que corresponden a los vicios o defectos presentes en la providencia que se revisa y la que pudieran llegar a constituir el eje de la afectación.

36.1.- De conformidad con establecido en la sentencia C-590 de 2005, la Sala da cuenta del cumplimiento de los requisitos generales de la presente tutela contra providencia, toda vez que: i) el accionante indicó los hechos y las razones en que se fundamenta la acción; ii) la acción se interpuso en un término prudencial (inmediatez) comoquiera que el laudo se profirió el 28 de noviembre de 2018, fue corregido el 11 de diciembre de 2019, y la tutela se presentó el 11 de marzo de 2019; por lo tanto, transcurrieron tres (3) meses entre la decisión y la solicitud de amparo, cumpliendo así este requisito de procedencia fijado por esta Corporación¹⁴ y la Corte Constitucional¹⁵; iii) el asunto es de evidente relevancia constitucional porque se alega la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, y iv) no se trata de una decisión proferida contra tutela.

37.- En cuanto a los defectos, la accionante alegó defecto fáctico y sustantivo. Sin embargo, en la impugnación centró la discusión de estos bajo la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, que también fueron alegados en la primera instancia, así que será sobre estos que se hará el análisis del caso.

4. La regulación del juramento estimatorio en el artículo 206 del CGP

38.- El artículo 206 del CGP le impone a quien demanda (bien sea la convocante cuando formula la demanda o a la convocada cuando presenta demanda de reconvención) la obligación de estimar discriminada y razonadamente la cuantía de la indemnización de sus pretensiones; en su inciso cuarto dispone que *<<Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada>>*.

39.- La Corte Constitucional, al referirse a esta norma vista en su integralidad y no solo en relación con el párrafo final de la misma, ha considerado que la finalidad del precepto es evitar la presentación de reclamaciones *temerarias*, de modo que,

¹⁴ Expediente: 11001-03-15-000-2012-02201-01; Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A.; Demandado: Consejo de Estado-Sección Primera, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-031 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



a partir de tal interpretación, es razonable considerar que no estamos ante una obligación que surja de la simple comparación de lo estimado y lo probado y que la decisión sobre la misma está efectivamente sujeta al examen de este presupuesto, el cual se enuncia en el citado párrafo como el <<actuar negligente o temerario de la parte>>.

39.1.- Sobre el particular, la Corte ha dicho lo siguiente¹⁶:

<<Esta sanción tiene finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas “temerarias” y “fabulosas”^[13] en el sistema procesal colombiano. En este marco, la sanción se fundamenta en la violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia^[14], que no solamente se condena penalmente, sino también con la imposición de sanciones al interior del propio proceso civil a través del sistema de responsabilidad patrimonial de las partes cuyo punto cardinal es el artículo 80 de acuerdo con el cual “Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida”.

En consecuencia, esta Corporación considera que la sanción contemplada en el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso es proporcional, razonable y se funda en el principio de lealtad procesal y en la tutela del bien jurídico de la administración de justicia.>>

40.- El artículo 206 del CGP le impone al demandante la obligación de hacer la estimación del monto de la indemnización reclamada bajo juramento porque, de no ser objetada, ella deberá tenerse como prueba del monto de la indemnización reclamada. Si la contraparte la objeta, el Juez debe otorgarle a la parte el término de cinco días para que ofrezca las pruebas dirigidas a acreditar los perjuicios, pues estos ya no quedarán probados con la estimación jurada.

41.- En rigor, el demandante no está obligado a *ofrecer* pruebas del monto del perjuicio cuando presenta la demanda porque la ley prevé que tales pruebas deben pedirse o aportarse solo cuando la estimación jurada, por efecto de la objeción, no sirva como medio probatorio para acreditar la cuantía de la indemnización reclamada.

42.- Sin embargo, no existe ninguna restricción legal para ofrecer medios de pruebas dirigidos a acreditar el monto del perjuicio desde la presentación de la

¹⁶ En la sentencia C-332 de 2013, la Corte refirió que en la sentencia C-279 de 2013, esa corporación, luego de distinguir las situaciones previstas en el párrafo y en el inciso cuarto del artículo 206 de la Ley 1564, sostuvo que la sanción tiene finalidades legítimas y declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-279 de 2013, respecto de la exequibilidad del inciso cuarto de la Ley 1564 de 2012.

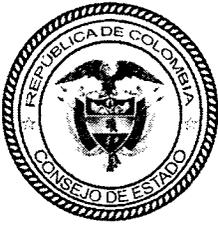


demanda y, particularmente, la ley no limita el derecho a presentar en ese momento un dictamen de parte.

