

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Niega. Cobranza, contrato de prestación de servicios para ejecutar actividades de cobro prejurídico / EQUILIBRIO ECONOMICO - Contrato de prestación de servicios para cobro prejurídico y procesos ejecutivos hipotecarios

De conformidad con lo anterior resulta que, a raíz de la expedición por parte del Presidente de la República del Decreto No. 2331 [de 1998] - norma que en su artículo 16 estableció que a partir de ese momento las entidades financieras debían asumir los costos de cobranza de cartera hipotecaria en los casos en que no mediara un proceso judicial -, el Fondo Nacional de Ahorro modificó unilateralmente las condiciones del contrato en el sentido de ordenar la eliminación del cobro prejurídico de los créditos hipotecarios asignados a los abogados externos, toda vez que, a partir de la expedición del decreto en mención, los costos de cobranza en cobro prejurídico debían ser asumidos por el Fondo y no por los deudores morosos, a diferencia de lo inicialmente pactado en el contrato prestación de servicios. Como se ve, en el presente caso los hechos alegados por la actora como generadores de ruptura del equilibrio económico del contrato tendrían su origen en la expedición del Decreto No. 2331 por parte del Presidente de la República, norma que habría sido la causante de la modificación unilateral del contrato efectuada por el Fondo el 15 de diciembre de 1998, la cual consistió en la eliminación de los cobros prejurídicos de los créditos asignados a los abogados externos. (...) Así pues, en el presente asunto el rompimiento del equilibrio económico que, según la parte actora, se presentó en la ejecución del contrato No. 011/96, se debió a un evento "exógeno a las partes del negocio", como lo fue la expedición del Decreto No. 2331 por parte del Presidente de la República, razón por la cual el desequilibrio financiero que alega la parte actora se deberá examinar bajo la teoría de la imprevisión. La aplicación de la teoría de la imprevisión como causa de la ruptura del equilibrio económico de los contratos dentro del ámbito de la contratación administrativa surgió por vía jurisprudencial y para que opere la misma como causa que dé lugar al restablecimiento económico del contrato en favor de la parte afectada, se exige la concurrencia de varios requisitos, a los cuales se ha referido la Jurisprudencia de la Sección Tercera. (...) como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato. (...) Procede la Sala a examinar si en el presente asunto se dieron las condiciones necesarias para que prospere la teoría de la imprevisión y, en consecuencia, halla lugar a restablecer la ecuación financiera del contrato No. 011/96 (...) En primer lugar se observa que el supuesto desequilibrio económico del contrato de prestación de servicios No. 011/96 se habría dado como consecuencia de la expedición del Decreto 2331 del 16 de noviembre de 1998 proferido por el Presidente de la República, es decir que el rompimiento de la ecuación financiera se habría generado por un hecho exógeno a las partes, el cual, además, ocurrió con posterioridad a la celebración del contrato de prestación de servicios por cuya causa se demanda. (...) En segundo lugar, se tiene que la medida que se adoptó en el decreto mencionado correspondió a una circunstancia imprevisible para las partes contratantes, en tanto que aquella claramente no obedece a una medida que los contratistas podían tener en consideración al momento de celebrarse el contrato. (...) Encuentra la Sala que si bien con ocasión de la expedición del decreto en mención, el Fondo

modificó unilateralmente el contrato No. 011/96, en el sentido de eliminar el cobros prejurídico de los créditos, en el plenario no hay prueba de los mayores gastos y costos que tuvo que soportar la contratista por causa de la medida adoptada en el Decreto No. 2331/98, así como tampoco hay prueba de que por fuerza de la circunstancia anotada no se le hubiese cancelado a la contratista los honorarios adeudados por virtud de los arreglos prejudiciales que hubiese logrado con los deudores morosos, de los cuales tampoco hay prueba en el expediente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2331 DE 1998 GOBIERNO NACIONAL (16 de noviembre)

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Niega. Contrato de prestación de servicios para ejecutar actividades de refinanciación de cartera morosa / EQUILIBRIO ECONOMICO - Contrato de prestación de servicios para ejecutar actividades de refinanciación de cartera morosa

Observa la Sala que si bien Fondo Nacional de Ahorro habría programado un proceso de refinanciación de la cartera morosa de la entidad, echa de menos la Sala prueba alguna que conduzca a establecer que en los créditos asignados a la contratista María Dadeiva Cifuentes de García se llevó a cabo efectivamente la refinanciación de la deuda y en qué medida afectó a la contratista en el recaudo de los honorarios devengados por ella. (...) Nótese, que en el expediente no obra prueba de que respecto de los créditos asignados a la contratista se hubiesen exonerado a los deudores del pago de honorarios profesionales o de que se hubiese presentado una disminución considerable en los honorarios devengados por la contratista. (...) comoquiera que no hay pruebas que permitan determinar el perjuicio que tuvo que soportar la contratista por fuerza de la refinanciación de la cartera morosa, en tanto que no se encuentra acreditado siquiera que los créditos a cargo de la contratista efectivamente se hubieran refinanciado, pues únicamente reposa en el expediente la constancia de unos ofrecimiento por parte del Fondo a los deudores morosos para que se acogieran al proceso en mención, no resulta posible para la Sala acceder a la petición formulada por la demandante.

