



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA**

**Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Bogotá D.C., veintidós(22) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

**RADICACIÓN: 85001-23- 33-000-2017-00224-01**

**ACTOR: DORA MARÍA AVELLA VIUDA DE PAN**

**DEMANDADO: TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**Acción de tutela.**

**Fallo de segunda instancia.**

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte actora contra la sentencia de 15 de noviembre de 2017<sup>1</sup> proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante el cual **rechazó por improcedente** la tutela incoada contra el laudo arbitral de 21 de noviembre de 2016, aclarado el 5 de diciembre de 2016, que decidió la controversia de la entonces convocante **DORA MARÍA AVELLA VDA. DE PAN** contra **PERENCO COLOMBIA LTDA** (convocada).

## **I. ANTECEDENTES**

### **1.1. Solicitud**

Con escrito radicado el 2 de noviembre de 2017 en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Casanare<sup>2</sup>, la señora **DORA MARÍA AVELLA VDA. DE PAN**, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda en ejercicio de la acción de tutela contra el Tribunal de Arbitramento conformado por los doctores **FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES**, **CLAUDIA MORA PINEDA** y **CARLOS GONZÁLEZ VARGAS**<sup>3</sup>, con el fin de que se proteja su derecho al debido proceso.

<sup>1</sup> Folios 945 a 955 del cuaderno 1.

<sup>2</sup> Folios 112 a 158 ib y 159.

<sup>3</sup> Conformado para dirimir las controversias contractuales entre la señora Dora María Avella Vda. de Pan y la sociedad PERENCO LTDA.



## 1.2. Hechos

La petición de amparo se fundamentó en los siguientes supuestos fácticos que la Sala sintetiza así:

1.2.1. Desde el 15 de diciembre de 1993, la tutelante es propietaria del predio llamado "*Hato Los Toros*", ubicado en el municipio de Trinidad (departamento de Casanare), luego de que le fue adjudicado dentro del proceso de sucesión de quien era su esposo (Horacio Pan Barragán). Este predio hace parte de uno de mayor extensión denominado "*Matarrala o La Perra*", que también era propiedad del cónyuge fallecido.

1.2.2. Mediante Escritura Pública N° 73 de 1988 de la Notaría Única de Orocué, el señor Horacio Pan Barragán constituyó a favor de la sociedad ELF AQUITAINE COLOMBIE S.A., unas servidumbres petroleras que afectaban al predio Matarrala o La Perra, en cuya cláusula quinta, se especificó que las servidumbres pactadas quedaban circunscritas únicamente a los terrenos en las áreas que se especifican en los respectivos contratos de asociación Río Pauto y Cusiana y a favor de la Sociedad Elf Aquitane.

La sociedad en cita actuaría como operador de los contratos de Asociación entre ECOPETROL, HOMCOL S.A. y ELF AQUITAINE COLOMBIE S.A., para la exploración y explotación de petróleos en los sectores de Río Pauto y Cusiana.

1.2.3. La Escritura Pública N° 73 de 1988, con registro en el folio de matrícula inmobiliaria 475-3175, corresponde a la servidumbre petrolera sobre el predio Matarrala y en ella se contiene la cláusula compromisoria que permitió al Tribunal de Arbitramento asumir competencia para proferir el laudo que se controvierte mediante la presente tutela.

1.2.4. Las partes convocante y convocada, suscribieron 5 contratos de transacción, de servidumbre y de promesa de servidumbre sobre el predio Hato Los Toros, son éstos, a saber: el de 6 de febrero de 2003, 4 de febrero de 2005, 3 de enero de 2006, 17 de diciembre de 2007 y el 10 de febrero de 2010, pero no fueron elevados a escritura pública ni registrados en el certificado de matrícula inmobiliaria. Concretamente respecto del contrato de promesa de servidumbre del 10 de febrero de



2010 no se perfeccionó porque PERENCO no asistió a la suscripción de la escritura de servidumbre.

1.2.5. El 20 de mayo de 2014, la hoy tutelante presentó solicitud de convocatoria a Tribunal de arbitramento, ante la Cámara de Comercio de Casanare, a fin de que se le indemnizaran los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato protocolizado en la Escritura 73 de 1988 por parte de PERENCO, en razón a la ocupación que hiciera sobre áreas del lote Hato Los Toros, que no estaban incluidas en dicho acuerdo, generando a la convocante cuantiosos daños.

La convocada presentó demanda de reconvención, para que se declarara responsable contractualmente a la señora **DORA MARÍA AVELLA VDA. DE PAN**, por incumplir los acuerdos de transacción y pretendió el reconocimiento de perjuicios derivados de la vulneración de derechos de servidumbre.

1.2.6. El Tribunal de Arbitramento condenó a la señora **AVELLANEDA VDA. DE PAN**, a pagar a favor de PERENCO, la suma de ocho millones cien mil dólares, por el supuesto incumplimiento de los contratos de transacción y servidumbre.

1.2.7. El laudo arbitral se impugnó mediante recurso extraordinario de anulación, cuyo conocimiento correspondió al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Yopal (rad. 85001220800320140000101), que profirió sentencia el 24 de julio de 2017, declarando infundado.

1.2.8. Sin perjuicio de lo anterior, a más de los defectos procesales de los que adolece el laudo, éste presenta defectos sustantivo y fáctico - que la Sala sintetizará en los fundamentos de la solicitud-

1.2.9. Con posterioridad al fallo arbitral, se tuvo conocimiento que el apoderado de la Convocante, **Fabio Enrique Barrera**, había sido suspendido por dos años en su ejercicio profesional por el Consejo Superior de la Judicatura (Seccional Tunja), en providencia de 3 de diciembre de 2014, radicado N° 150011102000200862001, sanción tuvo lugar dentro del trámite ante el Tribunal de Arbitramento, y dentro de la causal del artículo 35-4 de la Ley 1123 de 2007 consistente en “no entregar a quien corresponda y a la menor brevedad posible dineros, bienes o documentos recibidos en virtud de la gestión profesional, o demorar la comunicación de este recibo”, pero que fue develada meses después del fallo arbitral, lo



que implica que en este entonces, la convocante no estuvo debidamente representada en el proceso arbitral y, por ende, el fallo resulta viciado de nulidad.

1.2.10. El 8 de marzo de 2017 se interpuso la acción de tutela contra el laudo arbitral. Las sentencias de ambas instancias rechazaron el amparo, por incumplir con el requisito de subsidiaridad, por estar pendiente el medio de defensa del recurso extraordinario de anulación, pero como a la fecha dicho mecanismo fue resuelto por el Tribunal Superior de Yopal el 24 de julio de 2017, hace viable la interposición del amparo.

### 1.3. Fundamentos de la solicitud

La tutelante estimó trasgredido su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto consideró que el Tribunal de Arbitramento incurrió los defectos sustantivo y fáctico.

El **defecto sustantivo**, por cuanto se aplicaron en forma incorrecta las normas que regulan la constitución de servidumbres petroleras, que imponen la existencia de un acto jurídico solemne mediante su protocolización en escritura pública y, por tratarse de la limitación de dominio del bien inmueble, obliga a registrarse en la oficina de instrumentos públicos en el folio de matrícula inmobiliaria del predio sirviente. Pero el laudo arbitral le otorgó la calidad de acto constitutivo de servidumbre petrolera, a una serie de transacciones que no contaban con los requisitos exigidos para tal fin para su perfeccionamiento, y, peor aún, el Tribunal de Arbitramento, edifica en ellos la protección de los supuestos derechos de servidumbre de PERENCO.

Indicó que omitió la aplicación total del régimen jurídico que reglamenta la constitución de las servidumbres petroleras “*en efecto, las normas a las que se hace referencia en el Laudo, no constituyen la totalidad de las disposiciones que regulan la materia, pues no se contemplan las disposiciones que contienen los requisitos y solemnidades necesarias para la constitución y existencia de tal gravamen*” (fl. 131 ib). Expuso que conforme a la normativa a las servidumbres petroleras se les aplica el Código Civil (art. 879 y 760), lo cual se armoniza con el Decreto 1056 de 1953 o Código de Petróleos y con las disposiciones complementarias del Decreto 1886 de 1954, con ello se otorgan ciertas prerrogativas a las empresas petroleras, tales como la ocupación de predios ajenos en forma temporal o permanente



y el derecho de las servidumbres petroleras, en beneficio de la industria del ramo, al ser una actividad de utilidad pública y que los requisitos para la constitución de gravámenes como la servidumbre, acorde con el Código Civil, se requiere la protocolización del título contentivo de la misma -acuerdo o sentencia- y la posterior inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria y que son recogidos por el artículo 7 de la Ley 1274 de 2009.

El Tribunal no contempló en su fallo, las normas que reglamentaban esta clase de presupuestos para la constitución de la servidumbre ni que los contratos de transacción y servidumbre suscritos por la tutelante no cumplieran con aquellos, así que los gravámenes no surgieron, razón por la cual el incumplimiento de tales convenios, no puede conllevar las consecuencias e implicaciones que declara el laudo, pues ante el incumplimiento de los requisitos, éstos inexisten.

Y para que pudiera afirmar que las servidumbres existían debió consultar el Certificado de Tradición y Libertad del predio *Hato Los Toros*, pero no lo hizo y no contento con ello, extendió los límites de la servidumbre documentada en la Escritura 73, abarcando otras porciones de terreno y otras coordenadas geográficas, diferentes a las acordadas por las partes y aludió al incumplimiento de los supuestos contratos de transacción y servidumbre, para soportar la responsabilidad de la tutelante sin que esos contratos hubieran sido perfeccionados.

Corolario es que los contratos de transacción celebrados por la tutelante y Perenco no son constitutivos de servidumbres petroleras, no existió por parte de la convocante el supuesto incumplimiento contractual ni tampoco nunca impidió que la empresa petrolera ejerciera su derecho a la servidumbre, pues como se probó, nunca lo tuvo.

Todo parte de que el Tribunal de Arbitramento omitió las normas relacionadas con la solemnidad del registro en el Folio de matrícula inmobiliaria que debe cumplir la tradición del derecho real de servidumbre para que este exista y derivó la existencia de una servidumbre petrolera sin que la misma se encontrara inscrita en el predio *Hato Los Toros*.

En consecuencia, el defecto sustantivo emerge cuando el Tribunal se sustrae a la aplicación de normas que daban solución a la *litis* arbitral,



esto, es el artículo 760 del Código Civil y el artículo 7 de la Ley 1274 de 2009.

El **defecto fáctico** en dos aristas: el primero debido a la deficiente labor del Tribunal de Arbitramento al valorar el acervo probatorio, concretamente, en que obrante el Certificado de Tradición y Libertad del predio Hato Los Toros, pasó por alto que el inmueble no tiene servidumbres constituidas a favor de PERENCO, en el área donde se ejecuta el contrato de Asociación Corocora, por lo que la convocada sin tener derechos de servidumbre fue protegida por el laudo arbitral y la convocante fue condenada.

De conformidad con el Decreto 1250 de 1970 (arts. 2, 43, 46 y 47), vigente para la época en que se celebraron los contratos de transacción y con la Ley 1579 de 2012 (art. 2) -Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos vigente actualmente- el registro de las servidumbres solo puede ser probado mediante el Certificado de Tradición y Libertad del bien inmueble sirviente, pues se erige como un documento *ad sustanciam actus* le impide al juez hacer una valoración probatoria diferente, de conformidad con el artículo 256 del CGP.

El defecto fáctico radica entonces en que el Tribunal de Arbitramento prescindió del Certificado de Tradición y Libertad del predio para constatar la existencia de servidumbres y, en su lugar, otorgó mérito probatorio a los contratos de transacción, sin tener capacidad para demostrar el gravamen y menos constituirlo y, con ello, vulneró el artículo 176 del CGP, sobre la sana crítica para la valoración probatoria.

Prueba de tal afirmación lo constituye el testimonio del doctor Antonio Aljure Salame, quien fuera representante de PERENCO, en el que da claridad sobre que la constitución de servidumbres debe elevarse a escritura pública, pero que antes de la constitución de las mismas, y *de facto*, se empiezan a ejecutar las obligaciones derivadas del gravamen, pero el Tribunal de Arbitramento pasó por alto toda esta información.

La segunda arista del defecto fáctico se materializa en la afirmación que el Tribunal de arbitramento hiciera atinente al incumplimiento de los contratos de servidumbre que atribuyó a la tutelante, por cuanto la decisión laudatoria no tuvo en cuenta que en ninguna de las transacciones celebradas entre las partes se pactó la constitución de



servidumbres para conectar los Pozos Coren 2 y Coren 3 con la Estación Corocora, por tanto, la imposibilidad de explotar dichos pozos no se generó por el incumplimiento contractual de la actora, yerro en que incurrieron los árbitros porque omitieron verificar probatoriamente que los terrenos que comprendían cada una de las supuestas servidumbres en realidad no hacían parte del predio sirviente y, procedió a relacionar cada uno, para concluir que en ninguno de los contratos de transacción celebrados por la tutelante.