42.1.- En ese caso: a) La presentación del dictamen no exige al demandante de la obligación de *estimar* bajo juramento la cuantía de la indemnización que persigue; el demandante puede fundamentar su estimación en el dictamen, pero debe cumplir con la obligación de hacer la estimación jurada porque el cumplimiento de esta obligación es el presupuesto de las consecuencias sancionatorias que la misma norma prevé, derivadas del monto estimado y su comparación con lo que el demandante logre *probar* en el proceso; b) es plausible considerar que, cuando el demandante fundamenta su estimación en un dictamen pericial de parte, está obrando diligentemente en el cumplimiento de la obligación que le corresponde; pero, a partir del examen particular y concreto de sus fundamentos y conclusiones, también es admisible la conclusión contraria. Ello en la medida de que el dictamen de parte (i) es una prueba elaborada a instancias de la parte que la aporta, respondiendo sus preguntas y ajustándose a los datos y planteamientos que la parte realiza (ii) es una prueba controlada por la parte que la ofrece, pues es ella la que resuelve si está conforme con sus conclusiones, antes de aportarla al expediente.

42.2.- En el sistema del dictamen de parte, quien ofrece dicho medio de prueba presenta la opinión de un experto, que establece con criterios jurídicos y técnicos, fundamentados en supuestos de hecho que deben estar acreditados en el proceso, cuál es el monto del perjuicio que – a su juicio – considera que sufrió la parte. Ese dictamen está sujeto a la *contradicción* de la contraparte que tiene la posibilidad de discutir su idoneidad, sus fundamentos y el procedimiento mediante el cual se determinó la cuantía del perjuicio. Y el Juzgador, a partir del examen conjunto de los dictámenes y de las pruebas que los fundamentan, adopta la decisión que obedece a la *convicción* razonada de cuál de ellos establece adecuadamente el monto del perjuicio que es el punto que busca determinarse con esta prueba. Puede el Juzgador estimar, con base en el dictamen de la contraparte, que el dictamen inicial carece totalmente de fundamento, que es incoherente o que no es idóneo para el fin propuesto y resolver el proceso aplicando la regla de la carga de la prueba; puede también concluir que el contradictamen demuestra que el primer dictamen es parcialmente equivocado y ajustar el valor de los perjuicios calculados en el mismo.

42.3.- Ese análisis es distinto del que debe hacerse para determinar si la estimación hecha por el demandante, con fundamento en el mismo dictamen fue *negligente o temeraria*. Es evidente que debe existir concordancia o coherencia entre los dos desarrollos argumentativos, pero no hay duda de que se trata de análisis con finalidades distintas.



5. Caso concreto

43. La accionante, en la demanda arbitral, hizo la estimación en los siguientes términos: *<<Según lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso, SCIA estima de manera razonada la cuantía de ese asunto en la suma de COP \$27.495.445.185 pesos, con base en los hechos y fundamentos jurídicos indicados en la presente demanda, considerando lo dispuesto en el dictamen pericial preparado por Hill International y que se adjunta a esta demanda como prueba, sin que la estimación constituya un límite a la cuantía de las pretensiones que SCIA pueda demostrar en el curso del arbitraje.>>*. (PDF con anexo)

44.- REFICAR, en la contestación de la demanda, señaló que: *<<La controversia, como bien lo anota la demanda, gira en torno a un contrato de construcción global a suma fija (lump sum), en el que SCIA, suponemos, luego de haber realizado una evaluación concienzuda y juiciosa de los requerimientos de REFICAR, presentó una oferta económica por un valor global, único, y no reajutable. Dicha oferta fue aceptada por Reficar y alcanzó un valor inicial superior a los \$22.000.000.000. De entrada llama la atención que SCIA presente una reclamación en sede arbitral por \$30.000.000.000. Es decir, más del valor del contrato ejecutado. Tal circunstancia permite colegir que SCIA pretende, vía demanda arbitral, trocar el alcance del contrato para convertirlo en uno de gastos reembolsables y demás, gracias al reclamo presentado, obtener una suma equivalente a la ejecución de otro contrato, pero, obviamente, sin ejecutarlo.>>*. REFICAR se opuso a cada cuantía de las pretensiones, explicando cómo la convocante no actuaba de buena fe en los cálculos referidos.

