

Carrera 8 No 20 – 70 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
Código Postal: 110311
Conmutador: 242 2000

Bogotá D.C., jueves 16 de diciembre de 2021

Honorable,
SECRETARÍA GENERAL
CONSEJO DE ESTADO
Ciudad

Referencia:	Acción:	Acción de Tutela.
	Accionante:	Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.
	Accionado:	Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B” y Subsección “A” de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
	Acto procesal:	Presentación de la demanda en ejercicio de la Acción de Tutela.

HUGO FELIPE MORENO GALINDO, mayor de edad y domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.464.670 de Bogotá D.C. y portador de la tarjeta profesional de abogado No. 292.843 del C.S. de la J., actuando en mi calidad de apoderado especial de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá D.C. -ETB S.A. E.S.P.- de conformidad con el poder que se allega con el presente acto procesal, por medio de la presente me permito presentar una demanda en ejercicio de la Acción de Tutela ante la flagrante vulneración al Derecho Fundamental al Debido Proceso por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado al expedir la sentencia de primera y segunda instancia en el marco del proceso con número de radicado 25000233600020150191800-01.

1° JUEZ COMPETENTE:

Dentro de un primer lugar, es menester indicar que el inciso 1° del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 consagra lo siguiente:

“ARTICULO 37. PRIMERA INSTANCIA. Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.”

Por otra parte, el numeral 7° del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 333 de 2021, consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.3.1.2.1. Reparto de la Acción de Tutela. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas: (...)

7. Las acciones de tutela dirigidas contra la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a la misma Corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 2.2.3.1.2.4 del presente decreto.” (Se subraya)

Ahora bien, sobre las Acciones de Tutela en contra de providencias judiciales proferidas por el propio Consejo de Estado, el párrafo del artículo 25 del Acuerdo No. 080 de 2019 adoptado por la Sala Plena del Consejo de Estado el 12 de marzo de 2019 dejó sentado lo siguiente:

“PARÁGRAFO. El reparto lo hará el secretario general del Consejo de Estado y, tratándose de tutelas contra providencias de la Corporación, en el reparto no se tendrán en cuenta los magistrados

Carrera 8 No 20 – 70 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
 Código Postal: 110311
 Conmutador: 242 2000

que integran la sección o subsección accionada o que haya decidido en primera instancia, según el caso.”

En virtud de lo anterior, radicamos la presente Acción de Tutela ante la Secretaría General del Consejo de Estado para efectos de su respectivo reparto conforme con la regla precedente.

2° ESTRUCTURA DE LA DEMANDA:

El artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 es del siguiente tenor:

“ARTICULO 14. CONTENIDO DE LA SOLICITUD. *Informalidad. En la solicitud de tutela se expresará, con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante.*

No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado.

En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. El juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno.”

Bajo esta premisa, conforme con lo expresamente consagrado en el transcrito artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, el presente acto procesal tendrá la siguiente estructura:

- i) Acción u omisión que motiva la demanda de Tutela,
- ii) El Derecho Fundamental que se considera violado,
- iii) El órgano autor del agravio,
- iv) En el marco de la “(...) descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud (...)”, se: a) establecerán una serie de consideraciones sobre la Acción de Tutela contra providencias judiciales, b) la verificación de los requisitos generales de las Acciones de Tutela en contra de providencias judiciales en el caso *sub examine*, c) la determinación de los requisitos o causales especiales en el caso concreto, d) las peticiones que se elevan en concreto, e) las pruebas documentales que se allegan con la Acción de Tutela y f) los anexos de la Acción de Tutela.
- v) El nombre y lugar de residencia del solicitante. Allí también se determinarán los datos del suscrito apoderado.

3° ACCIÓN U OMISIÓN QUE MOTIVA LA DEMANDA DE TUTELA:

En el presente capítulo plantaremos, las situaciones fácticas que le sirven de fundamento a la presente Acción Constitucional en los términos del numeral 5° del artículo 82 del Código General del Proceso.

En efecto, nos remitimos a esta codificación procesal conforme con lo dispuesto en el artículo 1° del propio Código General del Proceso que es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 1o. OBJETO. *Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes.”* (Se subraya)

Carrera 8 No 20 – 70 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
 Código Postal: 110311
 Conmutador: 242 2000

Como quiera que el Decreto que reglamenta la Acción de Tutela no determina como deben presentarse los hechos y las omisiones, nos remitiremos al mencionado numeral 5° del artículo 82 del Código General del Proceso para efectos de plantear, de una manera concreta, los hechos que sirvieron de sustento para interponer la presente tutela.

Pues bien, el numeral 5° del artículo 82 del Código General del Proceso es del siguiente tenor:

“5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.”

En tal virtud, con el objeto de cumplir con la precitada carga relacionada con la debida determinación, clasificación y numeración de los hechos, se procederá a clasificar los hechos en capítulos conforme con los ejes temáticos que cada acápite desarrolla, así como se efectuará una enumeración comenzando en números enteros, sin decimales, con el objeto de facilitar su lectura y entendimiento. Bajo esta perspectiva, los hechos que sirven de soporte a las pretensiones son del siguiente tenor:

CAPÍTULO I SOBRE LA CELEBRACIÓN DEL ACUERDO MARCO DE PRECIOS

1. Colombia Compra Eficiente -en adelante CCE- abrió el proceso de Licitación Pública No. LP-AMP-014-2014 que tuvo por objeto adjudicar -a distintos proveedores- un Acuerdo Marco de Precios a efectos de prestar los Servicios de Conectividad y Centro de Datos / Nube Privada.
2. Los adjudicatarios de dicho proceso de selección fueron los siguientes oferentes:
 - i) Unión Temporal Claro,
 - ii) Unión Temporal S&S,
 - iii) Consorcio Sonda Nube Privada,
 - iv) Unión Temporal COLOMBIA COMPRA EFICIENTE,
 - v) Unión Temporal BT-ASIC,
 - vi) Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.
 - vii) Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A. E.S.P. -en adelante ETB-
 - viii) UNE EPM Telecomunicaciones S.A.
 - ix) IFX NETWORKS COLOMBIA S.A.S.
 - x) MEDIA COMMERCE PARTNERS S.A.S.
 - xi) COLOMBUS NETWORKS DE COLOMBIA LTDA.
 - xii) LEVEL 3 COLOMBIA S.A.
 - xiii) O4IT COLOMBIA S.A.S.
3. Como resultado de la adjudicación, CCE y los adjudicatarios celebraron el Acuerdo Marco de Precios No. CCE-134-1-AMP-2014 -en adelante AMP- el 18 de septiembre de 2014.
4. La cláusula 1 del AMP estipuló el objeto del AMP que fue del siguiente tenor:

“Cláusula 1 – Objeto del Acuerdo Marco de Precios

El objeto del Acuerdo Marco de Precios es establecer las condiciones en las cuales los Proveedores deben prestar a las Entidades Compradoras los Servicios de Conectividad y Centro de Datos / Nube Privada y la forma como las Entidades Compradoras contratan estos servicios.”

5. En la cláusula 16 del AMP se pactó lo siguiente sobre las multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento:

“Cláusula 16 - Multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento

En caso de incumplimiento de las obligaciones del Proveedor derivadas del presente Acuerdo Marco de Precios, Colombia Compra Eficiente, en representación de las Entidades Compradoras afectadas adelantará el procedimiento establecido en la ley para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.

Dependiendo de la gravedad del incumplimiento del Proveedor, Colombia Compra Eficiente podrá imponer multas, suspender temporalmente al Proveedor del Catálogo o suspenderlo de forma definitiva con lo cual se termina el Acuerdo Marco de Precios para el Proveedor sancionado.

16.1 Multas. Colombia Compra Eficiente impondrá multas de hasta el 10% del valor de la Orden de Compra por el incumplimiento de obligaciones contractuales dea (sic) los Proveedores que estén en las siguientes condiciones respecto de una o varias Órdenes de Compra:

- (a) Incumplimiento de los ANS tres (3) o más veces consecutivas en una misma Orden de Compra.*
- (b) No responder a la Entidad Compradora una solicitud de cotización.*

16.2 Multas. Colombia Compra Eficiente impondrá multas de hasta 30% del valor de la Orden de Compra a los Proveedores que reincidan en cualquiera de las conductas de que trata el numeral 16.1 anterior.

16.3 Suspensión temporal del Catálogo. Colombia Compra Eficiente suspenderá temporalmente hasta por el término de tres (3) meses al Proveedor que reincida tres o más veces en alguna de las conductas que trata el numeral 16.2 con la misma o con cualquier Entidad Compradora.

16.4 Suspensión definitiva del Catálogo. Colombia Compra Eficiente suspenderá definitivamente del Catálogo al Proveedor que incurra en alguna circunstancia, que a juicio de Colombia. Compra Eficiente, afecten gravemente la ejecución del Acuerdo Marco de Precios

El Proveedor debe pagar las multas a las que se refieren los numerales 16.1, 16.2 y 16.3 a Colombia Compra Eficiente.

