

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente (E): HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil quince (2015)

RADICACIÓN: 25000233100020060013101
EXPEDIENTE: 37725
ACTOR: Caja Agraria, en liquidación
DEMANDADO: Rodrigo Hernando Vargas Parra
REFERENCIA: Contractual

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el cuatro (4) de junio de dos mil nueve (2009), mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO.- Declarar no probada la excepción de falta de jurisdicción y caducidad propuestas por el demandado Rodrigo Vargas Parra.

SEGUNDO.- Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO.- Sin condena en costas.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 19 de diciembre de 2005, la Caja Agraria – en liquidación, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra Rodrigo Hernando Vargas Parra:

*“1º Que se declare que entre las partes existió un contrato, en virtud del cual el abogado **RODRIGO HERNANDO VARGAS PARRA**, en su condición de mandatario judicial externo, le prestó sus servicios profesionales a **LA CAJA AGRARIA – EN LIQUIDACIÓN** - dentro del proceso ordinario laboral que en contra de ésta había instaurado el señor Ovidio Buitrago Grimaldo.*

2º *Que se declare que el abogado **RODRIGO HERNANDO VARGAS PARRA** incumplió el aludido contrato, al no haber ejecutado satisfactoriamente la totalidad de las obligaciones a su cargo.*

3º *Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al abogado **RODRIGO HERNANDO VARGAS PARRA**, a pagarle a la demandante **CAJA AGRARIA – EN LIQUIDACIÓN** -, a título de perjuicios, una suma no inferior a doscientos veintisiete millones treinta mil ciento diez y ocho pesos (\$227'030.118) m/cte, y que ese pronunciamiento se extienda a los pagos que mes a mes debe hacer la demandante para cubrir la pensión de jubilación del señor Ovidio Buitrago Grimaldo.*

4º *Que la suma de dinero por la que se condene al demandado con fundamento en la pretensión anterior, sea indexada, esto es corregida monetariamente como mecanismo para cubrir la desvalorización de la moneda.*

5º *Que se condene a la parte demandada al pago de las costas que se generen a raíz del presente trámite judicial.”*

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. En 1995, el señor Ovidio Buitrago Grimaldo demandó a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, con el fin de obtener la reliquidación de su pensión de jubilación y de otras prestaciones derivadas del contrato de trabajo que existió entre las partes. Para ello, el señor Ovidio Buitrago Grimaldo demandó el reconocimiento del incentivo extraordinario por trabajos especiales equivalente al 60% del sueldo básico asignado al cargo del jefe grado 24 y la reliquidación de las prestaciones correspondientes, a lo cual consideró tener derecho en razón de su vinculación al proyecto de modernización que adelantó la mencionada entidad.

2.2. La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, otorgó poder especial al abogado Rodrigo Hernando Vargas Parra, el cual, en ejercicio de su gestión contestó la demanda, invocó las excepciones de prescripción, compensación, falta de título para pedir, cobro de lo no debido, pago y todo hecho que pueda tipificar excepción.

2.3. Luego de rituadas las etapas propias del proceso, el Juez 5º Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 14 de agosto de 2002 declaró no probadas las excepciones y condenó a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a pagar al demandante las sumas debidas por reliquidación de la pensión de jubilación, sobre remuneración salarial, reliquidación de las primas de servicios escolaridad y vacaciones,

reliquidación de las cesantías y la indemnización moratoria por cada día de retardo en el pago.

2.4. Según narró la demandante, incumpliendo sus obligaciones, el abogado Rodrigo Hernando Vargas Parra no interpuso recurso de apelación contra la sentencia de agosto 14 de 2002, *“a pesar de que dicho proveído no sólo era susceptible de ser impugnado por esa vía, sino que además el juez a quo no se pronunció de fondo desvirtuando la totalidad de los medios exceptivos por él mismo alegados y en consideración a que a su mandante le impusieron una serie de onerosas prestaciones, circunstancias todas estas que implicaban tener que haber agotado la alzada¹”*.

2.5. El Juzgado 5º Laboral del Circuito, liquidó las costas y agencias en derecho y el abogado las objetó. Finalmente, previo dictamen pericial, las agencias en derecho quedaron en firme por la suma de \$50'000.000. La demandante indicó que esa suma también se reclama dentro del perjuicio solicitado en este proceso, por ser derivado de la no apelación de la sentencia.

2.6. Encontrándose en firme la sentencia de primera instancia, el apoderado solicitó que se tramitara el grado de consulta respecto de la sentencia de agosto 14 de 2002, petición que fue negada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, básicamente por la naturaleza jurídica de la Caja Agraria – en liquidación, al *“no existir evidencia de que la condena impuesta a la Caja Agraria sea adversa a la Nación.”*

2.7. Habiendo sido requerido para explicar los motivos por los cuales no presentó recurso de apelación contra la sentencia, el abogado remitió la comunicación del 20 de noviembre de 2002, en la cual se limitó a indicar que *“no fue posible apelarla dentro de la oportunidad procesal”*.

2.8. Posteriormente, ante la insistencia de la Caja Agraria - en liquidación, el abogado indicó en comunicación del 16 de abril de 2004, que la no interposición del recurso obedeció finalmente a un análisis juicioso del suscrito, a través del cual llegó a *“la convicción de que no existían argumentos jurídicos ni de carácter probatorio que modificaran la decisión tomada por el a quo”*.

¹ Folio 6, cuaderno 1.

2.9. La demandante extractó y transcribió en la demanda las observaciones tomadas de la carpeta de la hoja de vida del señor Ovidio Buitrago Grimaldo, toda vez que allí constaron los documentos en los cuales la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero decidió en su oportunidad, que el señor Buitrago no tenía derecho al incentivo extraordinario por trabajos especiales, básicamente por cuanto no existió un acto de vinculación a uno de los cargos del proyecto de modernización y se afirmó que únicamente colaboró en forma temporal y específica por espacio de 30 días apoyando a la firma Price Waterhouse, entre el 9 de octubre, fecha en que se informó su asignación para ese propósito y 20 de diciembre de 1989, fecha en que terminó el proyecto, según la afirmación contenida en la referida transcripción de documentos.

2.10. El 6 de octubre de 2005 se llevó a cabo la diligencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Séptima Judicial, delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual se declaró cerrada por falta de acuerdo entre las partes².

3. Actuación procesal.

3.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda por auto de 30 de marzo de 2006³, notificó al demandado el 30 de junio de 2006 y realizó la fijación en lista del negocio el 2 de agosto de 2006.

3.2. Se ordenó la práctica de pruebas mediante auto de 26 de octubre de 2006⁴.

3.5. Contestación de la demanda.

El demandado contestó la demanda el 12 de julio de 2006, negó el incumplimiento de obligación alguna, afirmó que existió un mandato judicial otorgado el 31 de mayo de 2005 y que dentro de las facultades propias del mandatario, con autonomía técnica y científica dejó de interponer el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, proferida en el proceso que le fue encomendado, por cuanto, a su juicio, la apelación habrían causado mayores erogaciones a la Caja Agraria, en liquidación. Se

² Folios 33 a 41, cuaderno 3.

³ Folio 22, cuaderno 1.

⁴ Folio 31, cuaderno 1.

opuso a todas las pretensiones de la demanda, observó que el contrato entre las partes fue un mandato judicial que, a en su opinión, terminó en la fecha del fallo de primera instancia.

En materia de **excepciones**, presentó la siguientes: **i)** falta de competencia, toda vez que la controversia no corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por cuanto existió un mandato judicial con un profesional del derecho, que no se rige por la contratación administrativa y **ii)** caducidad, la cual hizo consistir en que trascurrieron más de dos años desde el 14 de agosto de 2002, fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia en que se fundó la demanda, lo cual dio lugar a la caducidad de la acción en los términos del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

3.6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En la primera instancia, las partes no presentaron alegatos de conclusión⁵ y el Ministerio Público guardó silencio en su oportunidad.

3.7. La sentencia impugnada.

El Tribunal *a quo* profirió sentencia el cuatro (4) de junio de dos mil nueve (2009), declaró no probadas las excepciones y negó las pretensiones de la demanda.

El Tribunal *a quo* apoyó su decisión en las siguientes consideraciones:

Acerca de la “*Procedibilidad y caducidad de la acción*”, citó la Ley 80 de 1993, en sus artículos 1º y 82, sobre los cuales indicó que la demandante era una sociedad de economía mixta, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Agricultura, por lo cual estaba comprendida como entidad estatal, de acuerdo con el criterio orgánico que adoptó la Ley 80 de 1993, para efectos de llevar a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la controversia contractual.

Sobre la excepción de caducidad de la acción, el Tribunal *a quo* estimó que no tuvo

⁵ Folio 60, cuaderno 1, el cual da cuenta de la constancia secretarial de vencimiento del término de traslado, sin manifestación de las partes.

lugar, toda vez en este caso el término debe contarse a partir de la fecha de terminación del mandato judicial, lo cual se entendió ocurrido con la fecha del auto que ordenó el archivo del respectivo proceso, el 17 de marzo de 2005.

En relación con el **asunto de fondo**, el Tribunal *a quo* observó que no se acreditó la existencia del contrato de prestación de servicios que debía constar por escrito, lo cual llevó a advertir la falta de un requisito esencial del contrato estatal, de conformidad con la exigencia de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 y por lo tanto, decidió denegar las pretensiones del demandante.

Agregó que si se aplica el principio *“iura novis curia”*, por falta del contrato, la acción debía responder a la de reparación directa por enriquecimiento sin causa, no obstante lo cual *“no se acusó ni acreditó por la actora que se hubiera presentado un empobrecimiento de su patrimonio con el enriquecimiento correlativo del demandado”*. Frente a la acción del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, correspondiente a la reparación directa, advirtió la carencia de pruebas, por lo cual estimó que incurriría en violación flagrante de los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, en caso de acceder a las pretensiones de la demanda.

Acerca de lo probado en el proceso, el Tribunal *a quo* razonó en la siguiente forma:

“Empero, en el presente caso se acusa que el perjuicio sufrido por la entidad tiene su origen en la omisión del particular en presentar un recurso de reposición (sic) pero tampoco se acreditó la base normativa que lo obligaba a desarrollar la actividad que supuestamente se incumplió, por consiguiente tampoco podrían prosperar las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta el material probatorio obrante en el proceso.”

3.8. El recurso de apelación.

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, mediante escrito radicado el 16 de junio de 2009 y sustentó su recurso dentro del término procesal previsto para el efecto, con base en los siguientes argumentos:

“A. Procedencia de la acción de controversias contractuales”. El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo dispone la procedencia de la acción contractual como medio para que *“se declare la existencia”* del contrato. Por ello, precisamente a falta del escrito contentivo del contrato, la Caja Agraria, en liquidación, acudió a solicitar la declaración correspondiente, mediante la acción de controversias contractuales, invocó que la declaración no puede ser negada, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de

Estado⁶, proferida en aquellos casos en que de conformidad con la voluntad de las partes, es claro que se trató de un acuerdo contractual y por lo tanto, es pertinente declarar la existencia y en su caso el incumplimiento del contrato, sin necesidad de acudir a la acción de reparación directa o a la pretensión de enriquecimiento sin causa.

“**B. Consideraciones respecto de la valoración de las pruebas.**” Se debe apreciar el interrogatorio de parte, en el cual tuvo lugar la confesión del demandado, acerca del negocio jurídico que existió e igualmente en el plenario se probó que existió un mandato para la representación judicial en el proceso laboral, interpuesto por el señor Ovidio Buitrago Grimaldo contra la Caja Agraria.

“**C. Naturaleza de la relación jurídica que surgió entre las partes.**” Acerca del contenido del contrato observó que se configuró un contrato de prestación de servicios profesionales, con el objeto de la defensa judicial de los intereses de la Caja Agraria, dentro del proceso que se le encomendó al apoderado. Invocó el artículo 2144 del Código Civil, de acuerdo con el cual los servicios profesionales de representación judicial, son de aquellos que se sujetan a las reglas del mandato.

En este punto, la entidad apelante argumentó que el demandado incumplió el contrato al omitir la presentación del recurso de alzada respecto de la sentencia desfavorable, no obró con diligencia profesional, por lo cual tiene lugar la obligación a su cargo en el sentido de tener que indemnizar los perjuicios que dicho obrar negligente ocasionó a la Caja Agraria. En apoyo de lo anterior, indicó que los contratos obligan no solo a lo estipulado expresamente y citó la doctrina acerca del deber de colaboración del contratista, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

En la oportunidad para alegar en segunda instancia, la parte demandante reiteró los argumentos del recurso de apelación, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, la declaración de incumplimiento y la condena al pago de perjuicios a cargo del demandante.

El demandado y el Ministerio Público guardaron silencio en la segunda instancia.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **2)** cuantía del litigio; **3)** oportunidad en el ejercicio de la acción; **4)** las pruebas documentales aportadas al proceso; **5)** otras pruebas; **6)** ley del contrato celebrado por una entidad financiera de carácter estatal; **7)** reglas del contrato de mandato probado en el *sub lite*; **8)** consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil por incumplimiento del contrato; **9)** elementos de la responsabilidad civil contractual; **10)** deber de diligencia del mandatario; **11)** obligaciones de medios; **12)** deberes secundarios de comportamiento; **13)** el caso concreto; **13)** costas.

⁶ Sección Tercera, Sentencia de 4 de marzo de 1991, expediente 5825.

1. Competencia del Consejo de Estado.

La presente controversia se planteó en el seno de un contrato que se habría celebrado en el año de 1995, entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, sociedad anónima de economía mixta, vinculada al Ministerio de Agricultura, creada mediante la Ley 57 de 1931⁷ y el abogado Rodrigo Hernando Vargas Parra

De conformidad con el artículo 82 del Decreto 01 de 1984, contenido del Código Contencioso Administrativo, la jurisdicción de lo contencioso administrativo está *“instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas”*.

La Ley 80 de 1993, por la cual se expidió el Estatuto General de la Contratación Estatal, adoptó un criterio orgánico para definir su alcance, es decir que, como regla general, se sometieron a ese estatuto, aquellos contratos en los cuales una cualquiera de las partes detentó la condición de entidad estatal, sin distinguir para ello la clase o categoría del contrato.

Por otra parte, las entidades estatales fueron definidas en el artículo 2º de la Ley 80, dentro de las cuales se encontraron *“las sociedades de economía mixta, en las que el estado tenga participación del 50 %”*.

Para la fecha en que se presentó la demanda en este proceso, esto es el 19 de diciembre de 2005, la entidad demandante era una sociedad anónima de economía mixta, se encontraba en estado de liquidación habiendo pasado a denominarse, Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, pudiendo utilizar la sigla Caja Agraria, en Liquidación. Según la Resolución No. 1726 del 19 de noviembre de 1999, la Superintendencia Bancaria había ordenado la toma de posesión de los bienes haberes y negocios de la Caja Agraria.