FONDO NACIONAL DEL AHORRO - Funciones. Objeto social

Así mismo ha precisado la Subsección 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 7º 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 entidad. La Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció acerca del alcance que corresponde al concepto legal del "giro ordinario de las actividades" y de las operaciones conexas al mismo, en relación con lo cual concluyó que la

referida conexidad se debe concretar en cada contratación, de acuerdo con la relación de medio a fin existente entre la respectiva actividad y la función principal de la entidad financiera definida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
NOTA DE RELATORIA: Al respecto se pueden consultar las decisiones de 9 de octubre de 2013, exp. 30763 y de 25 de marzo de 2015, exp. 37725

FUENTE FORMAL: DECRETO 2331 DE 1998 GOBIERNO NACIONAL (16 de noviembre) / LEY 663 DE 1993 ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO CONTENIDO EN EL DECRETO - ARTICULO 7

LIQUIDACION JUDICIAL DE CONTRATO ESTATAL - Niega. No existen obligaciones pendientes por liquidar

En relación con la pretensión de liquidación del contrato de prestación de servicios No. 011/96, la Sala confirmará lo decidido en el fallo de primera instancia, dado que una vez revisadas las pruebas que obran en el expediente no se observan obligaciones pendientes por cumplir ni saldos pendientes por pagar entre las partes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015).

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00089-01(34094)

Actor: MARIA DADEIVA CIFUENTES DE GARCIA

Demandado: FONDO NACIONAL DEL AHORRO

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

***“PRIMERO.** Declárense (sic) no probadas las excepciones de ‘falta de legitimación en la causa por pasiva’, ‘incumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial en derecho’, ‘falta de*

legitimación en la causa por activa' y 'caducidad de la acción' propuestas por el apoderado demandado.

SEGUNDO. *Declárense (sic) no probadas las objeciones por error grave propuestas por las partes respecto del experticio presentado por la perito Myriam Mendoza de Tovar.*

TERCERO. *Declárase judicialmente terminado y liquidado el contrato de prestación de servicios No. 011/96 suscrito por la señora María Dadeiva Cifuentes y el Fondo Nacional del Ahorro, en los términos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.*

CUARTO. *Niéguense (sic) las pretensiones de la demanda.*

QUINTO. *Sin costas.*

(...)”.

I.-ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 19 de diciembre de 2002, la señora Dadeiva Cifuentes de García, por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, presentó, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en contra del Fondo Nacional del Ahorro. En el escrito de la demanda planteó las siguientes pretensiones – se transcribe tal cual se halla en el expediente, incluso con errores -¹:

“1ª que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO incumplió injustamente el contrato de Prestación de Servicios de Representación Judicial 011 del 9 de febrero de 1.996 suscrito con la Doctora MARIA DADEIVA CIFUENTES DE GARCIA.

2ª Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al FONDO NACIONAL DEL AHORRO a pagar, a título de indemnización por perjuicios materiales generados por dicho incumplimiento a la demandante las siguientes sumas de dinero:

2.1. POR CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE:

La suma de Seiscientos millones de pesos (\$600.000.000.00) equivalente a los honorarios dejados de percibir por la demandante en cumplimiento del mencionado contrato y en los porcentajes y términos allí señalados.

¹ Folios 2 al 12 del cuaderno No. 1.

2.2. POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE:

La suma de Nueve millones de pesos (\$9.000.000.00) mensuales, valor que ha dejado de percibir dicha cantidad de dinero a una tasa de interés del uno y medio por ciento (1.5%) mensual, contado a partir de la terminación del contrato y hasta cuando el pago se efectúe.

3° Que se condene a la entidad demandada a pagar a la demandante intereses comerciales y moratorios sobre los valores objeto de la condena, en los términos señalados en el Artículo 177 in-fine del Código Contencioso Administrativo.

4° Que se condene al Fondo Nacional del Ahorro a liquidar y pagar a la demandante el ajuste de valor de las sumas que resulten de las condenas solicitadas en los punto anteriores en forma actualizada, o sea, con corrección monetaria, tomando como base el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE y conforme a las previsiones del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

5° Que se condene a la Entidad Demandada a darle cumplimiento a la Sentencia dentro del término indicado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

6° Que se condene a la entidad demandada a pagar las costas y agencias en derecho que en este proceso se causen en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

7° PETICIONES SUBSIDIARIAS

7.1 Que se declare la existencia del Contrato de Prestación de servicios de Representación Judicial No. 011/96, suscrito entre el Fondo Nacional del Ahorro y la demandante; se ordene su revisión y, se condene a la entidad demandada a restablecer el equilibrio de la ecuación económica del contrato, sin perjuicio de las condenas a que se contraen los numerales 3°-4° y 6°.