La suspensión temporal o definitiva del Catálogo no exonera al Proveedor de cumplir las obligaciones relativas a las Órdenes de Compra colocadas con anterioridad a tal suspensión

Para efectos de la presente cláusula, hay incumplimiento consecutivo de los ANS cuando el Proveedor incumple los ANS de un mismo tipo de servicio en un nivel de servicio (bronce, plata, oro y platino) en tres (3) ocasiones durante la vigencia de la Orden de Compra.

6. En la cláusula 7 se estipuló una cláusula penal pecuniaria que es del siguiente tenor:

“Cláusula 17 - Cláusula penal

En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total o parcial de las obligaciones del Proveedor establecidas en el presente Acuerdo Marco de Precios, éste deberá pagar a título de cláusula penal una suma equivalente al 10% del valor total de las Órdenes de Compra que incumplió. Este valor puede ser compensado con los valores que le adeuden las Entidades Compradoras a favor de quienes el Proveedor debe pagar el valor de la cláusula penal de conformidad con las reglas del Código Civil.”

**CAPÍTULO II
SOBRE LA ORDEN DE COMPRA EMITIDA POR LA DIAN**

7. Luego de analizar distintas cotizaciones de los contratistas del AMP, la DIAN colocó la Orden de Compra No. 781 del 27 de noviembre de 2014 -en adelante OC-.
8. Al finalizar la ejecución contractual, la OC resultó por valor de \$7.149.146.298,26.

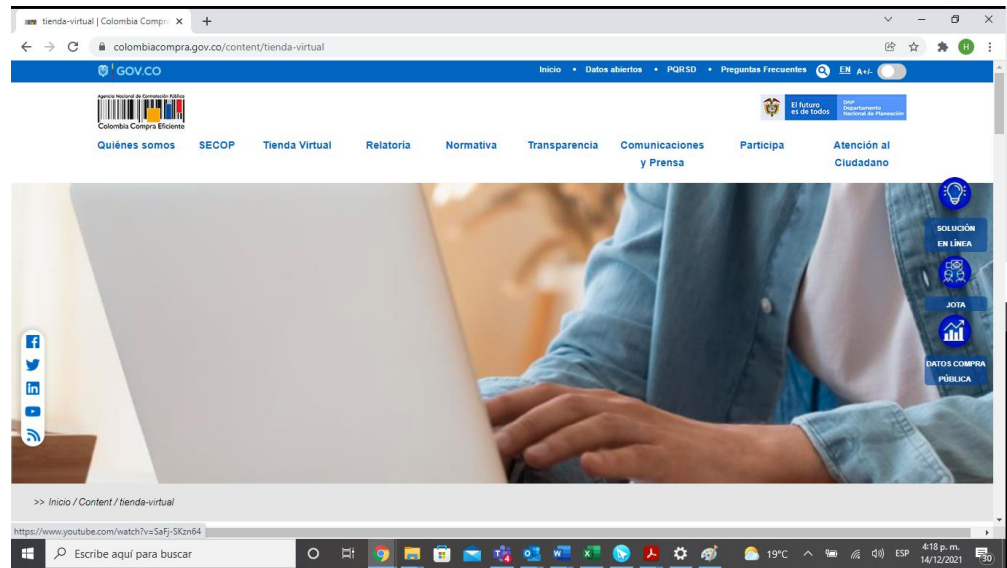
CAPÍTULO III
SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO INICIADO POR COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

9. Mediante comunicación del 16 de enero de 2015, CCE convocó a ETB y a la Aseguradora Nacional de Seguros S.A. con el fin de surtir el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
10. Los días 20 y 22 de enero de 2015, la ETB y la aseguradora indicaron que con la citación no se allegó el informa del supervisor.
11. El 22 de enero de 2015, CCE remitió el informe de supervisión, así como profirió una nueva citación.
12. El 13 de febrero de 2015 se dio inició a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
13. Inicialmente uso la palabra la Directora del CCE quien manifestó que:
 - i) A la fecha de celebración de la audiencia, ETB no ha cumplido con la totalidad de ítems previstos en la OC.
 - ii) ETB ha incumplido las obligaciones contenidas en los numerales 11.3, 11.7, 11.8, 11.10 y 11.16 de la cláusula 11 del AMP.
 - iii) Dicho incumplimiento implica la aplicación de la cláusula 17 del AMP.
14. ETB manifestó que:
 - i) La citación adoleció de los requisitos señalados en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por cuanto no se allegó el informe de supervisión.
 - ii) Al momento en que se remitió la citación, ETB no se encontraba en estado de incumplimiento.
 - iii) Para el 5 de febrero de 2015, los ítems estaban instalados salvo aquellos que no podían instalarse hasta que se solucionara el problema del servicio de voz IP de la DIAN.
 - iv) Las demoras en la instalación eran imputables a la DIAN.
 - v) CCE no puede aplicar las sanciones y multas contempladas en la cláusula 16 del AMP por cuanto no existió incumplimiento por parte de ETB.
15. La DIAN manifestó lo siguiente:
 - i) Al 12 de febrero de 2015, sólo 36 ítems no estaban instalados. Lo anterior significa que, como quiera que los ítems pactados son 176 (en el acto administrativo aparecen sólo 112 ítems contratados) conforme se desprende de la OC que logra visualizarse en la página de CCE, ETB cumplió con el 79,54% del contrato al momento en que se estaba analizando la efectividad o no de la Cláusula Penal Pecuniaria -en adelante CPP-.

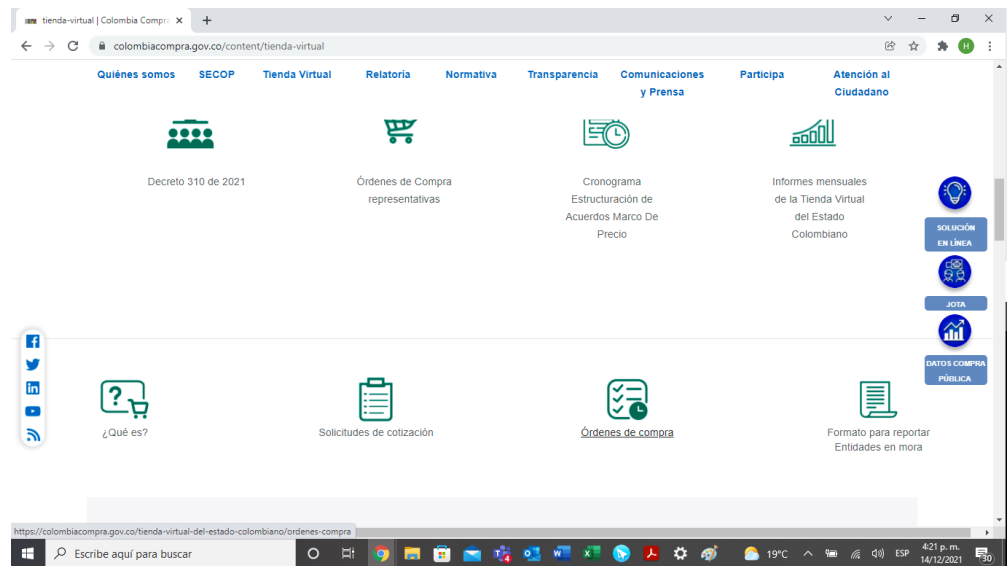
En efecto, la ruta para revisar el número de ítems es la siguiente:

- a) Ingresar al siguiente link: <https://colombiacompra.gov.co/content/tienda-virtual>
- b) Al ingresa a dicho link, va a aparecer la siguiente imagen:

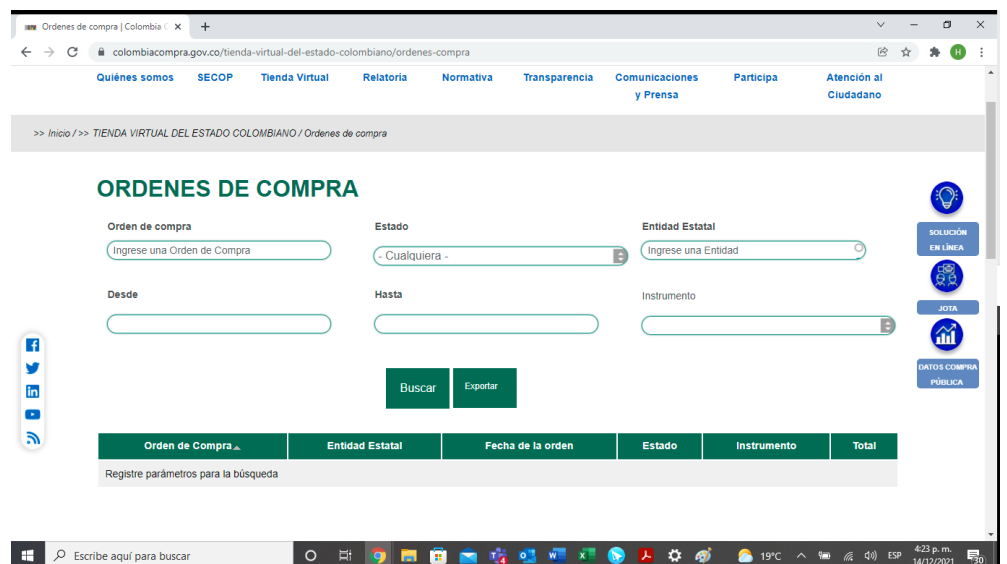
Carrera 8 No 20 – 70 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
 Código Postal: 110311
 Conmutador: 242 2000



c) Se debe dirigir a la parte inferior y se debe dar clic en el hipervínculo denominado “Órdenes de Compra”



d) Al darle clic a dicho hipervínculo, aparecerá la siguiente imagen:



Id Documento: 11001031500020220003700005025220006

Carrera 8 No 20 – 70 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
 Código Postal: 110311
 Conmutador: 242 2000

En el espacio denominado “Ingrese una Orden de Compra”, debe incorporarse el numero 781 y darle clic en buscar.

e) Al hacer lo anterior, aparecerá lo siguiente:

Orden de Compra	Entidad Estatal	Fecha de la orden	Estado	Instrumento	Total
78199	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE JUSTICIA Y PAZ ESPINAL TOLIMA	2021-10-22 17:14:39	Emitado	Grandes Almacenes	\$2,479,588
78198	FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES	2021-10-22 17:14:27	Emitado	Emergencia COVID-19	\$9,133,900
78197	GOBERNACION DEL VALLE DEL CAUCA	2021-10-22 17:06:20	Emitado	Nube Pública III	\$1,611,974,328
78196	MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO	2021-10-22 17:02:14	Emitado	IAD Software I - Microsoft	\$127,311,052
78195	SENA - Regional Bolivar	2021-10-22 17:02:03	Emitado	Emergencia COVID-19	\$8,650,205
78194	SENA - Regional Bolivar	2021-10-22 17:01:51	Emitado	Emergencia COVID-19	\$5,545,454
78193	CUNDINAMARCA - INSTITUTO DE DEPORTES Y RECREACION DEL MUNICIPIO DE FACATATIVA	2021-10-22 17:01:43	Emitado	Grandes Almacenes	\$4,777,862
78192	CUNDINAMARCA - INSTITUTO DE DEPORTES Y RECREACION DEL	2021-10-22	Emitado	Grandes Almacenes	\$5,442,470

f) Se deberá bajar el cursor a la última parte de la página y darle clic al hipervínculo que dice última como aparece en la imagen:

78155	BOGOTA - IED COLEGIO FRANCISCO JAVIER MATIZ	2021-10-22 14:24:30	Emitado	Grandes Almacenes	\$16,045,400
78154	TOLIMA - ALCALDIA MUNICIPAL DE RIOBLANCO	2021-10-22 14:23:49	Emitado	Grandes Almacenes	\$25,444,886
78153	TOLIMA - ALCALDIA MUNICIPAL DE RIOBLANCO	2021-10-22 14:23:48	Emitado	Grandes Almacenes	\$1,677,686
78152	UAE - AERONAUTICA CIVIL	2021-10-22 14:15:40	Emitado	Emergencia COVID-19	\$5,261,000
78151	EJERCITO NACIONAL - INTENDENCIA LOCAL	2021-10-22 14:03:28	Emitado	Compra de ETP II	\$34,140,040
78150	EJERCITO NACIONAL - INTENDENCIA LOCAL	2021-10-22 14:02:12	Emitado	Grandes Almacenes	\$89,845,000

1 2 3 siguiente > última >
[Ir a la última página](#)

Procesos

g) Al darle clic en última, aparecerá lo siguiente:

Carrera 8 No 20 – 70 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
 Código Postal: 110311
 Conmutador: 242 2000

Orden	Descripción	Fecha	Estado	Detalle	Monto
7817	UNIDAD DE PLANIFICACION DE TIERRAS RURALES, ADECUACION DE TIERRAS Y USOS AGROPECUARIOS	2016-04-14 09:12:11	Emtido	Seguros de Vehículos	\$3,988,136
7816	SERVICIO GEOLOGICO COLOMBIANO	2016-04-12 23:00:00	Emtido	Tiquetes Aéreos	\$559,632,218
7815	FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTA	2016-04-13 19:14:50	Emtido	Seguros de Vehículos	\$2,326,242,879
7814	MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL	2016-04-12 23:00:00	Emtido	Papelería	\$37,985,500
7813	DIRECCION ADMINISTRATIVA DE INTELIGENCIA NAVAL	2016-04-12 23:00:00	Emtido	Grandes Superficies	\$1,499,000
7812	DIRECCION ADMINISTRATIVA DE INTELIGENCIA NAVAL	2016-04-13 17:16:03	Emtido	Papelería	\$24,999,928
7811	FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD	2016-04-13 17:05:43	Emtido	Aseo y Cafetería	\$933,639,093
7810	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL	2016-04-13 16:57:35	Emtido	Dotación de vestuario	\$2,784,000
781	DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES	2014-11-27 15:14:17	Emtido	Conectividad	\$7,149,146,298

h) Se deberá darle clic al número 781, evento en el cual se determinará que se pactaron 176 ítems como se muestra en la imagen:

Orden	Descripción	Cantidad	Unidad	Valor Unitario	Valor Total
164	1.46 Aumento capacidad definitiva en 10 Mbps Plata	8.60	Mes	1.258.791,00	10.825.602,60
165	1.46 Aumento capacidad definitiva en 10 Mbps Plata	8.60	Mes	1.258.791,00	10.825.602,60
166	1.46 Aumento capacidad definitiva en 10 Mbps Plata	8.60	Mes	565.450,00	4.862.870,00
167	1.46 Aumento capacidad definitiva en 10 Mbps Plata	8.60	Mes	565.450,00	4.862.870,00
168	1.46 Aumento capacidad definitiva en 10 Mbps Plata	8.60	Mes	1.240.740,00	10.670.364,00
169	1.46 Aumento capacidad definitiva en 10 Mbps Plata	8.60	Mes	1.240.740,00	10.670.364,00
170	1.46 Aumento capacidad definitiva en 10 Mbps Plata	8.60	Mes	2.574.570,00	22.141.302,00
171	1.46 Aumento capacidad definitiva en 10 Mbps Plata	8.60	Mes	2.421.334,00	20.823.472,40
172	1.46 Aumento capacidad definitiva en 10 Mbps Plata	8.60	Mes	1.753.406,00	15.079.291,60
173	1.45 Aumento capacidad definitiva en 5 Mbps Bronce	8.60	Mes	1.114.826,00	9.587.503,60
174	1.46 Aumento capacidad definitiva en 10 Mbps Plata	6.60	Mes	565.450,00	3.731.970,00
175	* 1.27 - Aumento de la capacidad definitiva en 256 Mbps - Nivel Platino *	5.60	Mes	18.121.819,00	101.482.186,40
176	3.249 Traslado interno Canal dedicado Región 2_ Nivel Bronce	1.00	Unidad	7.575.540,00	7.575.540,00
				Total	7.149.146.298,26

ii) No era cierto que la instalación tardía de los ítems fuera imputable a la DIAN.

16. CCE procedió a declarar el incumplimiento parcial de ETB del AMP a través de la Resolución No. 675 de 2015 y, por ende, resolvió imponer la Cláusula Penal estipulada en la cláusula 17 de la AMP por valor de \$670.588.813.

17. ETB y la Aseguradora interpusieron de manera oportuna el respectivo recurso de reposición en contra del anterior acto administrativo. A propósito de la proporcionalidad de la pena, la aseguradora manifestó que debía aplicarse de manera proporcional la cláusula penal.

18. CCE resolvió confirmar el acto administrativo recurrido a través de la Resolución No. 677 de 2015. Con relación a la proporcionalidad, dicho acto administrativo dejó sentado expresamente lo siguiente:

“4.3.2. De la proporcionalidad de la pena

A través de la cláusula penal las partes fijan con anterioridad a la ocurrencia de los eventos de incumplimiento (total o parcial), a título de sanción, de resarcimiento de los

perjuicios, o de ambos, el monto del valor que uno debe pagar al otro en caso que se verifique la ocurrencia del hecho.

En la cláusula 17 del AMP se estableció que en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total o parcial de las obligaciones del Proveedor establecidas en el AMP, éste deberá pagar a título de cláusula penal una suma equivalente al 10% del valor total de las órdenes de Compra que incumplió. El pacto es claro y no deja duda al respecto. La cláusula penal es una suma fija, determinable de acuerdo con el valor de la Orden de Compra incumplida, y no es susceptible de la proporcionalidad.

Y menos en este caso en que la ETB tenía una ventaja competitiva frente a los demás posibles Proveedores para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Orden de Compra, toda vez que por vínculos contractuales previos ya venía prestado los servicios a la DIAN, lo que implicaba no tener que empezar de cero para a ejecutar la Orden de Compra. El incumplimiento aquí es más grave que si no hubiera tenido tal ventaja.

Colombia Compra Eficiente considera que en este caso es proporcional al monto del negocio la aplicación de la cláusula penal, que representa un 10% de su valor.”