La composición accionaria de esa sociedad de economía mixta, no fue expuesta en este proceso para efectos de determinar el porcentaje de participación estatal, no

⁷ Certificado de la Superintendencia Bancaria, obrante al folio 68, cuaderno 2, certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, obrante en los folios 1 a 6, cuaderno 2.

obstante lo cual, con base en la resolución aportada a este proceso, se establece que para la fecha de la presentación de la demanda la Caja Agraria estaba sometida a proceso de liquidación adelantado por el liquidador designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras⁸, que su patrimonio neto incluido el capital garantía era negativo⁹, de donde se desprende que el Estado tenía de la posición accionaria mayoritaria en el patrimonio social en liquidación, vale decir que, para el propósito de este proceso se confirma que la jurisdicción de lo contencioso administrativo era la competente para conocer del litigio entablado, por razón de la condición jurídica de la contratante y ahora demandante, Caja Agraria, en liquidación.

Igualmente, se tiene en cuenta que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se pronunció reiteradamente sobre su competencia, en vigencia del Código Contencioso Administrativo, para conocer de las controversias originadas en contratos celebrados por *entidades estatales con independencia del régimen jurídico de la contratación*, así:

“Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’**, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son*

⁸ Resolución No. 1726 de 1999, emanada de la Superintendencia Bancaria, Artículo 3. *“Ordenar la liquidación de los bienes, haberes y negocios de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO cuya toma de posesión se dispuso en el numeral anterior, dada la imposibilidad absoluta de colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social tal y como señaló en el considerando noveno del presente acto administrativo.*

⁹ Resolución No. 1726 de 1999, emanada de la Superintendencia Bancaria, considerando

CUARTO: *“Que para el 25 de junio de 1999 la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO presentaba la siguiente situación financiera:*

a) *La relación de patrimonio adecuado era de cero (0), inferior al mínimo legal del 9% establecido en el Decreto 673 de 1994.*

b) *Su patrimonio neto, incluido el capital garantía, era negativo en \$ 266.574 millones, cifra inferior al cincuenta por ciento (50%) de su capital suscrito y pagado, configurándose la causal de disolución prevista en el artículo 457 del Código de Comercio.*

objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”¹⁰ (Negrilla fuera del texto).

“De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.”

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.”¹¹

De acuerdo con todo lo antedicho, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de este proceso.

Al margen de lo anterior, a título puramente ilustrativo, conviene destacar el cambio introducido en materia de jurisdicción competente, por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011 –no aplicable a este proceso¹²-, mediante el cual se instituyó una

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Expediente 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición fue expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Expediente 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Expediente 2675.

Con la expedición de la Ley 1107 de 2006 –posterior a la demanda en este proceso-, se confirmó la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con auto de 8 de febrero de 2007, emanado de la Sección Tercera, radicación número: 05001-23-31-000-1997-02637-01(30903), demandante Unión Temporal Aguas de la Montaña y otros, demandado Sociedad Aguas de Rionegro S.A., ESP., reiterada en providencias posteriores, por ejemplo, sentencia de 21 de mayo de 2008, expediente. 33643, radicación: 11001032600020070000800; sentencia de 27 de marzo de 2008, radicación: 11001032600020070000900 expediente::33644; sentencia de 15 de octubre de 2008, Radicación: 11001032600020080001400., expediente: 35112; sentencia de 29 de enero de 2009,- radicación: 110010326000200800036 00, expediente: 35317.

En materia de contratos de entidades financieras públicas, la Subsección expuso igual principio de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 9 de octubre de 2013, radicación 250002326000 2002 01282 01, expediente 30763, Demandante; Unión Temporal Databox S.A. – Tandem S.A., demandado: Banco Agrario de Colombia S.A., referencia: acción contractual.

¹¹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, radicado 8500123310002000001980, expediente 20.968, Demandante: Luis Carlos Pérez Barrera, Demandado Caja Nacional de Previsión.

¹² **“Artículo 308. Régimen de transición y vigencia.** El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

excepción a la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en relación con las entidades financieras públicas, toda vez que se dispuso concretamente que ésta jurisdicción no conocerá de las controversias extracontractuales y contractuales en relación con operaciones que forman parte del giro ordinario de los negocios de dichas entidades financieras públicas y tampoco de los procesos ejecutivos, todos los cuales deberán ser ventilados, por lo tanto, ante la jurisdicción ordinaria.

En efecto, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, C.P.C.A., estableció:

“ARTÍCULO 105. EXCEPCIONES. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:

*1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, **cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos.** (La negrilla no es del texto).*

2. Cuantía del litigio.

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión por perjuicios se estimó en la suma de \$227'030.118, valor que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$190'750.000)¹³, exigida en la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005¹⁴, para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

3. La oportunidad en el ejercicio de la acción.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”

¹³ De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente del año 2005, toda vez que la demanda se presentó el 19 de diciembre de 2005 y el recurso de apelación se interpuso el 16 de junio de 2009, en vigencia de la Ley 954 de 2005 (folio 71, cuaderno principal).

¹⁴ Diario Oficial 45.983

La Sala se encuentra de acuerdo con la apreciación del Tribunal *a quo*, consistente en que la acción contractual se entabló oportunamente en el término del literal b) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, dentro de los dos años siguientes a la terminación del contrato, toda vez que a falta de otra prueba, es válido tomar como fecha de finalización del contrato de mandato judicial aquella en que se ordenó el archivo del expediente del proceso laboral para el cual se concedió el poder otorgado al abogado, ahora demandado.

Se observa también en que no hubo lugar a aplicar el literal d) del numeral 10, del citado artículo 136, en relación con el cómputo de la caducidad de la acción contractual para aquellos contratos sometidos a liquidación, por cuanto -se explicará más adelante- la Ley 80 de 1993 no aplicó al contrato *sub judice*, además de que no se conoció pacto alguno acerca del término para la liquidación del contrato.

4. Las pruebas aportadas al proceso.

Los siguientes documentos se aportaron en copias certificadas por el funcionario competente y algunos en copia simple, no siendo esto último óbice para su valoración de acuerdo con la jurisprudencia vigente, teniendo en cuenta que no tuvo lugar tacha ni reparo alguno sobre los respectivos documentos:

4.1. Resolución No. 1726 de 19 de noviembre de 1999, expedida por la Superintendencia Bancaria de Colombia, por medio de la cual se dispuso la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, así como su liquidación¹⁵.

4.2. Comunicación de 20 de noviembre de 2002, suscrita por Rodrigo Vargas Parra, dirigida al asesor de la liquidadora, en la cual informó que dentro del proceso de laboral de Ovidio Butrago Grimaldo “*se produjo sentencia condenatoria para la entidad, la cual no fue posible apelarla dentro de su oportunidad procesal.*”

¹⁵ Folios 466 a 489, cuaderno 2.

4.3. Comunicación de 16 de abril de 2004, suscrita por Rodrigo Vargas Parra, dirigida al asesor de la liquidadora, en la cual informó que:

“(...) la no interposición del recurso de apelación dentro del proceso del señor Ovidio Buitrago Grimaldo, obedeció finalmente, a un análisis juicioso del suscrito[,] del conjunto de pruebas practicadas por las partes, a través de las cuales llegué a la convicción de que no existían argumentos jurídicos ni de carácter probatorio que modificaran la decisión.”¹⁶

4.4. Resolución No. 03496 de 24 de enero de 2005, expedida por la liquidadora de la Caja Agraria, en liquidación, mediante la cual reajustó la pensión de jubilación del señor Ovidio Buitrago Grimaldo, en cumplimiento de la sentencia judicial proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, con la siguiente parte resolutive:

“ARTÍCULO PRIMERO.- Reajustar una pensión de jubilación a favor del señor (a) **OVIDIO BUTRAGO GRIMALDO**, identificado con la cédula de ciudadanía número 13.216.053 a partir de 17 de junio de 1991 en cuantía de **SETESCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO CINCUENTA PESOS (\$767.150) M/CTE.**

ARTÍCULO SEGUNDO.- Modificar el artículo primero de la Resolución No. 02894 del 22 de diciembre de 2003 el cual quedará de la siguiente manera:

Compartir con el Instituto de seguro Social la pensión de vejez otorgada al señor OVIDIO BUITRAGO GRIMALDO identificado con la cédula de ciudadanía No. 13.216.053 a partir de 28 de diciembre de 2002 en la siguiente proporción:

Valor Pensión Caja Agraria para el año 2002:	\$4.579.190.60
Valor Pensión reconocida por el ISS en 2002:	\$1.450.132.00
Diferencia a cargo de la Caja Agraria:	\$3.129.058,60

Parágrafo: A partir del 01 de febrero del año 2005 el mayor valor que debe asumir la Caja Agraria en Liquidación por concepto de pensión de jubilación legal compartida del señor **OVIDIO BUITRAGO GRIMALDO**, asciende a la suma de **TRES MILLONES SETESCIENTOS SETENTA Y UN MIL CIENTO VEINTINUEVE PESOS CON 19/100 (\$3.761.129.19) M/CTE**, los cuales están sujetos al descuento legal por salud.

ARTÍCULO TERCERO.- Ordenar el pago retroactivo de las mesadas pensionales reajustadas, ordenada en la sentencia judicial mencionada en la parte motiva del presente acto administrativo, por el período que va del 17 de junio de 1991 al 31 de enero de 2005 en la suma de **CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS (\$166'888.455,78).**

Parágrafo: Los valores aquí señalados se encuentran sujetos al descuento legal por salud señalado en la Ley 100 de 1993 o norma que la sustituya.¹⁷

¹⁶ Folio 28, cuaderno 3.

¹⁷ Folios 29 a 32, cuaderno 3.

4.5. Proceso ordinario laboral de Ovidio Buitrago Grimaldo contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

Se allegó al presente plenario el expediente del proceso ordinario laboral de Ovidio Buitrago Grimaldo contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, remitido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, expediente 69.426, en el cual se destacan las siguientes actuaciones y piezas procesales:

4.5.1. Comunicación de octubre 22 de 1992, suscrita por la jefe encargada de la División de Selección de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, mediante la cual informó a Ovidio Buitrago Grimaldo que en concepto de ese departamento, no tenía derecho al reconocimiento del incentivo aludido, porque *“su vinculación se llevó a cabo a título de colaboración – en su cargo de jefe de la División y no como Consultor de Apoyo, motivo por el cual la Gerencia General no creó el cargo respectivo (...)”*¹⁸.

4.5.2. Solicitud de reconocimiento de un derecho, presentada el 1º de septiembre de 1992, por el señor Ovidio Buitrago Grimaldo a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

4.5.3. Escrito contentivo de la demanda de Ovidio Buitrago Grimaldo contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, presentado ante el Juez Laboral del Circuito de Bogotá (reparto), en el cual consta la pretensión orientada a *“Declarar que entre el 12 de Octubre de 1989 y el 16 de Junio de 1991, el demandante desempeñó el cargo de Consultor de Apoyo en la Unidad proyecto de Modernización, de la demandada”*; como consecuencia de lo anterior, la solicitud de condenar al pago de un incentivo equivalente al 60% del salario básico de conformidad con las Resoluciones 133 y 369 de 1999 de la gerencia general de la entidad demanda, el ajuste y pago de las sumas adeudadas por prima de servicio, prima escolar, prima de vacaciones y cesantías. En la misma forma, consta que el demandante solicitó condenar al pago de las sumas por ajuste de la pensión de jubilación a su favor, desde el momento en que se le causó el derecho, esto es a partir del 17 de junio de 1991, así como reclamó la indemnización moratoria por el no pago oportuno de los anteriores conceptos¹⁹.

¹⁸ Folio 45, cuaderno 2.

¹⁹ Folios 46 a 52, cuaderno 2.

4.5.4. Poder otorgado por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero al doctor Rodrigo Vargas Parra, con referencia al proceso laboral ordinario de Ovidio Buitrago Grimaldo, expediente No. 69.426²⁰.

4.5.5. Auto de 6 de octubre de 1995, en el cual se admitió la demanda²¹

4.5.6. Escrito contentivo de la contestación de la demanda, presentada por el abogado Rodrigo Vargas Parra, obrando en su condición de apoderado de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, el 23 de noviembre de 1995, ante el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá²².

4.5.7. Auto de 5 de diciembre de 1995, reconocimiento de personería del doctor Rodrigo Vargas Parra.

4.5.8. Audiencia de Conciliación y/o Primera de Trámite, llevada a cabo el 4 de marzo de 1995, ante el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se registró: *“La inasistencia de la parte actora [la cual] hace presumir a este Juzgado la falta de ánimo conciliatorio, razón por la cual se declara fracasada esta etapa previa de conciliación”*. En esta audiencia el despacho hizo constar la asistencia del doctor Rodrigo Vargas Parra en representación de la entidad demandada, Caja Agraria²³.

4.5.9. Segunda Audiencia de Trámite en la cual consta el Interrogatorio de parte realizado al representante legal de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, practicado el 17 de mayo de 1996, con la intervención en la audiencia de los apoderados de ambas partes²⁴.

²⁰ Folio 7, cuaderno 2.

²¹ Folio 58, cuaderno 2.

²² Folios 60 a 65, cuaderno 2.

²³ Folios 73 y 74, cuaderno 2.

²⁴ Folios 94 a 96, cuaderno 2.

4.5.10. Tercera Audiencia de Trámite de fecha 2 de agosto de 1996, en la cual se llevó a cabo el interrogatorio del señor Ovidio Buitrago Grimaldo, con la intervención de los apoderados de ambas partes²⁵.

4.5.11. Tercera Audiencia de Trámite – continuación, de fecha 22 de octubre de 1996, en la cual finalizó el interrogatorio del demandante y se practicaron los testimonios, con la intervención de los apoderados de las partes.

4.5.12. Tercera Audiencia de Trámite – continuación, de fecha 6 de marzo de 1997, aplazada, en la cual consta la presencia y firma de los apoderados de ambas partes.

4.5.13. Tercera Audiencia de Trámite – continuación, de fecha 3 de junio de 1997, en la cual se practicaron testimonios con la intervención de los apoderados de ambas partes²⁶.

4.5.14. Cuarta Audiencia de Trámite, celebrada el 11 de agosto de 1997, con la presencia de los apoderados de las partes, a la cual no asistió el testigo citado²⁷.

4.5.15. Cuarta Audiencia de Trámite - continuación, celebrada el 16 de febrero de 1998, con la presencia de los apoderados de las partes, en la cual se practicó un testimonio²⁸.

4.5.16. Audiencia de 21 de abril de 1998, en la cual se concretaron los puntos de la inspección judicial, con la presencia de los apoderados de las partes.

4.5.17. Cuarta Audiencia de Trámite – continuación, en la cual se inició la inspección judicial y se aportaron las pruebas documentales recabadas, con presencia de los apoderados de ambas partes²⁹.

²⁵ Folios 97 a 100, cuaderno 2.

²⁶ Folios 107 a 11, cuaderno 2.

²⁷ Folio 120. Cuaderno 2.

²⁸ Folios 122 a 126, cuaderno 1.

²⁹ Folios 183 y 184, cuaderno 2.

4.5.18. Cuarta Audiencia de Trámite - continuación, celebrada el 28 de mayo de 1999, a la cual asistió el apoderado de la demandada, en espera de respuesta de oficios, se suspendió³⁰.

4.5.19. Cuarta Audiencia de Trámite - continuación, celebrada el 25 de julio de 1999, con asistencia de los apoderados de ambas partes, se incorpora la prueba documental recibida³¹.

4.5.20. Cuarta Audiencia de Trámite – continuación de la inspección judicial, celebrada el 10 de febrero de 2000, con asistencia de los apoderados de ambas partes³².