Así las cosas, si los contratos fueran válidos, los perjuicios que alega la empresa petrolera no tienen nexo causal con el supuesto incumplimiento, por cuanto ninguno de estos contratos pactaron servidumbres que incluyeran porciones de terreno que conectaran dichos pozos con Corocora.

Por ello afirma que la apreciación deficiente, caprichosa e irracional de las pruebas por parte del Tribunal de Arbitramento tuvo incidencia directa en la decisión adoptada por los árbitros y que hubiera sido distinta si se valorara en forma correcta el acervo probatorio.

Explicó, en capítulo aparte que el laudo arbitral adolece de hecho constitutivo **nulidad procesal** sobre todo lo actuado en el trámite arbitral por indebida representación de la parte convocante, devenida de la ya mencionada suspensión del ejercicio profesional del mandatario judicial, situación que éste nunca informó a su poderdante y el Tribunal de Arbitramento no se percató de ello.

Para sustentar la solicitud, se apoyó en sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 21 de mayo de 2013 (Rad. 11001310301020051101201), en los artículos 29-4º de la Ley 1123 de 2007 y 133 del CGP y en el argumento de que la debida representación judicial involucra intereses superiores porque materializa varios contenidos del debido proceso, que se concretan en el derecho de defensa, defensa técnica e igualdad de las partes, al punto que circunstancias como la muerte, la inhabilidad o la suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado cuando se funge como representante judicial de alguna de las partes, emergen como causales taxativas para la interrupción del proceso.

Con base en lo anterior, solicitó al juez a quo de la tutela, declarar la



nulidad total del proceso arbitral surtido ante la Cámara de Comercio de Casanare.

Enseguida explicó el porqué de la **procedencia de la Acción de Tutela**, indicando que no cuenta con ningún otro medio de defensa judicial, pues incluso ya agotó el medio extraordinario de anulación contra la decisión arbitral, que fue decidido mediante sentencia de 24 de julio 2017 superando así el requisito de la subsidiaridad, que incluso se cumple luego de que el Consejo de Estado en vía de tutela rechazara la demanda de amparo por no haber agotado el referido requisito adjetivo. Aclaró que no hay cosa juzgada tutelar ni temeridad en esta demanda de tutela, debido a que la anterior solicitud de amparo fue rechazada precisamente por no haber agotado el medio de defensa extraordinario contra el laudo.

Procedió, luego, a indicar que el asunto tiene **relevancia constitucional** porque *“involucra los derechos constitucionales de propiedad privada, interés general y de utilidad pública derivada de la exploración y extracción de hidrocarburos”* (fl. 127 cdno. ppal.); que cumple con la **inmediatez** porque si bien el laudo arbitral fue proferido el 21 de noviembre de 2015, el recurso extraordinario de anulación, cuyo agotamiento se requería y fue dispuesto por el Tribunal Administrativo de Casanare y por el Consejo de Estado en la tutela que rechazó por improcedente el amparo por subsidiaridad, fue proferido el 24 de julio de 2017 y la presente demanda se incoó el 2 de noviembre de 2017.

#### 1.4. Pretensiones

La accionante solicitó las siguientes declaraciones:

**“PRIMERA:** Solicito respetuosamente que se tutele el derecho al Debido Proceso de la Señora Dora María Avella viuda de Pan.

**SEGUNDA:** Que como consecuencia de lo anterior, se anule el Laudo Arbitral del 21 de noviembre de 2016, proferido por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias surgidas entre la señora Dora María Avella Viuda de Pan y PERENCO COLOMBIA LIMITED.

(...)”





## 1.5. Trámite en primera instancia y contestaciones

Con auto del 3 de noviembre de 2017<sup>4</sup>, el Tribunal Administrativo de Yopal (Casanare), admitió la tutela y dispuso notificar a los integrantes del Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Casanare, integrado por los árbitros Fernando Sarmiento Cifuentes, Claudia Mora Pineda y Carlos González Vargas y al representante legal de PERENCO COLOMBIA LIMITED.

En este punto, valga aclarar en segunda instancia, el Consejo de Estado, por auto de 12 de enero de 2018, obrante de folios 956 a 957, ordenó notificarle al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Casanare - Sala Única de Decisión - la existencia de la demanda de tutela, para que como juez del recurso extraordinario de anulación que lo declaró infundado en sentencia de 24 de julio de 2017, alegara o saneara la nulidad procesal al no haber sido notificado del asunto. El referido Tribunal guardó silencio.

### 1.5.1. Intervención de las autoridades judiciales accionadas

**1.5.1.1. El árbitro FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES**, quien actuó como Presidente del Tribunal de Arbitramento para el momento de proferir el laudo arbitral, en su intervención, obrante de folios 170 a 171 vto. del cuaderno 1, solicitó denegar las súplicas de la demanda e indicó: **i)** que el Tribunal inexistente para el momento que concurre al proceso de tutela, por cuanto conforme al artículo 35 de la Ley 1563 de 2012, cesó en sus funciones cuando el laudo cobró ejecutoria o por la interposición del recurso de anulación, razón por la cual, a su juicio, la tutela equivoca seriamente el sujeto de la acción de amparo; **ii)** que en noviembre de 2016, ya se había presentado una primera tutela que involucra a las mismas partes, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Garantías de Yopal, que negó las pretensiones (rad. 2016-209); **iii)** que existe una segunda tutela, incoada el 7 de marzo de 2017 y que fue denegada el 16 de marzo siguiente, que se sustentó en una presunta nulidad, también aducida en este caso y que fue desfavorable a las pretensiones de amparo.

---

<sup>4</sup> Folio 161 cuaderno 1.



Indicó que carece de interés material en las resultas del proceso y que el Tribunal de Arbitramento que presidió para el momento en que se profirió el fallo arbitral, obró con respeto de los derechos de la accionante y en obediencia a la normativa y, que en todo momento, la convocante estuvo asistida por varios renombrados abogados litigantes, que se observó el debido proceso.

**1.5.1.2.** El árbitro **CARLOS GONZÁLEZ VARGAS**, mediante escrito obrante de folios 176 vto. a 177 ib, ratifica lo dicho por su homólogo y agregó lo siguiente: **i) respecto de la nulidad del proceso arbitral por indebida representación de la parte convocante**, manifestó que es la propia tutelante la que la causó, así que debe rechazarse de plano, de conformidad con el artículo 135 del CGP, sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que de todos modos estaría saneada en virtud del artículo 136-1 ib por falta de alegación oportuna de la interesada o porque actuó en el proceso sin manifestarla; aunado a que su defensa durante el trámite arbitral contó con la actuación permanente del abogado Julio Álvaro Pamplona Avella, desde la audiencia de instalación. Por otra parte, a cada audiencia arbitral se hizo control de legalidad (art. 132 CGP) y no se recibió alegación alguna sobre el hecho que ahora se incoa como constitutivo de nulidad procesal. Incluso al recaudar las pruebas orales, como el interrogatorio, el abogado Pamplona Avella ratificaba su presencia como mandatorio de la señora Avella vda. de Pan. Así las cosas, consideró que la tutelante no puede ahora pretender, mediante acción de tutela, revivir un posible incidente, cuando ya está precluido el trámite arbitral; **ii) En relación con los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales**, concretamente sobre el defecto sustantivo, indicó que la tutelante guarda silencio en cuanto a que la servidumbre constituida mediante la Escritura 73 de 1988, recayó sobre el predio La Matarrala o La Perra, que comprendía varios predios, hoy desmembrados, entre ellos, el Hato Los Toros y frente a los apartes del testimonio del doctor Aljure explica las razones jurídicas de la celebración de los acuerdos de transacción.

### **1.5.2. Intervención del tercero interesado**

La sociedad **PERENCO COLOMBIA LIMITED**, presentó escrito obrante de folios 179 a 227, en la que solicitó rechazar por improcedente la demanda de tutela, o en su defecto denegar porque no existe amenaza ni vulneración de los derechos fundamentales y condenar en costas a



la accionante por temeridad. Indicó que la actora lo que pretende es anular el laudo.

La improcedencia la sustenta, por una parte, en que conforme al artículo 355 del CGP, cuenta con el medio de defensa del recurso extraordinario de revisión, frente a la supuesta indebida representación y, por otra, en que los mismos argumentos expuestos por la tutelante como constitutivos de la vía de hecho contra el laudo arbitral son los mismos que expuso como recurrente al fundamentar el mecanismo extraordinario de anulación. Indicó que no se trata de una cuestión de evidente relevancia constitucional, pues se trata de un caso común que se presenta en la rutina de los escenarios judiciales. Tampoco cumple con la inmediatez porque la sentencia arbitral fue proferida el 24 de junio de 2017, así que al momento de presentar la demanda, han transcurrido más de cuatro meses.

Arguyó que los hechos alegados como irregularidades procesales no tuvieron incidencia en el laudo porque la decisión arbitral desfavorable a los intereses de la actora no se produjo como consecuencia de la suspensión de su abogado para ejercer la profesión, que abarcó desde el 12 de marzo de 2015 hasta el 11 de marzo de 2017, pues la convocante estuvo asistida. Además, el artículo 25 del Decreto 196<sup>5</sup> de 1º de marzo de 1971 (Estatuto del Ejercicio de la Abogacía) dispone que en efecto nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado, pero la violación de este precepto no es causal de nulidad de lo actuado, solo que quienes lo infrinjan, estarán sujetos a las sanciones señaladas para el ejercicio de la abogacía, disposición que se armoniza con el artículo 24 ib, que dispone que no se puede ejercer la profesión de abogado ni anunciarse como tal sin estar inscrito y tener vigente la inscripción.

Agregó que los cuestionamientos de interpretación normativa y probatoria no pueden ventilarse vía de tutela porque no es una tercera instancia.

Sobre el fondo indicó que no se incurrió en defecto sustantivo ni fáctico, por cuanto el tribunal de arbitramento analizó el alcance del derecho de servidumbre que ostenta PERENCO y concluyó luego de analizar la

---

<sup>5</sup> Indicó el interviniente que la norma se encuentra vigente porque la Ley 1123 de 2007 solo derogó el Decreto 196 precitado en lo relativo a las faltas disciplinarias y al procedimiento sancionatorio.



escritura 73 de 1988 contentiva de la servidumbre petrolera y los acuerdos de transacción, que conforman un derecho integral de servidumbre a favor de la referida sociedad.

Mal puede hablarse de laudo arbitrario o caprichoso de cara a las consideraciones basadas en un riguroso estudio de varias y diversas normas que regulan desde lo sustancial el tema de las servidumbres, mientras que la acusación de la tutelante es tan solo de índole registral. En tal sentido, el propósito de aquella es rebatir la postura jurídica del operador judicial por vía de la tutela y reabrir el debate probatorio para cuestionar su valoración.

Explicó que no es cierto, como lo afirma la tutelante, que el tribunal de arbitramento no hubiera tenido en cuenta el folio de matrícula inmobiliaria del predio Hato Los Toros, porque la valoración de este documento la hizo en concurrencia con los demás medios probatorios recaudados, a saber: la Escritura 73 de 1988 y los acuerdos transaccionales, y ello le permitió arribar a la siguiente conclusión:

*“A diferencia de lo falazmente manifestado por la accionante, en ningún momento el tribunal arbitral accionado indicó que el perjuicio sufrido por PERENCO se derivara de un incumplimiento de un acuerdo de servidumbre sobre las áreas donde se ubicaron los pozos Coren 2 y 3, entre otras razones, porque dichas facilidades están localizadas fuera del predio HATO LOS TOROS. Por el contrario, el tribunal arbitral identificó de manera acertada que el incumplimiento surgió de la imposibilidad de conectar las mencionadas facilidades con aquellas ubicadas dentro del referido predio por las vías de hecho en que incurrió la señora Dora Avella, que le impidieron libremente poner en producción los pozos” (fl. 218).*

En apoyo de su disertación trae a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 9 de abril de 2015<sup>6</sup>, cuya literalidad se transcribe:

*“(…) en relación con aquellos eventos en los cuales la defensa es asumida por un abogado que es objeto de sanción disciplinaria, que es precisamente lo que acontecería en el asunto sub examine, la Sala ha precisado que, **en principio, tal situación no conduce a la nulidad del diligenciamiento, toda vez que las actuaciones conservan su validez y ello se debe a que el artículo 25 del Decreto 196 de 1971, excluye dicha consecuencia.** En relación con el tópic, se dijo en sentencias CSJ SP del 4 de febrero de 2004 y 18 de noviembre del mismo año, rads. 20857 y 12.833, respectivamente.*

<sup>6</sup> Rad. T 78856. M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero.



II. La defensa a cargo de un abogado suspendido en el ejercicio de la profesión por sanción disciplinaria.

1. Ha reiterado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal que **no son las irregularidades procesales, en sí mismas consideradas, las que generan la nulidad de las actuaciones, sino que debe estudiarse siempre la trascendencia de la inconsistencia acaecida, demostrando en concreto la manera cómo incide irremediabilmente en la estructura del proceso o en las garantías de los sujetos procesales.**

(...)