7.2 Que se ordene la liquidación del contrato 011/96 y se hagan las condenas que se contraen en los numerales 2°-3°-4° y 6° mencionadas con antelación.

7.3 Que se declare la existencia del contrato 011/96, se ordene su revisión y se hagan las condenas de los numerales 2°-3°-4° y 6°.

2. Hechos.

En su escrito de demanda la parte actora narró, en síntesis, los siguientes hechos:

2.1. El día 16 de febrero de 1993, el Fondo Nacional del Ahorro y la señora María Dadeiva Cifuentes de García celebraron el contrato de prestación de servicios de representación judicial con el objeto de “adelantar los cobros en prejurídico y

procesos ejecutivos hipotecarios de la cartera morosa que el mencionado Fondo tenía por concepto de préstamos para vivienda hechos a sus afiliados”.

2.2. Sostuvo la demandante que el contrato en mención fue *“modificado totalmente por el contrato estatal Número 011 del 9 de febrero de 1996”*, en cuya cláusula quinta y con fundamento en la Resolución No. 738 expedida el 3 de octubre de 1995 por el Fondo, se acordaron los siguientes honorarios en favor de la contratista - María Dadeiva Cifuentes de García -: *“a) arreglo prejudicial, una suma equivalente al 10% del valor total de las cuotas en mora más los intereses efectivamente recaudados, b) arreglo judicial, honorarios en cuantía equivalente al 15% sobre el valor total de las cuotas en mora más los intereses efectivamente recaudados, c) actuación con sentencia ejecutoriada, percibiría las agencias en derecho fijadas por el juez”.*

2.3. Señaló que en la cláusula primera del contrato las partes estipularon que *“la contratista se obligaba a prestar sus servicios profesionales como apoderada judicial del Fondo para adelantar desde su iniciación hasta su terminación procesos ejecutivos para la recuperación de la cartera vencida garantizada con título hipotecario que el Fondo iría entregando periódicamente en la medida en que se fuera efectuando su recaudo”.* Así mismo, manifestó que en el párrafo de la citada cláusula se acordó que la contratista *“previamente a la iniciación de los procesos ejecutivos debería forzosamente efectuar cobros, con el fin de obtener en lo posible el pago extrajudicial de las obligaciones en mora”* y, en la cláusula tercera, se pactó que el Fondo le otorgaría a la contratista los documentos, datos e información necesaria para el debido cumplimiento del objeto contractual.

2.4. Afirmó que mediante oficio No. 098949 de fecha 15 de diciembre de 1998, la Subdirectora Jurídica del Fondo Nacional del Ahorro le informó *“a los abogados externos que el Fondo no estaba en capacidad de asumir el pago de sus honorarios y que, en consecuencia, a partir de esa fecha los abogados no estaban facultados para realizar cobros prejurídicos de los créditos hipotecarios asignados”.*

2.5. Sostuvo la demandante que a pesar de que en repetidas ocasiones le solicitó al Fondo el envío de una documentación necesaria para poder adelantar el cobro jurídico *“de los créditos que ya se encontraban en trámite de acción ejecutiva”*, la entidad demoró en algunos casos la entrega de esos documentos y en otros

eventos hizo caso omiso a sus solicitudes, ocasionando la paralización del contrato.

2.6. Señaló que en reunión sostenida entre la contratista y el vicepresidente financiero del Fondo el 1 de octubre de 1999, este último le habría manifestado que debido a una refinanciación de las deudas a nivel nacional sus *“honorarios serían rebajados [con lo cual] se suprimiría el cobro prejurídico y que el jurídico que estaba en 15%, se rebajaría al 7% antes de la sentencia y el 12% después de dictada la sentencia”* y que en caso de no aceptar dicha reducción en sus honorarios *“no se le repartiría cartera por no colaborar con la entidad”*.

2.7. Expresó que el 1° de octubre y el 2 de noviembre de 1999 radicó ante el Fondo unos derechos de petición con el fin de que se le aclarara lo relacionado con la disminución de los honorarios.

2.8. Adujo en la demanda que el 4 de noviembre de 1999 el vicepresidente financiero del Fondo le envió a la contratista un *“Acta de Acuerdo de modificación del contrato 011/96”*, con el fin de que la suscribiera, lo que no ocurrió pues la contratista no estaba de acuerdo con las modificaciones introducidas en tanto que le significaban la disminución de sus honorarios.