4.5.21. Cuarta Audiencia de Trámite – continuación de la inspección judicial, celebrada el 3 de abril de 2000, con asistencia de los apoderados de ambas partes³³.

4.5.22. Cuarta Audiencia de Trámite – continuación de la inspección judicial, celebrada el 8 de agosto de 2000, con asistencia de los apoderados de ambas partes³⁴.

4.5.23. Cuarta Audiencia de Trámite, en la cual se declaró cerrado el debate probatorio, con fecha 28 de septiembre de 2000; consta en ella la asistencia de los apoderados de ambas partes³⁵.

4.5.24. Escrito de solicitud de reapertura del debate probatorio presentada por el apoderado de la parte demandante³⁶.

4.5.25. Escrito de alegaciones presentado por el apoderado de la parte demandante, con sello de radicado el 2 de noviembre de 2000³⁷.

³⁰ Folio 313, cuaderno 2.

³¹ Folio 360, cuaderno 2.

³² Folio 367, cuaderno 2.

³³ Folio 368, cuaderno 2.

³⁴ Folio 375, cuaderno 2.

³⁵ Folio 384,

³⁶ Folio 384, cuaderno 2.

³⁷ Folios 386, cuaderno 2.

4.5.25. Cuarta Audiencia de Trámite – continuación, celebrada el 31 de agosto de 2001, con la presencia de ambas partes, mediante la cual se ordenó requerir la respuesta de oficios librados a la entidad demandada³⁸.

4.5.26. Cuarta Audiencia de Trámite – continuación, celebrada el 7 de noviembre de 2001, con la presencia del apoderado del demandante, en la cual se ordenó suspender la diligencia para nueva fecha en espera de la contestación de un oficio, pendiente por parte de la entidad demandada³⁹.

4.5.27. Cuarta Audiencia de Trámite – continuación, celebrada el 6 de febrero de 2002, con la presencia de los apoderados de ambas partes, mediante la cual se allegó la constancia de los nuevos oficios de requerimiento y se ordenó suspender la diligencia para nueva fecha en espera de la contestación por parte de la entidad demandada⁴⁰,

4.5.28. Cuarta Audiencia de Trámite – continuación, celebrada el 12 de abril de 2002, con la presencia del apoderado del demandante, mediante la cual se ordenó suspender la diligencia para nueva fecha en espera de la contestación de oficio pendiente por parte de la entidad demandada⁴¹.

4.5.29. Cuarta Audiencia de Trámite – continuación, celebrada el 18 de junio de 2002, con la presencia del apoderado del demandante, mediante la cual se ordenó el cierre del debate probatorio, previa solicitud del demandante, ante la falta de contestación de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en relación con el requerimiento de copias autenticadas, reiterado en varias oportunidades⁴².

4.5.30. Acta de la Audiencia de Juzgamiento, de fecha 14 de agosto de 2002, contentiva de la sentencia proferida por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de Ovidio Buitrago Grimaldo contra la Caja de Crédito Industrial y Minero. En la parte motiva se citó la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia

³⁸ Folio 422, cuaderno 2.

³⁹ Folios 434 y 435, cuaderno 2.

⁴⁰ Folios 438, cuaderno 2.

⁴¹ Folios 439, cuaderno 2.

⁴² Folios 440 y 441, cuaderno 2.

del doctor Eduardo Carvajalino Contreras, de fecha de 30 de julio de 2001, considerando una condena en un caso similar.

En la sentencia de 14 de agosto de 2002 consta que el Juez 5º Laboral del Circuito de Bogotá encontró demostrado lo siguiente: **i)** la asunción de funciones en un cargo de mayor remuneración como quiera que el *“demandante era Jefe de Grado 24”*, **ii)** la transitoriedad del encargo, superior a 15 días calendario y **iii)** la autorización del superior jerárquico.

De acuerdo con la parte resolutive de la sentencia de 14 de agosto de 2002, la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero fue obligada a reconocer y pagar las sumas por los siguientes conceptos: **i).** reajuste de la pensión de jubilación, **ii)** pagos de la sobre remuneración salarial, reliquidación de prima de servicios, prima de escolaridad, auxilio de cesantías. Igualmente consta la condena al pago de la indemnización moratoria, a partir del *“23 de agosto de 1991 y hasta cuando se cancelen las sumas adeudadas”* a razón de \$34.095, 59 diarios⁴³.

4.5.31. Auto de 22 de agosto de 2002, mediante el cual el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá declaró legamente ejecutoriada la sentencia, ordenó efectuar la liquidación de costas a cargo de la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$6'000.000.

4.5.32. Memorial de 29 de agosto de 2002, mediante el cual el doctor Rodrigo Vargas Parra, obrando como apoderado de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, objetó la liquidación de costas⁴⁴.

4.5.33. Escrito presentado el 2 de septiembre de 2002, mediante el cual el doctor Rodrigo Vargas Parra, solicitó el trámite de consulta, en atención al Decreto 1065 de 1999⁴⁵, que dispuso la liquidación de la entidad demandada y al Decreto No. 255 de

⁴³ Folios 454 y 455, cuaderno 2.

⁴⁴ Folio 457, cuaderno 2.

⁴⁵ Se anexó la Resolución No. 1726 de noviembre de 1999, mediante la cual considerando la sentencia de 18 de noviembre de 1999, emanada de la Corte Constitucional, declaratoria de inexecutable del Decreto 1065 de 1999, la Superintendencia Bancaria dispuso la toma de posesión de los bienes haberes y negocios de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

1999 mediante el cual la Nación asumió a través de FOPEP, las obligaciones pensionales de la Caja Agraria⁴⁶.

4.5.34. Memorial de 24 de septiembre de 2002, mediante el cual el doctor Rodrigo Vargas Parra solicitó decretar la nulidad del auto de 22 de agosto de 2002, mediante el cual se declaró ejecutoriada la sentencia, lo cual fundó en que el Despacho pretermitió integralmente la instancia del grado jurisdiccional de consulta⁴⁷.

4.5.35. Auto de octubre 9 de 2002, a través del cual el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá, negó la solicitud encaminada a conceder el grado de consulta y designó perito para el dictamen sobre el valor de las agencias en derecho⁴⁸.

4.5.36. Escrito radicado el 16 de octubre de 2002, mediante el cual el doctor Rodrigo Vargas Parra, obrando como apoderado de la demandada, presentó recurso de apelación, contra el auto de 9 de octubre de 2002⁴⁹.

4.5.37. Auto de 29 de octubre de 2002, mediante el cual el Juzgado 5º Laboral del Circuito, concedió el recurso de apelación⁵⁰.

4.5.38. Memorial de 8 de noviembre de 2002, mediante el cual el doctor Rodrigo Vargas Parra, presentó alegatos ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá⁵¹.

4.5.39. Memorial de diciembre 2 de 2002, dirigido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual el apoderado de Ovidio Buitrago Grimaldo se opuso a la solicitud de consulta⁵².

4.5.40 Acta de Audiencia Pública celebrada el 30 de enero de 2004, contentiva de la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual

⁴⁶ Folios 459 y 465, cuaderno 2.

⁴⁷ Folios 491 a 499, cuaderno 2.

⁴⁸ Folio 500 a 502, cuaderno 2.

⁴⁹ Folios 503 a 507, cuaderno 2.

⁵⁰ Folio 50, cuaderno 2.

⁵¹ Folio 511 a 516, cuaderno 1.

⁵² Folios 518 a 520, cuaderno 2-

dispuso confirmar el auto apelado, correspondiente a la decisión de negar la nulidad propuesta por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

En esa sentencia se advirtió que de acuerdo con el Decreto No. 2282 de 2003, el traslado al FOPEP de las obligaciones pensionales que se encuentran a cargo de la entidad en liquidación no era automático, *“sino que requiere de una orden del Gobierno Nacional y una serie de trámites cuya ocurrencia no fue demostrada en ese caso”*. Por lo tanto, estimó el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral - que *“la Caja Agraria aún tiene a su cargo las obligaciones pensionales de sus extrabajadores o, por lo menos no demostró que la Nación hubiera asumido dichas obligaciones por el cumplimiento de los trámites previstos en la ley”*⁵³.

4.5.41. Auto de 2 de febrero de 2005, en el cual se dispuso regular las agencias en derecho en la suma de \$ 50'000.000, como consecuencia del dictamen solicitado dentro de la objeción de costas y teniendo en cuenta que la condena incluyó una prestación periódica. Este auto decidió una reducción de la suma de \$90'736.305 a \$50'000.000, liquidada inicialmente por concepto de agencias en derecho, teniendo en cuenta un tope del 25% de la condena.

4.5.42. Obran en ese expediente del proceso laboral aportado como prueba, los siguientes documentos: Acuerdo No. 699 de 1987 mediante el cual la Junta Directiva de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, facultó al gerente general para conformar la Unidad Ejecutora del Proyecto que se adelantó con la financiación del Banco Mundial⁵⁴; Resolución de Gerencia No. 184 de 11 de julio de 1988, mediante la cual se conformó la planta básica de los cargos de la Unidad Ejecutora – préstamo Banco Mundial; Resolución de Gerencia No. 133 de 27 de abril de 1989, mediante la cual se adicionó la planta básica del al Unidad Ejecutora⁵⁵, Resolución de Gerencia No. 455 de 1 de diciembre de 1989, mediante la cual se autorizó la creación de cargos en la Unidad Ejecutora del Proyecto de Modernización⁵⁶; Resolución No. 028 de 30 de enero de 1990, por la cual se reconoce el incentivo al cargo de asesor contable⁵⁷, Resolución No.

⁵³ Folios 529 a 533, cuaderno 2.

⁵⁴ Acta 2044 de 21 de abril de 1987, folio 238, cuaderno 2.

⁵⁵ Folios 401 y 402, cuaderno 2.

⁵⁶ Folios 265 y 266, cuaderno 2.

⁵⁷ Folio 267, cuaderno 2.

175 de 6 de agosto de 1990 por la cual se crea otro cargo en la unidad Ejecutora de del Proyecto de Modernización, (cargo de supervisor correspondencia)⁵⁸; documento de funciones del cargo de consultor de apoyo en el proyecto de fortalecimiento institucional, en distintas áreas, entre ellas, el área de procesos de crédito⁵⁹, memorando de 3 de octubre de 1989, suscrito por el director del proyecto de modernización, en la cual requirió un funcionario solicitado por la firma Price Waterhouse, consultora de proyecto, por el término de 30 días; memorando del subgerente bancario suscrito el 9 de octubre de 1989, mediante el cual informó la designación de Ovidio Buitrago Grimaldo para atender la solicitud de octubre 3; comunicación de abril 12 de 1991, mediante la cual el señor Ovidio Buitrago Grimaldo manifestó acogerse a la oferta del gerente de la Caja Agraria, efectuada a través de los medios de comunicación, para pensionarse por el 100% del último salario; memorando de 9 de mayo de 1991 suscrito por el señor Ovidio Buitrago Grimaldo, suscrito en condición de Consultor de Apoyo, componente de crédito, Unidad de Modernización, en el cual se refirió al proyecto de manual de garantías preparado por el área bancaria⁶⁰; carta de renuncia al cargo a partir de junio 17 de 2001, contenida en comunicación de fecha junio 13 de 1991⁶¹; carta de aceptación a la renuncia a partir de 17 de junio de 1991, contenida en la comunicación de junio 14 de 1991⁶²; Resolución No. 262 de 5 de julio de 1991, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación del Señor Ovidio Buitrago Grimaldo⁶³; Resolución No. 395 de 23 de septiembre de 1991, mediante la cual se dispuso un reajuste de la pensión de jubilación⁶⁴.

4.6. Igualmente, obra en el expediente la sentencia de 30 de julio de 2001, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en el proceso laboral entablado por Marina Barros de Quimbayo contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, en la cual se revocó la sentencia absolutoria de primera instancia y se le reconoció que esa trabajadora se desempeñó como consultora de apoyo dentro del proyecto de

⁵⁸

⁵⁹ Folios 413 y 414, cuaderno 2.

⁶⁰ Folio 372 a 374, cuaderno 2.

⁶¹ Folio 278, cuaderno 2.

⁶² Folio 279, cuaderno 2.

⁶³ Folio 281, cuaderno 2.

⁶⁴ Folio 282, cuaderno 2.

modernización, entre el 15 de mayo de 1990 y el 25 de julio de 1991 y se ordenó el pago de prestaciones correspondientes⁶⁵.

4.7. Oficio No. 3911-20044038 de 19 de octubre de 2005, mediante el cual dentro del proceso disciplinario No. 11001110200020044038, el Consejo Seccional de Judicatura de Cundinamarca – Sala Jurisdiccional Disciplinaria solicitó un informe detallado de la gestión del doctor Rodrigo Hernando Vargas Parra, dentro del proceso No. 69.426 de Ovidio Buitrago Grimaldo contra Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

4.8. Auto de 17 de marzo de 2005, mediante el cual se dispuso el archivo del expediente del proceso ordinario laboral⁶⁶.

4.9. Oficio JQL- 3349 de 19 de noviembre de 2005, mediante el cual el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, dio respuesta al oficio No. 3911 y remitió las copias solicitadas por el Consejo Seccional de la Judicatura⁶⁷.

4.10. Oficio de 20 de febrero de 2007, mediante el cual Fiduciaria La Previsora, Fiduprevisora - patrimonio autónomo de remanentes de la Caja Agraria en Liquidación, remitió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca los comprobantes de egresos y soporte de pago efectuado el 4 de octubre de 2005, a favor de Ovidio Buitrago Grimaldo, con ocasión de la condena impuesta por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito⁶⁸.

5. Otras pruebas

5.1. Acta de la diligencia de conciliación prejudicial de 6 de octubre de 2005, convocada por la Caja Agraria, en liquidación, adelantada ante la Procuraduría Séptima Judicial, con la participación de Rodrigo Hernando Vargas Parra, en la cual consta que no hubo acuerdo conciliatorio⁶⁹.

⁶⁵ Folios 429 y 430, cuaderno 1.

⁶⁶ Folio 551, cuaderno 2.

⁶⁷ Folio 562, cuaderno 2.

⁶⁸ Folios 575 a 582, cuaderno 2.

⁶⁹ Folios 34 a 36, cuaderno 3.

5.2. Interrogatorio de parte, practicado al demandado el 23 de enero de 2007, en el cual se destaca el siguiente aparte:

*“**PREGUNTADO:** Sírvase manifestar si usted recibió, de manera verbal o escrita y en caso afirmativo indique de parte de quien, autorización alguna en el sentido de que no debía apelar la sentencia proferida dentro del proceso ordinario laboral que en contra de la Caja Agraria instauró el señor **OVIDIO BUITRAGO**. **CONTESTÓ:** Me permito aclararle al despacho que el suscrito obró de consuno con el poder otorgado por la entidad donde me concedieron amplias facultades que me permitían actuar dentro de mi capacidad y criterio jurídico, fundamentado en mucho más de 300 procesos en los que representé a la entidad, de los cuales lo señalo con humildad, absolvieron a la entidad en más de un 90% de manera definitiva. **PREGUNTADO:** Sírvase indicar si usted tiene copia del contrato de mandato presuntamente celebrado con la Caja Agraria, con base en el cual terminó apoderando a aquella en el proceso laboral antes indicado. **CONTESTÓ:** Aclaro al Despacho que nunca existió el mencionado contrato que se menciona dentro de la pregunta formulada. **PREGUNTADO:** Con base en la respuesta anterior, sírvase explicar entonces por qué razón Usted, por conducto de su apoderado judicial, al contestar el hecho noveno de la demanda sostuvo que ‘además del parágrafo primero de la causal tercera del contrato aparece que el proceso pueda llegar a terminar totalmente en la primera instancia y se pactarán unos honorarios sobre el particular. En ese mismo parágrafo se prevé que se podrá terminar totalmente la primera instancia cuando la no interposición del recurso de apelación sea procedente’. **CONTESTÓ:** Para una mayor comprensión de la situación facilité a mí apoderado un ejemplar de los últimos contratos que realizaba la sociedad para una mayor comprensión del tema.”*

5.3. Dictamen Pericial

La parte demandada no canceló los gastos de la pericia por ella solicitada, razón por la cual, el Tribunal *a quo* declaró como desistida la respectiva prueba.