4. Con todo, **como en términos reales existe la posibilidad de que un abogado continúe litigando, aún habiendo sido retirado temporalmente del registro de abogados hábiles para ejercer la profesión, el reglamento de la abogacía contempla esa eventualidad y le asigna consecuencia.**

A la sazón, **el artículo 25 del Decreto 196 de 1971** (...)

Con ello se verifica una vez más que no son nulas, por ese sólo hecho, las actuaciones cumplidas con la intervención de un abogado suspendido en el ejercicio de la profesión; y, se insiste, en materia penal, tales diligencias eventualmente podrían llegar a carecer de validez, no por el mero hecho de que el abogado se encuentre suspendido, sino cuando se demuestre la presencia de verdaderos defectos que conspiran contra la estructura del proceso o contra las garantías de los sujetos procesales.

6. Con fundamento en lo anterior, emerge claro que la suspensión en el ejercicio de la profesión por parte de un abogado no implica per se la invalidez de las actuaciones por él desarrolladas, pues únicamente en el evento en que su gestión haya sido nugatoria de los derechos de su asistido, se torna imperioso nulitar la actuación” (negritas y subrayas del texto transcrito).

La consecuencia para quien litigue sin ser abogado inscrito es disciplinaria, sin que genere la consecuencia procesal de nulidad, posición que estuvo clara desde la sentencia 1300 del 5 de noviembre de 1985<sup>7</sup>, al conocer la Corte Suprema cuando estudió la constitucionalidad del artículo 25 del Decreto 196 de 1971, declarándolo exequible.

<sup>7</sup> El aparte de consideraciones que se transcribe es del siguiente tenor: “En el caso que se analiza lo que el legislador extraordinario ha hecho **es consignar en la norma una verdad procesal que aparece en tal precepto, esto es, que la violación de la prohibición constitucional y legal de litigar en causa propia o ajena sin ser abogado inscrito, acarrea para el responsable consecuencias disciplinarias con motivo del ejercicio irregular de la abogacía, pero no consecuencias procesales de nulidad.**

(...) en todo lo cual se ve que **la circunstancia de no hallarse inscrito el abogado que actúa en un proceso no significa indefensión de la parte a la que representa, o que éste no sea el correspondiente al negocio de que se trate, según la ley, o que de una u otra manera no haya el debido proceso. La norma implica que el solo hecho de no ser abogado inscrito no es causal de nulidad**, a no ser que además el aludido abogado, o alguien sin serlo, no haya desempeñado idóneamente la defensa”. M.P. Dr. Carlos Medellín (negritas y subrayas del texto transcrito).



## 1.6. Decisión en primera instancia

El Tribunal Administrativo de Casanare, mediante sentencia proferida el 15 de noviembre de 2017 resolvió: “**RECHAZAR** por improcedente la petición de tutela incoada por **DORA MARÍA AVELLA VIUDA DE PAN** en contra del Tribunal de Arbitramento conformado por los doctores Fernando Sarmiento Cifuentes, Claudia Mora Pineda y Carlos González Vargas y al cual vinculó también a **PERENCO COLOMBIA LIMITED**, por las razones expuestas en la parte considerativa”.

Como fundamento de dicha decisión, consideró, en resumen, lo siguiente:

1.6.1. Encontró que no había temeridad, por haberse incoado otra tutela (radicado 8500123330020170003600), al respecto explicó que si bien ese libelo de amparo contenía similares hechos a los propuestos en el caso sub lite, no existe identidad total “*pues después de haber fallado en primera y segunda instancia la primera, vino un hecho sobreviniente: el fallo del recurso extraordinario de anulación por parte del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Yopal*” (fl. 816). Por otra parte, en aquella causa no se profirió sentencia de mérito, pues la decisión fue la declaración de improcedencia por subsidiariedad, precisamente, porque estaba en curso el recurso extraordinario. Así las cosas, con apoyo en la sentencia SU-168 de 2017.

1.6.2. Sobre el fondo del asunto, indicó que aunque la tutelante esgrime la protección al derecho al debido proceso, a partir de defectos fáctico y sustantivo, el trasfondo en realidad es **discutir una situación de tipo económico**, esto es, la condena impuesta por el laudo arbitral contra la accionante y a favor de PERENCO, a razón de 8.100 dólares, por lo que a juicio del *a quo* de lo se busca es librarse de la condena.

1.6.3. La tutela **no es una tercera instancia**, por lo que las presuntas irregularidades que se dieron dentro del proceso arbitral, debían aducirse y resolverse en el recurso extraordinario de anulación y es que las mismas situaciones plasmadas en la petición de tutela fueron propuestas en el recurso extraordinario de anulación que conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal y resultó infundado, por lo que indicó en forma expresa que acogía el argumento de contestación de los dos árbitros y de PERENCO atinente a la imposibilidad para el



juez de tutela de invadir la órbita del juez ordinario, para volver a analizar y resolver la misma situación.

1.6.4. Respecto del argumento de la **falta de representación** mediante mandatario judicial de la tutelante durante el trámite arbitral, indicó que el abogado Fabio Enrique Barrera Barrera “*tuvo la calidad de apoderado de confianza de la tutelante. Por lo tanto, si ella lo buscó y le otorgó poder, no puede aducir su propia culpa para derivar de allí un provecho a su favor*” (fl. 816 vto.). Y es que el deber profesional de informar al cliente sobre la sanción disciplinaria que lo inhabilita para el ejercicio como abogado es de éste con su cliente, pero no genera nulidad del proceso por no estar previsto como causal. Aunado a que esta situación debió ventilarse ante el Tribunal de arbitramento o ante el juez del recurso extraordinario, pero no dentro de la tutela.

## 1.7. Impugnación<sup>8</sup>

La parte actora, por medio de apoderado judicial, impugnó la anterior decisión, para lo cual expuso los siguientes derroteros:

**1.7.1. La sistemática y reiterada denegación de justicia:** que sustenta en que ni el recurso extraordinario de anulación ni la tutela en contra del Laudo Arbitral de 21 de noviembre de 2016, ni la sentencia que se impugna en este caso, los administradores de justicia se han pronunciado sobre los argumentos jurídicos que les han sido planteados, por lo que ruega se haga un estudio serio y de fondo sobre los derechos reclamados.

**1.7.2. El supuesto trasfondo de tipo económico:** se opone a esta consideración del juez *a quo* del amparo, por ser arbitraria y temeraria, al no presentar argumentos de autoridad que así le soporten la disertación, pues precisamente, la suma que se ordena pagar a la accionante, deviene de una decisión que **viola en forma directa** el derecho fundamental del debido proceso, el respeto a las normas aplicables a la constitución y prueba de las servidumbres petroleras y al respeto al principio de legalidad que rige el Estado Social de Derecho, lo cual se aleja de la aseveración que la tutelante, pues solo busca librarse de la condena y, constituye un yerro argumentativo y conceptual del juez de tutela de primera instancia.

---

<sup>8</sup> Folios 826 a 839 vto.



En efecto, la confusión del operador radica en que no tiene en cuenta que fue por la omisión de la normativa aplicable al caso, que el Tribunal Arbitral adoptó las decisiones laudatorias con violación al debido proceso, incluida la condenatoria, que materializó los defectos **sustantivo y fáctico** que se censuraron y, que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (T-430 de 2016, T-466 de 2011) emergen -parafraseando estos antecedentes- cuando: i) “[fundamentan] su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, y en razón de ello desconocieron un derecho fundamental”, al considerar que a partir de reglas hermenéuticas era posible deducir la existencia de una servidumbre petrolera, en contravía del ordenamiento jurídico que dispone para éstas consagra las formalidades; ii) “[interpretan] normas sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática”, al omitir la aplicación de las disposiciones del Código Civil (arts. 760 y 879), de la Ley 1274 de 2009 (art. 7), normas éstas que eran fundamentales para lograr una decisión dentro de un esquema de interpretación sistemática y, ello llevó al laudo a incurrir en defecto sustantivo; iii) “[desatienden] normas aplicables al caso concreto”, al desatender normas imperativas para analizar el tema de las servidumbre petroleras. Lo anterior en cuanto al defecto sustantivo.

En relación con el **vicio fáctico**, en la alzada, indicó el recurrente que fue determinante en la decisión arbitral y se materializó en las siguientes conductas: i) “dejar de valorar pruebas determinantes para la resolución del caso”, al no tener en cuenta que el certificado de tradición y libertad del predio Hato Los Toros, en donde consta que la servidumbre objeto del litigio **no fue registrada**, hecho que resultaba determinante para decidir el caso, por cuanto la prueba de la existencia de la servidumbre fue el punto de partida para proferir la decisión condenatoria en contra de la tutelante; ii) “efectuaron una apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales” al tener por probada la servidumbre petrolera, sin que hubiere sido elevada a escritura pública ni se hubiera registrado debidamente, lo que implicó el desconocimiento del debido proceso y su confianza en el ordenamiento jurídico y las normas aplicables; iii) “fundamentaron su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable”, por el mismo hecho de dar por probada la constitución de una servidumbre inexistente por falta de requisitos *ad substantiam actus* (título y modo), respecto del predio *Hatos Los Toros* y, de cara, al artículo 256 del CGP. Con los yerros en la valoración probatoria se vulneró el artículo 176





*ejusdem* que impone a los jueces valorar conforme a la sana crítica los medios de convicción.

Explicó que no pretende con la tutela que el juez del amparo revise integralmente la controversia planteada sino que determine si en la actuación arbitral resultaron afectados los derechos fundamentales de la tutelante y, por eso el Tribunal *a quo* no podía decidir la improcedencia argumentando que con la declaración de infundado del recurso extraordinario de anulación ya se había resuelto las inquietudes planteadas en la tutela presente o que debieron incoarse ante el juez del recurso extraordinario, porque omite tener en cuenta que en aquel solo se deciden requisitos *in procedendo*, está sometido en forma taxativa a las causales y no tiene la virtualidad de proteger los derechos fundamentales, menos aun cuando se trata de evaluar la incorrecta aplicación de normas por parte del Tribunal de Arbitramento.

En vía de la apelación censuró la decisión del recurso extraordinario de anulación, pero en tanto ello no fue objeto de formulación en el libelo de amparo, este juez *ad quem* se abstiene de sintetizar los planteamientos rogados y de analizarlos, para no entrar en violación del derecho de defensa de autoridades que si bien hicieron parte del desenvolvimiento del asunto, no fueron traídas al inicio del proceso como entidades vulneradoras de los derechos fundamentales y, que de hecho, apenas en segunda instancia, como se indicó en el capítulo 1.5., este Despacho Ponente ordenó notificar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Casanare - Sala Única de Decisión, mediante auto 12 de enero de 2018 (véase fls. 956 y siguientes).

**1.7.3. La indebida representación de la accionante:** indicó que la sentencia de primera instancia no puede argumentar que la accionante está alegando a su favor su propia culpa, pues ella actuó de buena fe en la escogencia de su apoderado y resulta excesiva la carga de saber que su apoderado podía ejercer la profesión del derecho, aunado a que el artículo 133 numeral 4° del CGP consagra expresamente la indebida representación como causal de nulidad procesal y frente a ello la Corte Suprema de Justicia reconoció que el ejercicio de la profesión mediando inhabilidad, puede viciar el respectivo procedimiento.



## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 2.1 Competencia

Si bien en estricto sentido el Consejo de Estado no es el superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento, como tampoco del juez extraordinario del recurso extraordinario de anulación por cuanto este fue proferido por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, lo cierto es que el periplo de este vocativo impone asumirlo como juez *a quem*, en tanto en primera instancia fue conocido por el Tribunal Administrativo de Casanare y siendo el Consejo de Estado su superior jerárquico es esta Sala la competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991<sup>9</sup>, el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto No. 1069 de 2015<sup>10</sup>, modificado por el Decreto 1983 de 30 de noviembre de 2017<sup>11</sup>, que dispone en su artículo 1º, en su párrafo 2º *“las anteriores reglas de reparto no podrán ser invocadas por ningún juez para rechazar la competencia o plantear conflictos negativos de competencia”* y por el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003<sup>12</sup> de la Sala Plena del Consejo de Estado.

### 2.2 Problema Jurídico

De conformidad con el fallo de primera instancia y la impugnación presentada, corresponde a la Sala determinar si, como lo concluyó el juez *a quo* de la tutela, la presente acción constitucional es improcedente porque los argumentos del amparo debieron ser planteados ante el juez del recurso extraordinario de anulación, toda vez que la tutela no constituye la posibilidad de una tercera instancia.

Como más adelante se explicará (véase capítulo 2.5 del caso concreto), la Sección Quinta no comparte la declaratoria de improcedencia con fundamento en lo indicado por el Tribunal *a quo* y que se sintetizó en el párrafo anterior, razón por la cual se entrará a realizar un estudio de fondo para determinar si con el laudo arbitral de 21 de noviembre de 2016, aclarado el 5 de diciembre de 2016, que decidió la controversia

<sup>9</sup>“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

<sup>10</sup>“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”

<sup>11</sup> “Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela”.