45.- En la objeción al juramento, la convocada afirmó:

<< El porcentaje de responsabilidad de SCIA/ Reficar, no fue tomado en cuenta por HILL. Adicionalmente, teniendo en cuenta que las premisas utilizadas en los cálculos de SCIA no son acordes con la forma de contratación (Suma Global Fija).

Como conclusiones a lo presentado por SCIA en su demanda, se puede observar que las pretensiones de esta compañía están completamente desfasadas y desconocen los acuerdos anteriores y sobre todo los datos e información suministrada por SCIA en la ejecución del contrato.

Nótese que una vez revisados los montos pretendidos por SCIA, el valor de tales corresponde en realidad a un 39.5% aproximadamente de lo reclamado.

Si bien SCIA en su demanda siempre se refiere a “horas contratadas”, “Equipos Contratados”, etc., es muy importante reiterar que el Negocio Jurídico suscrito entre Reficar y SCIA fue suscrito bajo la modalidad de Suma Global Fija.

La estimación de horas, equipos, etc., hace parte de la estrategia de ejecución del Contratista, por tal razón no es coherente pretender que le sean



340

Radicado: 11001-03-15-000-2019-01060-01

Demandante: SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. (SCIA)

Confirma sentencia denegatoria

reconocidas las diferencias entre lo "real ejecutado" y lo "estimado por el Contratista", pretendiendo dar un manejo de "Contrato Reembolsable" en lugar de uno a Suma Global Fija.

Es importante resaltar que, a los valores indicados en la PRETENSIÓN DE CONDENA DÉCIMA OCTAVA, exceptuando el sobrecosto por mano de obra directa adicional, aún faltaría descontar lo correspondiente a la responsabilidad de Schrader Camargo, es decir, el porcentaje de 39.5% es aún menor.

Otra observación importante es que, si se toma el valor total de las pretensiones de SCIA (\$28.684.801.431 COP, antes de IVA) y se descuenta lo correspondiente a trabajos ejecutados por SCIA y saldos pendientes por pagar ya incluidos en el Contrato (es decir, la suma de \$6.849.424.120 COP, antes de IVA), se tiene que, SCIA pretende que Reficar le reconozca el valor \$21.835.377.311 COP antes de IVA, el cual es similar al valor inicial del Contrato suscrito bajo la modalidad de suma Global Fija, por un valor de \$22.105.247.277 COP antes de IVA.

Finalmente, es importante resaltar, que el Contrato tuvo una adición de \$7.029.406.019 COP antes de IVA para los trabajos adicionales solicitados durante la ejecución del Contrato y para el reconocimiento del delta de la Política Salarial de Reficar, valor que trae asociado una administración por un valor de \$662.882.212 COP, lo lleva a que el total incluido en el contrato SCIA como concepto de Administración fue de \$5.361.739.396 COP.

Por lo demás, el experticio y por consiguiente el juramento estimatorio que se realiza con fundamento en él, tienen graves yerros pues toman información que no es la adecuada ni es la misma que fue entregada a Reficar por parte de SCIA en la ejecución del contrato.

Deberá verse la forma en que los perjuicios indicados en la demanda de SCIA parten de bases erróneas, y de unos incumplimientos de Reficar que no están acreditados en el proceso, y que tampoco son ciertos.

El informe técnico no menciona nada acerca de los evidentes incumplimientos y retrasos de SCIA en la ejecución del contrato, ni tampoco menciona la cuantificación que esos hechos tendrían.

El informe técnico desconoce la modalidad del contrato y cuantifica todo tipo de reclamaciones que son alejadas de la realidad, **y en especial, que no están contempladas dentro de la modalidad contractual celebrada, ni sobre los riesgos que asumió SCIA.>>**

46.- En la demanda de reconvención, la convocada hizo el juramento estimatorio en los siguientes términos: <<La cuantía de la demanda de reconvención bajo la gravedad del juramento, según información recibida de parte de Reficar, se estima en \$9.355.416.835>>

47.- La Convocante (SCIA) en la contestación de la demanda de reconvención solicitó <<i>i) Desestimar el juramento estimatorio presentado por la demandante en reconvención, ii) No tener dicho juramento como prueba del monto pretendido por la demandante en reconvención, y iii) **Aplicar, si hay lugar a ello, las**



consecuencias a que se refieren los incisos 4 y siguientes del artículo 206 del CGP>>.