6. Ley del contrato celebrado por una entidad financiera de carácter estatal.

Toda vez que la parte actora presentó en su recurso el imperativo de reconocimiento del contrato y de la naturaleza de la relación jurídica que existió entre las partes, resulta pertinente esclarecer la ley aplicable al contrato, para desatar el debate correspondiente.

Debe tenerse en cuenta que de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el régimen jurídico de los contratos celebrados por las entidades financieras de carácter estatal quedó exceptuado de las disposiciones del estatuto de

contratación estatal y en su lugar se estableció que dichas entidades se rigen por las disposiciones especiales propias de la actividad, que son las contenidas en el estatuto orgánico del sistema financiero (E.O.S.F.), el Código de Comercio y el Código Civil, a lo cual la jurisprudencia se encargó de agregar que lo anterior se entiende sin perjuicio de la aplicación de los principios de la función administrativa derivados del artículo 209 de la Constitución Política, en razón de la gestión encargada a la respectiva institución financiera en su carácter de entidad pública, aspecto éste último que vino a confirmarse a nivel legislativo por disposición expresa de la Ley 1150 de 2007.

Se recuerda que el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80, dispuso:

Parágrafo 1º⁷⁰.- *Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.*

*En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley.*⁷¹

⁷⁰ Modificado con posterioridad a los hechos materia de este proceso, por el artículo 15, ley 1150 de 2007, así

“Parágrafo 1o. Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley”.

A título ilustrativo se menciona que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, estableció con claridad la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal a la contratación de las entidades financieras de carácter estatal y adicionalmente, les impuso la observancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993, así:

Artículo 13, Ley 1150 de 2007. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. *“Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”*

⁷¹ **“Artículo 13, Ley 80 de 1993.-** *De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.”*

Ahora bien, acerca de los contratos celebrados por las entidades financieras estatales, tanto la Sección Tercera⁷² como la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado aceptaron la aplicación de un régimen legal mixto en las controversias contractuales de esas entidades con particulares y por otra parte, en cuanto a los procesos ejecutivos para el cobro de las obligaciones derivadas de las operaciones de crédito bancario a favor de particulares, observaron la competencia de la jurisdicción ordinaria, en la siguiente forma:

“El Banco Agrario de Colombia S.A., en consideración a las actividades de carácter comercial y financiero que realiza, tiene un régimen especial señalado en el parágrafo 1º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 en materia de contratación. En virtud de tal régimen especial, sus actos y contratos tienen un régimen mixto, según se encuentren o no dentro del giro ordinario de los negocios sociales. Así las cosas, el Banco tiene plena competencia para fijar los topes de la contratación objeto de licitación y para señalar los procedimientos de selección de la contratación que se rija por el derecho privado, siempre y cuando se observen los principios de contratación generales aplicables. Los procesos de selección de los contratistas que se requieran para el desarrollo de aquellas actividades que no se encuentren dentro del giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, se regirá en un todo por la ley 80 de 1993, incluyendo, obviamente, lo señalado en materia de cuantías en el artículo 24 de dicho estatuto.

(...)

*La jurisdicción competente para conocer de los procesos ejecutivos derivados del ejercicio de la actividad financiera, cuando ella es realizada por una entidad financiera estatal, es la jurisdicción ordinaria, salvo que en el otro extremo de la litis esté una entidad estatal, caso en el cual, la jurisdicción competente será la contencioso administrativa.”*⁷³ (La negrilla no es del texto).

El Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, precisó que no estaban sujetos a las disposiciones de la Ley 80 los contratos celebrados por las entidades financieras públicas para desarrollar directamente las operaciones autorizadas, ni

⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, 7 de marzo de 2002, radicación 76001-23-26-000-2000-1611-01(19057), actor: Banco Agrario de Colombia S.A., demandado: Municipio de Buenaventura. Consejero ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, referencia: apelación de auto proferido dentro de un proceso ejecutivo contractual.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri, mayo 29 de 2003, radicación número: 1488, actor: Director del Departamento Nacional de Planeación.

aquellos que se efectúen en forma conexa, cuando tuvieren un valor inferior a 1000 salarios mínimos legales o el 2% del presupuesto de la entidad:

“Artículo 21°.- De los contratos de los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las instituciones financieras. De conformidad con lo previsto en el parágrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y demás instituciones financieras de carácter estatal dentro del giro ordinario de sus negocios no estarán sujetos a las disposiciones de dicho estatuto, sino a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

Por tanto no estarán sujetos a dicha ley los contratos que celebren dichas entidades para desarrollar directamente operaciones autorizadas o reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Tampoco estarán sujetos a dicha ley aquellos contratos que se efectúen en forma conexa con tales operaciones, siempre y cuando el valor del contrato conexo no exceda de mil salarios mínimos legales mensuales o del dos por ciento (2%) del presupuesto de la entidad, si esta cifra fuere superior a aquélla.

Se entiende incluida dentro del giro ordinario la póliza global bancaria.”

Bajo dicha normativa, esta Subsección puntualizó que el objeto social de la entidad financiera y por ende su capacidad jurídica no se limita a las operaciones autorizadas descritas en el artículo 7° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto-ley 663 de 1993 (por ejemplo: operaciones de crédito, apertura de cuentas bancarias, depósitos y servicios financieros), sino que comprende todas aquellas otras actividades que la entidad debe ejecutar para administrar su estructura organizacional y cumplir con los deberes legales que soportan su existencia y funcionamiento, como son por ejemplo los contratos de adquisición de bienes y servicios para el funcionamiento de la entidad; los contratos celebrados para administrar tales bienes y servicios; las contrataciones que se realizan por los deberes legales impuestos a la entidad, como por ejemplo la contratación de la defensa judicial, las asesorías y consultorías requeridas para el cumplimiento de tales deberes legales, todas las cuales corresponden a contrataciones cuyo objeto no constituye un servicio financiero, pero hacen parte del objeto social, en cuanto corresponden a actividades requeridas para el normal funcionamiento de la entidad⁷⁴.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 9 de octubre de 2013, radicación 250002326000 2002 01282 01, expediente 30763, Demandante; Unión Temporal Databox S.A. – Tandem S.A., demandado: Banco Agrario de Colombia S.A., referencia: acción contractual.

7. Reglas del contrato de mandato probado en el *sub lite*.

Descendiendo al caso concreto, se tiene en cuenta que el contrato cuya existencia y cumplimiento se debate en este proceso, tuvo por objeto la representación judicial de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en el proceso ordinario laboral iniciado por el ex empleado, Ovidio Buitrago Grimaldo, contra la mencionada entidad.

A juicio de la Sala, el contrato referido NO estaba sometido a los requisitos de la Ley 80 de 1993, toda vez que se predicán los dos supuestos establecidos en el Decreto 679 de 1994: la conexidad de objeto con la actividad ordinaria de la entidad financiera pública y el valor del contrato, inferior a 1000 salarios mínimos y al 2% del presupuesto de la entidad.

Sobre lo primero, se observa que el objeto del contrato *sub judice* puede calificarse como actividad conexas a la ordinaria de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, toda vez que se trató de la representación judicial de la entidad en un proceso laboral en que le era preciso defender su patrimonio frente a las pretensiones de orden económico que planteó un ex empleado. En efecto, desde la atalaya de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, el contrato celebrado para su representación a través del abogado encargado de la defensa en el proceso laboral, se tuvo que clasificar dentro aquellos propios de la protección de los bienes y haberes de la entidad, necesario para proteger el patrimonio de la empresa y por lo tanto, presentó una conexidad, de medio a fin, con la actividad o negocio de la entidad para la época de los hechos, en su condición de institución financiera de carácter público.

Frente al valor del contrato *sub judice*, se considera inferior al equivalente a 1000 salarios mínimos de 1995, esto es a la suma de \$118'934'000, toda vez que aunque no se conocen los honorarios pactados, el monto de las agencias en derecho que fue establecido en el respectivo proceso laboral, ascendió a la suma de \$50'000.000, el cual puede utilizarse para este propósito como referente del valor de los honorarios por la gestión de representación judicial y por lo tanto, como valor estimado del contrato para establecer el régimen del mismo⁷⁵.

⁷⁵ Ese referente corresponde a las agencias en derecho a favor de la parte demandante, no significa pronunciamiento sobre los honorarios del demandado, pero se utiliza para el criterio del valor del contrato, pues se entiende que esos honorarios son superiores a los que se habrían pactado por la parte demandada en el mismo proceso laboral, por la mayor complejidad en la gestión del demandante.

Ahora bien, no es posible determinar con certeza si tal valor era superior al 2% del presupuesto de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero para el año de 1995, toda vez que este proceso carece de prueba alguna sobre el presupuesto de la entidad. Empero, razonablemente el valor del contrato determinado por los honorarios por la representación en el proceso laboral, tuvo una cuantía ínfima frente al presupuesto de una entidad como la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, apreciación que se soporta con suficiencia, al considerar los gastos de nómina y pensiones compartidas en favor del ex empleado en el proceso laboral que se allegó al plenario, siendo este uno entre miles de los rubros que hacían parte del presupuesto de esa entidad.

De acuerdo con lo anterior, el régimen del contrato celebrado entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el abogado Rodrigo Hernando Vargas Parra, estaba exceptuado de la aplicación de la Ley 80 de 1993, por lo tanto se rigió por las normas del derecho privado contenidas en el Código de Comercio y el Código Civil⁷⁶.

De lo anterior se colige que el requisito del contrato escrito establecido en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 para el contrato estatal, no era predicable en el contrato *sub lite* y por ello la Sala se aparta de las consideraciones del Tribunal *a quo*, toda vez que la sentencia de primera instancia pasó por alto el régimen legal del contrato respectivo. En consecuencia, se acepta la argumentación del apelante, en el sentido de que deben ser apreciados los medios de prueba en el plenario con el propósito de definir si procede o no declarar la existencia del contrato.

Con base en el análisis del acervo probatorio, la Sala concluye que se encontró demostrada la existencia de un contrato de mandato para la representación judicial, teniendo en cuenta las siguientes pruebas:

I) El poder suscrito por el representante legal de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, con constancia de aceptación y firma del doctor Rodrigo Vargas Parra, dirigido al Juzgado 5^o Laboral del Circuito de Bogotá, con el siguiente objeto:

⁷⁶ El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no contempla el régimen de este tipo de contratos, por lo cual procede la aplicación de las normas del Código de Comercio y del Código Civil.

“(...) confiero poder especial, amplio y suficiente al doctor Rodrigo Vargas Parra identificado (...) para que represente a la Institución en el proceso que ante ese despacho ha iniciado el (la) señor(a): OVIDIO BUITRAGO GRIMALDO.

Mi apoderado queda expresamente facultado para notificarse del traslado de la demanda y contestarla, sustituir este poder en persona de su confianza, reasumir, recibir, desistir y ejercer las demás facultades que se deriven del mandato de conformidad con lo preceptuado en el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil”

ii) En la contestación de la demanda se aceptó la celebración del contrato de mandato, en el interrogatorio de parte el demandado indicó que no existió contrato para la representación en este proceso, en el sentido de la relación entre las partes que se manejó exclusivamente con base en el poder otorgado.

La Sala advierte que el poder aportado acredita el acto de apoderamiento, pero además da cuenta de un acuerdo de voluntades sobre la gestión encomendada, en la medida en que fue suscrito por ambas partes, con la constancia de aceptación expresa por parte del abogado ahora demandado, contentivo de la identificación plena de su objeto, de manera que SI existió un contrato bajo la tipificación del mandato, de acuerdo con el artículo 2142 del Código Civil, a cuyo tenor:

“Artículo 2142. *El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.*

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”

Así las cosas, existen elementos de juicio suficientes para establecer que el contrato que ahora se discute, se perfeccionó por la aceptación expresa del mandatario, a más de que éste asumió la ejecución de la gestión mediante la contestación de la demanda, solicitó y obtuvo el reconocimiento de la personería para actuar y obró en el curso del proceso judicial, en representación de la entidad demanda. Como apoyo de esta apreciación se cita el artículo 2150 del Código Civil, acerca del perfeccionamiento del mandato:

“Artículo 2150. *El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita.*

Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato.

Aceptado el mandato no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes.”

Se anota al margen que de acuerdo con el Código Civil, la remuneración no es un requisito esencial del contrato de mandato, según se desprende de los artículos 2142 y 2150 del Código Civil, de manera que la falta de prueba del pacto de honorarios en el escrito que se probó en este proceso, no conlleva a desconocer la existencia del contrato.

No escapa a la Sala la distinción que existe entre el contrato de mandato y el de prestación de servicios, aunque pueden confluír las dos relaciones jurídicas bajo el convenio específicamente celebrado, según lo observó en otra oportunidad, así:

“(...) vale la pena observar prima facie que puede existir concurrencia del contrato de prestación de servicios previsto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁷⁷, con el contrato de mandato establecido en el artículo 2142 del Código Civil⁷⁸ y el acto de apoderamiento referido para efectos de su terminación en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil⁷⁹, además de que se tiene presente que en el mandato para

⁷⁷ **“3o. Contrato de prestación de servicios**

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

⁷⁸ **Artículo 2142 C.C. Definición de Mandato.** El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.

⁷⁹ **Artículo 69 C.P.C. Terminación del Poder.** *“Con la presentación en la secretaría del despacho donde curse el asunto, del escrito que revoque el poder o designe nuevo apoderado o sustituto, termina aquél o la sustitución, salvo cuando el poder fuere para recursos o gestiones determinados dentro del proceso.*

El apoderado principal o el sustituto a quien se le haya revocado el poder, sea que esté en curso el proceso o se adelante alguna actuación posterior a su terminación, podrá pedir al juez, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del auto que admite dicha revocación, el cual no tendrá recursos, que se regulen los honorarios mediante incidente que se tramitará con independencia del proceso o de la actuación posterior. El monto de la regulación no podrá exceder del valor de los honorarios pactados.

representación judicial y en el apoderamiento judicial se predicen unas notas características propias de la gestión de los profesionales del derecho, con unas reglas especiales sobre los deberes en relación con la gestión encomendada y la remuneración cobrada⁸⁰, así como el derecho a la revocatoria del poder instituida por nuestro Código de Procedimiento Civil en favor del poderdante, sin perjuicio de la obligación de pagar los honorarios y gastos causados al apoderado.”⁸¹

Igual derecho tiene el heredero o el cónyuge sobreviviente de quien fallezca ejerciendo mandato judicial. La renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita, y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales, cuando para este lugar exista el servicio, y en su defecto como lo disponen los numerales 1. y 2. del artículo 320.