CAPÍTULO IV

SOBRE EL PROCESO JUDICIAL EN EL QUE SE ACUSÓ EL ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO MEDIANTE EL CUAL SE DECLARÓ EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y SE HIZO EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA

19. El 11 de agosto de 2015, ETB, por conducto de apoderada judicial, radicó una demanda ante la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca cuyas pretensiones estaban encaminadas, a grandes rasgos, que se declarará la nulidad del acto administrativo complejo compuesto por la Resoluciones Nos. 675 y 677 de 2015 y, en consecuencia, el restablecimiento del derecho mediante la orden de retrotraer los efectos patrimoniales de dichas resoluciones.
20. En uno de los puntos de reproche que edificaron del concepto de violación de los actos acusados, se cuestionó la falta de aplicación proporcional de la cláusula penal en los términos del artículo 867 del Código de Comercio.
21. Mediante sentencia proferida en audiencia celebrada el 5 de octubre de 2016, se negaron las pretensiones de la demanda.
22. Respecto al cargo elevado en contra de los actos acusados relacionado con la falta de aplicación de la proporcionalidad, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dejó sentado lo siguiente:

“4. Desviación de las atribuciones propias de quien profiere el acto administrativo

Bajo este cargo, ETB plantea que la sanción debe ser proporcional teniendo en cuenta que no hubo incumplimiento grave de sus obligaciones, pues para la fecha de declaratoria de incumplimiento parcial, la ampliación del ancho de banda era de 83%.

Por su parte, CCE indica que en el Acuerdo Marco de Precios se estableció como cláusula penal pecuniaria el 10% de la orden de compra incumplida, tanto para incumplimiento total como parcial, por lo cual la imposición de la cláusula penal obedeció a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Lo primero que precisa la Sala es que el contrato es ley para las partes, y que en la cláusula 17 del Convenio Marco de precios, los extremos de la relación comercial pactaron la cláusula penal en los siguientes términos:

“Cláusula 17 - Cláusula penal

En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total o parcial de las obligaciones del Proveedor establecidas en el presente Acuerdo Marco de Precios, éste

deberá pagar a título de cláusula penal una suma equivalente al 10% del valor total de las Órdenes de Compra que incumplió. Este valor puede ser compensado con los valores que le adeuden las Entidades Compradoras a favor de quienes el Proveedor debe pagar el valor de la cláusula penal de conformidad con las reglas del Código Civil.”

La Sala no desconoce que en cuanto a las sanciones Impuestas es necesario que la administración se ajuste a razones de proporcionalidad, pero en este caso las dos partes han aceptado la manera como se pactó la cláusula penal en el contrato.

Evidencia la Sala que CCE lo que hizo en realidad fue atender el contenido de la cláusula penal pecuniaria y por tanto, no puede el Juez interpretar de manera diferente a como se pactó en el AMP.

Así las cosas, la Subsección negará el cargo de nulidad de desviación de las atribuciones propias de quien profiere el acto administrativo y negará la petición de reforma de la cláusula penal.

Por todo lo anterior, la Sala negará las pretensiones de la demanda.”¹

23. En el recurso de apelación, entre otras razones de inconformismo, se solicitó reducir le valor de la cláusula penal pecuniaria ante el cumplimiento parcial de las prestaciones.
24. Mediante sentencia proferida por la Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 9 de julio de 2021 y notificada -en los términos del artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA)- el jueves 5 de agosto de 2021, se confirmó la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
25. Con relación a la reducción por proporcionalidad, el Consejo de Estado dejó sentado lo siguiente:

“53. El último elemento que debe ocupar la atención de la Sala es la solicitud de reducción proporcional de la cláusula penal que fue impuesta por la entidad demandada, la cual se elevó como una pretensión subsidiaria. Para el análisis de esta pretensión se debe atender el propio pacto contractual, en el cual las partes estipularon (se transcribe):

“Cláusula 17. En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total o parcial de las obligaciones del proveedor establecidas en el presente Acuerdo Marco de Precios, éste deberá pagar a título de cláusula penal una suma equivalente al 10% del valor total de las órdenes de compra que incumplió. Este valor puede ser compensado con los valores que le adeuden las entidades compradoras a favor de quienes el Proveedor debe pagar el valor de las cláusula penal de conformidad con las reglas del Código Civil”.

En atención a lo estipulado en el contrato, y a lo consagrado por el propio Código Civil, las partes pactaron el 10% del valor de las órdenes de compra como cláusula penal frente a incumplimientos totales o parciales, como el que ocurrió en el caso bajo análisis. Por lo anterior, la administración, al hacer efectiva dicha cláusula, lo hizo en los propios términos del acuerdo, para lo cual debe recordarse que el Código Civil establece, en el artículo 1599, que “habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.”²

4° EL DERECHO FUNDAMENTAL QUE SE CONSIDERA VIOLADO:

En el caso de autos se está presentando una Acción de Tutela en contra de una providencia judicial - específicamente una sentencia de segunda instancia- por lo que el Derecho Fundamental vulnerado es

¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Tercera. Subsección “A”. Magistrado Ponente: Alfonso Sarmiento Castro. Bogotá D.C., 5 de octubre de 2016. Rad. No. 25000233600020150191800. Sentencia de primera instancia.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B”. Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata. Bogotá D.C., 9 de julio de 2021. Rad. No. 25000233600020150191800 (59325). Sentencia de segunda instancia. 07-07.7-F-020-v.6 14/07/2020

“Una vez impreso este documento, se considerará **documento no controlado**”.

Carrera 8 No 20 – 70 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
 Código Postal: 110311
 Conmutador: 242 2000

el Derecho Fundamental al Debido Proceso consagrado en el artículo 29 superior que es del siguiente tenor:

“ARTICULO 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

Ahora bien, jurisprudencialmente se ha dejado sentado que existen unos requisitos generales y unos requisitos y/o causales especiales de procedencia de la Acción de Tutela en contra de providencias judiciales, requisitos y causales que serán analizadas posteriormente con el objeto de mostrar la vulneración del Derecho Fundamental al Debido Proceso en cabeza de ETB.

5° EL ORGANO AUTOR DEL AGRAVIO:

Los órganos autores del agravio son i) la **SUBSECCIÓN “B” DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO** y ii) la **SUBSECCIÓN “A” DE LA SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**, autoridades judiciales que profirieron las sentencias de primera y segunda instancia dentro del proceso judicial con radicado 25000232600020150191800-01.

6° DESCRIPCIÓN DE LAS DEMÁS CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES PARA DECIDIR LA SOLICITUD:

6.1. CONSIDERACIONES SOBRE LA ACCIÓN DE TUTELA EN CONTRA DE PROVIDENCIAS JUDICIALES:

La Acción de Tutela en contra de providencias judiciales ha sido un tema polémico y dinámico en el ordenamiento jurídico vernáculo.

En efecto, inicialmente el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 consagró lo siguiente:

“ARTÍCULO 40. *Cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.*

Cuando dichas providencias emanen de Magistrados, conocerá el Magistrado que le siga en turno, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección.

Tratándose de sentencias emanadas de una sala o sección, conocerá la sala o sección que le sigue en orden, cuya actuación podrá ser impugnada ante la sala plena correspondiente de la misma corporación.

PARÁGRAFO 1. *La acción de tutela contra tales providencias judiciales sólo procederá cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de éstas por deducirse de manera manifiesta y directa de su parte resolutoria, se hubieren agotado todos los recursos en la vía judicial y no exista otro*

mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. Cuando el derecho invocado sea el debido proceso, la tutela deberá interponerse conjuntamente con el recurso procedente.

Quien hubiere interpuesto un recurso, o disponga de medios de defensa judicial, podrá solicitar también la tutela si ésta es utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. También podrá hacerlo quien, en el caso concreto, careciere de otro mecanismo de defensa judicial, siempre y cuando la acción sea interpuesta dentro de los sesenta días siguientes a la firmeza de la providencia que hubiere puesto fin al proceso.

La tutela no procederá por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas.

PARÁGRAFO 2. *El ejercicio temerario de la acción de tutela sobre sentencias emanadas de autoridad judicial por parte de apoderado será causal de sanción disciplinaria. Para estos efectos, se dará traslado a la autoridad correspondiente.*

PARÁGRAFO 3. *La presentación de la solicitud de tutela no suspende la ejecución de la sentencia o de la providencia que puso fin al proceso.*

PARÁGRAFO 4. *No procederá la tutela contra fallos de tutela.”*

No obstante lo anterior, mediante sentencia C-543 de 1992³ se declaró inexecutable dicho artículo. Al margen de ello, en dicha providencia judicial se dejó expresamente sentado -en la parte que constituye cosa juzgada implícita de la misma providencia⁴- que la tutela era procedente cuando existiera una vía de hecho.

En efecto, el profesor Manuel Fernando Quinche dejó sentado lo siguiente al momento de analizar este particular:

“La acción de tutela se encuentra regulada en el artículo 86 de la Constitución Política, así como en el Decreto 2591 de 1991, que la desarrolló por vía legal. Esta última norma establecía en su artículo 40, la posibilidad de accionar en contra de providencias judiciales. Aunque el artículo 40 fue declarado inexecutable mediante Sentencia C-543 de 1992, la Corte Constitucional aceptó expresamente la procedencia de la Acción de Tutela en contra de providencias judiciales, en los casos de “actuaciones de hecho imputables al funcionario”, caso en el cual se consideró que no se estaba en presencia de un acto judicial, sino de un acto de poder. Al respecto la Sentencia señaló puntualmente:

Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales(...) En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.