48.- En la reforma de la demanda, SCIA presentó el juramento estimatorio, así: <<De conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 del CGP estimo bajo la gravedad de juramento la cuantía de la demanda en una suma no inferior a COP \$29.639.919.300, incluyendo intereses e indexación hasta el 6 de noviembre de 2015, fecha de presentación de la demanda, según lo indica el artículo 26 del CGP. La suma reclamada se descompone y motiva según se explica a continuación, y ha sido el resultado de un análisis exhaustivo contenido en el Dictamen Pericial elaborado por Hill International, aportado como prueba con la demanda arbitral (El dictamen pericial). El Dictamen Pericial contiene una explicación detallada de la metodología empleada para la elaboración de los cálculos de las sumas reclamadas por SCIA e incluye un análisis del soporte fáctico y documental que sustenta los valores reclamados por SCIA (...)>>. En la corrección de la reforma de la demanda quedó consignado que <<la estimación pasó de COP \$27.495.445.185 a la suma de COP\$29.639.919.300>>.

49.- En la contestación de la reforma de la demanda, la objeción a la estimación jurada por parte de la convocada se fundamentó en los mismos argumentos que expuso en la contestación de la demanda inicial –up supra 43-. Y en la reforma de la demanda de reconvención, la convocada estimó la cuantía de la demanda de reconvención bajo la gravedad de juramento en \$9.355.416.835.

50.- La convocante objetó el juramento estimatorio de la reforma de la demanda de reconvención señalando que REFICAR <<no ha dado cumplimiento a los requisitos del juramento estimatorio, porque i) la demanda en reconvención no contiene una explicación sobre la razonabilidad de la estimación de la cuantía reclamada, ii) la demandante en reconvención se limita a relacionar cuatro ítems que comprende la suma total de su reclamación, sin siquiera explicar los cálculos que usó para efectos de dicha estimación, ni aportar prueba alguna que soporte los montos pretendidos ni la razonabilidad detrás del cálculo de las mismas, ii) la solicitud de dictamen pericial realizada por la demandante en reconvención, de manera alguna cumple la exigencia de razonabilidad en el juramento estimatorio. Todo lo contrario, reafirma la carencia de explicación de la misma>>, y solicitó <<Desestimar el juramento estimatorio presentado por la demandante en reconvención, ii) No tener dicho juramento como prueba del monto pretendido por la demandante en reconvención, y iii) **Aplicar, si hay lugar a ello, las consecuencias a que se refieren los incisos 4 y siguientes del artículo 206 del CGP)>>**

51.- Sobre la estimación jurada, el Tribunal señaló que SCIA afirmó tanto en la demanda inicial como en la reforma de la demanda <<haber tenido en cuenta el “análisis exhaustivo contenido en el Dictamen Pericial elaborado por HILL International”, aportado como prueba con la demanda arbitral (que) contiene una



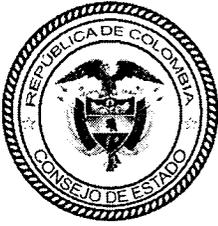
explicación detallada de la metodología empleada para la elaboración de los cálculos de las sumas relacionadas por SCIA e incluye un análisis del soporte fáctico y documental que sustenta los valores reclamados por SCIA>>.

51.1 En efecto, el Tribunal encontró que **<<SCIA arrimó al proceso pruebas abundantes para probar su exorbitante estimación jurada de perjuicios (los peritajes de HILL y HKA) en los que desconocen, unas veces la realidad de la ejecución contractual (la mayor y más evidente la culpa concurrente de las partes, casi equivalente) o se acude a metodologías erradas o impertinentes (ver los abundantes análisis al respecto de Global Project Strategy, GPS) y, como eje central de todos estos ejercicios de sus expertos, razonando al margen de la inequívoca naturaleza del contrato, de su forma de pago y naturaleza profesional de ambas partes (comerciantes, expertos en su ramo, con las consecuencias indicadas en el Código de Comercio), es necesario concluir el riesgo judicial en el que de manera temeraria se colocó la convocante con la estrategia cuantitativa y cualificativa que asumió en este proceso.>>**

51.2.- Agregó, **<<SCIA intentó llevar al Tribunal a un escenario de ejecución contractual inexistente mediante razonamientos estadísticos, metodológicos y conceptuales alejados de la realidad de esta ejecución contractual y si esto es bien claro en el trabajo de los expertos asociados a su reclamación, SCIA, por su parte, toleró esos ejercicios y manera de razonar, trasladó a su demanda las conclusiones de aquellos expertos y articuló una reclamación exorbitante y desconsiderada.>>**

51.3.- Explicó el Tribunal que **<<fueron los expertos contadores contratados por SCIA como peritos de parte (...) quienes aportaron la plena prueba de que la pérdida de SCIA registrada en sus libros de comercio fue de \$9.965.145.755, cifra bien distante de la que estimó bajo juramento en su demanda (o \$28.684.801.431, o \$30.626.559.070), y muy parecida a la que acabará decretándose por virtud de este laudo arbitral>>**.