La muerte del mandante, o la extinción de las personas jurídicas no pone fin al mandato judicial, si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores.

Tampoco termina el poder por la cesación de las funciones de quien lo confirió como representante de una persona natural o jurídica, mientras no sea revocado por quien corresponda.”

⁸⁰ Para la época de los hechos, se destaca el Decreto 196 de 1971 por el cual se dictó el estatuto del ejercicio de la abogacía, en cuyo contenido se lee:

“ARTICULO 1o. La abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia.

ARTICULO 2o. La principal misión del abogado es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares. También es misión suya asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas.

(...)

ARTICULO 47. Son deberes del abogado:

(...)

4o. Obrar con absoluta lealtad y honradez en sus relaciones con los clientes.

(...)

6o. Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales,

(...)

ARTICULO 54. Constituyen faltas a la honradez del abogado:

1a. Exigir u obtener remuneración o beneficios desproporcionados a su trabajo, con aprovechamiento de la necesidad, la ignorancia o la inexperiencia del cliente.

(...)”

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 30 de Octubre de 2013, radicación: 250002331000200001696 01, expediente: 32720, demandante. Rafael Avendaño Morales, demandado: Distrito Capital de Bogotá,

Se tiene en cuenta que en este proceso se demandó la declaratoria del contrato como si fuera uno solo⁸²: el contrato de mandato judicial para la prestación de servicios profesionales, empero, se probó el primero y por ello, sobre el contrato de prestación de servicios no habrá lugar a pronunciamiento, por no encontrarse acreditado en el acervo probatorio, lo cual no obsta para declarar la existencia del contrato de mandato, toda vez que la primera pretensión de la demanda se orientó a obtener el reconocimiento del vínculo contractual, con independencia de la denominación o tipificación legal del mismo.

Por lo anterior, se debe acceder a declarar que existió un contrato mediante el cual la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero le confió al doctor Rodrigo Hernando Vargas Parra la representación judicial en el proceso laboral iniciado por el señor Ovidio Buitrago Grimaldo.

En el mismo orden de ideas, se establece que la controversia se ubica dentro de la acción contractual y no es necesario acudir al análisis de la adecuación de la acción a la de reparación directa o la pretensión de enriquecimiento sin causa, ambas planteadas en el debate frente a la inexistencia del contrato, superada en la forma antes indicada.

8. Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil por incumplimiento del contrato.

Esclarecida la existencia de un contrato entre las partes, el problema jurídico en este caso consiste en determinar si tuvo lugar el incumplimiento demandado y en tal supuesto, establecer si procede el derecho a la reparación del daño causado. En consecuencia, el debate se ubica en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, en razón del incumplimiento del contrato.

Con el propósito de lograr el contexto requerido para resolver el asunto en cuestión, en términos sencillos se puede decir que la institución de la responsabilidad civil se

⁸² “1º Que se declare que entre las partes existió un contrato, en virtud del cual el abogado **RODRIGO HERNANDO VARGAS PARRA**, en su condición de mandatario judicial externo, le prestó sus servicios profesionales a **LA CAJA AGRARIA – EN LIQUIDACIÓN** - dentro del proceso ordinario laboral que en contra de ésta había instaurado el señor Ovidio Buitrago Grimaldo.”

encuentra inspirada en el principio del derecho romano, “*neminem laedere*” o “*alterum non laedere*”, el cual expresó la regla de “*no causar daño a otro*”, como uno de los principios básicos de la convivencia humana a cuyo amparo se desarrolló la prohibición de causar daño y el consecuente deber de responder, bajo determinados supuestos. Igualmente, el fundamento de la institución de la responsabilidad ha sido explicado, desde la óptica de los filósofos del derecho⁸³ y también por la jurisprudencia, acudiendo a las reflexiones acerca del concepto de justicia: correctiva, distributiva y reparativa o conmutativa⁸⁴.

Con base en el significado de estos conceptos se evidencia que el deber de reparación surge de diversas fuentes y tiene que estructurarse con apoyo en distintos principios, no solo frente al enunciado del derecho romano que se fundó en la causalidad de la conducta y la culpa, según el cual, no hay responsabilidad sin culpa. Se establece con claridad que el deber de indemnizar no siempre se funda en un reproche moral a la conducta culposa de la persona que se identifica como autora del daño. En efecto, aun en el ámbito contractual se han desarrollado teorías acerca de la responsabilidad objetiva, en el sentido de no exigir como base exclusiva de la responsabilidad el análisis de la *intención* (culpable o dolosa) y en su lugar, se abre paso la imputación de la responsabilidad contractual por la falta al deber de cumplimiento y de diligencia, en relación con las obligaciones y cargas que se fijan entre las partes de una situación jurídica contractual, o en relación con la ley que gobierna el contrato.

En el Código Civil colombiano, la responsabilidad se reguló en forma separada en dos modalidades obligacional o contractual y extracontractual, de donde se distingue: **i)** responsabilidad contractual: la originada en el seno de un vínculo obligacional entre las

⁸³ La Filosofía de la Responsabilidad Civil, Estudios sobre los fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual. Editores: Bernal Pulido, Carlos, Fabra Zamora, Jorge, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Agosto de 2013.

⁸⁴ De los textos de Aristóteles a Nicómano, contenidos en el libro V de la Ética: “*Es pues evidente que hay varias clases de justicia... la que tiene que ver con la práctica de distribuciones de honores o dinero o cualquier otra cosa que se reparta entre los que tienen parte en régimen (pues en estas distribuciones uno puede tener una parte igual o no igual)....Otra especie es la que tiene que ver con la regulación y la corrección en los modos del trato. Esta última tiene dos partes: unos modos de trato voluntarios y otros involuntarios (...). Por su parte la reciprocidad (justicia conmutativa) de conforma ni a la justicia distributiva ni a la correctiva... Y es que en las asociaciones que tienen por fin el cambio es esta clase de justicia la que mantiene unidos a los hombres en una especie de reciprocidad proporcional y no igual, porque devolviendo proporcionalmente lo que se recibe es como la ciudad se mantienen unida...Lo que produce la retribución proporcionada es el cruce de relaciones.*”. tomados de www.páginassobrefilosofía.com/htm/teoríaseticas/eticaaristoteles/Textos/LibroV.

partes⁸⁵, emanado del contrato o en relación con el mismo, la cual puede surgir en razón de conductas, deberes o cargas en etapa precontractual⁸⁶, contractual e incluso poscontractual⁸⁷ y ii) responsabilidad extracontractual⁸⁸: aquella que se produce entre

⁸⁵ Artículos 1602 a 1617, Título XII, Del efecto de las obligaciones, Libro IV.

⁸⁶ El pliego de condiciones constituye la ley del procedimiento de contratación, en su configuración y aplicación han de seguirse principios, y su trasgresión también da lugar a responsabilidad:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 13 de agosto de 2014, radicación: 250002326000200401200 01, expediente 35965, demandante: Selcomp Ingeniería Limitada, demandado: Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Educación Distrital – Distrito Capital, acción contractual.

“Descendiendo a la identificación de los límites de la discrecionalidad administrativa en materia de los criterios y puntajes no tipificados o tarifados por la ley, (...) la Administración Pública se encuentra con una discrecionalidad condicionada para configurar el pliego de condiciones, la cual se concreta en el imperativo de actuar con arreglo a los Principios Generales del Derecho, en particular de conformidad con los principios que rigen u orientan el ejercicio de la función administrativa, aplicables a toda la actividad contractual del Estado por virtud de lo establecido con carácter general, por los artículos 1, 2 y 209 de la Constitución Política, amén de los principios de la contratación estatal, especialmente expuestos en el régimen contenido en la Ley 80 de 1993, vigente para el caso sub-judice.

(...)

No obstante, tampoco en dicho escenario existe la libre configuración de las posturas, puesto que también los proponentes deben observar una conducta ajustada a los principios constitucionales y legales, dentro de los cuales la Sala se referirá, en este caso, al imperativo de la conducta (acción u omisión) ajustada al postulado de la buena fe⁸⁶ y a las reglas de la competencia⁸⁶; respecto de lo cual agrega, además, que la libertad de empresa se encuentra delimitada en la Constitución Política⁸⁶, por el bien común o el interés social, los derechos colectivos al ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, entre otros.”

⁸⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente,. Ricardo Hoyos Duque, sentencia del 3 de mayo de 2001. expediente 12.724.

“Si bien es cierto en el acto de liquidación final del contrato, ya sea por mutuo acuerdo de las partes o por decisión unilateral de la administración, regularmente se extinguen las relaciones jurídicas entre las partes, también lo es que subsisten algunas obligaciones a cargo del contratista, el cual pese a haber entregado la obra, los trabajos, o los bienes objeto del contrato, responderá no obstante haberse liquidado, de los vicios o defectos que puedan aparecer en el período de garantía o de los vicios ocultos en el término que fije la ley (art. 2060 C.C.).

De acuerdo con la legislación contractual, debe éste salir al saneamiento de la obra, de los bienes suministrados y de los servicios prestados; amparar a la administración de las posibles acciones derivadas del incumplimiento de obligaciones laborales o de los daños causados a terceros, obligaciones posibles de garantizar con el otorgamiento de pólizas de seguros, cuya vigencia se extiende por el tiempo que determine la administración de acuerdo con la reglamentación legal. De tal manera, que si se presentan vicios inherentes a la construcción de la obra, a la fabricación e instalación de los equipos y a la calidad de los materiales, surge una responsabilidad postcontractual que estará cubierta con las garantías correspondientes.”

⁸⁸ También denominada culpa aquiliana, por su origen en un plebiscito del Tribuno Aquilio, acerca de la indemnización de los daños causados ilegalmente (*damnum iniuria datum*),

sujetos que no están ligados por las reglas de un vínculo obligacional previo o se encuentran por fuera de escenario contractual alguno⁸⁹.

A partir del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, se consagró el derecho de exigir al Estado la reparación del daño antijurídico que sea imputable a la acción u omisión de las autoridades⁹⁰, precepto que constituye la base constitucional de la responsabilidad civil del Estado, en todo ámbito (contractual o extracontractual). Al amparo de la norma citada se generó una verdadera reinterpretación de los principios de la responsabilidad del, la cual se construyó básicamente desde la perspectiva de las acciones de origen constitucional y las de reparación directa, toda vez que correspondió a la jurisprudencia la modernización de los conceptos de daño *antijurídico* e *imputación*, que no eran explícitos en la legislación civil.

La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado conceptualmente las diferencias entre las dos especies de responsabilidad desde diversos ángulos, las cuales han sido más que todo procedimentales, pues lo cierto es que en materia contractual pueden confluir las reglas del contrato con los títulos de imputación que se utilizan en la reparación del daño extracontractual, lo cual se entiende fácilmente, puesto que el contrato es una ley para las partes e impone un deber de diligencia en su cumplimiento, amén de que, tratándose de las relaciones con el Estado, hoy existen supuestos en que resulta posible acumular en una misma acción pretensiones bajo ambas fuentes de responsabilidad⁹¹.

⁸⁹ Artículos 2341 a 2360 CC. Título XXXIV, Responsabilidad común por los delitos y las culpas, Libro IV.

⁹⁰ **Artículo 90 C.P.** "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."

⁹¹ Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) "**Artículo 165. Acumulación de pretensiones.** En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.

2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.

Desde el punto de vista del derecho sustantivo, el escenario contractual implica una serie de reglas que determinan la relación entre las partes, *ex ante* a la ocurrencia del evento dañoso y con fuente en la misma voluntad de las partes, lo cual conlleva una mayor amplitud y a la vez más especificidad, en el bloque normativo que es llamado a gobernar las reglas de la responsabilidad entre las partes relacionadas a través de un contrato.

Reflexionando sobre las diferencias y las notas comunes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, la Sala destaca las siguientes:

i) El contexto normativo de la responsabilidad: La responsabilidad extracontractual deriva de la Constitución y la ley, debido a que no existe un vínculo obligacional previamente constituido entre las partes, mientras que en la responsabilidad contractual, las reglas bajo las cuales se ha formado y definido esa situación contractual son las primeras llamadas a aplicarse, es decir que la responsabilidad se sitúa bajo el ámbito de la ley del contrato, además de la incorporación de la Constitución Política y la ley imperativa, que vienen a aplicarse sobre el contrato.

ii) Los títulos de imputación jurídica o modalidades bajo las cuales se puede atribuir la responsabilidad. En la responsabilidad contractual se identifican dos grandes rubros: la imputación por incumplimiento de las obligaciones y la derivada de la distribución de las cargas y riesgos según las reglas del contrato⁹². En la reparación directa a cargo del

4. *Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.*"

⁹² El asunto ha sido expuesto en el punto del desequilibrio económico del contrato:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, sentencia de 24 de mayo 2012, radicación: 76001232500019990027201, expediente: 21181, actor: Máximo Mafla Arango, demandado: Inurbe, referencia: contractual – apelación sentencia; providencia que en este punto citó a: Hoyos Duque Ricardo. *"El Equilibrio Económico del Contrato Estatal: La Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Propuesta de Reforma a la Ley 80 de 1993"*, artículo publicado en *"Contratación Estatal: Aspectos Controversiales – Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal"*, compilador: Felipe De Vivero Arciniegas, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes. Bogotá, D. C., septiembre de 2007, página 103.

"Respecto del equilibrio económico de los contratos estatales resulta posible identificar una doble dimensión, la primera relacionada con la equivalencia objetiva de las prestaciones y la segunda referida al respeto de las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración."

Estado, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado los títulos por falla del servicio, riesgo especial o excepcional, daño al bien jurídicamente tutelado, la posición de garante y el deber de cuidado, entre otros. También existen construcciones jurídicas acerca del enriquecimiento sin causa y el abuso del derecho como fuentes de la obligación de reparación, que para algunos doctrinantes constituyen instituciones independientes de la responsabilidad civil.

Sin embargo, ya se ha advertido que la jurisprudencia en materia de responsabilidad contractual no es ajena a los títulos de imputación desarrollados en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, toda vez que además de la responsabilidad en los eventos de culpa y dolo, se acude a la responsabilidad por razón de la distribución de cargas y riesgos del contrato y los deberes complementarios, los cuales pueden dar lugar a las posiciones jurídicas similares en ambos tipos de responsabilidad.

Incluso, en materia contractual también tiene lugar la figura del abuso del derecho, por ejemplo en la posición dominante de una parte dentro del contrato y, de manera excepcional, también se dio paso a la figura del enriquecimiento sin causa entre contratantes, en los daños causados con ocasión de conductas situadas por fuera del plazo y objeto del contrato estatal, las cuales se han desatado dentro de la mismo proceso contractual con aplicación de los requisitos que gobiernan las obligaciones bajo esa modalidad⁹³.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, radicación 60001233100120000067700 acumulado 66000123310012001 0016700, expediente 33831, sentencia de 9 de julio de 2014, demandante Municipio de Pereira, demandados: Industrias Full S.A y Seguros Cóndor,

“Para concluir este punto, la Sala reitera la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado contenida en las sentencias antes citadas, en el siguiente sentido: con fundamento en los artículos 5 y 27 de la Ley 80 de 1993 el restablecimiento del equilibrio contractual se impone como un deber legal, con independencia de factores como el incumplimiento contractual, la conducta culposa o la ilegalidad de los actos del contratante o del contratista.”

⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 19 de noviembre de 2012. radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897).

“Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la ‘actio de in rem verso’ a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

a) *Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.*

iii) Las reglas de la prueba del daño. La doctrina ha establecido que en materia contractual se presume la culpa⁹⁴ de la parte que incumple la obligación (el demandado), a diferencia de lo que sucede en la responsabilidad extracontractual, en la cual, como regla general, no se presume, de hecho se establece la responsabilidad desligada de la culpa y en ese escenario la carga de la prueba del título de imputación, recae en el perjudicado (el demandante)⁹⁵.

b) *En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.*

c) *En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.*

12.3. *El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la actio de in rem verso, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales.”*

⁹⁴ Más que una presunción, el asunto se deriva del sistema de responsabilidad, así: el contrato impone un deber de cumplimiento del cual se desprende que el obligado debe tomar las medidas para cumplir y por ello, frente a la obligación incumplida, para el demandante basta con probar la obligación y afirmar el incumplimiento, siendo irrelevante aportar pruebas en orden a esclarecer si tuvo lugar una conducta culposa o no. A su turno, el demandado debe probar en contrario, o acreditar la causal de exoneración.

⁹⁵ Morello, Augusto M, con la colaboración de Galdíos Jorge Mario, Indemnización del daño contractual, Editorial LexisNexis, Abledo Perrot, Buenos Aires. Librería Editora Platense, La Plata, 2003, 3ª edición, páginas 90 y 91.

“Unánime es el criterio que ante todo la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual recae generalmente [como regla] sobre el perjudicado, mientras en la responsabilidad contractual la culpa se presume en el que incumple la obligación que es quien deberá probar que la no ejecución se produjo por causas no imputables al mismo’ (1) (...) Ha de observarse aquí que, con arreglo a la distinción de las obligaciones en las llamadas de diligencia o medios y de resultado o fines, esa diferencia no deja de ser útil porque, tocante a las primeras (de medios) el que se obliga (así el médico) no asegura un resultado concreto (...) si a pesar de ello [La disposición de los medios técnicos, pericia y diligencia] el resultado es negativo, no por ello se tipifica un supuesto de incumplimiento contractual y el acreedor deberá igualmente correr con la carga de probar la culpa del profesional’ (2) “. (1) Cita a Garcés Valdecasas y Salas. (2) De Tezanos Pinto, Lafaille, Colmo, Saleilles, Baudry-Lacantiniere y Barde.

No debe olvidarse, sin embargo que la prueba de las causales de exoneración recae en el demandado, toda vez que el artículo 1604 del Código Civil establece, en materia de obligaciones: “*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.*”

Por otra parte, en tratándose de obligaciones a plazo y las que deben cumplirse en un término determinado, la ley dispone que se entienden incumplidas, por la no ocurrencia de la prestación en el término establecido, lo cual gobierna el momento en que se entiende configurada la falta al deber de cumplimiento⁹⁶.

iv) Los métodos de tasación de la reparación o perjuicio. Acerca de la tasación del daño contractual, resulta útil advertir que – a diferencia de lo que sucede en la reparación directa- la obligación de indemnizar el perjuicio contractual, es *sucedánea* – no principal- esto es, surge en reemplazo o en lugar de la prestación debida en el escenario del contrato. Ello se evidencia, por ejemplo en el tratamiento legal del evento de las obligaciones de hacer, por cuanto la forma de resarcimiento puede incluir a elección del acreedor, *la ejecución de la prestación*, por un tercero a expensas del deudor o la indemnización de perjuicios, en los términos del artículo 1610 del Código Civil⁹⁷.

La reparación del daño contractual –como la del extracontractual- debe ser integral, según se establece, para el caso del contrato, con fundamento en la regla de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de obligaciones, toda vez que incluye

⁹⁶ **Artículo 1608. Mora del Deudor.** *El deudor está en mora:*

1o.) *Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.*

2o.) *Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.*

3o.) *En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.*

⁹⁷ **Artículo 1610. Mora del deudor en obligaciones de hacer.** *”Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:*

1a.) *Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.*

2a.) *Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.*

3a.) *Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.”*

de acuerdo con la norma citada, la pérdida causada y la ganancia dejada de percibir, lo que en términos el contrato significa que el perjudicado tiene derecho al valor del daño y al de la utilidad (neta)⁹⁸ que hubiera obtenido, de haber podido ejecutar el contrato.

Por otra parte, la ley de contratación estatal, el Código de Comercio y el Código Civil han definido algunas reglas en materia de incumplimiento de obligaciones dinerarias nacidas del vínculo obligacional que permiten tasar el perjuicio a través de la figura de los intereses de mora a falta de pacto contractual. La verificación de los requisitos para aplicar el interés de mora constituye la regla general para proceder a la tasación del perjuicio por incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, aunque solo se aplica respecto de obligaciones dinerarias exigibles, mientras que en los perjuicios causados con ocasión de la ilegalidad de los actos contractuales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha advertido que -bajo la regla de presunción de legalidad del acto administrativo-, durante el tiempo anterior a la sentencia que declara la nulidad, solo procede el resarcimiento con base en la actualización de los valores dejados de percibir, sin causar intereses de mora⁹⁹.

Por último, los perjuicios morales o inmateriales tienen una carga probatoria más específica en materia contractual, puesto que el contrato generalmente presenta una relación de contenido económico y se considera que el daño inmaterial sobre la pérdida de la prestación económica no se puede generalizar, inferir, ni someter a una tabla estandarizada por la ley de la experiencia y en consecuencia, se tiene que apreciar por

⁹⁸ La jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado en forma importante la orientación del Juez en materia de determinación de la *utilidad neta* para efectos de fijar la indemnización derivada de la ilegalidad de los actos precontractuales, lo cual debe hacerse de conformidad con las normas de contabilidad que gobiernan los estados financieros presentados por los proponentes en el procedimiento precontractual.

⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, sentencia de 12 de Julio de 2012, radicación: 85001-23-31-000-1995-00174-01, expediente: 15024, actor: Nimrod Mir Ltda., demandado: Municipio de Chameza -Casanare, referencia: controversias contractuales; apelación sentencia

“21.4 Huelga advertir que la posición vigente de la Sala consistente en que solo reconoce intereses moratorios a partir de la fecha de la sentencia, está referida a aquellos casos en los que la autoridad judicial correspondiente declara la nulidad del acto a través del cual la entidad impuso una multa o hizo efectiva una cláusula penal pecuniaria, puesto que es entonces cuando nace la obligación a favor del contratista y a cargo de la entidad de restituir la suma respectiva, bajo el entendido de que con anterioridad a la sentencia el acto estaba amparado por la presunción de legalidad correspondiente, y la entidad no debía suma alguna al contratista por ese concepto²⁹. A diferencia de lo anterior, en el asunto sub iudice se está condenando por la falta de pago de una suma de dinero que se debía en función de la realización de obras en desarrollo de un contrato estatal, debidamente acreditadas en el expediente, situación que no involucra hipótesis de multa alguna.”

el juez del contrato en forma puntual y diversa en cada caso¹⁰⁰, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en materia de liquidación de los perjuicios inmateriales a cargo del Estado, derivados de la violación de bienes constitucionales y convencionales y el daño a la salud, donde los perjuicios inmateriales se puede determinar por criterios similares de acuerdo con la posición del afectado, los cuales fueron recientemente objeto de unificación de la jurisprudencia de esta Corporación ¹⁰¹.

v) En el derecho procesal administrativo se agregan las diferencias que se derivan del tipo de acción, por cuanto se encuentran contemplados dos acciones o medios de control: la contractual y la de reparación directa, con reglas particulares de distribución de competencias y acerca del hito que marca el cómputo de la oportunidad de la acción. Por ejemplo, en el caso del contrato estatal, la oportunidad de la demanda se establece a partir de la expiración del plazo del contrato o de los términos para liquidarlo, según sea el régimen del contrato, mientras que la regla de la oportunidad de la acción de reparación directa corre a partir del daño o de la fecha en que debió ser conocido¹⁰².

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente, Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 17 de abril de 2013, Expediente: 20.618, radicación: 25000232600019970485701, actor: Gerardo Palacios Osma, demandado: Corporación La Candelaria, acción contractual – (Condenó a perjuicios materiales causados con ocasión de la nulidad de las resoluciones mediante la cual se declaró la caducidad del contrato – negó los perjuicios morales).

“En este sentido, con el fin de obtener la condena por el daño moral ocasionado en la pérdida de un bien patrimonial, en este caso de un ingreso teóricamente sensible en sus condiciones profesionales, el demandante debe probar la materialización del daño moral, es decir la afectación mental, emocional o psicológica que sufrió real y efectivamente por la pérdida imputable a la actividad del Estado, con base en hechos fehacientes debidamente demostrados por cualquier medio de prueba idóneo o con conceptos profesionales acerca del deterioro de la salud mental¹⁰⁰, pues se advierte que no hay lugar a presumir el daño moral por el hecho de las consecuencias materiales adversas que la pérdida patrimonial implica y por la misma razón no es viable generalizar la afectación en la esfera personal puesto que los seres humanos reaccionan en forma muy diversa ante las pérdidas patrimoniales, como es diversa su capacidad de resiliencia, además de que las condiciones del entorno inciden en forma muy importante en la imposibilidad de sobreponerse al impacto emocional, todo lo cual debe ser probado y valorado para fundar la condena por el daño moral.”

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Acta No. 23 de 25 de septiembre de 2013, con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de perjuicios inmateriales.

¹⁰² Artículo 164 Oportunidad para presentar la demanda.

“i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición;”

Sin perjuicio de advertir que estas diferencias resultan importantes en el ámbito del litigio, en cuanto la indebida escogencia de la acción puede dar lugar a la ineptitud de la demanda, se tiene en cuenta que en algunos casos la jurisprudencia abrió paso a la adecuación de las mencionadas acciones desde el punto de vista sustantivo, en desarrollo del principio *iura novit curia* y eventualmente aceptó la acumulación de acciones con pretensiones contractuales y extracontractuales, bajo el procedimiento ordinario que se encontró entre las mismas partes y en idéntica instancia, así como, ahora, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla la posibilidad de acumulación de pretensiones, bajo determinadas reglas.

Ahora bien, el asunto que ocupa la atención de la Sala, no amerita profundizar más acerca de la responsabilidad del Estado y los diversos títulos de imputación a su cargo, toda vez que la *causa petendi* se ubica por el demandante bajo la égida de la acción contractual en materia de responsabilidad del particular contratista frente al Estado contratante, por causa del incumplimiento de obligaciones que habrían surgido bajo las reglas de un contrato.

Por último, desde el punto de vista normativo, se advierte que la controversia en el seno del contrato estatal se encuentra ligada a las normas del Código Civil, toda vez que en materia de contratación estatal, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993¹⁰³ integró las reglas del Código de Comercio y Código Civil a los asuntos no previstos por ella, uno de los cuales es el de la responsabilidad contractual. Más aun, en este caso habrá de acudir a las normas de las codificaciones citadas, en la medida en que la entidad demandante era una institución pública de carácter financiero, situada por la propia Ley 80 bajo un régimen exceptivo del estatuto de la contratación estatal, según se advirtió en los apartes iniciales de este proveído.

¹⁰³ **Artículo 13, Ley 80 de 1993.** “De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.”

9. Elementos de la responsabilidad civil contractual derivada del incumplimiento.

Siguiendo con las precisiones del contexto legal, se identifican a continuación los elementos de la responsabilidad civil contractual derivada del incumplimiento, con el propósito de establecer las particularidades que permitan el análisis del caso concreto.

Dichos elementos son los siguientes: **i)** La obligación contractual incumplida, **ii)** el daño causado a la parte cumplida y **iii)** el nexo de causalidad, entre la conducta y el daño¹⁰⁴.

i) En el primer elemento se deben identificar dos requisitos: la obligación contractual exigible y la acción u omisión de una parte con la cual infringe el contrato. Visto desde otro ángulo, el incumplimiento del contrato se expresa como la falta al deber de cumplimiento.

ii) En relación con el daño, entendido como la lesión o menoscabo de intereses legalmente amparados, en el escenario contractual que proviene del incumplimiento de la obligación, se vincula el concepto de antijuridicidad por cuanto el incumplimiento constituye una violación al contrato, una falta a lo debido y en ese sentido, el daño

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namén Vargas, Expediente. No. 11001-3103-038-2001-01054-0110, sentencia de 24 de agosto de 2009, casación civil en proceso ordinario de: José Absalón y Gerardo Esteban Zuluaga Gómez contra Bavaria S.A.

“La responsabilidad civil, concebida lato sensu como la obligación de reparar, resarcir o indemnizar un daño causado injustamente, encuentra venero en la eterna búsqueda de la justicia, equidad y solidaridad para restablecer el equilibrio alterado con la conculcación de la esfera jurídica protegida por la norma. En cuanto a sus presupuestos estructurales, existe uniformidad, respecto de la existencia de un hecho u omisión, un daño y la relación de causalidad, más no en torno de los criterios o factores de imputación ni de sus fundamentos. El daño, entendido en sentido icástico, o sea, la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso, un valor tutelado por el ordenamiento jurídico, es el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil. En tal virtud, el artículo 1494 del Código Civil, dentro de las fuentes de la relación obligatoria, entre otras enuncia, el “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos” y, en consecuencia, la obligación de repararlo, parte de su existencia real u objetiva – presente o futura-, sin la cual, por elementales razones lógicas, el mencionado deber de prestación no surge. Establecida ex ante la realidad o certeza del daño, debe determinarse su causa e imputarse al sujeto, de donde, la relación, nexo o vínculo de causalidad, es el segundo elemento constante de la responsabilidad y consiste en precisar al autor del detrimento, mediante la imputación fáctica, física, material o causal del menoscabo a su conducta, sea por acción, sea por omisión. En una fase ulterior al quebranto y a la imputación material o autoría, es menester determinar el fundamento o justificación del deber de responder para establecer si el sujeto a cuya esfera jurídica se imputa el daño está obligado o no a repararlo. Tal aspecto, atañe estrictamente a los criterios por los cuales un sujeto es o no responsable de un daño, esto es, a la determinación del deber jurídico de repararlo o, a lo denominado, “imputación jurídica”.”

resarcible debe ser antijurídico con lo cual se quiere significar que es contrario a la ley del contrato.

Ahora bien, trayendo las normas del derecho de las obligaciones, el daño contractual por causa del incumplimiento se concreta a través de los conceptos acogidos por el Código Civil: daño emergente que consiste en el perjuicio o pérdida causada y el lucro cesante que corresponde a la ganancia o provecho que dejó de reportarse, de acuerdo con los artículos 1613 y 1614 del Código Civil.¹⁰⁵

iii) En cuanto al tercer requisito, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño contractual, basta decir que fue inicialmente entendido como una relación de causa a efecto, concretamente entre la conducta dolosa o culposa y el perjuicio: empero, evolucionó dentro del concepto general de responsabilidad y se identifica ahora con el requisito de imputación o asignación, por virtud del cual el daño resarcible, esto es el que es pasible de constituirse en fuente la obligación de indemnizar el perjuicio, debe ser atribuido o reconducido a su autor, en este caso a la parte que se obligó y faltó a su deber de cumplimiento, de manera que el mismo contrato guía la asignación de responsabilidad.