2.9. Sostuvo que el 19 de noviembre de 1999 le envió una comunicación al Fondo con el fin de aclarar algunos aspectos relacionados, entre otras cosas, con los continuos incumplimientos de la entidad en la ejecución del contrato, comunicación a la que habría dado respuesta el Fondo el 25 de noviembre de esa anualidad y en la cual habría precisado que *“la modificación unilateral del 15 de diciembre de 1998 estaba vigente y agrega que también están vigentes los honorarios acordados desde el inicio del contrato”*.

2.10. Indicó la demandante que, mediante oficio del 1 de marzo de 2000, el Fondo le informó que no le podía *“enviar estados de cuenta por la nueva sistematización y que solamente le estarían enviando una certificación de la deuda total, haciendo nugatorio el cobro de los honorarios, toda vez que éstos son cobrados sobre la mora y los intereses”*.

2.11. Expuso que el Fondo programó un proceso de refinanciación de la cartera morosa y a partir de enero del año 2000 *“desplegó una publicidad para los deudores embargados, en donde dicha Entidad les ofrecía la posibilidad de ser*

exonerados del pago de honorarios de abogado". Agregó que en ese mismo año el Fondo "cambió totalmente los extractos enviados a los abogados y los reemplazó por un formato sin ningún recuento histórico de los créditos".

2.12. Manifestó que, pese a los inconvenientes surgidos, mantuvo por más de un año y medio al servicio del Fondo una oficina *"con todas las instalaciones idóneas para el cabal cumplimiento del contrato en cuestión"*, sin percibir honorarios.

2.13. Adujo que mediante Resolución No. 0067 del 8 de marzo de 2000 expedida por el Fondo Nacional del Ahorro se modificó unilateralmente el contrato.

2.14. Indicó que debido a las reclamaciones presentadas al Fondo, funcionarios de esa entidad iniciaron *"una campaña de desprestigio en su contra con los afiliados morosos, a quienes informaban que dicha abogada no debía cobrar honorarios por más de un 7% que era según ellos lo ordenado por el Fondo"*.

2.15. Expresó que como consecuencia de la situación que se venía presentando, dirigió a la Oficina Jurídica del Fondo una comunicación de fecha 28 de septiembre de 2000, con el fin de que le autorizaran sustituir todos los poderes de la cartera que tenía a su cargo, ante lo cual la entidad guardó silencio.

2.16. Señaló que el 14 de diciembre de 2000 radicó en el Fondo un escrito a través del cual presentó su renuncia irrevocable al contrato No. 011/96, decisión que tomó por causa de *"la demora en el envío de la documentación pertinente [por parte del Fondo] y el de la Oferta del Fondo a los deudores de la posible exoneración de honorarios"*. La renuncia fue aceptada por el Fondo mediante oficio No. 014873 del 13 de febrero de 2001.

2.17. Expresó que mediante Acta del 22 de octubre de 2002 la entidad demandada procedió a liquidar el contrato No. 011/96, la cual se abstuvo de suscribir en tanto que no estaba de acuerdo con su contenido.

2.18. Sostuvo la demandante que el Fondo Nacional del Ahorro incumplió con sus obligaciones contractuales y que con su conducta ocasionó un desequilibrio económico del contrato que la afectó.

2.19. En cuanto al rompimiento del equilibrio económico del contrato sostuvo que aquél se generó como consecuencia de la modificación unilateral del contrato que eliminó el cobro prejurídico y con el agravante de que previamente se habían realizado *“actuaciones prejurídicas, lo cual le otorgaba a la demandante todo el derecho de cobrar sus honorarios equivalentes al 10% como lo estipulaba el contrato”*.

2.20. Por último, señaló que la funcionaria que suscribió la modificación unilateral el contrato no se encontraba autorizada para ello.

3. El trámite de la primera instancia.

La demanda presentada el 19 de diciembre de 2002² fue admitida mediante auto del 27 de febrero de 2003³; notificada en legal forma al Ministerio Público en las mismas calendas⁴ y al Fondo Nacional del Ahorro el 26 de junio de 2003⁵.

4. Contestación de la demanda.

El Fondo Nacional del Ahorro contestó la demanda para oponerse a las pretensiones y en cuanto a los hechos en ésta relatados aceptó unos y rechazó otros⁶.

Expresó que el Fondo no le adeudaba a la demandante suma alguna de dinero por concepto de honorarios profesionales derivados del contrato No. 011/96.

Al respecto manifestó que el Fondo no asumió frente a la contratista *“ningún tipo de obligación con respecto a los honorarios profesionales derivada del contrato”*, en tanto que el pago de los honorarios era *“... de cargo y cuenta de los deudores hipotecarios del FONDO NACIONAL DEL AHORRO”*, de ahí que no asumiera la entidad ningún *“tipo de obligación por el no pago de los mismos a la contratista”*.

² Folios 1 al 13 del cuaderno No.1.