51.4.- Señaló también que **<<aunque el artículo 206 del CGP nada dice sobre la buena fe del juramento estimatorio de los perjuicios, compensatorios o indemnizaciones que se reclaman en juicio, no puede el Tribunal renunciar a esa consideración de estirpe constitucional y contractual, (...) es necesario recordar que la reclamación de SCIA (su demanda) constituye un proceder de mala fe puesto que a sabiendas la convocante decidió abandonar las formas originales de esta contratación para tratar de convertirla a precios unitarios y por gastos reembolsables, ignorando el alcance de las obligaciones que asumió, la naturaleza del contrato que suscribió y la forma de pago que aceptó, y todo ello se constituyó en el expediente apropiado para presentar una reclamación por un valor equivalente al precio contratado; consideraciones que, de manera simultánea, confirman la temeridad de su proceder.>>**.



51.5.- Finalmente, sostuvo que *<<para el caso concreto, enseña que no se puede acudir bajo el paraguas de un procedimiento legalmente previsto, en este caso de carácter público y como expresión del derecho de defensa, como lo es el proceso, a emprender una reclamación que desborda el criterio de razonabilidad, conclusión que resulta no solamente de la exorbitante o improcedencia cuantitativa de las reclamaciones sino, también, de los racionios improcedentes invocados para tratar de llegar a los resultados cifrados en el juramento estimatorio.>>*

52.- A partir de las anteriores consideraciones, el Tribunal de arbitramento concluyó que la sociedad accionante estimó bajo juramento los perjuicios en exceso del 50% de lo que probó. Lo anterior si se tiene en cuenta que estimó bajo juramento los perjuicios en \$28.684.801.431, o \$30.626.559.070 y del consolidado y de la compensación de la condena, fijada por el Tribunal se estableció que *<<REFICAR debe pagarle a SCIA la suma de \$8.455.035.569 y SCIA, por su parte, como resultado de la demanda de reconvenición de REFICAR, debe pagarle a esta la suma de \$2.480.524.382, lo que arroja un **saldo neto a favor de SCIA de \$5.974.511.187**, que REFICAR pagará a SCIA, suma que devengará intereses a la tasa más alta legalmente>>*.

53.- Esta Sala encuentra lógico que el Tribunal hubiera tenido en cuenta, para resolver el punto, el dictamen que la convocante presentó con la demanda junto con los que solicitó y allegó posteriormente para determinar la temeridad en la estimación jurada de la pretensión.

54.- En ese sentido, la exigencia y análisis defectuoso que plantea la accionante como violatoria del debido proceso, no se encuentra configurada. Por el contrario, está demostrado que el Tribunal adoptó las decisiones del caso en relación con la estimación jurada, con fundamento en las reglas establecidas en el artículo 206 del CGP.

55- Valga decir que precisamente la accionante fue quien solicitó **aplicar, las consecuencias a que se refieren los incisos 4 y siguientes del artículo 206 del CGP.**

56.- La accionante insiste en que existió una confusión por parte del Tribunal al inferir que el dictamen técnico del Hill International tenía el mismo alcance y objetivo que el dictamen contable, de donde dedujo la mala fe de SCIA, cuando era apenas obvio que se trataba de dos dictámenes con objeto, metodología y técnicas diferentes. No encuentra la Sala acreditada esta imputación y estima como razonable la argumentación del Tribunal dirigida a demostrar el desfase de los perjuicios pedidos al compararlos con el valor del contrato y con la forma de pago pactada en el mismo y al comparar el resultado de ambos dictámenes en la



medida que en los dos se hizo una evaluación de perjuicios y es evidente que entre los dos resultados existe una notable diferencia.

57.- En cuanto a la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, la accionante sostuvo que bajo el mismo supuesto y condiciones de SCIA -por haber presentado en la demanda la estimación del perjuicio con base en un dictamen pericial y en exceso-, REFICAR no mereció la imposición de la sanción, lo cual se traduce en una desigualdad de trato.

58.- Sobre el derecho a la igualdad, el artículo 13 de la Constitución Política establece que <<[T]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.(...)>>.