No presenta mayor dificultad la comprensión de este concepto, si se tiene en cuenta que la ley contractual genera obligaciones, asigna deberes, cargas y riesgos, a cada parte en relación con la(s) otra(s), dentro de la situación relacional en la que se han colocado, de manera que el título de imputación por el cual debe responder la parte incumplida frente a aquella que si cumple, se encuentra en el deber de cumplimiento que surgió de la propia voluntad de las partes.

iv) Antijuridicidad de la conducta.

¹⁰⁵ **Artículo 1613. Indemnización de Perjuicios.** *La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

Artículo 1614. Daño Emergente y Lucro Cesante. *Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.*

Para la doctrina tradicional de la responsabilidad civil, existe un elemento, que se identifica como la *antijuricidad* de la conducta y como modalidades de ese concepto se mencionan el dolo o la culpa de la parte incumplida¹⁰⁶. En las teorías modernas de la responsabilidad civil – incluso la contractual – la conducta puede ser ajustada a la ley y sin embargo, surgir la obligación de reparar el daño antijurídico, por razón de la distribución de las cargas y riesgos entre las partes (en este caso del contrato). Se puntualiza que en la contratación estatal, a partir de la Ley 1150 de 2007, existe el imperativo de identificar y asignar los riesgos del contrato desde la etapa precontractual, de lo cual se desprende el acuerdo de distribución de las cargas de mitigación entre las partes y se abre paso la asunción de responsabilidad por el daño imputable a la falta al deber de mitigación o de implementación de las medidas preventivas para evitar la materialización del riesgo contractual¹⁰⁷.

Por lo anterior, en materia contractual se dice actualmente que la antijuridicidad es un elemento que se demanda del daño y no (necesariamente) de la conducta. Esa claridad se obtiene desde el artículo 90 de la Constitución Política, referido en dicha disposición, a la responsabilidad del Estado.

Es útil observar que no desaparece la nota característica de la antiuridicidad de la conducta en el caso del incumplimiento contractual, aunque en el Código Civil colombiano derivado del derecho francés, no se incorporó el término “*antijuridicidad*” - que se encuentra como base de la estructuración de la responsabilidad en otras legislaciones-. Sucede que la antijuridicidad de la conducta se encuentra definida en términos objetivos, frente al parámetro del deber de cumplimiento, con base en el concepto que establece del artículo 63 del Código Civil, el cual, visto desde el ángulo de la responsabilidad contractual, constituye la herramienta básica para medir el deber de

¹⁰⁶ Santos Briz, Jaime, *la Responsabilidad Civil, Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, Tomo 1, Editorial Montecorvo S.A., Séptima Edición, Madrid 1993, páginas 28 y 29,

¹⁰⁷ “**Artículo 4o. De la distribución de riesgos en los contratos estatales.**” *Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.*

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.”

diligencia que se demanda de cada parte en el contrato¹⁰⁸. Este aspecto se puntualiza a continuación, de cara al contrato de mandato, como el que ahora ocupa la atención de la Sala.

10. Deber de diligencia del mandatario.

En el caso del contrato de mandato, el Código Civil establece la apreciación del incumplimiento de la obligación contractual sobre el parámetro de la culpa leve, es decir en relación con el deber de diligencia ordinario o mediano¹⁰⁹, lo cual sucede también en materia de incumplimiento de obligaciones contractuales en contratos de beneficio recíproco, en términos generales, salvo pacto en contrario¹¹⁰.

¹⁰⁸ **Artículo 63. Culpa y Dolo.** *La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

¹⁰⁹ **Artículo 2155. Responsabilidad del Mandatario.** *El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo.*

Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.

Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga.

¹¹⁰ **Artículo 1604. Responsabilidad del Deudor.** *El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.*

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.”

Igualmente, el mandatario está obligado a obrar conforme a las instrucciones, no está compelido a extender su gestión más allá de lo que resulte imperativo para proteger los intereses del mandante; en igual sentido, incumple el contrato si se aparta de las instrucciones y en su caso, le corresponde probar la fuerza mayor o el caso fortuito que le imposibilitó ejecutar las órdenes del mandante¹¹¹.

Significa todo lo anterior que la medida de la obligación en el mandato está dada por **i)** el alcance de las instrucciones y **ii)** aquellas gestiones que resulten *imperativas* para proteger los intereses del mandante.

En los términos del artículo 2176 del Código Civil, el mandatario no está obligado a obrar como agente oficioso y se le concede la potestad de aplicar su juicio para determinar la gestión que más convenga al negocio, si no le fuere posible dejar de obrar sin comprometer al mandante.

Ahora bien, además de las disposiciones del contrato, es claro que la ley establece reglas supletivas del deber de conducta, las cuales a falta de acuerdo contractual se constituyen en el parámetro que debe utilizar el Juez para determinar la responsabilidad del mandatario. Por lo tanto, si el mandante no ha establecido instrucciones en un determinado aspecto, se permite al mandante “*tomar partido*” por la conducta afirmativa u omisiva que considere más conveniente para el negocio, sin comprometer por ello su responsabilidad y por lo tanto, sin que pueda extenderse el deber de diligencia a la evitación del daño que sobrevenga en ese evento para el mandante.

En consecuencia, si la conducta omisiva está permitida, el daño que se derive de ella carecerá de la nota de antijuridicidad que se exige en los elementos de la responsabilidad civil.

¹¹¹ “**Artículo 2176. Ejecución Imposible del Mandato.** El mandatario que se halle en imposibilidad de obrar con arreglo a sus instrucciones, no es obligado a constituirse agente oficioso; le basta tomar las providencias conservativas que las circunstancias exijan.

Pero si no fuere posible dejar de obrar sin comprometer gravemente al mandante, el mandatario tomará el partido que más se acerque a sus instrucciones, y que más convenga al negocio.

Compete al mandatario probar la fuerza mayor o caso fortuito que la imposibilitó de llevar a efecto las órdenes del mandante.”

9. Obligaciones de medios.

Un caso particular de la responsabilidad contractual por incumplimiento, se presenta en las obligaciones contractuales de medios, esto es las que imponen un deber de actuar en forma diligente, más no obligan a producir un determinado fin – como algunas obligaciones del mandato para la representación judicial a cargo de los profesionales del derecho.

Acerca de ellas se debe anotar que es insuficiente identificar el resultado para imputar el incumplimiento, teniendo en cuenta que, en ese supuesto, el fin perseguido por el contratante no hace parte del contenido de la obligación de medios asignadas al contratista.

Nuevamente juega un rol importante el parámetro del deber de diligencia a cargo del contratista, en las obligaciones de medios y se hace obvio que la entidad contratante enfrentada a la tarea de configurar el contrato, tiene la carga de identificar y distribuir de los riesgos que ese tipo de obligaciones implica.

En el caso particular del mandato judicial, es claro que a la par de la obligación de medios que se impone por la imposibilidad legal de garantizar el resultado del litigio, la entidad contratante tiene a su alcance la posibilidad de generar obligaciones de diligencia para buscar el mejor resultado posible en la gestión del abogado. También es evidente que uno de los riesgos de la gestión procesal es el del vencimiento de los términos, por lo cual le corresponde al mandante estructurar las obligaciones de resultado que le ayuden a mitigar ese riesgo, como la de informar la fecha en que habrá de realizar la audiencia de juzgamiento y exigir información acerca del sentido del fallo en el término de la ejecutoria, así como se encuentra al alcance del mandante, desde el momento mismo en que contrata, definir si impone al apoderado la obligación de pedir autorización para dejar de apelar la sentencia.

La anterior gestión de la entidad contratante en la definición de las obligaciones no es imperativa, pero bien se advierte que si no acota la obligaciones en el contrato, se atiene a la ley general del mandato, dejará vigente la facultad del mandatario para aplicar el buen juicio, sin informe o consulta previa al mandante y a su vez no podrá calificar como antijurídico el daño que se produzca por el ejercicio de esa facultad.

10. Deberes secundarios de comportamiento.

Dentro de las obligaciones profesionales, merece especial mención el evento de incumplimiento de la obligación derivada de los imperativos de conducta establecidos en la ley y no invocados en el contrato, los cuales se incorporan al acuerdo contractual, con apoyo en el artículo 1603 del Código Civil¹¹².

En los contratos celebrados para la representación judicial, resulta muy válido argumentar la integración al contrato de los deberes impuestos a los abogados en razón de su profesión, como lo ha detallado la doctrina nacional, en torno a las consideraciones de la Corte Constitucional.

“Los deberes jurídicos a cargo de los abogados pueden estar a su vez estipulados en el correspondiente vínculo jurídico, o bien pueden constituir lo que se denomina “deberes secundarios de comportamiento” que integran el contenido prestacional por ser obligaciones que se desprende de la naturaleza del acto o contrato, según lo que al respecto indica el artículo 1603 del Código Civil Colombiano: (...).”

Como la ha indicado la Corte Constitucional¹¹³ ‘(...) En razón de la función social que están llamados a cumplir, los abogados se encuentran sometidos a ciertas reglas éticas que se materializan en conductas prohibitivas, con las que se busca asegurar la probidad u honradez en el ejercicio de la profesión y la responsabilidad frente a los clientes y al ordenamiento jurídico. (...).’

Así entonces, el incumplimiento de los deberes secundarios conformados por reglas éticas puede comprometer la responsabilidad civil de los abogados, ya por deficiente prestación de ellos o por omisión o abstención en su observancia y realización. Constituye, por consiguiente, un aspecto destacado de la responsabilidad civil por abstención o bien la responsabilidad civil contractual, o bien la responsabilidad civil extracontractual, según que exista o no un vínculo jurídico previo anterior a la ocurrencia del daño, vínculo que no necesariamente deriva de un contrato.”¹¹⁴

En este sentido, considera la Sala que los deberes impuestos por el estatuto del abogado, hacen parte del contrato de mandato para la representación judicial y aunque

¹¹² **“Artículo 1603, C.C. Ejecución de Buena Fe.** Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

¹¹³ Sentencia C – 392 de 2006

¹¹⁴ Santos Ballesteros, Jorge, Responsabilidad Civil, Tomo I, Parte General, Colección Profesores, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas – Editorial Temis, páginas 74 y 75, 3ª edición, Bogotá, 2012-.

no se encuentren explícitos en el texto contractual, se constituyen en conducta exigible, cuya contravención configura uno de los elementos para estructurar la responsabilidad contractual¹¹⁵, cual es la falta a los deberes profesionales del abogado¹¹⁶.

¹¹⁵ Se recuerda que la obligación incumplida, constituye uno de los elementos. Para efectos de materializar la responsabilidad se requiere, además, el daño antijurídico y el nexo de causalidad.

¹¹⁶ Actualmente, la Ley 1123 de 2007.

“Artículo 28. Deberes profesionales del abogado. Son deberes del abogado:

- 1. Observar la Constitución Política y la ley.*
 - 2. Defender y promocionar los Derechos Humanos, entendidos como la unidad integral de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y de derechos colectivos, conforme a las normas constitucionales y a los tratados internacionales ratificados por Colombia.*
 - 3. Conocer, promover y respetar las normas consagradas en este código.*
 - 4. Actualizar los conocimientos inherentes al ejercicio de la profesión.*
 - 5. Conservar y defender la dignidad y el decoro de la profesión.*
 - 6. Colaborar leal y legalmente en la recta y cumplida realización de la justicia y los fines del Estado.*
 - 7. Observar y exigir mesura, seriedad, ponderación y respeto en sus relaciones con los servidores públicos, colaboradores y auxiliares de la justicia, la contraparte, abogados y demás personas que intervengan en los asuntos de su profesión.*
 - 8. Obrar con lealtad y honradez en sus relaciones profesionales. En desarrollo de este deber, entre otros aspectos, el abogado deberá fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto.*
- Asimismo, deberá acordar con claridad los términos del mandato en lo concerniente al objeto, los costos, la contraprestación y forma de pago.*
- 9. Guardar el secreto profesional, incluso después de cesar la prestación de sus servicios.*
 - 10. Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, lo cual se extiende al control de los abogados suplentes y dependientes, así como a los miembros de la firma o asociación de abogados que represente al suscribir contrato de prestación de servicios, y a aquellos que contrate para el cumplimiento del mismo.*
 - 11. Proceder con lealtad y honradez en sus relaciones con los colegas.*
 - 12. Mantener en todo momento su independencia profesional, de tal forma que las opiniones políticas propias o ajenas, así como las filosóficas o religiosas no interfieran en ningún momento en el ejercicio de la profesión, en la cual sólo deberá atender a la Constitución, la ley y los principios que la orientan.*
 - 13. Prevenir litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos.*
 - 14. Respetar y cumplir las disposiciones legales que establecen las incompatibilidades para el ejercicio de la profesión.*
 - 15. Tener un domicilio profesional conocido, registrado y actualizado ante el Registro Nacional de Abogados para la atención de los asuntos que se le encomienden, debiendo además informar de manera inmediata toda variación del mismo a las autoridades ante las cuales adelante cualquier gestión profesional.*
 - 16. Abstenerse de incurrir en actuaciones temerarias de acuerdo con la ley.*
 - 17. Exhortar a los testigos a declarar con veracidad los hechos de su conocimiento.*
 - 18. Informar con veracidad a su cliente sobre las siguientes situaciones:*
 - a) Las posibilidades de la gestión, sin crear falsas expectativas, magnificar las dificultades ni asegurar un resultado favorable;*
 - b) Las relaciones de parentesco, amistad o interés con la parte contraria o cualquier situación que pueda afectar su independencia o configurar un motivo determinante para la interrupción de la relación profesional;*
 - c) La constante evolución del asunto encomendado y las posibilidades de mecanismos alternos de solución de conflictos.*
 - 19. Renunciar o sustituir los poderes, encargos o mandatos que le hayan sido confiados, en aquellos eventos donde se le haya impuesto pena o sanción que resulte incompatible con el ejercicio de la profesión.*
 - 20. Abstenerse de aceptar poder en un asunto hasta tanto no se haya obtenido el correspondiente paz y salvo de honorarios de quien venía atendiéndolo, salvo causa justificada.*
 - 21. Aceptar y desempeñar las designaciones como defensor de oficio. Sólo podrá excusarse por enfermedad grave, incompatibilidad de intereses, ser servidor público, o tener a su cargo tres (3) o más defensas de oficio, o que exista*

Sin embargo, esos deberes se encuentran definidos en forma muy general, por manera que la carga de concreción de los términos y condiciones en que deben cumplirse, debe pactarse en forma explícita para que quede configurada la obligación a cargo del abogado y de manera tal que el contrato indique en forma nítida, cuándo y cómo debe cumplir el respectivo deber, para efecto de configurar una obligación exigible, cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la estructuración de los elementos de la responsabilidad civil.

12. El caso concreto.

En el presente proceso ninguno de los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual fue probado, según pasa a detallarse a continuación:

12.1. Incumplimiento del contrato.

Con fundamento en el contrato probado en el proceso, se establece que las facultades del abogado ahora demandado se rigieron por el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, cobijaron todas las actuaciones dentro del proceso en el cual la representación judicial de la parte demandada le fue encomendada y las que eran consecuencia de la sentencia, de acuerdo con lo que se lee en la norma citada:

“Artículo 70. Facultades del apoderado. El poder para litigar se entiende conferido para los siguientes efectos:

Solicitar medidas cautelares y demás actos preparatorios del proceso, adelantar todo el trámite de éste, realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente en proceso separado las condenas impuestas en aquélla.

El apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante, siempre que se relacionen con las que en el poder se determinan.

El poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo y representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvencción y la intervención de terceros.

El apoderado no podrá realizar actos que impliquen disposición del derecho en litigio, ni reservados exclusivamente por la ley a la parte misma; tampoco recibir, salvo que el demandante lo haya autorizado de manera expresa.”

Del artículo 70 del Código de Procedimiento Civil se establece igualmente que el acto de apoderamiento para la representación judicial incluye la facultad de apelar la sentencia y no se requiere poder o autorización adicional para ello.

Sin embargo, a diferencia de lo que sostuvo la Caja Agraria -en liquidación-, el mandato para la representación judicial que exhibió en este caso, no incluyó la obligación de interponer el recurso de apelación contra la sentencia desfavorable, ello se establece por cuanto el plenario careció de prueba alguna sobre una instrucción en ese sentido y la ley no impone esta conducta como un deber imperativo, ni en el régimen del contrato de mandato ni en el estatuto de la profesión¹¹⁷.

No es mandatorio acudir en la alzada, por el solo hecho del apoderamiento judicial. Siendo así, a falta de pacto contractual que permita configurar ese deber, no se puede calificar como incumplimiento contractual la sola conducta consistente en omitir la presentación del recurso de apelación.

Por otra parte, se advierte que la falta de apelación no es necesariamente lesiva, toda vez que de acuerdo con las circunstancias particulares puede ser beneficioso a los intereses de un parte dejar de recurrir la sentencia de primera instancia, aún cuando sea condenatoria.

En consecuencia, resulta determinante en el sentido del fallo que ha de proferirse en este proceso, que la demandante dejó de especificar las obligaciones del abogado al

¹¹⁷ Para la época de los hechos aplicó el Decreto 196 de 1971, Título V. Deberes Profesionales del Abogado.

“Artículo 47. Son deberes del abogado: 1o. Conservar la dignidad y el decoro de la profesión; 2o. Colaborar lealmente en la recta y cumplida administración de justicia. 3o. Observar y exigir la mesura, la seriedad y el respeto debidos en sus relaciones con los funcionarios, con los colaboradores y auxiliares de la justicia, con la contraparte y sus abogados y con las demás personas que intervengan en los asuntos de su profesión. 4o. Obrar con absoluta lealtad y honradez en sus relaciones con los clientes. 5o. Guardar el secreto profesional. 6o. Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, y 7o. Proceder lealmente con sus colegas.

que confirió el mandato judicial y brilló por su ausencia la prueba de que hubiera existido el deber de apelar o de solicitar autorización para no presentar el recurso.

En el presente proceso, la Caja Agraria – en liquidación, alegó que existía la obligación de apelar la sentencia de primera instancia, basada en el deber de colaboración que la Ley 80 impone al contratista del Estado y afirmó que en este caso existían argumentos jurídicos para apelar. Por su parte, el demandado alegó que no estaba obligado a presentar la apelación, que podía aplicar su buen juicio, que careció de pruebas y argumentos para acudir en la alzada y afirmó que la segunda instancia causaría mayores erogaciones a la Caja Agraria – en liquidación.

A juicio de la Sala procede el argumento del demandado, toda vez que según lo probado en este plenario, la conducta *sub judice* no se apartó de las instrucciones del mandante ni faltó a los deberes legales de la profesión y en este contexto, se acepta que el apoderado podía aplicar su buen juicio.

Sin entrar a dilucidar lo que ocurrió entre el 14 y el 17 de agosto de 2002, en el término de la ejecutoria del fallo, pues se desconoce si en ese lapso hubo un razonamiento sobre la protección de la posición económica de la demandada o simplemente el apoderado falló en el control del conocimiento oportuno de la sentencia, se observa que el dicho del demandante en cuanto a las erogaciones en caso de apelación y la defensa de esos intereses, cobra sentido en este acervo probatorio, según se observa con fundamento en lo siguiente:

La condena imponía, entre otras, una sanción moratoria diaria, la cual a 30 de junio de 2004, alcanzaba el valor de \$157'760.295¹¹⁸, impuesta con base en la apreciación de la prueba de la mala fe por la renuencia a pagar que presentó la Caja Agraria, para la época en que el trabajador le reclamó¹¹⁹. Dicha sanción iría creciendo a razón de \$34.095 diarios, según la sentencia de primera instancia y en caso de acudir en la

¹¹⁸ Folio 546, cuaderno 2, liquidación contenida en el informe del perito.

¹¹⁹ “siendo evidente su mala fe, al negar los salarios y reajustes solicitados, a pesar de los requerimientos del actor y los escritos de agotamiento de la vía gubernativa, al desconocer la remuneración por desempeñar otro cargo de superior remuneración, por casi dos años, preciso es condenar a la demandada al pago de \$34.095, 59 diarios a partir del 23 de agosto de 1991 y hasta cuando se cancelen las sumas adeudadas.”. Punto 5, página 13, sentencia de 14 de agosto de 2002.

alzada, estaría en el riesgo de incremento, bajo el supuesto de que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá coincidiera con la apreciación de la conducta que tuvo el juez de primera instancia, por el tratamiento que la Caja Agraria dispensó al trabajador en las reclamaciones éste le presentó en la vía gubernativa.

Desde la perspectiva que otorga el acervo probatorio en este caso, se advierte además que el valor de la sanción moratoria no se acreditó como pagado por la Caja Agraria - en liquidación, ni fue específicamente reclamado en este proceso¹²⁰, de donde se infiere que en efecto la ejecutoria de la sentencia de primera instancia abrió paso a la reliquidación de la base de la pensión y al pago de la condena por ese concepto, con cargo a la masa de liquidación, sin incluir mayores valores por moratoria.

Por otra parte, en relación con las costas del proceso se tiene en cuenta que el demandado SI presentó objeción, según se acreditó en el plenario, amén de que se acepta que pudo entenderse por el mandatario que la segunda instancia habría incrementado la base de las costas tomadas por el Juez, teniendo en cuenta que se determinaron en relación con las prestaciones periódicas resultantes de la condena y ellas seguirían causándose hasta tanto se diera la decisión final.

No corresponde evaluar aquí si la sentencia de primera instancia en el proceso laboral habría sido susceptible de revocación, ni predecir el éxito o fracaso de la segunda instancia, puesto que basta advertir que la labor del apoderado judicial es de medios en cuanto al resultado de la sentencia y en caso alguno puede obligarse a obtener el fallo en un determinado sentido.

Por lo tanto, aunque la facultad de apelación estaba incluida dentro de la gestión contratada al apoderado y teóricamente podía ser un medio de defensa recomendable, no se probó la obligación consistente en el deber de presentar apelación, por lo tanto, se destruye la base de la argumentación de la demandante y resulta improcedente declarar el incumplimiento del abogado por la falta de presentación del recurso.

¹²⁰ La cuantía en este proceso se estimó con base en el monto de reliquidación de la pensión (\$166.888.457,76) y las costas (\$50'000.000), numerales 14 y 15 de la demanda, además de que de conformidad con lo probado, el pago realizado al ex trabajador, el 4 de octubre de 2005, contra la masa de liquidación solo ascendió a \$102.902.216, 24, de manera que lo probado en este proceso no incluyó la moratoria o su valor fue objeto de negociación.

En conclusión, se confirma la consideración del Tribunal *a quo* en el sentido de que resultó insuficiente la prueba a cargo de la demandante para efecto de fundar una condena; se recuerda que a la demandante correspondía demostrar el acuerdo contractual acerca del deber o la obligación de apelar la sentencia y no lo hizo, por manera que se asume que ese deber no existió en el caso particular que ahora se examina.

De conformidad con las consideraciones acerca de la responsabilidad contractual por incumplimiento, no habiendo omisión de la obligación, el plenario carece de prueba de un elemento básico de la responsabilidad civil, por lo cual no existe base para imponer la condena.

12.2. Nexo de causalidad o imputación del perjuicio derivado de la falta de apelación.

Además de que no acreditó la existencia de la obligación, la parte actora falló en desplegar los medios probatorios idóneos acerca del deber de colaboración que argumentó como necesario para la adecuada defensa de sus intereses: se limitó a relacionar los argumentos jurídicos que en su oportunidad tuvo la entidad para no atender la reclamación prejudicial, pero careció de pruebas para soportar su argumento en relación con la condena judicial, por ejemplo, a través de casos análogos: con fallos favorables para la entidad, identificación de pruebas no valoradas en el proceso u otro aspecto pertinente para desprender el deber de apelar la sentencia en defensa de sus intereses.

Por el contrario, en el plenario se encuentra acreditada una sentencia del Tribunal Superior de Bogotá a favor de una trabajadora vinculada al mismo proyecto de modernización, con fallo condenatorio en segunda instancia.

Según declaró el demandado, llevó alrededor de 300 procesos, tuvo contratos con la entidad para otros juicios laborales y obtuvo fallo favorable a la Caja Agraria en la mayoría, pero la demandante dejó de enfocar esos contratos entre las mismas partes y la gestión de los procesos respectivos, lo cual podría haber arrojado luces sobre la interpretación del contrato *sub judice*, en torno al alegado deber de colaboración en la

relación contractual¹²¹. Si no lo hizo, se asume que esas pruebas no lo ayudaban en su pretensión o no contó con ellas a pesar de que debían hacer parte de su archivo y correspondencia.

Por lo tanto, falló la prueba del deber de colaboración, lo cual lleva a desligar la omisión en la presentación del recurso de apelación, con el supuesto daño, es decir, no quedó acreditado el elemento correspondiente al nexo de causalidad o la imputación del daño al demandado.

Aunque parece obvio, debe advertirse al actor que en este proceso no aportó elementos para establecer el perjuicio atribuido sobre la base de que el abogado se hubiera constituido en garante del resultado – objeto contractual que habría sido ilegal- , tampoco demostró que el demandado hubiera obrado como determinante del sentido del fallo, en consecuencia, ha de estarse a que la conducta del profesional del derecho no incidió en el sentido del fallo que la Caja Agraria – en liquidación, se vio compelida a cumplir.

12.3. El daño alegado.

Con relación a la tasación del perjuicio, la Sala considera importante hacer una reflexión acerca del método de liquidación que se propuso por la demandante, toda vez que la sola falla de presentación de un recurso de apelación en el proceso laboral, no lleva indefectiblemente a determinar un perjuicio equivalente a la condena en el mismo, ni siquiera en el supuesto de la culpa del abogado por falencia en el control de los términos de ejecutoria.

¹²¹ “**Artículo 1622. Interpretaciones sistemática, por Comparación y por aplicación práctica.** Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.”

En este plenario, nada permitió inferir el resultado que habría obtenido la apelación y mucho menos se encuentran elementos para trasladar al abogado el valor equivalente a las obligaciones pensionales que estaban a cargo de la Caja Agraria – en liquidación, en su calidad de patrono vencido en el juicio en primera instancia.

Por el contrario, se acuerdo con el contenido de la sentencia, la apreciación de las pruebas y los riesgos de la apelación, la Sala da credibilidad a lo que en su oportunidad, informó el abogado a la liquidadora de la entidad:

“(...) la no interposición del recurso de apelación dentro del proceso del señor Ovidio Buitrago Grimaldo, obedeció finalmente, a un análisis juicioso del suscrito[,] del conjunto de pruebas practicadas por las partes, a través de las cuales llegué a la convicción de que no existían argumentos jurídicos ni de carácter probatorio que modificaran la decisión.”¹²²

Ahora bien, según se expuso en las consideraciones generales de la sentencia, la responsabilidad civil es sucedánea de la prestación incumplida, de manera que en este contexto, se entiende bien que el perjuicio imputable a la falta de apelación [en el supuesto- no probado- de que presentar el recurso fuera obligatorio], solo podría dar lugar a un daño tasado en relación con el valor de la prestación contractual a cambio de la gestión encomendada, esto es el monto de los honorarios.

En el evento de reclamar otros perjuicios, se requerirían pruebas diferentes para llevar al Juez a la convicción de avanzar en la valoración de lo que habría sido la privación de una instancia de discusión en el proceso laboral, frente a la posibilidad razonada de revocación de la condena.

Lo cierto es que en este estado, no resulta procedente imponer al apoderado una condena por perjuicios, menos aún para tasar dichos perjuicios en el valor equivalente al monto de las obligaciones que la sentencia estableció a cargo del patrono, es decir, no existe base suficiente para liquidar el supuesto daño ocasionado por la falta de presentación del recurso de apelación, ni para acceder a la pretensión del demandante, en orden a imponer al apoderado el pago por el monto equivalente al ajuste de la mesada pensional¹²³. Por lo tanto, la pretensión será denegada.

¹²² Folio 28, cuaderno 3.

¹²³ “3º (...) y que ese pronunciamiento se extienda a los pagos que mes a mes debe hacer la demandante para cubrir la pensión de jubilación del señor Ovidio Buitrago Grimaldo.”

En este aspecto procesal no logró la Caja Agraria - en liquidación, soportar su dicho, por falta de prueba del daño, teniendo en cuenta que presentó una sumatoria de los valores de reliquidación de la pensión más costas y solicitó que el abogado fuera condenado a ellos, sin prueba suficiente de los elementos que configurarían la responsabilidad del profesional del derecho sobre tal valor, lo cual, en caso de acceder, llevaría a una injusticia palmaria en la corrección del daño supuestamente causado.

Se agrega, además, que Fiduciaria la Previsora S.A. - patrimonio autónomo de remanentes de la Caja Agraria -en liquidación-, llegó a realizar el pago que se acreditó en este proceso tres años después de la condena, trámite del cual no se conoció detalle o relación con la gestión del abogado ahora demandado.

Nada permite inferir que hubiera existido otra fuente de responsabilidad imputable al demandado, puesto que la sentencia de primera instancia en el proceso laboral se observa soportada en las pruebas allí practicadas, la conducta del abogado en la atención de ese litigio aparece acorde con un deber de cuidado normal en la contestación de la demanda y durante todo el debate probatorio, sin perjuicio de que posteriormente no actuó en el término de ejecutoria de la sentencia. Los asuntos disciplinarios están por fuera de este debate, fueron conocidos por la jurisdicción competente según se infiere de los oficios cruzados y no existe aquí factor alguno que permita construir justamente el deber de reparar, ni menos el de reembolsar lo pagado por la demandante.

En consecuencia, se confirmará la decisión de denegar la declaración de incumplimiento del contrato y desestimar las pretensiones de pago de perjuicios.

13. Costas

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

F A L L A

PRIMERO.- REVOCAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 4 de junio de 2009 y en su lugar se dispone lo siguiente:

Declarar que entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el abogado Rodrigo Hernando Vargas Parra, existió un contrato de mandato para la representación judicial de la referida entidad, en el proceso laboral instaurado por el señor Ovidio Buitrago Grimaldo, que se tramitó ante el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá, expediente No. 69.426.

SEGUNDO.- CONFIRMAR las decisiones contenidas en los demás numerales de la sentencia, declarar no probadas las excepciones y negar las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO.- Sin condena en costas.

SEGUNDO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