Del año 1992 a la fecha, ha sido construida una sólida doctrina alrededor de lo que se llamó la “vía de hecho”, es decir, de la procedencia de la Acción de Tutela en contra de providencias judiciales.”

⁵

³ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá D.C., 1º de octubre de 1992. Exp. No. D-056 y D-092. Sentencia C-543 de 1992.

⁴ Con relación a las sentencias de Constitucionalidad o “C” Deik enseña que “Esto no supone, de ninguna manera, negar el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucional (sic). Sin duda tales sentencias (C) son vinculantes, pero no a título de precedente. Se trata de providencias con fuerza de cosa juzgada en virtud del artículo 243 CP, o con carácter de doctrina constitucional integradora. (...) Así pues, las sentencias que profiere la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, tanto en su parte resolutive como en su ratio decidendi, tienen cosa juzgada explícita o implícita, respectivamente.” DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina. “EL PRECEDENTE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: TEORÍA LOCAL PARA DETERMINAR Y APLICAR DE MANERA RACIONAL LOS PRECEDENTES DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO.” Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá D.C., 2018.. Página 364.

⁵ QUINCHE, Manuel Fernando. “Derecho Constitucional Colombiano de la carta de 1991 y sus reformas.” Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2009. Página 386.

07-07.7-F-020-v.6

“Una vez impreso este documento, se considerará **documento no controlado**”.

En tal virtud, inicialmente, las Acciones de Tutela eran procedentes en aquellos eventos en que los Despachos Judiciales incurrieran en vías de hecho.

De esta forma, a pesar de haber sido declarado inexecutable (C- 543 de 1992) el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 el cual consagraba la posibilidad de interponer una tutela en contra de sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, los operadores jurídicos han utilizado un extracto de dicha sentencia para fincar toda la doctrina de las vías de hecho. Dicho extracto dispuso que la acción de tutela procede contra actuaciones de hecho imputables al funcionario judicial. Conforme con lo anterior la Corte Constitucional en sentencia T-079 de 1993 dispuso expresamente que *“Es procedente la acción de tutela cuando se ejerce para impedir que las autoridades públicas, mediante vías de hecho vulneren o amenacen derechos fundamentales.”*⁶

Ahora bien, bajo esta primera aproximación *“(…) la Corte Constitucional fijó los siguientes defectos: el defecto sustantivo, caso en el cual, la actuación se funda en norma absolutamente inaplicable (i); el defecto fáctico, caso en el cual, resulta que el fundamento fáctico o probatorio de la decisión, es absolutamente inadecuado (ii); el defecto procedimental, que acontece cuando el juez ha actuado completamente fuera del procedimiento establecido (iii); y el defecto orgánico, evento en el cual, el funcionario que profirió la decisión, carecía completamente de competencia para hacerlo (iv).”*⁷

Luego de esta primera aproximación a la tutela en contra de providencias judiciales, a partir del año 2003 la Corte Constitucional dio paso a una nueva posición acerca de la tutela en contra de providencias judiciales. En efecto, *“Posteriormente y a partir del año 2003, la Corte Constitucional dio paso a lo que describió como una “redefinición dogmática” de la figura, que consistió básicamente dos cuestiones: en primer lugar, en pasar de la expresión “vías de hecho”, a la de “causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales”; y en segundo lugar, al ensanchamiento de la figura, de modo tal que no se limite simplemente a uno cualquiera de los cuatro defectos mencionados, sino que por el contrario, resulte posible ampliar el amparo a situaciones que vayan más allá de esos defectos, manteniéndose como tesis central la procedencia de la tutela “porque la solución que el juez resolvió imponer al asunto sometido a su consideración no concuerda con los dictados de la Constitución Política, puede decirse que su legalidad es solo aparente, y que el juez constitucional debe intervenir, porque la ausencia de juridicidad impone que la sentencias no puedan ser definitivas”*⁸

Con base en esta última postura la Corte Constitucional⁹ contempló 6 requisitos generales y 8 requisitos y/o causales especiales de procedibilidad de la tutela en contra de providencias judiciales, a saber:

i) **Requisitos Generales:**

- a) Relevancia constitucional.
- b) Agotamiento de recursos.
- c) Requisito de la inmediatez.
- d) Defecto procesal decisivo.
- e) Alegación de la vulneración en el proceso judicial.
- f) Que no se trate de una sentencia de tutela.

ii) **Causales o requisitos especiales:**

- a) *“El defecto orgánico, caso en el cual, el funcionario que profirió la providencia impugnada, carece completamente de competencia.*
- b) *El defecto procedimental, que acontece cuando el juez actúa completamente fuera del procedimiento previsto para el trámite de la actuación.*

⁶ Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., 26 de febrero de 1993. Exp. No. T-5942. Sentencia T-079 de 1993.

⁷ QUINCHE, Manuel Fernando. Op. Cit. Página 387.

⁸ Ibídem. Página 387.

⁹ La sentencia más importante para estos efectos fue la siguiente: Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá D.C., 8 de junio de 2005. Exp. No. D-5428. Sentencia C-590 de 2005. 07-07.7-F-020-v.6

*“Una vez impreso este documento, se considerará **documento no controlado**”.*

- c) *El defecto fáctico, que se configura cuando el fundamento probatorio de la actuación es inadecuado, bien porque se ignora la prueba, o el acceso a la misma, porque se omite su valoración, o porque se fundamenta la decisión en prueba ilícita.*
- d) *El defecto sustantivo, evento en el cual, la decisión es tomada con base en norma completamente inaplicable al caso, o sobre norma derogada.*
- e) *El error inducido o vía de hecho por consecuencia, que se configura en aquellos casos en los que la decisión del funcionario, es violatoria de la Constitución y de los derechos fundamentales, como consecuencia de un error previo o de un engaño originado en otro servidor público o en un tercero.*
- f) *El desconocimiento de la cosa juzgada constitucional o del precedente constitucional, que acontece cuando la decisión tomada por el funcionario desconoce el contenido de aquellos.*
- g) *La decisión judicial sin motivación, que constituye un mero acto de poder y no un acto constitucional.*
- h) *La violación directa de la Constitución, que se concreta en la vulneración de los derechos fundamentales del afectado, por no darse aplicación a la excepción de inconstitucionalidad o por darse aplicación a una norma legal en contra de lo dispuesto por la Constitución.”¹⁰*

Ahora bien, descendiendo a la jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativa en lo relacionado con las Acciones de Tutela en contra de providencias judiciales, en providencia de unificación jurisprudencial del 31 de julio de 2012, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dejó sentado lo siguiente sobre la procedencia de las Acciones de Tutela en contra de providencias judiciales:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203)**, han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente. En consecuencia, en la parte resolutive, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.”¹¹*

La importancia de este fallo de tutela radica en que esta providencia constituye un precedente judicial cuyo cumplimiento es obligatorio en el presente proceso constitucional. En efecto, respecto al precedente, la doctrina ha dejado sentado lo siguiente:

“Como se dijo, los términos ‘jurisprudencia’ y ‘precedente’ son distintos, en cuanto el primero tiene naturaleza persuasiva y argumentativa, mientras que el segundo tiene carácter normativo y obligatorio (ver sección 6 de la Introducción). (...)

*Para efectos de esta investigación, se adoptará el concepto estrecho de precedente antes indicado, a saber: **el precedente es “el criterio jurídico, principio o fundamento que justifica una decisión que es utilizado como fuente jurídica para resolver casos futuros” (Gascón) que, además, incorpora en su seno los hechos materiales del caso (no de su descripción).** Así pues, este comprende reglas contenidas en fallos respecto de los cuales un juicio o test de igualdad frente a un nuevo caso revele que se trata de casos análogos.*

Así las cosas, en lugar del enfoque interpretativo que parece otorgársele en gran parte de la jurisprudencia y la doctrina, el enfoque fáctico – analógico parece ser más acorde con la naturaleza

¹⁰ QUINCHE, Manuel Fernando. Op. Cit. Página 388.

¹¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera Ponente: María Elizabeth García Gonzalez. Bogotá D.C., 31 de julio de 2012. Rad. No. 11001031500020090132801. Fallo de tutela. 07-07.7-F-020-v.6

*“Una vez impreso este documento, se considerará **documento no controlado**”.*

Carrera 8 No 20 – 70 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
 Código Postal: 110311
 Conmutador: 242 2000

*que tiene la figura del precedente judicial en sistemas de common law, desde los cuales se ha transplantado la misma. (...)*¹²

Decimos que esta providencia constituye un precedente conforme con lo consagrado por Deik en su obra teniendo en cuenta lo siguiente: *“En relación con la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tienen naturaleza de precedente judicial **las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado** proferidas por importancia jurídica, trascendencia económica o social o por la necesidad de sentar jurisprudencia (...)*¹³

Bajo esta perspectiva, es procedente la Acción de Tutela en contra de una sentencia judicial conforme con el presente judicial aplicable.