³ Folio 16 y 17 del cuaderno No.1.

⁴ Anverso del folio 17 del cuaderno No. 1.

⁵ Folio 19 del cuaderno No. 1.

⁶ Folios 20 al 40 del cuaderno No. 1.

Agregó que los honorarios de la contratista se causaban como consecuencia de los pagos hechos por los deudores al Fondo por concepto de las cuotas atrasadas y de los intereses moratorios.

Manifestó que las partes no acordaron en el contrato cláusula de exclusividad alguna, por lo cual la contratista podría contratar *“la prestación de sus servicios profesionales con cualquier persona, natural o jurídica, privada o pública, sin ninguna restricción”*.

Sostuvo que el Fondo Nacional del Ahorro expidió el oficio S.J. 098949 de fecha 15 de diciembre de 1998, mediante el cual se modificó unilateralmente el contrato No. 011/96, toda vez que en virtud de la expedición del Decreto 2331 por parte del Presidente de la República, los abogados externos no estaban facultados para realizar cobros prejurídicos, en tanto que el Fondo no se encontraba en capacidad de cubrir los honorarios de los abogados en mención.

Sobre ese particular precisó que el Fondo profirió el oficio aludido como consecuencia de la expedición por parte del Presidente de la República del Decreto 2331 del 16 de noviembre de 1996, en cuyo artículo 16 se dispuso que *“los gastos en que incurran las entidades financieras por concepto de la cobranza de cartera de créditos hipotecarios individuales para vivienda, en la cual no medie un proceso judicial, correrán por cuenta de la respectiva institución [Fondo Nacional del Ahorro]. En consecuencia, los gastos por este concepto no podrán ser trasladados a los deudores por ninguna razón”*.

Igualmente manifestó que el oficio en mención, por medio del cual se modificó unilateralmente el contrato No. 011/96, no fue demandado por la contratista.

Así mismo, expresó que no era cierto el hecho de que el Fondo no le hubiese enviado a la contratista toda la documentación e información necesaria para ejecutar el contrato, prueba de lo cual había sido que, contrario a lo afirmado por la demandante, una vez solicitadas por la contratista las escrituras públicas y demás documentos necesarios para iniciar los procesos ejecutivos, el Fondo le hizo entrega de todo lo requerido.

Del mismo modo afirmó que el Fondo siempre atendió *“las solicitudes de documentos formuladas por la contratista... Cuando el Fondo no atendía dichas*

solicitudes, era por alguna razón explicada en sus oficios, las cuales por lo general eran imputables a la contratista”.

Señaló que en relación con las pretensiones subsidiarias planteadas en la demanda y que corresponden a que se declare la existencia del contrato No. 011/96, que se ordene su revisión y que se liquide el contrato, expuso que las mismas son improcedentes pues el contrato ya terminó y que el Fondo no le adeuda nada a la contratista por concepto de honorarios.

Planteó las siguientes excepciones:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva: Afirmó al respecto que la demanda debió dirigirse en contra de los deudores hipotecarios que le fueron asignados a la demandante en desarrollo del contrato No. 011/96 para el recaudo de la cartera morosa y no en contra del Fondo, en tanto que dicha entidad no asumió ninguna obligación de pagar honorarios profesionales a la contratista.

- Inepta demanda: Expresó que después de terminado el contrato en mención por causa de la renuncia de la contratista, no puede pretender ahora solicitar *“que se declare judicialmente terminado o resuelto o que se ordene el cumplimiento [del contrato] y como consecuencia de ello se condene al pago de perjuicios, pues, se repite el supuesto para que procedan los perjuicios como pretensión subordinada es que el contrato se esté ejecutando...”*. Agregó que tampoco es viable pedir que se declare el incumplimiento de un contrato terminado.

- Incumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial: Afirmó que con la demanda no se acompañó prueba de la celebración de la conciliación extrajudicial, lo cual era requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

- Falta de legitimación en la causa por activa: Sostuvo que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1546 del Código Civil, la acción resolutoria o de cumplimiento del contrato no procede cuando ambos contratantes han incumplido sus obligaciones contractuales.

Así mismo señaló que en el presente asunto “*la demandante no estaba ni está legitimada para instaurar en contra [del Fondo] la acción de que da cuenta el proceso citado de la referencia, teniendo en cuenta que ella en su calidad de contratista fue la que incumplió el Contrato Estatal*”.

- Caducidad de la acción: Expuso que en el presente asunto la acción se encuentra caducada, en tanto que “*transcurrieron más de dos años contados a partir del día siguiente al supuesto incumplimiento del Fondo Nacional del Ahorro al contrato, con respecto a la presentación de la demanda*”.

5. Los alegatos de conclusión.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante auto del 21 de agosto de 2003, abrió el proceso a pruebas⁷ y, a través de la providencia del 24 de febrero de 2006, se dispuso correr traslado para alegar de conclusión⁸, oportunidad procesal en la que se pronunciaron la parte demandante y la demandada para reiterar los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación, respectivamente⁹.