<sup>12</sup>“Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado”.



de la entonces convocante **DORA MARÍA AVELLA VDA. DE PAN** contra **PERENCO COLOMBIA LTDA** (convocada), se vulneraron o no los derechos fundamentales invocados por la entidad actora.

En aras de hacer claridad sobre el punto, si bien la parte actora, siguiendo la directriz judicial que en oportunidad pretérita le diera el Consejo de Estado, al rechazar por improcedente la tutela por no haber agotado los mecanismos de defensa, interpuso el recurso extraordinario de anulación contra el laudo y este fue declarado infundado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Casanare, pero por vía de tutela no vio necesario accionar contra la decisión extraordinaria, situación a la que la Sala no encuentra reparo alguno, pues lo cierto es que el asunto objeto de amparo, de cara a los defectos que sustenta la demanda de tutela, conforme al artículo 41<sup>13</sup> de la Ley 1563 de 2012 no podían subsumirse en los supuestos de las causales taxativas del mentado recurso no son susceptibles de adecuación o de subsunción en las censuras propias de dicho recurso extraordinario.

En efecto, el Tribunal del recurso extraordinario se pronunció, de una parte, sobre la censura atinente a haberse proferido fallo en conciencia y no en derecho, que implica para el operador extraordinario un análisis enfocado a revisar aspectos de argumento en su estructura en derecho, por cuanto se determina si la autoridad arbitral se basó en normativa y fundamentos probatorios y que no haya adoptado una decisión ora en equidad o bien según el sentido común, análisis que de suyo no implica

<sup>13</sup> **Artículo 41. Causales del recurso de anulación.** Son causales del recurso de anulación:

1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.
  2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.
  3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.
  4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.
  5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.
  6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.
  7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
  8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.
  9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.
- Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.  
La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.”.



verificación de los supuestos que soportan el contenido de los defectos sustantivo y fáctico que se alegan en este amparo.

Por otra parte, porque es propio del recurso de anulación que los defectos que se analicen sean estrictamente por errores in procedendo, que son ajenos a los yerros de naturaleza *in iudicando* que responden más a los vicios que soportan las tutelas contra providencia judicial y que son ajenos al recurso extraordinario de anulación y así se lo hizo saber el operador del recurso extraordinario a la recurrente, al decidir las censuras de inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral; haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada y de falta de competencia por cuanto el tribunal se pronunció sobre aspectos no contemplados en la cláusula compromisoria, en tanto se soportaron en el tema de la carencia de registro del gravamen en el folio de matrícula inmobiliaria.

Así las cosas, la demanda de tutela se analizará desde y enfocada a la decisión laudatoria.

### **2.3 Naturaleza jurídica del laudo arbitral**

El artículo 116 de la Constitución Política establece que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes. Por su parte, el artículo 111 de la Ley 446 de 1998<sup>14</sup> define el arbitraje como *“un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.”*

La Corte Constitucional ha reiterado que *“no obstante sus características especiales, atinentes a su naturaleza voluntaria y transitoria, la justicia arbitral constituye en realidad una modalidad constitucionalmente legítima de administración de justicia y, por tanto, más allá de sus diferencias evidentes con la justicia estatal, las*

---

<sup>14</sup> Norma que se encontraba vigente para la época en que se tramitó el proceso arbitral, por cuanto la ley 1563 de 2012, *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”* entró a regir el 12 de octubre de la citada anualidad, según lo consagrado en el artículo 119, así: *“se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia.”*



*providencias que se emitan por aquella están también amparadas, en principio, por la intangibilidad que se deriva de los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y autonomía judicial.”<sup>15</sup>*

De las normas referidas se desprende la naturaleza jurisdiccional del proceso arbitral, en virtud de la cual el laudo tiene la esencia y características propias de las providencias judiciales, que gozan de la doble presunción de legalidad y acierto, por lo que corresponde abordar el análisis de cara a los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Otra faceta dentro del desenvolvimiento del laudo arbitral es el medio de impugnación que contra éste se puede incoar y es el **recurso de anulación**, cuya naturaleza y características desde la óptica del Consejo de Estado se ha indicado en jurisprudencia cuáles son los aspectos que lo regentan:

El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso. Su finalidad se orienta a cuestionar la decisión arbitral por **errores in procedendo** (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso.

No es posible por intermedio del recurso de anulación atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores **in iudicando** (por violación de leyes sustantivas), es decir, si el Tribunal obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios.

Es por ello que en el caso que ocupa la atención de la Sala no se comparte la consideración del *a quo* de declarar improcedente el

<sup>15</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, T.225 de 2010. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.



amparo al reputar una supuesta subsidiaridad, por cuanto los ejes temáticos *in judicando*, como resultan ser los planteados en la tutela, son ajenos y contra natura del recurso extraordinario de anulación, que se circunscribe a los errores *in procedendo*.

## 2.4 La procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012<sup>16</sup> **unificó** la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema<sup>17</sup> y declaró **su procedencia**<sup>18</sup>.

De manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez; **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la **improcedencia** del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

Al respecto, ha sido reiterada la posición de la Sección Quinta al considerar que cuando conoce en segunda instancia, ello supone que el juez *a quo* del amparo ha superado el estadio del análisis de esos requisitos adjetivos de procedibilidad, siendo innecesario retrotraerse a una etapa finiquitada, salvo claro está que el tema de discusión que llega al juez de la impugnación sea precisamente la decisión adoptada de cara a alguno de estos requisitos.

No obstante, la Sala encuentra al observar la decisión *a quo* que el Tribunal Administrativo de Casanare, se enfocó en indicar que como la alegación del amparo era la misma que la expuesta a los jueces arbitrales de la causa, ello transgredía el presupuesto de subsidiariedad, disertación que en forma temprana se indicó no se comparte y como se

<sup>16</sup>Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. C.P.: María Elizabeth García González.

<sup>17</sup> El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

<sup>18</sup> Se dijo en la mencionada sentencia "**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia."



verá en el estudio de fondo que sobre la tutela se hará en capítulos posteriores, de cara a los defectos enfocados por la tutelante.

Así las cosas, la Sección Quinta encuentra la viabilidad y necesidad de pronunciarse sobre los restantes presupuestos adjetivos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. En primer lugar, no se advierte que la solicitante cuente con otro mecanismo de defensa que ejercer, por cuanto la discusión no se adecúa ni es subsumible en las causales del recurso extraordinario de revisión ni en las hipótesis del recurso extraordinario de unificación.

Respecto a la inmediatez, se advierte que está acorde a los parámetros temporales jurisprudenciales de razonabilidad y prontitud, lo cual hace viable la procedencia adjetiva del amparo, en tanto fue el mismo juez de tutela quien, de antaño, rechazó por improcedente la demanda, indicándole a la accionante que aún no podía acudir al juez del amparo, al no haber agotado el mecanismo del recurso extraordinario de anulación, decisión que fue acatada por la solicitante y habiendo incoado este mecanismo extraordinario de impugnación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal - Sala Única de Decisión, profirió sentencia el **24 de julio de 2017**, obrante a folios 790 a 808, declarándolo infundado y, la tutela fue presentada el **2 de noviembre siguiente**, es decir, dentro del término prudente y razonado de los seis meses que impone la jurisprudencia unívoca de esta Corporación, para predicar la defensa pronta, oportuna y eficaz que impone el amparo contra la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales causada por providencia judicial.

Aunado a lo anterior, es evidente que no se está frente a una tutela contra tutela, sino que recae sobre una providencia arbitral.

Sin perjuicio de lo anterior y dada la mención que sobre el tema hiciera la sentencia del *a quo* y el recurrente en su impugnación referente a que el asunto no era viable conocerlo por vía del amparo, en tanto su sustrato es **netamente económico o monetario**, la Sala, encuentra que al estarse discutiendo aspectos de la propiedad y los gravámenes a la misma a través de servidumbres petroleras, de cara a una providencia arbitral que emitió condenas pecuniarias, es claro que en una desprevenida lectura, se diría que el trasfondo de la causa demandada en tutela es de tipo económico, pero ello solo responde a



una interpretación sesgada, en tanto la censura tutelar contra la providencia judicial es la **violación al derecho fundamental del debido proceso** por los supuestos vicios tanto en aspectos probatorios y por la falta de aplicación de una norma, dentro del defecto sustantivo, que a juicio de la tutelante, en caso de haber sido correctamente decantadas en su análisis, habría llevado a una decisión diferente y opuesta a la adoptada por el fallo laudatorio, es decir, que el contexto del amparo es la transgresión a la ley regente y preexistente al caso en materia de título y modo (ámbito de legalidad) y el apoyo o fundamento en los medios de convicción (ámbito de probanza de la realidad circundante), manifestaciones concretas e ínsitas al debido proceso, en su inmenso abanico de posibilidades, como una de las garantías fundamentales más importantes del individuo dentro del Estado Social de Derecho.

Aunado a un defecto procedimental o de violación directa de la Constitución Nacional en su garantía del debido proceso, ante la supuesta indebida representación.

Superados estos estadios adjetivos y al asumir el fondo de la controversia de amparo se descarta la acusación que en vía de impugnación formulara la tutelante, bajo el título de **sistemática y reiterada denegación de justicia**, en alusión precisamente a que ninguna de las autoridades judiciales había asumido el fondo de la controversia que planteaba vía tutela.

## **2.5. Caso concreto**

La Sala encuentra que los reproches presentados por la tutelante **DORA MARÍA AVELLA VIUDA DE PAN** se centran en que el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Yopal, con el laudo de 21 de noviembre de 2016, aclarado el 5 de diciembre de 2016, incurrió en (i) los defectos sustantivo y fáctico y ii) en un vicio atinente a la indebida representación de la tutelante ante el hecho inhabilitante que pesaba sobre su abogado debido a la sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio profesional.

El Tribunal Administrativo de Casanare declaró la improcedencia de la acción de tutela, al determinar que los fundamentos del amparo solo podían ser ventilados ante el Tribunal de Arbitramento y que éste los





decidió, siendo flagrantemente improcedente pretender que la tutela sea convertida en una nueva tercera instancia.

La Sección Quinta, en forma temprana, avizora que la decisión no podía ser de improcedencia, pues en realidad el Tribunal *a quo* realizó una mixtura entre: el requisito adjetivo de subsidiaridad y los aspectos sustantivos, por cuanto aquel (el adjetivo) solo impone el análisis de cara a los mecanismos eficaces de defensa con los que podría contar el tutelante, precisamente por la residualidad que el legislador impartió a la acción de amparo, pero ello no puede llevar imbuido un análisis diferente; mientras que los argumentos de fondo o aspectos sustantivos del estudio del derecho alegado ingresan al mérito de la *litis*, que se asume, siempre y solo si se han superado los aspectos adjetivos de procedencia, razón por la cual, si la decisión se sustenta en que los argumentos de la tutela coinciden con los planteamientos de fondo ventilados y decididos por el juez de la causa arbitral, lo que se impone es la denegatoria de las pretensiones, pues es claro que para llegar a esa conclusión debió ingresar y ahondar en el fondo de la *litis*.

Nótese que el Tribunal *a quo* determinó su decisión no propiamente en el aspecto adjetivo sino en revivir o reenviar a las consideraciones y análisis del juez de la causa, lo que implicó evaluar el mérito o el fondo del asunto.

Pero para la Sala lo cierto es que este aspecto es apenas tangencial al asunto que convoca a la Sección Quinta, siendo necesario asumir las disertaciones de las partes.

### **2.5.1. Defecto por la indebida representación de la tutelante durante el proceso arbitral.**

Indicó que la sentencia de primera instancia no puede argumentar que la accionante está alegando su propia culpa a su favor, pues ella actuó de buena fe en la escogencia de su apoderado y resulta excesiva la carga de saber que su apoderado podía ejercer la profesión del derecho, aunado a que el artículo 133 numeral 4° del CGP expresamente consagra la indebida representación como causal de nulidad procesal y frente a ello la Corte Suprema de Justicia reconoció que el ejercicio de la profesión mediando inhabilidad para ello puede viciar el respectivo procedimiento.



Considera esta Sala que aunque la actora no calificó el defecto, se está frente al llamado defecto procedimental por carencia de defensa técnica, desde la óptica de falencias en la representación judicial de la tutelante, devenida de la suspensión en el ejercicio profesional como abogado, presentándose entonces una inhabilidad, que a juicio de la impugnante, implicó la indebida representación judicial, contraviniendo las formas propias del juicio y la violación flagrante del debido proceso en detrimento de la accionante, campeando así dentro de los presupuestos de un defecto procedimental aparejado de la violación directa de la Constitución Política en el debido proceso del artículo 29 superior, en tanto dentro del procedimiento arbitral de mayor cuantía, las formas propias del juicio laudatorio, implican la representación judicial.