De conformidad con todo lo anterior, es menester indicar que es procedente la Acción de Tutela en contra de providencias judiciales en el evento en que se verifique el cumplimiento de todos los requisitos generales y alguna o algunas de las causales especiales. En tal virtud, en el caso de autos, se procederá a analizar la totalidad de los requisitos generales y a determinar cuales de las causales especiales se produjeron con las decisiones reprochadas.

6.2. VERIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS GENERALES EN EL CASO SUB EXAMINE:

6.2.1. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dejado sentado lo siguiente sobre el requisito *sub examine*:

*“Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.”*¹⁴

Es menester indicar que la cuestión sometida a consideración del Despacho Judicial de la causa tiene relevancia constitucional en la medida en que por la interpretación gravemente errática del AMP hecha por el Consejo de Estado al momento de resolver el recurso de apelación, se dejaron de aplicar 2 normas del Código Civil y del Código de Comercio que permitían que, al momento de hacer efectiva la CPP, se redujera el monto de la propia CPP ante el cumplimiento parcial del contrato.

De hecho, basta precisar que así lo ha entendido la Honorable Corte Constitucional, al tener por cumplido el mencionado requisito con la simple constatación de que el asunto bajo estudio implica una posible vulneración de un derecho fundamental. Al respecto, recientemente en la Sentencia T-060 de 2016 señaló:

*“El presente asunto reviste importancia constitucional, en la medida que se estudia la posible afectación del derecho fundamental al debido proceso (CP, 29) y el acceso a la administración de justicia (CP, 229) generada por un fallo que ordenó una reliquidación pensional sin límite de cuantía.”*¹⁵

6.2.2. AGOTAMIENTO DE RECURSOS:

Con relación a este requisito, la Corte Constitucional ha dejado sentado lo siguiente:

¹² DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina. Op. Cit. Páginas 355 y 356.

¹³ Ibídem. Página 370.

¹⁴ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Op. Cit.

¹⁵ Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. Bogotá D.C., 15 de febrero de 2016. Exp. No. T-5.143.141. Sentencia T-060 de 2016. 07-07.7-F-020-v.6

*“Una vez impreso este documento, se considerará **documento no controlado**”.*

“Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.”¹⁶

Es menester indicar que contra la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda se interpuso, dentro del término procesal dispuesto para ello, el respectivo recurso de apelación.

Ahora bien, aunque en el presente caso, excepcionalmente, procedían recursos extraordinarios conforme con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ninguno de los recursos extraordinarios eran aplicables al caso de autos con base en las causales especiales que más adelante se analizarán. Lo anterior en la medida en que las causales de dichos recursos extraordinarios no se verifican con las causales especiales que se desarrollarán posteriormente.

6.2.3. REQUISITO DE INMEDIATEZ:

En lo concerniente al presente requisito, el máximo tribunal constitucional ha dejado sentado lo siguiente:

“Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.”¹⁷

Sobre este requisito, el Consejo de Estado en proveído del 23 de enero de 2019 dejó sentado lo siguiente:

“Específicamente, en torno a la verificación de este presupuesto cuando la tutela que se analiza está dirigida contra una providencia judicial, la Sala Plena de esta Corporación mediante sentencia de unificación del 5 de agosto de 20148 estableció, como regla general, que el mecanismo de amparo debe promoverse en un plazo máximo de seis meses contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia o providencia objeto de reproche constitucional, límite temporal que también ha sido acogido por la Corte Constitucional.”¹⁸

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la notificación de la sentencia se efectuó el 5 de agosto de 2021, por lo que se tenía hasta el 5 de febrero de 2022 a efectos de radicar la presente demanda y, con ello, cumplir este requisito. Por lo anterior, el requisito *sub examine* se cumplió en el caso concreto.

6.2.4. DEFECTO PROCESAL DECISIVO:

El defecto procesal decisivo es entendido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la siguiente forma:

“Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Op. Cit

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera Ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto. Bogotá D.C., 23 de enero de 2019. Rad No. 11001031500020180117600. Fallo de tutela. 07-07.7-F-020-v.6

“Una vez impreso este documento, se considerará documento no controlado”.

Carrera 8 No 20 – 70 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
 Código Postal: 110311
 Conmutador: 242 2000

irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.”¹⁹

Como quiera que el reproche que se tiene en contra de las autoridades judiciales accionadas no es de orden procesal, no debe verificarse el presente requisito en el caso concreto.

6.2.5. ALEGACIÓN DE LA VULNERACIÓN EN EL PROCESO JUDICIAL:

Respecto al presente requisito, la Corte Constitucional ha dejado sentado lo siguiente:

“Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.”²⁰

Remitiéndonos al caso *sub examine*, se tiene que tanto en la demanda como en el recurso de apelación se reprocharon los actos administrativos acusados por no aplicar la CPP de forma proporcional conforme con lo expuesto en los hechos Nos. 20 y 23 de la presente demanda.

Por lo anterior, el requisito *sub examine* se cumple en el caso concreto.

6.2.6. QUE NO SE TRATE DE UNA SENTENCIA DE TUTELA:

Como quiera que se cuestiona una sentencia proferida en el marco de un proceso contencioso administrativo en el que se ventilaron pretensiones propias del medio de control de controversias contractuales, no se está cuestionando una sentencia proferida en ejercicio de una Acción de Tutela.

6.3. REQUISITOS O CAUSALES ESPECIALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN CONTRA DE PROVIDENCIAS JUDICIALES:

En el presente acápite de la Acción de Tutela, se procederá a determinar cuáles causales especiales se advierten configuradas de la providencia judicial reprochada.

6.3.1. DEFECTO FÁCTICO:

Según la Corte Constitucional, el defecto fáctico consiste en aquel escenario en el que *“resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado (...)”, o cuando “se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia.”²¹*

Al sentir de la propia sentencia, dicho defecto se presenta en 2 dimensiones que son del siguiente tenor:

“la primera ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. 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

¹⁹ Ibídem.

²⁰ Ibídem.

²¹ Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá D.C., 21 de junio de 2017. Exp. No. T-6.023.346. Sentencia T-393/17. 07-07.7-F-020-v.6

“Una vez impreso este documento, se considerará documento no controlado”.

Carrera 8 No 20 – 70 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
 Código Postal: 110311
 Conmutador: 242 2000

establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnera la Constitución.”²²

Descendiendo al caso concreto, es menester indicar que tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrieron en este defecto con visos de las 2 dimensiones en la medida en que valoraron el AMP de forma arbitraria, irracional y caprichosa, así como dieron por establecidas circunstancias sin la existencia de un material probatorio que respalde su decisión.

En efecto, con relación a la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, huelga indicar que dicho Despacho Judicial, sin ahondar en explicaciones, dio lugar a entender que las partes renunciaron a la aplicación de la reducción proporcional de la CPP ante cumplimientos parciales tal como se avizora en el hecho No. 22.

Por su parte, el Consejo de Estado indicó que las partes pactaron que la CPP pactada en el AMP procedía por incumplimientos totales o parciales, así como trajo a colación el artículo 1599 del Código Civil en virtud del cual la pena puede exigirse en todos los casos en que se hubiese estipulado, sin que sea dable alegarse que la inexecución de lo pactado no causó perjuicios.

Ahora bien, de ningún aparte de la cláusula 17 del AMP puede colegirse que las partes renunciaron a la reducción de la pena por cumplimientos parciales consagradas en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio.

De hecho, la cláusula 17 es del siguiente tenor:

“Cláusula 17 - Cláusula penal

En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total o parcial de las obligaciones del Proveedor establecidas en el presente Acuerdo Marco de Precios, éste deberá pagar a título de cláusula penal una suma equivalente al 10% del valor total de las Órdenes de Compra que incumplió. Este valor puede ser compensado con los valores que le adeuden las Entidades Compradoras a favor de quienes el Proveedor debe pagar el valor de la cláusula penal de conformidad con las reglas del Código Civil.”

De ningún aparte de dicha estipulación se colige que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, renunciaron a la aplicación de la reducción consagrada en los artículos mencionados líneas atrás. Por el contrario, cuando la cláusula establece que la CPP procede ante el cumplimiento total o parcial de las obligaciones, lo que está estableciendo es que dicha estimación anticipada de perjuicios procede a pesar que el proveedor no haya incumplido con el 100% de las Ordenes de Compra y del AMP, afirmando que la CPP puede imponerse así se haya incurrido en un simple incumplimiento parcial.

No obstante, en ningún aparte de dicha CPP, las partes están renunciando expresamente a la aplicación del artículo 1596 del Código Civil y al último aparte del artículo 867 del Código de Comercio, normas que son del siguiente tenor:

“ARTICULO 1596. *Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”*

“ARTÍCULO 867. *Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.*

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva

²² Ibidem.
 07-07.7-F-020-v.6
 “Una vez impreso este documento, se considerará **documento no controlado**”.

*habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. **Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.*** (Se subraya)

Bajo esta perspectiva, es claro que las autoridades judiciales accionadas incurrieron en el defecto fáctico por cuanto: i) valoraron el AMP de forma arbitraria, irracional y caprichosa al afirmar, sin sustento alguno fáctico, jurídico y/o lógico, que la CPP pactada en el AMP renunció a la aplicación de los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, por lo que ii) dieron por establecida la circunstancia de la renuncia de los precitados artículos del Código Civil y Código de Comercio sin que existiere el material probatorio que soportara dicha circunstancia.

6.3.2. DEFECTO SUSTANTIVO:

Sobre el defecto sustantivo, la Corte Constitucional ha dejado sentado lo siguiente:

*“3.4. Por otra parte, la Corte ha establecido que el **defecto sustantivo** parte del ‘reconocimiento de que la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta’. En consecuencia este defecto se materializa cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto.’. La jurisprudencia de este Tribunal en diferentes decisiones ha recogido los supuestos que pueden configurar este defecto, así en las sentencias SU-168 de 2017 y SU-210 de 2017, se precisaron las hipótesis en que configura esta causal, a saber:*

(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) La aplicación de una norma requiere interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y resultan 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.

Adicionalmente, esta Corte ha señalado que una autoridad judicial puede incurrir en defecto sustantivo por interpretación irrazonable, en al menos dos hipótesis: (i) cuando le otorga a la disposición jurídica un sentido y alcance que esta no tiene (contraevidente); o (ii) cuando le confiere a la disposición infraconstitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad contraviene postulados de rango constitucional o conduce a resultados desproporcionados”.²³

Remitiéndonos al caso concreto, se tiene que el Consejo de Estado con la sentencia de segunda instancia incurrió en el defecto sustantivo por 2 razones fundamentales, a saber:

- i) Por aplicación de una norma **NO APLICABLE AL CASO CONCRETO.**
- ii) Ante la aplicación de la norma no aplicable, no se aplicó la norma que resultaba aplicable.

²³ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá D.C., 5 de julio de 2018. Exp. Nos. T-6.304.188 y T-6.390.556. Sentencia SU-072/18. 07-07.7-F-020-v.6

Carrera 8 No 20 – 70 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
 Código Postal: 110311
 Conmutador: 242 2000

En efecto, tal como se relató en el hecho No. 25 de la presente demanda, el Consejo de Estado dio aplicación al artículo 1599 del Código Civil que es del siguiente tenor:

“ARTICULO 1599. *Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.”*

Es de anotar que el supuesto de hecho sobre el cual se finca la prohibición de alegación por parte del deudor hace referencia a que el deudor no puede aseverar que, como quiera que la inejecución de las prestaciones del contrato no perjudicó al acreedor o no le produjo a si mismo un beneficio, no es dable que se exija la efectividad de la CPP.

Dicha situación tiene todo el sentido frente a la función que cumple la cláusula penal pecuniaria como estimación anticipada de perjuicios entre las partes, estimación que exime al acreedor de probar que i) se produjo un perjuicio, ii) cuál es el monto del perjuicio y iii) la culpa del deudor.

Sobre estos efectos, la doctrina vernácula ha dejado sentado lo siguiente:

“218. VENTAJAS DE LA ESTIMACIÓN CONVENCIONAL. -Son ellas las siguientes:

a) En primer lugar, el acreedor queda liberado de la carga, onerosa y difícil de ordinario, de probar que la infracción de la obligación principal le ha ocasionado perjuicios y cuál es la naturaleza de estos, pues mediando la cláusula penal, dichos perjuicios se presumen iuris et de iure, en forma tal que el deudor no es admitido a probar en contrario. Esta presunción de derecho está consagrada por el artículo 1599 en los siguientes términos: "Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio".

b) La cláusula penal también le evita al acreedor discusiones y la carga de la prueba pericial del monto de los perjuicios, porque en virtud de aquella este monto queda fijado de antemano. Así, conforme al texto legal últimamente transcrito, habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que el deudor pueda ser recibido a probar que el valor de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación principal es menor; por ejemplo, que estos valen \$ 1.000 y no los \$ 10.000 en que fueron convencionalmente estimados.

c) Como el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor (art. 1604), el acreedor que exige el pago de la pena también queda exonerado de acreditar dicha culpa.

En suma: el acreedor de la pena, para hacerla efectiva, solo necesita acreditar judicialmente la existencia de la obligación principal y de la cláusula, y la infracción de la primera, cuando esta es negativa, o la mora del deudor si es positiva (art. 1595). Resulta, por tanto, de indudable conveniencia para el acreedor premunirse de una cláusula penal, aun en el caso de que la obligación principal tenga garantías específicas, como la fianza, la hipoteca o la prenda.”²⁴

Pues bien, descendiendo a la defensa desplegada por ETB en el procedimiento administrativo sancionatorio y en el proceso judicial, es menester indicar que ETB **NUNCA MANIFESTÓ** que no era posible hacer efectiva la CPP toda vez que el incumplimiento que se le endilgó no había causado perjuicios o no le habría dado un beneficio; por el contrario, ETB lo único que solicitó fue que se aplicará el artículo 1596 del Código Civil y el último aparte del último inciso del artículo 867 del Código de Comercio.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado incurrió en el defecto sustantivo en la medida en que aplicó una norma **que no era aplicable al caso concreto debido a que el supuesto de hecho sobre el cual se finca su prohibición no fue alegado por ETB**, situación que produjo que la norma aplicable **NO SE APLICARÁ.**

²⁴ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. “RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES”. Editorial Temis. Octava Edición. Bogotá D.C., 2020. Página 149.
 07-07.7-F-020-v.6

Carrera 8 No 20 – 70 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
 Código Postal: 110311
 Conmutador: 242 2000

Bajo esta perspectiva, aplicando la disminución por proporcionalidad consagrada en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, se tiene que, conforme con lo expuesto en el hecho No. 15, se pactaron en total 176 ítems. Ahora, según lo que se desprende de la Resolución No. 675 de 2015, a la fecha de inicio de dicha audiencia se encontraban incumplidos sólo 36 ítems. Por lo anterior, el porcentaje de cumplimiento del contrato se obtiene a través de la siguiente operación:

- i) A 176 se resta 36, resultado que determinará los ítems cumplidos por ETB. El resultado es 140.
- ii) Se tiene que determinar que porcentaje corresponde 140 del total de ítems pactados que es 176. Razón por la cual se tiene que hacer una regla de 3 en virtud de la cual 176 es el 100% y 140 es X. Bajo esta egida, debe multiplicarse $140 \cdot 100$ y dividirse entre 176. El resultado es 79,54.
- iii) Por lo anterior, ETB cumplió -para el momento del inicio de la audiencia de efectividad de la CPP- con el 79,54% del contrato.

Bajo esta premisa, en los términos del artículo 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, como quiera que el 100% de la CPP era de \$670.588.813, debía reducirse a dicho valor el porcentaje de cumplimiento del contrato, esto es, 79,54%.

Por lo anterior, debía reducirse a dicho valor la suma de \$533.386.341,86 que corresponde el 79,54% de la CPP, por lo que ETB sólo debía pagar la suma de \$137.202.472.

Ahora bien, en caso de considerarse **REMOTAMENTE** que eran 112 ítems conforme con lo dispuesto en la Resolución 675 de 2015, se habría cumplido el 67,85% del contrato, lo que significa que debía pagarse sólo \$215.594.303,38.

Bajo esta premisa, la aplicación de una norma no aplicable al caso concreto le generó un detrimento considerable a ETB, razón por la cual las autoridades judiciales accionadas incurrieron en un defecto sustantivo.

6.3.3. DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE:

Sobre el desconocimiento del precedente, la Corte Constitucional ha dejado sentado lo siguiente:

“En síntesis, el desconocimiento del precedente se configura cuando el funcionario judicial se aparta de las sentencias emitidos por los tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias, sin exponer las razones jurídicas que justifique el cambio de jurisprudencia.”²⁵

Sobre el precedente judicial deben efectuarse las siguientes anotaciones que se incorporaron en una tesis de grado que presenté en el marco de la Maestría de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana:

“El ordenamiento jurídico colombiano ha sido por tradición de índole ‘legalista’, por oposición a los sistemas donde la jurisprudencia se considera una fuente de derecho principal. Se lee en el artículo 230 de la Constitución que la jurisprudencia es apenas una fuente auxiliar, pues los jueces “sólo están sometidos al imperio de la ley”. Tal afirmación es parcialmente cierta, en el entendido que desde leyes remotas -por ejemplo la Ley 61 de 1886- se dio cierto valor a las reglas que fueran desarrolladas por la jurisprudencia²⁶, con figuras como la doctrina probable²⁷.”

²⁵ Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá D.C., 18 de julio de 2017. Exp. No. T-6.054.054. T-459-17.

²⁶ Este modelo es denominado por Diego López como “[...] un sistema ‘libre’ de jurisprudencia en el que los jueces podían (o no) usar la jurisprudencia y la Corte de Casación para variarla.” Diego Eduardo López Medina, EL DERECHO DE LOS JUECES (Bogotá D.C.: Ed. Legis, 2006) 2a Edición, pp. 25-26. [López Medina]

²⁷ El artículo 4º de la Ley 169 de 1896, que mantiene a la fecha su vigencia dispone: “**Artículo 4.** Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte variara la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”

07-07.7-F-020-v.6

“Una vez impreso este documento, se considerará **documento no controlado**”.