El Ministerio Público guardó silencio.

6. La sentencia de primera instancia

Como se expuso al inicio de esta providencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante sentencia proferida el 21 de febrero de 2007, resolvió declarar judicialmente terminado y liquidado el contrato de prestación de servicios No. 011/96, así como negar las pretensiones de la demanda¹⁰.

En primer lugar manifestó que no había lugar a declarar probada ninguna de las excepciones propuestas por la parte demandada.

En cuanto a la excepción de inepta demanda señaló que no es cierto que la declaratoria de incumplimiento del contrato se pueda solicitar sólo si el contrato

⁷ Folios 105 y 106 del cuaderno No. 1.

⁸ Folio 157 del cuaderno No. 1.

⁹ Folios 150 al 170 del cuaderno No. 1.

¹⁰ Folios 175 al 187 del cuaderno principal.

se encuentra vigente, *“dado que en el caso concreto el supuesto incumplimiento se verificó hasta el momento de la renuncia de la demandante y, por tanto, es a partir de allí que la actora podía iniciar las acciones correspondientes”*.

Igualmente manifestó que tanto el demandante como el Fondo Nacional del Ahorro se encuentran legitimados para comparecer al proceso.

Así mismo afirmó que en el presente asunto la acción no se encontraba caducada por cuanto el presunto incumplimiento del Fondo ocurrió *“hasta el momento en que la actora renunció y dicha renuncia fue aceptada, esto es, hasta el 14 de febrero de 2001 (fls. 102-103, C.2) y como la demanda fue presentada el 19 de diciembre de 2002 (fl. 13, C.1) fuerza concluir que la misma es oportuna”*.

Por último, sostuvo que el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 - norma en virtud de la cual se exigía adelantar la conciliación como requisito de procedibilidad para demandar -, para la época de presentación de la demanda, se encontraba suspendido por el artículo 42 de la misma Ley.

Luego de hacer un recuento de las pruebas que obran en el expediente y en cuanto a los incumplimientos en los que, según la demandante, incurrió el Fondo, expresó lo siguiente:

En relación con la modificación unilateral del contrato No. 011/96, consistente en la *“eliminación de la posibilidad de efectuar previamente el cobro prejurídico por parte de la actora respecto de los créditos asignados a ella y contenida en el oficio S.J. 098949”*, señaló el a quo que dicho acto administrativo no fue atacado en la demanda y, en consecuencia, goza de presunción de legalidad y *“los efectos jurídicos del mismo se deben mantener incólumes sin que de éstos se pueda derivar algún perjuicio con el carácter de antijurídico”*.

En cuanto a la supuesta omisión por parte del Fondo Nacional de Ahorro del envío de algunos documentos indispensables para ejecutar el contrato No. 011/96, sostuvo el Tribunal que si bien en algunas ocasiones el Fondo no le suministró lo solicitado a la contratista, *“dicha situación se origi[nó] por causas*

imputables a la misma demandante, como la ausencia de algunos requisitos o la presentación incompleta de la solicitud".

En cuanto a las pretensiones subsidiarias consistentes en que se declare la existencia del contrato, se ordene su revisión y se restablezca el equilibrio económico del mismo, afirmó que el contrato de prestación de servicios No. 011/96 se suscribió con todas las formalidades requeridas, por lo cual era innecesario declarar su existencia.

Expresó que en este caso el contrato por cuya causa se demanda se terminó como consecuencia de la renuncia de la contratista, la cual fue aceptada por el Fondo, de ahí que no resultara posible ordenar su revisión, en tanto que ésta sólo procede en el evento de que el contrato se esté ejecutando.

En relación con la ruptura del equilibrio económico del contrato que, según la demandante, tuvo su origen *"en la modificación unilateral que realizó la administración, la cual privó a la actora de la posibilidad de seguir efectuando cobros perjurídicos"*, señaló el Tribunal que la decisión contenida en la modificación unilateral del contrato se tomó como consecuencia de la expedición del Decreto No. 2331 de la Presidencia de la República, en virtud del cual *"en ningún caso los deudores estaban obligados a asumir los costos derivados de la cobranza prejudicial y que era la entidad financiera [en este caso el Fondo] la que estaba obligada al cubrimiento de los mismo"*.

Manifestó que la supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato no tuvo su origen en un hecho imputable al Fondo, sino a una medida que adoptó el gobierno nacional para favorecer a los deudores del sector financiero, de ahí que, según el *a quo*, en este caso, el desequilibrio económico debía examinarse bajo la perspectiva de la teoría de la imprevisión.