Pues en efecto, conforme al artículo 2º de la Ley 1563 de 12 de julio de 2002 *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”* dispone: *“Los procesos arbitrales son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales superiores a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (400 smlmv) y de menor cuantía, los demás. // Cuando por razón de la cuantía o de la naturaleza del asunto no se requiera de abogado ante los jueces ordinarios, las partes podrán intervenir directamente en el arbitraje”*. Y en el artículo 117, referente al llamado arbitraje social, la ley permite a las partes concurrir al proceso sin necesidad de apoderado.

De tal suerte que para el arbitramento nacional de mayor cuantía, como en efecto se advierte del monto de la pretensión en este caso concreto, es claro que la parte sí debe ser representada por abogado.

Así las cosas, la Sala considera que se está frente a un yerro que la parte interesada atribuye al procedimiento, en tanto la señora **AVELLA VIUDA DE PAN**, careció de representación judicial mediante apoderado durante el proceso arbitral.

Pero a partir de la argumentación de la impugnación, no surge *per se* el defecto procedimental que permita quebrar la sentencia del juez de la causa, de cara a lo indicado por la Corte Constitucional que impone no solo la transgresión a las formas propias de cada juicio sino el análisis de la conducta procesal de quien se considera vulnerado por el yerro. Es más, ni siquiera bajo la égida del artículo 133-4 del CGP, en tanto



como se verá la representación no fue indebida como tampoco se presentó carencia absoluta de poder.

En efecto, sobre el vicio o defecto procedimental, la Corte Constitucional en sentencia T-620 de 9 de septiembre de 2013<sup>19</sup>, consideró:

**“4. El defecto procedimental absoluto.**

4.1. El fundamento normativo del denominado defecto procedimental se encuentra en los **artículos 29 y 228 de la Constitución Política**, referentes a los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales.

La Corte Constitucional ha reconocido dos modalidades de defecto procedimental: a) uno absoluto, que se presenta cuando el operador judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido, y b) por exceso ritual manifiesto, que tiene lugar cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales.<sup>20</sup>

4.2. En lo concerniente al defecto procedimental absoluto la Corte Constitucional ha señalado:

“... [E]l defecto procedimental, se presenta en aquellos casos en los cuales el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo. Pero para que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la mencionada acción de tutela será necesario, adicionalmente (...) entre otros que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado. En otras palabras, **si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no apareja una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra las decisiones judiciales del caso.**”<sup>21</sup>

De igual manera esta corporación ha indicado que el defecto procedimental absoluto se puede configurar porque el funcionario judicial: (i) sigue un trámite totalmente ajeno al asunto sometido a su competencia<sup>22</sup>; (ii) pretermite etapas sustanciales del procedimiento establecido, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes<sup>23</sup> o (iii) “pasa por alto realizar el debate probatorio, natural en todo proceso, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales al no permitirles sustentar o comprobar los hechos de la demanda o su contestación, con la consecuente negación de sus pretensiones en la decisión de fondo y la violación a los derechos fundamentales”<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Expediente T-3540786. Demandante: Luis Alberto y Fabio Martín Ruiz Blanco. Demandado: Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 2010.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-017 de 2007.

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-996 de 2003, T-638 y T-781 de 2011, entre muchas otras.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-778 de 2009.



4.3. Con todo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que, para que sea procedente la acción de tutela contra providencias judiciales por defecto procedimental, deberán concurrir los siguientes elementos: "(i) **(Q)ue no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela;** (ii) **que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales<sup>25</sup>;** (iii) **que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico<sup>26</sup>;** y (iv) **que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales** (Sentencias SU-159 de 2002, C-590 de 2005 y T-737 de 2007)<sup>27</sup>.

Asimismo, la Corte ha aclarado que **en ningún caso el desconocimiento del procedimiento que se arguye puede ser una deficiencia atribuible al afectado<sup>28</sup>**.

Teniendo claro lo anterior, revisado el laudo arbitral e incluso la decisión frente al recurso extraordinario de anulación, no fue este un punto noticiado por los sujetos procesales arbitrales ni materia de discusión en ninguno de los dos trámites.

Reposa en el expediente certificación que da cuenta de dos sanciones contra el abogado Fabio Enrique Barrera Barrera, la primera impuesta mediante decisiones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de 13 de junio de 2013, consistente en suspensión por dos meses y de 3 de diciembre de 2014, también de suspensión por dos años (ver fl. 111).

La demanda arbitral fue presentada el 20 de mayo de 2014, es decir, aun el abogado Barrera no se encontraba inhabilitado, y si bien durante el trámite ocurrió la sanción de suspensión, pues el laudo fue proferido el 21 de noviembre de 2016, lo cierto es que del relato que hace el propio laudo, no se advierte que la tutelante -en ese momento convocante- haya quedado desamparada o a su suerte en el proceso arbitral, como se advierte de las siguientes menciones:

"3.5. El 7 de diciembre de 2015, la Convocante subsanó la demanda de conformidad con lo ordenado por el Tribunal (cuaderno principal N° 1C-Folios 810 a 812)" y ello permitió la admisión de la demanda arbitral, mediante auto de 14 de diciembre de 2015.

<sup>25</sup>"Ibídem"

<sup>26</sup>"Sentencia C-590 de 2005".

<sup>27</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009.

<sup>28</sup> Al respecto, ver las Sentencias T-538 de 1994, SU-478 de 1997, T-654 de 1998 y T-781 de 2011, entre otras.



Posteriormente, la parte convocada, recurrió en reposición el auto admisorio y da cuenta la providencia laudatoria, que al descorrer el traslado, la convocada **AVELLA VDA DE PAN** "presentó un escrito mediante el cual describió el traslado del recurso de reposición interpuesto por la convocada y se opuso al mismo" (numeral 3.7. del laudo, folio 5 vto).

Incluso dentro del traslado de la demanda de reconvención que presentara la convocada PERENCO COLOMBIA LIMITED, que se surtió desde el 8 de marzo de 2016, la convocante -hoy tutelante- objetó el juramento estimatorio, solicitó traslado de la prueba anticipada y de las actuaciones surtidas en el trámite arbitral, contestó la demanda de reconvención y el 13 de abril de 2016, presentó escrito para pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la convocada a la demanda arbitral (numerales 3.10 y 3.11, fl. 6).

En la primera audiencia de trámite en que se pidió aclaración del auto decreto de las pruebas, la solicitante estuvo asistida por la abogada Marleny Barrera López, por sustitución de poder que le hiciera el apoderado de la convocante (Auto N° 14 de 17 de mayo de 2016), quien incluso incoó recurso de reposición contra dicho auto (fl. 85).

Así mismo, se destaca que mediante auto 12 de 17 de mayo de 2016, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre el recurso de reposición que la convocante presentó (véase numeral 4.3.1. del laudo, fl. 6).

Refiere el laudo en el numeral 6.2., obrante a folio 8, que habiéndose cerrado el debate probatorio, mediante auto 26 de 2 de septiembre de 2016, las partes incluida la convocante "plantearon sus alegaciones orales y entregaron por escrito los alegatos correspondientes".

De lo anterior se advierte que si en gracia de discusión y bajo un planteamiento hipotético, se pudieran entender superados dos de los escollos exigidos en la jurisprudencia constitucional para predicar el defecto procedimental, a saber: de una parte, que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico y, de otra, que en ningún caso el desconocimiento del procedimiento que se arguye puede ser una deficiencia atribuible al afectado, en el entendido



que fue ella como parte, quien en su voluntad y consentimiento, escogió a su abogado y bajo el supuesto de que le fue imposible conocer la sanción disciplinaria contra su abogado y por eso no la alegó ante el juez arbitral ni siquiera ante el operador del recurso extraordinario de anulación, lo cierto es que no logra sobrepasar, el presupuesto o insumo tal vez más concreto para predicar el yerro, que se constituye en ingrediente cardinal para el sublite, y es que la irregularidad tenga incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales. *Pues como quedó visto, la señora DORA MARÍA AVELLA VDA DE PAN* no estuvo ausente de postulaciones procesales, a través del representante, ni se advierte que hubiera transcurrido el trámite desamparada de actividades procesales en pro de la defensa de sus derechos, por el contrario se evidencia gran proactividad, de ahí que se afirme por la Sala que su representación no fue indebida, de cara al espectro del defecto procedimental.

De tal suerte, que el caso que ocupa la atención de la Sala, encuadra perfectamente en otro de los derroteros que implica la imposibilidad de declarar la existencia del defecto procedimental, de cara a la violación directa a la Constitución con lo que tiene que ver con las formas propias del juicio y del debido proceso, porque no se advierten deficiencias en la defensa y postulación a favor de la tutelante durante el trámite arbitral y, por ende, aun menos tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial, pues no se puede aparejar que la desfavorabilidad en las pretensiones está conexas en forma directa a la indebida representación, pues la labor del abogado es de medio y no de resultado. Aunado a que estar inhabilitado es predicable de la condición propia y natural del abogado, pero no del contenido, estructura y argumento de las postulaciones procesales que realice para garantizar los derechos de su cliente.

Corolario de tales disertaciones es que al no contravenir las formas propias del juicio, desde la óptica de la representatividad judicial no emerge tampoco la alegada violación directa de la Constitución por transgresión al debido proceso.

Finalmente, la Sala deja en claro que frente al argumento de oposición que indicara la sociedad PERENCO COLOMBIA LIMITED, sobre la improcedencia de la tutela en este punto, al considerar que conforme con el artículo 355 del CGP, cuenta con el medio de defensa del recurso



extraordinario de revisión, frente a la supuesta indebida representación, lo cierto es que la Ley del arbitramento, esto es, la Ley 1563 de 2012, contiene por vía del recurso de anulación contra el laudo arbitral -que ya se agotó- la causal cuarta prevista en el artículo 41, que dispone: “4. *Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad*”, censura que subsume la problemática analizada y que a juicio de esta Sala y por encontrarse regulada en la norma propia y especial del arbitraje, desplaza a la regulación procesal general a la que se acude en caso de vacío o silencio de la normativa específica, no siendo de recibo dicho argumento.

Por todo lo anterior, la Sala tutelar no encuentra de recibo la censura alegada de la indebida representación como constitutiva de defecto contra el laudo arbitral, como tampoco encuentra que con ella se haya transgredido el debido proceso o se haya incurrido en defecto procedimental.

### 2.5.2. Defecto sustantivo

La tutelante considera que el Tribunal de Arbitramento, en síntesis, no tuvo en cuenta que normativamente, para efectos de reputar la existencia de una servidumbre petrolera, uno de los requisitos de la esencia es contar con el título (escritura pública) y el modo (registro de la servidumbre en el folio de matrícula inmobiliaria del bien inmueble sirviente), para lo cual en forma dispersa, pero por demás entendible, indicó que no se observaron el artículo 7<sup>o29</sup> de la Ley 1274 de 2009 “*Por la cual se establece el procedimiento de avalúo para las servidumbres petroleras*”, los artículos 760<sup>30</sup> y 879<sup>31</sup> del Código Civil.

<sup>29</sup> “**Artículo 7º.** *El acuerdo entre las partes que se elevará a escritura pública o, en su defecto, la decisión judicial deberá registrarse en la Oficina de Instrumentos Públicos del lugar de ubicación de los terrenos objeto de la diligencia de avalúo, calificándola el respectivo Registrador como el establecimiento de una servidumbre legal de hidrocarburos*”.

<sup>30</sup> “**Artículo 760. Tradición de derechos de servidumbre.** *La tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública, debidamente registrada, en que el tradente exprese constituirlo y el adquirente aceptarlo; podrá esta escritura ser la misma del acto o contrato principal a que acceda el de la constitución de la servidumbre.*”

<sup>31</sup> “**Artículo 879. Concepto de servidumbre.** *Servidumbre predial o simple servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño.*”.



Sobre el defecto material o sustantivo, la Corte Constitucional en reciente decisión recabó en el concepto y alcance del mentado vicio, como se lee en la sentencia T-459 de 18 de julio de 2017<sup>32</sup> :

*“El defecto material o sustantivo se presenta cuando existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión o, cuando el juez falla con base en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto o en normas inexistentes o inconstitucionales<sup>33</sup>.*

*En Sentencia SU-659 de 2015, la Corte Constitucional reitero que ésta causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial puede identificarse en alguna de las siguientes situaciones:*

*“(i) Cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional.*

*(ii) Aplicación de norma que requiere interpretación sistemática con otras normas, caso en el cual no se tienen en cuenta otras normas aplicables al caso y que son necesarias para la decisión adoptada.*

*(iii) Por aplicación de normas constitucionales pero no aplicables al caso concreto. En este evento, la norma no es inconstitucional pero al ser aplicada al caso concreto vulnera derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicada.*

*(iv) Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia.*

*(v) Al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de efectos ‘erga omnes’. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.*

*(vi) Por aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es abiertamente contrario a la constitución. En este evento, la tutela procede si el juez ordinario no inaplica la norma por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad.”*

*Así mismo sostuvo que “se incurre en un defecto sustantivo, cuando las normas legales no son interpretadas con un enfoque constitucional, fundado en la salvaguarda de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las particularidades del caso concreto”<sup>34</sup>.*”

<sup>32</sup> Expediente T- 6.054.054. Actor: César Tulio Castillo Loba. Demandado: Tribunal Superior del Distrito de Popayán, Sala Laboral. M. P. Dr. Alberto Rojas Ríos.