El valor de la jurisprudencia tuvo un giro radical con la expedición de la sentencia C-836 de 2001 por parte de la Corte Constitucional mediante la cual, a grandes rasgos, se reconoció el valor vinculante del precedente judicial. En ella se dejó sentado que,

“La sujeción del juez al ordenamiento jurídico le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera, y los casos diferentes de manera distinta, y caracteriza su función dentro del Estado social de derecho como creador de principios jurídicos que permitan que el derecho responda adecuadamente a las necesidades sociales. Esta doble finalidad constitucional de la actividad judicial determina cuándo puede el juez apartarse de la jurisprudencia del máximo órgano de la respectiva jurisdicción.”²⁸

Ahora bien, con relación al extracto jurisprudencial precitado, es menester efectuar cinco acotaciones en particular, a saber:

- *Al sentir de la propia Corte Constitucional, la doctrina probable resulta aplicable a toda actividad judicial, incluyendo al Consejo de Estado²⁹.*
- *La parte obligatoria y vinculante de las sentencias proferidas por las altas cortes son aquellas que corresponden a la “ratio decidendi” de la decisión, es decir, los “(...) fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho.”³⁰*
- *La “ratio decidendi” de la sentencia C-836 de 2001 que se citó líneas atrás resulta obligatoria para todos los jueces de la república en virtud del concepto de cosa juzgada implícita, entendida como aquellos “(...) conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.”³¹*
- *Colombia evolucionó a un sistema relativo de precedentes³² teniendo en cuenta que tanto el precedente vertical u horizontal puede variarse en determinados casos, a saber: i. vertical: a) ante un cambio normativo, b) ante la necesidad de dar respuestas a realidades sociales cambiantes y c) cuando la jurisprudencia en determinado aspecto sea contradictoria o imprecisa; y ii. horizontal: a) cuando ya no responda adecuadamente a un cambio social posterior b) cuando sea errónea y c) por cambios en el ordenamiento jurídico positivo.³³*
- *Teniendo en cuenta que el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 sigue vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, el precedente judicial debe analizarse en función de la doctrina probable, de manera que habrá precedente judicial cuando se expidan tres (3) decisiones uniformes del órgano de cierre.”³⁴*

La aplicación proporcional de la cláusula penal pecuniaria constituye un precedente judicial que debe ser aplicado en el caso concreto en la medida en que existen, por lo menos, 3 decisiones que han adoptado esta postura, a saber:

²⁸ CC Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil Exp D-3374. Esta decisión se soportó en las siguientes consideraciones:

i) El principio de autonomía judicial y de sometimiento de los jueces al imperio de la Ley debe interpretarse conforme con la parte dogmática de la Constitución, parte dogmática en la que se contempla el derecho a la igualdad ante la Ley y la igualdad de trato por parte de las autoridades. Esto implica que aceptar la total autonomía de los jueces se estaría reduciendo la garantía de igualdad ante la ley a una mera igualdad formal ignorando, de esta forma, las garantías de igualdad de trato y protección por parte de los jueces.

ii) Al texto de la Ley se le debe dar un sentido mediante la jurisprudencia a efectos comprender la singularidad y complejidad de las relaciones sociales, lo que supone que la creación del derecho, en virtud del principio de colaboración armónica, sea una materia compartida entre los distintos órganos del Estado.

iii) La lectura de la palabra probable hace referencia al nivel de certeza empírica de la doctrina, más no la anulación del sentido normativo de la jurisprudencia.

iv) A efectos de asegurar un orden justo en los términos del artículo 2º superior, es necesario que exista una estabilidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico conforme con el principio de confianza legítima, de la buena fe y la doctrina de los actos propios.

²⁹ “En la medida en que el Consejo de Estado carecía legalmente de funciones jurisdiccionales en el momento en que fueron expedidas las normas que crearon la doctrina legal y la doctrina probable, estas dos instituciones, y los grados de autonomía que conferían, resultaban aplicables a toda la actividad judicial.” *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*

³¹ CC Sentencia del C-131 del 1º de noviembre de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero. Exp D-182.

³² Definido por López cómo de la siguiente forma: “En sistema relativo, pues, los jueces tienen el deber prima facie de respetar el precedente (incluyendo, por supuesto, los argumentos y el sentido de la decisión), Pero un deber prima facie no constituye un deber definitivo. En virtud del principio de autonomía judicial los jueces pueden separarse de la línea jurisprudencial ya fijada si exponen motivos suficientes y razonables para ello.” López Medina, p. 85.

³³ *Ibíd.*, pp. 86-88.

³⁴ <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/53218>

07-07.7-F-020-v.6

“Una vez impreso este documento, se considerará **documento no controlado**”.

- i) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá D.C. 6 de julio de 2017. Exp. No. 36.199. Sentencia.
- ii) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C. 26 de noviembre de 2015. Exp. No. 53.877. Sentencia.
- iii) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C. 26 de noviembre de 2015. Exp. No. 48.892. Sentencia.
- iv) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Bogotá D.C. 6 de diciembre de 2013. Exp. No. 27.593. Sentencia.

En virtud de lo anterior, las autoridades judiciales accionadas desconocieron dicho precedente al no aplicar la proporcionalidad en el caso sometido a su conocimiento.

6.4. PETICIONES:

De conformidad con todo lo anterior, las peticiones que se elevan son las siguientes:

PRIMERA: Amparar el Derecho Fundamental al Debido Proceso en cabeza de la ETB que fue vulnerado por las autoridades judiciales accionadas.

SEGUNDA: Que, como consecuencia de lo anterior, se deje sin efectos las sentencias de primera y segunda instancia proferidas dentro del radicado 25000233600020150191800-01.

TERCERA: Que, como consecuencia de la anterior petición, se ordene al Consejo de Estado Y/O al Tribunal Administrativo de Cundinamarca a que se profiera una providencia judicial en la que se reduzca la efectividad de la CPP teniendo en cuenta que sólo se incumplieron 36 de los 176 ítems pactados.

SUBSIDIARIA DE LA TERCERA: Que, como consecuencia de la anterior petición, se ordene al Consejo de Estado Y/O al Tribunal Administrativo de Cundinamarca a que se profiera una providencia judicial en la que se reduzca la efectividad de la CPP teniendo en cuenta que sólo se incumplieron 36 de los 112 ítems pactados.

CUARTA: Que se orden dejar sin efectos aquel aparte de las sentencias que impusieron costas y/o agencias en derecho.

6.5. PRUEBAS DOCUMENTALES:

Con la presente Acción de Tutela se allegan las siguientes pruebas documentales:

- i) Resolución No. 675 de 2015 proferida por CCE.
- ii) Resolución No. 677 de 2015 proferida por CCE.
- iii) Demanda interpuesta por ETB.
- iv) Acta de la audiencia en que se profirió la sentencia de primera instancia por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
- v) Recurso de apelación interpuesto por ETB en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
- vi) Sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado.

6.6. ANEXOS:

- i) Mensaje de datos con el que se me confiere poder para actuar en el presente proceso constitucional.
- ii) Escritura Pública No. 01196 del 25 de julio de 2016.

Carrera 8 No 20 – 70 Piso 1 Oficina de Correspondencia ETB
Código Postal: 110311
Conmutador: 242 2000

- iii) Certificado de Existencia y Representación Legal de ETB.
- iv) Las relacionadas en el acápite de pruebas.

7° NOTIFICACIONES:

Conforme con lo preceptuado en el numeral 10 del artículo 82 del Código General del Proceso -aplicable por conducto del artículo 1° de dicha codificación procesal- en virtud del cual con la demanda se debe indicar “El lugar, la dirección física y electrónica que tengan o estén obligados a llevar, donde las partes, sus representantes y el apoderado del demandante recibirán notificaciones personales.”, nos permitimos indicar lo solicitado de la siguiente manera:

7.1. ETB:

- i) **Lugar:** Ciudad de Bogotá D.C.
- ii) **Dirección física:** Carrera 8 No. 20-56.
- iii) **Dirección electrónica:** asuntos.contenciosos@etb.com.co.
- iv) **Apoderado:** hugo.morenog@etb.com.co y asuntos.contenciosos@etb.com.co. La dirección física es la misma de mi poderdante.

7.2. CONSEJO DE ESTADO:

- i) **Lugar:** Ciudad de Bogotá D.C.
- ii) **Dirección física:** Calle 12 No. 7-65. Palacio de Justicia.
- iii) **Dirección electrónica:** ces3sec@consejodeestado.gov.co.

7.3. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA:

- i) **Lugar:** Ciudad de Bogotá D.C.
- ii) **Dirección física:** Avenida Calle 24 No. 53-28.
- iii) **Dirección electrónica:** scsec03tadmincdm@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Cordial saludo,



HUGO FELIPE MORENO GALINDO

C.C. No. 1.032.464.670 de Bogotá D.C.

T.P. No. 292.843 del C.S. de la J.