Al respecto expresó que en este caso la modificación del contrato obedeció a un factor de naturaleza externa a las partes como lo fue la expedición del Decreto No. 2331 por parte del Presidente de la República. Así mismo, afirmó que las partes a la fecha de suscripción del contrato no podrían prever que el gobierno nacional expediría el decreto en mención.

En ese contexto sostuvo que si bien era cierto que en este caso se presentaron algunos de los supuestos de la teoría de la imprevisión, no lo era menos que en el presente asunto *“no [se] alteró (sic) en forma grave y anormal las condiciones del contrato, pues si bien una parte de los honorarios que aspiraba a percibir la actora estaba constituida por el porcentaje que los deudores tenían que pagarle por concepto del arreglo prejudicial, dicho porcentaje era incierto pues dependía de que efectivamente el cobro prejudicial generara el pago de las cuotas en mora con los respectivos intereses”*.

Bajo ese escenario expuso que no resultaba ajustado al ordenamiento jurídico reconocerle a la contratista suma alguna *“por alteración en condiciones contractuales, pues se advierte que dicha alteración no fue extraordinaria al punto de impedir la ejecución del contrato...”*.

Señaló que en gracia de discusión, como la modificación del contrato se debió a un hecho externo a las partes, el Fondo sólo estaría obligado a indemnizar a la contratista hasta el punto de no pérdida, no obstante, manifestó que comoquiera que en este caso *“en el plenario no se demostró que la variación del contrato dif[era] al traste con la asunción de costos extraordinarios”*, no se podía reconocer suma alguna por ese concepto.

En cuanto al dictamen pericial practicado en el proceso, expresó que había sido elaborado sin que previamente se determinara si existió, o no, incumplimiento contractual por parte del Fondo o si se configuró una ruptura de la ecuación contractual, razón por la cual la mencionada prueba pericial *“no podrá ser tenida en cuenta por sustracción de material pues los perjuicios calculados carecen de fundamento jurídico”*.

Igualmente, encontró el *a quo* que no había lugar a acceder a las objeciones al dictamen pericial formuladas por las partes demandante y demandada.

Por último y en relación con la petición de liquidar por vía judicial el contrato No. 011/96, señaló que, de conformidad con el clausulado del contrato, el valor de los honorarios profesionales debía ser pagado directamente por los deudores hipotecarios, razón por la cual, el Fondo no estaba en la obligación de cancelar suma alguna por ese concepto a la contratista.

7. El recurso de apelación

De manera oportuna¹¹, la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia y como fundamentos de su inconformidad expuso los siguientes:

Señaló que en el presente asunto sí existían pruebas suficientes que demostraban que el Fondo incumplió el contrato de prestación de servicios No. 011/96.

Expresó que con la expedición del Decreto No. 2331 de 1998 por parte del Presidente de la República, el Fondo debía asumir *“los costos de cobranza en los que no se realizara un proceso judicial, costos que anteriormente estaban a cargo de los deudores morosos, según el contrato 011 de 1996”*, y que como consecuencia de todo ello el Fondo debía haberle cancelado los honorarios causados con ocasión de *“los cobros en prejurídico”* que no le fueron pagados por parte de los deudores morosos, y que debía hacerlo en aras de mantener el equilibrio económico del contrato.

Aseguró que ya había realizado cobros prejurídicos que le habían generado honorarios que no le fueron pagados.

Manifestó que en varias ocasiones le solicitó al Fondo el envío de *“los documentos necesarios para adelantar el cobro jurídico de los créditos asignados, pero la documentación no era remitida o era enviada en forma indebida o inoportuna, lo que generaba la paralización del contrato”*.

Otro motivo en el que fundamentó el incumplimiento del contrato No. 011/96, consistió en el hecho de que el Fondo refinanciara la deuda objeto de cobro por parte de los contratistas externos, circunstancia que *“implicaba la disminución de los honorarios en muchos casos o la exoneración total de los mismos en otros”*.

¹¹ Recurso presentado el 5 de marzo de 2007 – Fl. 189 del cuaderno principal - y sustentado el 29 de junio de 2007 - Fls. 196 al 201 del cuaderno principal -.

Expresó que el Fondo, sin justificación alguna, se demoró en liquidar el contrato, incumpliendo de esta forma con lo previsto por el artículo 61 de la Ley 80 de 1993.

Adujo que, contrario a lo dicho por el Tribunal, el oficio S.J. 098949 proferido el 15 de diciembre de 1998 por la Subdirectora Jurídica del Fondo y mediante el cual se modificó unilateralmente el contrato No. 011/96, no correspondía propiamente a un acto administrativo que vinculara a las partes contratantes, razón por la cual no se demandó en esta oportunidad.

Así mismo, afirmó que la cláusula del contrato correspondiente al pago de honorarios profesionales, es ineficaz, en tanto que no es *“legal pactar en el contrato... que los honorarios causados estarían a cargo de los deudores morosos sin que el Fondo asumiera responsabilidad alguna”*.