<sup>33</sup> Sentencia SU-659 de 2015, T-133 de 2015, T-176 de 2016, T-060 de 2016, T-064 de 2016, T-065 de 2016 entre otras.

<sup>34</sup> “... en reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional ha considerado que, en virtud del artículo 4 de la Carta Política, la interpretación de las normas siempre debe ir acorde con lo dispuesto por el





Descendiendo al caso concreto, de la lectura de la providencia atacada, y del escrito de tutela como de su impugnación, es claro que la señora **AVELLA VIUDA DE PAN** le cuestiona al Tribunal de Arbitramento que el laudo arbitral que se ataca adolece de una falta de aplicación de la regulación civil en los artículos 760 y 879 del Código Civil y de la **Ley 1274 de 2009**, lo que le llevó a omitir la interpretación sistemática normativa que se requería necesariamente en este asunto, de cara a determinar la existencia de las servidumbres petroleras, a partir de la concurrencia de los requisitos esenciales que las caracteriza y define.

Pues bien, la Sala advierte que en el laudo de 21 de noviembre de 2016, sí tuvo bajo su competencia y conocimiento la definición de la magnitud del derecho de servidumbre que emana de la escritura pública número 73 de 9 de diciembre de 1988, cuando al referirse a la demanda de reconvencción indicó: *“es decir, que lo petitionado por PERENCO (demandante en reconvencción) es que el Tribunal defina si unas determinadas actividades vinculadas al contrato de asociación de Corocora están o no comprendidas dentro del contrato de servidumbre conferido inicialmente por Horacio Pan [cónyuge fallecido de la tutelante y de quien ella deriva el derecho] a PERENCO es un asunto que se encuentra comprendido dentro de lo que fue denominado por las partes como una divergencia surgida con ocasión de la “interpretación o aplicación” de las cláusulas de la mencionada escritura”* (véase folio 22 cdno. contentivo del laudo).

Así que dentro del objeto del litigio arbitral en forma medular se compuso del análisis del cumplimiento o no de la escritura pública 73 de 9 de diciembre de 1988 y los acuerdos de transacción de 6 de febrero de 2003, 4 de febrero de 2005, 3 de enero de 2006, 17 de diciembre de 2007 y 10 de febrero de 2010.

Es más, al momento de definir la competencia laudatoria tuvo claro que no solo era respecto de la escritura 73 mencionada, que abarcaba desde un principio la totalidad del predio Matarrala o La Perra, pero que *“mediante los distintos acuerdos de transacción enunciados en líneas anteriores, fue extendido a la operación del Contrato de Asociación Corocora, en particular sobre los pozos Corocora 2, 3 y 4, Coren 1 y Corsur 1”* (fl. 24 ib).

---

*Constituyente; es decir, que la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política.”*



Posteriormente, en el capítulo que intituló “la vigencia de la servidumbre petrolera constituida sobre el predio Hato Los Toros”, definió con gran claridad el tema litigioso, al indicar: *“En la pretensión primera de la demanda principal, solicita la Convocante que sea declarada extinta la servidumbre petrolera impuesta sobre el predio Hato Los Toros. Sustenta su pretensión en dos puntos base, que se identifican con la limitación de la servidumbre a una duración de 28 años en la escritura pública N° 73, y el hecho de que la servidumbre se encuentra restringida a las áreas de terreno necesarias para desarrollar los contratos de asociación Estero y Garcero y no el contrato de asociación Corocora.// Ante dicha argumentación, sostiene [PERENCO quien es] la parte Convocada y Convocante en reconvencción que, el contrato de servidumbre estipulado en 1988 estableció un término de duración igual a la vigencia de los contratos de asociación Estero y Garcero, e inicialmente fue pactado para permitir el desarrollo únicamente de los contratos de asociación Estero y Garcero; **sin embargo mediante acuerdos de transacción posteriores el contrato de servidumbre, éste fue extendido también a aquellas áreas de terreno que fueran necesarias para desarrollar el Contrato de Asociación de Corocora**”* (fl. 27 ib) y, por esa razón, el Tribunal de arbitramento indicó que dentro de los puntos a resolver estaba el determinar, de cara al contrato de servidumbre, su alcance sobre el predio Hato Los Toros y al Contrato de Asociación Corocora.

En desarrollo de este análisis, la decisión arbitral define el espectro de la Escritura 73, en el que en efecto está limitada el área de servidumbre petrolera y capítulos posteriores aborda el asunto desde los “acuerdos de transacción” (véase numeral 2.6, fl. 52), en el que precisamente centró la discusión entre las partes consistente en que mientras la convocante sostiene que PERENCO ha estado ocupando las áreas de terreno necesarias para desarrollar el Contrato de Asociación Corocora, en una extensión que abarca un área de 48 hectáreas y una longitud de 29 kms, comprendida la conexión entre la Estación Corocora y la Estación Los Toros; la convocada, por su parte, advierte sobre la legitimación que tiene para dicha ocupación con fundamento en los acuerdos de transacción suscritos y que permitieron extender los efectos de la servidumbre contenida en la escritura N° 73 sobre las áreas que eran necesarias para el desarrollo del contrato de asociación de Corocora.

Teniendo claro que las indemnizaciones derivadas de los acuerdos transaccionales fueron pagadas a razón de un total de mil quinientos millones de pesos a favor de la propietaria -hoy tutelante-, consideró que tales manifestaciones de voluntad, dentro de la naturaleza jurídica de la transacción, lo que buscaron fue precaver cualquier eventual litigio



con concesiones recíprocas sobre la servidumbre petrolera y las indemnizaciones respectivas *“atendiéndose al criterio de la cosa juzgada propio de la transacción”* (fl. 52), indicando que de conformidad con el artículo 1.625<sup>35</sup> del Código Civil, la transacción es un modo de extinguir las obligaciones y por ser un negocio jurídico, conforme las voces del artículo 2.469<sup>36</sup> *ejusdem* es fuente de obligaciones, en el que mediante un arreglo amigable de un conflicto surgido entre las partes, que está pendiente de decisión judicial o que no ha sido sometido a ésta, por eso se indica que, ora, puede darse pos controversia y entonces se utiliza para terminarla y así ponerle fin al proceso, parcial o totalmente, o bien, pre controversia y, lo que se busca es prevenir una que está por nacer.

Se decantó por la jurisprudencia del Consejo de Estado, atinente a que cuando se está sobre acuerdos transaccionales, el juez de la causa no debe ahondar en el contenido del acuerdo sino limitarse a determinar si se cumplen las formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico y de ello pende si se declara o no terminado del proceso por transacción (sentencia de 21 de mayo de 2008, exp. 25.049. C.P. Dr. Enrique Gil Botero). Se detuvo entonces en el objeto de los acuerdos de transacción, para concluir que *“los efectos de la transacción dentro de un proceso, es claro que estos acuerdos zanján la posibilidad de que su objeto sea discutido nuevamente en una instancia judicial...”*, esto para referirse a la improsperidad de las pretensiones cuarta y quinta de la demanda arbitral.

Esas pretensiones, en su literalidad rezan, conforme a la postulación de la parte convocante:

---

<sup>35</sup>**Artículo 1625. Modos de extinción.** Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

- 1o.) Por la solución o pago efectivo.
- 2o.) Por la novación.
- 3o.) Por la transacción.**
- 4o.) Por la remisión.
- 5o.) Por la compensación.
- 6o.) Por la confusión.
- 7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.
- 8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.
- 9o.) Por el evento de la condición resolutoria.
- 10.) Por la prescripción.

De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales”.

<sup>36</sup>**Artículo 2469. Definición de la transacción.** La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.  
No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.



*“CUARTA: Que en consideración a que la empresa PERENCO COLOMBIA LIMITED, ocupa área de terreno en actividades petroleras sobre el predio HATO LOS TOROS, no comprendidas en la escritura de servidumbre No. 73 del 9 de Diciembre de 1988, **se condene a restituir EN FORMA INMEDIATA LAS ÁREAS OCUPADAS EN LAS ACTIVIDADES PETROLERAS DESARROLLADAS, EN ESTE SECTOR (Fundación Corocora) y en un área aproximada de 48 hectáreas y al PAGO por utilización de ESTAS áreas, correspondientes a la estación COROCORA. Los cuales deberán liquidarse mediante dictamen pericial, teniendo en cuenta la corrección monetaria” y***

*“QUINTA: Que en consideración a que la empresa PERENCO COLOMBIA LIMITED, ocupa áreas de terreno en actividades petroleras sobre el predio HATO LOS TOROS, no comprendidas en la escritura de servidumbre No. 73 del 9 de Diciembre de 1988, con la construcción y funcionamiento del oleoducto que conduce de la Estación La Corocora a la Estación Los Toros en una distancia aproximada de 29 kilómetros de largo, ocupando un área determinada, desde 15 de abril de 2003, **se condene a restituir** en forma inmediata de estas áreas ocupadas, en área aproximada de 54 hectáreas y al **PAGO por la utilización de ESTAS áreas**, correspondiente al oleoducto antes mencionado. Las cuales deberán liquidarse mediante dictamen pericial, teniendo en cuenta la corrección monetaria”.*

Siendo claro para esta Sala, como juez del amparo, que en realidad el fallo arbitral ante las pretensiones de la convocante se encontró con una realidad un poco diferente y es que el estudio se abordó desde el contenido y querer del acuerdo de voluntades que las partes en contienda vertieron en sendos contratos de transacción, que según lo relata el Tribunal de Arbitramento fueron pagados a la tutelante, pero cuyos efectos, no parece reconocer o mejor desconocer, atribuyéndolo a un defecto sustantivo por falta de aplicación de los artículos 760 y 879 del Código Civil y 7º de la Ley 1274 de 2009.

Lo cual no es de recibo, precisamente, porque la constitución de la servidumbre petrolera protocolizada en el Escritura 73 de 9 de diciembre de 1988 que es la que contiene la cláusula arbitral (cláusulas 17<sup>a37</sup>), se advierte independiente de los contratos de transacción, pero ante todo y a fin de cuentas, implicó un acuerdo de voluntades para que en otros terrenos se llevara a cabo un objeto similar, mas no idéntico por ser otra

---

<sup>37</sup>Se transcribe del laudo arbitral, véase folio 5 y 6: “Las divergencias que ocurran entre las partes contratantes con motivo de la interpretación o aplicación de la presente escritura serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, el cual estará integrado por tres miembros cuya designación las partes la harán de común acuerdo, en un término de 20 días contados a partir de la fecha en que alguna de las partes notifiquen por correo certificado a la otra parte su voluntad de concurrir a un tribunal de arbitraje. En el caso de que no lleguen a un acuerdo sobre la designación de los miembros del tribunal en éste término, los designará el presidente de la Cámara de Comercio de Yopal, a petición de cualquiera de las partes, el Tribunal funcionaria en Yopal y las determinaciones que tomen en derecho y fallo prestarán mérito ejecutivo”.



área, al de la mentada escritura que documentó la servidumbre petrolera.

No se observa, entonces, que el Tribunal de Arbitramento haya incurrido en defecto sustantivo al no aplicar las normas del Código Civil, concretamente los artículos 760 y 879 o la Ley 1274 de 2009 (art. 7º), porque ello solo implica fundamentar el desconocimiento transaccional imputándolo a la servidumbre petrolera de la Escritura 73 de 1988 y a la falta de título y del modo por no haberse registrado el gravamen para que constara en el Certificado de Matrícula Inmobiliaria, con alejamiento flagrante de la realidad contenida en los acuerdos transaccionales y de hecho a la *litis* puesta por la convocante al conocimiento del juez arbitral, frente a quien nunca manifestó pretensión referente a los acuerdos transaccionales.

En efecto, no encuentra este juez del amparo que esa exigencia *sine qua non* del título y el modo haya tenido que ser exigida al juez arbitral, dentro del esquema del defecto sustantivo conforme a las normas sobre las que sustentó la tutelante su demanda, pues en realidad, la parte convocante, en manera alguna o por lo menos no se advierte de su postulación arbitral, deprecó la invalidez del contenido de los acuerdos transaccionales, en tanto su punto de enfoque fue la falta de registro de la servidumbre petrolera, que se itera, no era el fundamento pertinente de esa *litis* o por lo menos no el planteado en el arbitramento, esto independientemente de otras consideraciones como la competencia sobre lo transado o si este era el mecanismo idóneo para plasmar la voluntad de las partes, que no es *thema decidendum* del juez del amparo.

Visto lo anterior, es claro que el Tribunal de Arbitraje realizó un estudio normativo que le condujo a determinar la relación entre la servidumbre petrolera de la Escritura Pública 73 de 9 de diciembre de 1988 y los acuerdos transaccionales de transacción de 6 de febrero de 2003, 4 de febrero de 2005, 3 de enero de 2006, 17 de diciembre de 2007 y 10 de febrero de 2010, de conformidad con el alcance de ese mecanismo para precaver el litigio y que impide sea ventilada la controversia ante el juez de la causa por las divergencias que se deriven del acuerdo transaccional, salvo que, se itera, se ataque precisamente la legalidad de su contenido sustancial o vicios en el consentimiento al celebrarlo.