58.1.- La Corte Constitucional ha sostenido que el **principio de igualdad** es uno de los elementos más relevantes del Estado constitucional de derecho y lo ha entendido como aquel que ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho¹⁷.

59.- Procede la Sala entonces a revisar si REFICAR y SCIA se encontraban en la misma situación fáctica en cuanto a la estimación jurada de los perjuicios y si al igual que REFICAR, SCIA no era acreedora de la sanción impuesta.

59.1.- Para el Tribunal, el juramento estimatorio de REFICAR <<y las pruebas solicitadas oportunamente y los cálculos de las partidas resultan no solamente razonables sino, también, ajustados a lo que pactaron las partes respecto de la pena pecuniaria propiamente dicha, tanto de sus requisitos de procedibilidad como sobre la manera de calcularse (...) REFICAR no faltó al cumplimiento de los deberes y cargas que le impone el cálculo del artículo 206 del CGP, puesto que su juramento, al darse dentro de una controversia estrictamente contractual, se atuvo a los cánones de lo pactado, de lo previsto legalmente, y se apoyó en pruebas oportunamente solicitadas para los precisos fines del juramento estimatorio, pruebas que fueron oportunamente agregadas al plenario (peritajes de Global Project Strategy y de Integra Auditores Consultores S.A).>>

59.2.- No encuentra esta Sala que REFICAR estuviera bajo los mismos supuestos de hecho y de derecho que refiere SCIA por los siguientes motivos: i) el juramento estimatorio que presentó REFICAR en la demanda de reconvenición fue por la suma de \$9.355.416.835; ii) REFICAR pretendió la acumulación de una cláusula penal que constituye una estimación anticipada de los perjuicios que tuvo que soportar por el incumplimiento de SCIA, por una parte, con otra liquidación de esa

¹⁷ Sentencia SU-357 de 2017.



misma cláusula penal que, en forma adicional pretende unos perjuicios *ad probationem*, que tienen la misma causa eficiente de la cláusula penal; iii) no había lugar a dicha acumulación puesto que ya se había hecho el reconocimiento de una de ellas, y iv) se atuvo a los cánones de lo pactado, de lo previsto legalmente, y se apoyó en pruebas oportunamente solicitadas para los precisos fines del juramento estimatorio.

59.3.- Finalmente, para demostrar el trato desigual, la accionante mencionó algunos laudos arbitrales en los que no se sancionó por el juramento estimatorio, pese a que en dichos casos también se había excedido en más del 50% la estimación jurada de los perjuicios como ocurrió en esta controversia.

59.4.- Sobre este punto, la Sala considera oportuno resaltar, como antes se dijo que la posición del Tribunal de considerar que no basta la comparación aritmética de las cifras para imponer la sanción sino que debe indagarse si existió temeridad en la estimación es una interpretación razonada y fundada en la jurisprudencia de la corte constitucional antes citada.

59.5.- Si bien el laudo arbitral equivale a una sentencia judicial, resulta pertinente indicar que la principal diferencia entre la justicia impartida por los árbitros y la Estatal radica en la habilitación voluntaria que por voluntad de las partes se concede a particulares para dirimir la controversia, mientras que los jueces de la República, al ejercer la jurisdicción, desarrollan una función pública institucional inherente a la existencia misma del Estado. En el pacto arbitral, las partes aceptan por anticipado que se sujetarán a lo decidido por el tribunal de arbitramento.

59.6.- Así las cosas, el trato desigual que refiere la accionante, respecto de lo ocurrido en otros laudos, no es admisible en este tipo de casos, porque las partes optaron porque el asunto fuera resuelto por particulares que al interpretar las normas no están sujetos a lo dicho en otros procesos arbitrales.

60.- Ahora bien, en este caso, la aplicación de las normas sobre la sanción por el juicio estimatorio no resulta irracional o arbitraria, por el contrario, el Tribunal hizo un razonamiento juicioso para sustentar la sanción y en el análisis desarrollado se refirió tanto lo estimado por las partes en la demanda principal como a la de reconvención y reforma, y cabe aclarar que al juez de tutela no le está permitido pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento.

61.- De lo expuesto, la Sala no encuentra que el Tribunal hubiera incurrido en los quebrantos constitucionales que señaló la parte actora, y por tal motivo, se confirma la sentencia de primera instancia que negó el amparo solicitado.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-01060-01
Demandante: SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. (SCIA)
Confirma sentencia denegatoria

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela dictada el 24 de mayo de 2019 por la Sección Primera del Consejo de Estado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Está providencia fue aprobada en la Sala de la fecha,

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