Y resulta claro que el propósito de la tutelante es cuestionar, bajo la teoría de las servidumbres petroleras y la forma de ser constituidas, unos acuerdos de transacción que la decisión laudatoria analizó desde la óptica de la normativa y alcance que le correspondía, esto es, de la transacción, sin que se encuentre por el juez de tutela argumento contundente sobre el error sustantivo consistente a los presupuestos del título y el modo necesarios para la constitución de la servidumbre, desconociendo o pretendiendo no reconocer los contratos de transacción que firmó y, por los cuales, según se lee en el laudo, recibió las sumas pactadas, sin que haya cuestionado la validez de los requisitos de la esencia de los mismos ni haya desconocido el pago que se le hizo con cargo a éstos, con lo que se evidencia que busca reabrir la causa arbitral a partir de censuras no alegadas en vía de la demanda arbitral sino que se apartan de las normas que regentan la transacción.

E incluso lo deja claro cuando, la entonces convocante solicitó la aclaración y adición del laudo arbitral, a fin ahora sí, de poner de presente los acuerdos transaccionales, y el Tribunal de arbitramento le responde en decisión de auto de 5 de diciembre de 2016<sup>38</sup>, que no hay lugar a ello, porque con suficientes argumentos y consideraciones se indicó la relación de la servidumbre petrolera contenida en la Escritura 73 de 1988 y los acuerdos transaccionales.

Por eso, en el punto de fondo sí se comparte la disertación del Tribunal *a quo* cuando en vía de la primera instancia de la tutela indicó que la acción de amparo no es una tercera instancia que se pueda emplear para que se revise lo ya definido por el juez natural de la especialidad, en este caso, arbitral, que, de manera clara, se decantó por el concepto y alcance del contrato de transacción.

### 2.5.3 Defecto Fáctico

Conforme a los anteriores derroteros, solo que aplicados al tema probatorio, se vislumbra que el defecto fáctico será impróspero, como pasa a explicarse.

En relación con el **vicio fáctico**, en la alzada, indicó el recurrente que fue determinante en la decisión arbitral y se materializó en las siguientes conductas: i) "*dejar de valorar pruebas determinantes para la resolución*

---

<sup>38</sup> Folios 88 a 93.



del caso”, al no tener en cuenta que el certificado de tradición y libertad del predio Hato Los Toros, en donde consta que la servidumbre objeto del litigio **no fue registrada**, hecho que resultaba determinante para decidir el caso, por cuanto la prueba de la existencia de la servidumbre fue el punto de partida para proferir la decisión condenatoria en contra de la tutelante; ii) “*efectuaron una apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales*” al tener por probada la servidumbre petrolera, sin que hubiere sido elevada a escritura pública ni se hubiera registrado debidamente, lo que implicó el desconocimiento del debido proceso y su confianza en el ordenamiento jurídico y las normas aplicables; iii) “*fundamentaron su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable*”, por el mismo hecho de dar por probada la constitución de una servidumbre inexistente por falta de requisitos *ad substantiam actus* (título y modo), respecto del predio *Hatos Los Toros* y, de cara, al artículo 256 del CGP. Con los yerros en la valoración probatoria se vulneró el artículo 176 *ejusdem* que impone a los jueces valorar conforme a la sana crítica los medios de convicción.

En vía de la apelación censuró la decisión del recurso extraordinario de anulación, pero en tanto ello no fue objeto de formulación en el libelo de amparo, este juez *ad quem* se abstiene de sintetizar los planteamientos rogados y de analizarlos, para no entrar en violación del derecho de defensa de autoridades que si bien hicieron parte del desenvolvimiento del asunto, no fueron traídas al inicio del proceso como entidades vulneradoras de los derechos fundamentales y, que de hecho, apenas en segunda instancia, este Despacho Ponente ordenó notificar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Casanare - Sala Única de Decisión, mediante auto 12 de enero de 2018 (véase fls. 956 y siguientes).

La Sala en reiteradas oportunidades ha manifestado que para que este defecto se configure se deben cumplir con unos requisitos y cargas mínimas por parte del tutelante. Por lo que resulta oportuno poner de presente las reglas que, sobre el particular, se han definido:

Pues bien, la Sección Quinta, en cuanto al **defecto fáctico** ha indicado que éste se configura en determinados eventos y ante el cumplimiento de ciertas cargas por parte del tutelante, resulta oportuno poner de presente las reglas que, sobre el particular, decantó la Sala en sentencia



de 11 de febrero de 2016, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2015-03442-00; así:

«Esta (...) Sección en decisión del 12 de noviembre del 2015<sup>39</sup> precisó los alcances y requisitos que deben atenderse al momento de alegarse la ocurrencia de un defecto fáctico en una providencia judicial, los cuales son traídos a colación...:

Los eventos de configuración del defecto fáctico son: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; **ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes**; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso, los cuales tienen las siguientes características:

Evento	Características
<b>Omisión de decreto y práctica de pruebas indispensables para fallar el asunto</b>	<p>Se da cuando la parte, con el fin de probar los hechos que alega, solicita al juez el decreto de una prueba <b>relevante</b> para resolver el problema jurídico sometido a consideración, y ésta fue negada; ello sin desconocer la facultad del juez ordinario de negar pruebas que no atiendan los requisitos de conducencia, pertinencia e idoneidad. Así las cosas, es importante considerar que no toda negativa a un decreto de pruebas abre la posibilidad a la configuración del defecto, ya que éste procederá cuando se rechace el decreto y práctica de la prueba que, solicitada oportunamente, no cumpla con los parámetros arriba señalados.</p> <p>De esta manera, se requiere:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) Que la parte identifique el elemento probatorio que solicitó</li><li>b) Que la parte demuestre que lo solicitó en oportunidad legal</li><li>c) Se expongan las razones por las cuales la prueba solicitada era conducente, pertinente o idónea.</li><li>d) Señalar de manera razonada la razón por la cual, de haberse decretado la prueba, el sentido de la decisión hubiere sido otro.</li></ul>
<b>Desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes</b>	<p>Se presenta cuando, <b>obrando los elementos de convicción en el expediente, y estos resultan decisivos frente a los hechos que se pretenden probar</b>, éstos no son tenidos en cuenta por el fallador ordinario. En este punto, se requiere que <b>de forma específica</b>, se concrete en el escrito de amparo, cuales pruebas, aportadas oportuna y legalmente, fueron desconocidas por el juez.</p> <p>Así las cosas, se configura siempre que:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) Se identifiquen los elementos de prueba no valorados por el juez.</li><li>b) Se demuestre que éstos fueron aportados en forma legal y oportunamente al proceso</li></ul>

<sup>39</sup> "Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01, Accionante: Jaime Rodríguez Forero; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". **Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**". Negrilla es del original.





985

Evento	Características
	<ul style="list-style-type: none"><li>c) Señale las razones por las cuales eran relevantes para la decisión</li><li>d) Se precise, razonadamente, la incidencia de los mismos para variar el sentido del fallo.</li></ul>
<b>Valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas</b>	<p>Procede cuando, a la luz de los postulados de la sana crítica, <b>la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado.</b></p> <p>Se requiere entonces que:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) La parte precise cuál o cuáles de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez</li><li>b) La razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica.</li></ul> <p>El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una <b>sustitución arbitraria del juez natural.</b></p>
<b>Dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso</b>	<p>Refiere al supuesto cuando el fallador de instancia decide el asunto con base en pruebas que no observaron los requisitos legales para su producción o introducción al proceso. Así las cosas, el juez no ignora la prueba ni se equivoca en su apreciación, pero yerra al haberla tenido en cuenta para decidir el problema jurídico que le fue planteado, al ser ésta una prueba que desconoce el debido proceso de las partes.</p> <p>Para su configuración corresponde:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a) Señalar con claridad los elementos probatorios aportados con violación al artículo 29 constitucional.</li><li>b) Exponer las razones que sustentan dicha vulneración.</li><li>c) Demostrar que estos elementos de convicción fueron el sustento de la decisión.</li></ul>

Como se ve en los elementos señalados, la parte accionante debe precisar mínimamente en su escrito el cargo que plantea, para demostrar no solo la configuración del defecto, sino también, su incidencia en la decisión judicial.

Lo anterior se suma a la exigencia de una carga argumentativa razonable para lograr la prosperidad del cargo, toda vez que, en el caso de una tutela contra una providencia judicial, están en juego valores importantes para el ordenamiento jurídico, como lo son la cosa juzgada y los derivados de los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º de la Constitución.

Así mismo, debe ser cuidadoso el interesado al formular el cargo, en la medida en que los supuestos de hecho hasta aquí mencionados, se excluyen entre sí, de tal manera que no será posible alegar uno y otro respecto de una misma prueba, como suele ocurrir, pues además de ser desacertado, genera confusión al fallador».<sup>40</sup>

<sup>40</sup> Resaltados del texto original



Por su parte, en fallo de unificación SU-448 de 2016<sup>41</sup>, la Corte Constitucional explicó que esta clase de defecto encuentra su materialización cuando: *“...existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. (...) 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.”*

Y en reciente pronunciamiento esa Alta Corporación se refirió a la evolución jurisprudencial de este defecto y a la forma concreta como se ha aplicado a los casos bajo su juzgamiento. En efecto, se hace alusión a la sentencia T-393 de 21 de junio de 2017<sup>42</sup>

***“El defecto fáctico como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial***

4.1. La Corte Constitucional ha sostenido que el defecto fáctico se presenta cuando *“resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado (...)”*,<sup>43</sup> o cuando *“se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia.”*<sup>44</sup> Así, ha indicado que *“el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia (...)”*.<sup>45</sup>

4.2. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha concluido que en el defecto fáctico se presentan dos dimensiones:<sup>46</sup> *“la primera ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa”*<sup>47</sup> u omite

<sup>41</sup> Sentencia SU448 de 22 de agosto de 2016. Expediente T-5.305.136. Actor: Martha Patricia Martínez Pinzón. Demandado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>42</sup> Expediente T-6.023.346. Actor: José Omar Libreros Martínez. Demandado: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. M. P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger

<sup>43</sup> Corte Constitucional, sentencia T-567 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), reiterada en sentencias como la T-555 de 1999 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-1100 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-781 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), entre otras.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-399 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; SV Jorge Iván Palacio Palacio; AV Nilson Pinilla Pinilla), citando la sentencia T-567 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>45</sup> Corte Constitucional, sentencia T-567 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>46</sup> Corte Constitucional, sentencia T-781 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), reiterada en la sentencia SU-399 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; SV Jorge Iván Palacio Palacio; AV Nilson Pinilla Pinilla).

<sup>47</sup> *“Corte Constitucional, sentencia T-567 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz)”*.



su valoración<sup>48</sup> y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.<sup>49</sup> Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez<sup>50</sup>. La segunda se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnera la Constitución.<sup>51</sup>

4.3. De tal manera, que el señalado vicio se puede manifestar así:“(i) Omisión por parte del juez en el decreto y práctica de pruebas<sup>52</sup>. La Corte ha considerado que se configura, cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, generando en consecuencia la indebida conducción al proceso “de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido.”<sup>53</sup>(ii) No valoración del material probatorio allegado al proceso judicial.<sup>54</sup> Esta hipótesis tiene lugar, cuando la autoridad judicial a pesar de que en el respectivo proceso existen elementos probatorios, “omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del

<sup>48</sup> “Cfr. sentencia T-329 de 1996. Para la Corte es claro que, “cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.

<sup>49</sup> “Corte Constitucional, sentencia T-576 de 1993 (MP Jorge Arango Mejía)”.

<sup>50</sup> “Ver por ejemplo la sentencia T-442 de 1994 (MP Antonio Barrera Carbonell)”.

<sup>51</sup> Corte Constitucional, sentencia T-538 de 1994 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>52</sup> Algunas decisiones en que la Corte Constitucional ha considerado que se configura un defecto fáctico son: T-996 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-778 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-996 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-171 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-908 y T-808 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-1065 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-162 de 2007 (MP Jaime Araújo Rentería), T-458 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-1082 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-417 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-808 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-653 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; AV Nilson Elías Pinilla Pinilla), T-350 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa; SV Mauricio González Cuervo), SU-424 de 2012 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-261 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; AV María Victoria Calle Correa), SU-950 de 2014 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), SU-240 de 2015 (MP Martha Victoria Sáchica Méndez), SU-406 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-090 de 2017 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), entre muchas otras.

<sup>53</sup> T-902 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

<sup>54</sup> “Un caso en el que esta Corporación consideró que existió vía de hecho por defecto fáctico, por haberse omitido la valoración de algunas pruebas, lo constituye la sentencia T-039 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sobre este mismo tópico, la sentencia T-902 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, igualmente es ilustrativa.” Otros casos en los que la Corte Constitucional ha fallado por encontrarse un defecto fáctico por omitir la valoración de alguna prueba son: T-458 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-747 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-078 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-360 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez; SV Mauricio González Cuervo), T-628 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-1100 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-803 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; AV Nilson Pinilla Pinilla), T-261 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; AV María Victoria Calle Correa), T-734 de 2013 (MP Alberto Rojas Ríos), T-241 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.



*asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.”<sup>55</sup>(iii) Valoración defectuosa del acervo probatorio.<sup>56</sup> Esta situación tiene lugar, cuando el operador jurídico decide separarse por completo de los hechos debidamente probados, y resuelve a su arbitrio el asunto jurídico puesto a su consideración, o cuando aprecia una prueba allegada al proceso que se encuentra viciada.”<sup>57</sup>*

(...)

*4.5. De acuerdo con lo señalado, es posible concluir que una acción de tutela procede, con base en un defecto fáctico cuando “se observa que la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia, es manifiestamente equivocada o arbitraria ya sea porque se omite solicitar una prueba fundamental en el juicio, porque estando la prueba dentro del proceso no se valora, o porque pese a que es examinada dicha prueba se hace de manera defectuosa”.<sup>58</sup>*

La tutelante manifestó que el Tribunal Arbitral incurrió en este defecto fáctico, bajo argumento similar al de la censura anterior, solo que de cara a las probanzas, al considerar que el Tribunal de arbitramento no analizó que el certificado de tradición y libertad del predio Hato Los Toros, no figura la servidumbre objeto del litigio arbitral y, que tal valoración bajo la sana crítica, era determinante en la decisión que se adoptara, pues fue el punto de partida de la decisión condenatoria contra la señora **DORA MARÍA AVELLA VIUDA DE PAN**.

Valga tener presente que el defecto fáctico se configura en ciertos eventos y ante el cumplimiento de ciertas cargas por parte del tutelante, resulta oportuno poner de presente las reglas que, sobre el particular, decantó la Sala en sentencia del pasado 12 de noviembre de 2015, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2015-01471-01<sup>59</sup>; en el caso bajo estudio nos encontramos en el supuesto “**Desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes**”<sup>60</sup> y el tutelante cumplió con las siguientes cargas:

a) Identificó el elemento de prueba no valorado por el juez, correspondiente al folio de matrícula inmobiliaria del predio sirviente.

<sup>55</sup> “*Ibidem*”.

<sup>56</sup> “*Al respecto, puede consultarse la sentencia T-235 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra*”.

<sup>57</sup> Corte Constitucional, sentencia T-916 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández), reiterada, entre otras, en la sentencia SU--399 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; SV Jorge Iván Palacio Palacio; AV Nilson Pinilla Pinilla).

<sup>58</sup> Corte Constitucional, sentencia T-241 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

<sup>59</sup> Consejera ponente doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

<sup>60</sup> En sentencia del 11 de febrero de 2016, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2015-03442-00, Magistrada ponente doctora Rocío Araújo Oñate, realizó un cuadro resumen de los eventos y cargas que debe cumplir el accionante para que se configure el defecto fáctico, a partir de la sentencia de 12 de noviembre de 2015.



b) En efecto, éste reposa en el acervo probatorio, a folios 564 a 567 y fue conocido por la justicia arbitral.

c) Señaló las razones por las cuáles eran relevantes para la decisión, en tanto afirmó que la servidumbre petrolera se constituye con título y modo a través de la inscripción del gravamen en el certificado de matrícula que corresponde al predio sirviente y, que como ello no se probó, las servidumbres, probatoriamente, son inexistentes.

Y aunque fue claro el argumento tutelar que no pretende que por vía de tutela se revise integralmente la controversia planteada, sino que se determine si se afectaron los derechos fundamentales, la Sala se anticipa a contestar que no se transgredió derecho alguno, porque de cara a los contratos de transacción ya referido y a la valoración que de los mismos hiciera el Tribunal de Arbitramento, ésta autoridad temporal en el ejercicio de la administración de justicia sopesó las realidades fáctico probatorias del asunto, al tener claro que la servidumbre petrolera era la contenida en la Escritura 73 de 1988, pero que dentro del estado del arte del asunto emergieron tiempo después acuerdos de voluntades transaccionales que incluso suscribió la tutelante.

Por eso es que el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Yopal, al decidir el recurso de anulación contra el laudo arbitral -el cual se aclara no fue impugnado con esta tutela- al abordar la censura de que el fallo se dio en conciencia o en equidad, debiendo ser en derecho, indicó que frente a la acusación de que los contratos de transacción no cumplieran los requisitos para ser servidumbres petroleras y que al no existir, no podían extenderse los efectos jurídicos a la Escritura Pública N° 073 de 1988 y de haberse prescindido del certificado de tradición y libertad del predio Hato Los Toros, lo que consideró eran defectos *in iudicando*, al pretender revivir el debate probatorio efectuado o la valoración probatoria utilizada por el juez arbitral y no se trató de vicios *in procedendo* frente a los defectos procedimentales que sí son propios del recurso extraordinario de anulación.

Y agregó: *"En efecto, sea lo primero señalar que siendo que a voces del mismo accionante la inconformidad radica en que el Tribunal omitió en las motivaciones de su decisión la **aplicación total** del régimen jurídico de la constitución de servidumbres petroleras, ello de por sí permite establecer que los motivos de inconformidad no se constituyen en*



*objeciones in procedendo en el actuar del Tribunal de Arbitramento, sino en errores in iudicando, habida cuenta que aquellos se edifican única y exclusivamente en inconformidades con la valoración probatoria efectuada por el juez arbitral. Lo anterior, toda vez que los apartes del fallo arbitral relacionados por la misma recurrente descartan de tajo la existencia de un fallo en conciencia o equidad cuando las conclusiones a las que allí se arribaron se sustentaron en las pruebas recaudadas y la aplicación de las reglas de la sana crítica así como las normas sustantivas que el juez arbitral encontró aplicables al asunto, por manera que cuestionando la recurrente la mera valoración probatoria y falta de aplicación de la totalidad de las normas sustanciales que no su total desconocimiento, desde luego que se descarta la existencia de un fallo en conciencia y en su lugar reluce con evidente claridad que se pretende por la vía excepcional de la anulación restar la validez del laudo con argumentos que más corresponden a la de una segunda instancia, escenario que como bien se expusiera en líneas anteriores, no es de resorte de esta Sala por cuanto carece de competencia para modificar los criterios utilizados por el Tribunal de Arbitramento”.*

De cara a lo anterior, y conforme a la alegación de la tutelante y al contenido del laudo arbitral, se advierte que desde la óptica probatoria, el juez arbitral tuvo claridad sobre la existencia de la servidumbre contenida en la escritura 73 de 1988 y de los acuerdos de transacción, al indicar *“de conformidad con las pruebas allegadas al presente trámite arbitral, las partes extendieron la servidumbre, que ya había sido establecida sobre la totalidad del predio Hato Los Toros, pero que había sido limitada al desarrollo de los contratos de asociación Estero y Garcero, al contrato de asociación Corocora, tal y como se desprende de los acuerdos de transacción que corresponde de la manera que se expone a continuación a los distintos pozos que integran el contrato de asociación Corocora, concretamente los acuerdos de transacción de 6 de febrero de 2003, que extendió la servidumbre a la porción de terreno necesaria en la perforación del pozo Corocora 1; de 4 de febrero de 2005 que abarcó la porción de terreno del pozo Corocora 2; de 3 de enero de 2006, para la perforación del pozo Corocora 3; de 17 de diciembre de 2007, para pozo Corocora 4 y de 10 de febrero de 2010 para pozo Coren 1”* (véase folio 27 del laudo). E incluso indicó que en este último se plasmó la real y verdadera voluntad de los contratantes quienes acordaron la vigencia y el alcance del derecho de



servidumbre en cabeza de la convocada, en las cláusulas quinta<sup>61</sup> y décimo sexta<sup>62</sup>.

Con base en lo anterior, es claro que sí se tuvo en el espectro del vocativo arbitral, todo el acervo probatorio incluido el certificado de matrícula inmobiliaria solo que acompañado de los acuerdos de transacción, implicó a su juicio, la siguiente consideración deductiva: *“Encuentra el Tribunal que, en el último negocio jurídico celebrado entre las partes, en relación con los derechos de servidumbre petrolera, éstas acordaron que la vigencia de los mismos estaría conectada con la duración del Contrato de Asociación Corocora y sus prórrogas, permitiendo de esta forma concluir que la intención común y conocida de las partes era que los contratos (servidumbre y asociación) estuviesen vinculados en su término”*, así como también la prueba testimonial que echó de menos la tutelante, como se lee a folio 7, numeral 5.3. y cuando se remite a las consideraciones en los que fueron evaluados por los árbitros los acuerdos transaccionales.

Y dio entendimiento y prelación, con apoyo al artículo 1.621 del Código Civil, a la interpretación que mejor se acompase con la naturaleza del contrato, al enfrentarse la situación a una servidumbre legal de naturaleza petrolera.

Así que nuevamente y, en forma similar, al análisis del anterior defecto, en tanto se basan en el mismo supuesto, solo que uno enfocado a la normativa y el otro, a las pruebas, la Sala encuentra que el Tribunal de Arbitramento, dentro de su competencia valoró los medios de convicción en su integridad incluido el mentado certificado, solo que su enfoque no coincide con el de la tutelante, pero no por ello se presenta violación al debido proceso, tanto así que los acuerdos están suscritos y rubricados por ella y, al parecer, fueron pagados en las sumas indemnizatorias a su favor, dineros que recibió, sin que ella -la actora- lo haya negado o tachado de falaz.

<sup>61</sup> *“QUINTA. TÉRMINO DE LA SERVIDUMBRE LA PROPIETARIA declara que la servidumbre petrolera que constituirá por escritura pública, según esta promesa se desarrolla con base en la escritura pública N° 73 ya mencionada, tiene un término de duración igual al contrato de Asociación COROCORA y sus prórrogas si las hubiese”.*

<sup>62</sup> *“DÉCIMO SEXTA. EFECTOS EN EL TIEMPO DE LA SERVIDUMBRE. LA PROPIETARIA declara que este contrato surte todos los efectos que las leyes y el Código de Petróleos señalan para este tipo de servidumbres; por consiguiente, desde la fecha de firma de este contrato, ratificada a LA COMPAÑÍA su autorización para ejercer los derechos derivados de las servidumbres petroleras”.*



Dar prevalencia al sentido y alcance de la voluntad de las partes, más tratándose de acuerdos transaccionales, en nada resulta una consideración *contra legem* y lo cierto es que si se acogiera el argumento de la tutelante referente a que las servidumbres son inexistentes, se entraría en peor contradicción con la realidad fáctica demostrada, porque por una parte, la Escritura 73 de 1988 está probada y existe y, lo propio sucede con los acuerdos de transacción suscritos por las partes con voluntad propia y sin que se vislumbre o se haya alegado vicios en el consentimiento o censura con el propósito de anularlos.

A juicio de esta Sala, lo que sí no podía el Tribunal Arbitral era desconocerlos, como tampoco lo fueron por la tutelante cuando recibió devenidos de éstos, los pagos indemnizatorios a que hubo lugar por ocupar el predio para la perforación petrolera y, por ende, tampoco se advierte que la hermenéutica y la valoración probatoria, dentro del contexto visto, sea manifiestamente equivocada o arbitraria, pues siendo acuerdos transaccionales, no imponía exigirse sino los requisitos propios y aplicables para esto, sin poder reputar que se requería del cumplimiento de requisitos *ad substantiam actus* (título y modo de tradición en forma concurrente), así que acorde a derecho decantarse por dar prelación al factor de la voluntad y querencia de las partes resultaba adecuado, acorde a la realidad probada y a los acuerdos interpartes celebrados.

Es más, se itera, no se advierte que la convocante haya cuestionado la validez del contenido de los mentados acuerdos transaccionales, que luego de que la decisión arbitral y el recurso extraordinario de anulación le fueron desfavorables sí pretende cuestionarlos por vía de tutela, bajo el ropaje de violación al debido proceso, de cara a los defectos glosados.

Resulta extraño, por decir de más, que habiendo sido la convocante quien alegaba la imposibilidad de que la servidumbre petrolera se extendiera, hubiera guardado silencio sobre los acuerdos transaccionales que incluso venían aparejados con el *thema decidendum* y cuya celebración se dio escalonada con el tiempo, precisamente y al parecer, para no entorpecer la explotación petrolera.





En vista de los anteriores argumentos y como no se han configurado los defectos o argumentos planteados en la tutela e impugnación estudiada, la Sala denegará las pretensiones de la accionante, pero previamente revocará la declaratoria de improcedencia que hiciera el juez *a quo*.

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

**FALLA:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de 15 de noviembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare que declaró improcedente la petición de tutela y, en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la señora **DORA MARÍA AVELLA VIUDA DE PAN**.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**ROCÍO ARAUJO ONATE**  
Presidente

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero

**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