Sostuvo que en este caso sí se rompió el equilibrio económico del contrato a la luz de la teoría de la imprevisión *“al privarse a la demandante de la posibilidad de seguir efectuando cobros en prejurídico que le podían generar un porcentaje en sus honorarios que según el contrato debían cancelar los deudores morosos”*.

Al respecto expuso que en el presente asunto debía indemnizársela, no por *“la pérdida de los honorarios [profesionales], sino por la pérdida de oportunidad para conseguirlos”*.

Afirmó que *“comoquiera que en los términos anteriores está demostrado el incumplimiento de la demandada y la vulneración del equilibrio económico del contrato, se impone la conveniencia de estudiar el dictamen pericial y las objeciones contra él propuestas”*.

Por último, señaló que, de estimarse pertinente, se accediera a la pretensión subsidiaria consistente en liquidar el contrato No. 011/96.

8. El trámite de segunda instancia

El recurso presentado dentro del término legal dispuesto para ello fue admitido por auto del 13 de julio de 2007¹² y mediante proveído del 10 de agosto de ese mismo año¹³ se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal en la que se pronunciaron las partes demandante y demandada para reiterar los argumentos expuestos en el recurso y en la contestación de la demanda, respectivamente¹⁴.

Por su parte, el Ministerio Público rindió concepto en los siguientes términos¹⁵:

Señaló que en el presente asunto debía confirmarse la sentencia de primera instancia, en tanto no se acreditó el incumplimiento del contrato No. 011/96 por parte del Fondo.

En relación con la modificación unilateral del contrato respecto del porcentaje por el cobro prejurídico, manifestó que la decisión se encuentra contenida en el oficio S.J. 098949 de 15 de diciembre de 1998, cuya nulidad no se solicitó, circunstancia que conducía a concluir que la contratista aceptó tácitamente la decisión contenida en el oficio en mención, con lo cual no debía accederse a la pretensión formulada en la demanda.

Igualmente afirmó que en el proceso no se logró demostrar que el Fondo no hubiese remitido la documentación necesaria para los cobros judiciales.

En cuanto a la sustitución de poderes afirmó que *“la reglamentación del Fondo indica que se trata de contratos intuito personae y que la cesión y/o sustitución a un abogado determinado no era un derecho de la actora”*.

Sostuvo también que no existe prueba de que el Fondo le adeude a la demandante suma alguna por concepto de honorarios, toda vez que las partes no acordaron en el clausulado del contrato que el Fondo tuviera la obligación de cancelar honorarios a la demandante y *“no se probó que un incumplimiento por parte de la entidad, generara una acreencia a favor de la contratista”*.

¹² Folios 203 del cuaderno principal.

¹³ Folio 205 del cuaderno principal.

¹⁴ Folios 206 al 222 del cuaderno principal.

¹⁵ Folios 223 al 235 del cuaderno principal.

Así mismo, afirmó que las partes contratantes pactaron que para el cobro de cartera el abogado contratista intentaría primero cobros prejurídicos y que podía cobrar a cada deudor las tarifas estipuladas en la Resolución No. 738 del 3 de octubre de 1995.

En ese sentido, concluyó que no era cierto que el Fondo se hubiese comprometido a pagar honorarios a los abogados externos que fueron contratados para el cobro de cartera de la entidad.

Expresó que mediante oficio No. 098949 del 15 de diciembre de 1998 se modificó unilateralmente el contrato No. 011/96, decisión que no fue demandada por la parte actora, por lo cual *“cualquier efecto negativo que el mismo le hubiere reportado a la contratista no podría ser reparado y/o indemnizado, porque el acto conserva la presunción de legalidad”*.

Del mismo modo sostuvo que *“no resulta viable jurídicamente condenar al F.N.A., a reconocer y pagar ninguna suma de dinero, por lo que eventualmente hubiera podido percibir la actora de haber sido factible el cobro prejurídico”*.

Igualmente expresó que en el expediente se encuentra probado que el contrato de prestación de servicios por cuya causa se demanda se terminó por la aceptación por parte del Fondo de la renuncia presentada por la contratista.

Por último, afirmó que en el presente asunto no se acreditó que existiera un saldo en favor de la contratista y con cargo al Fondo.

II.- CONSIDERACIONES

Para efectos de exponer las razones que sustentan la decisión, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) competencia, 2) ejercicio oportuno de la acción, 3) las pruebas que obran en el proceso y, 4) el caso concreto.

1. Competencia

Previo a analizar y decidir sobre el asunto que ha sido propuesto, resulta necesario establecer la competencia de la Sala para conocer del mismo, pues sólo

de esta manera podrá pronunciarse sobre el recurso de apelación impetrado por la parte demandante.

Sea lo primero decir que el contrato sobre el cual versa la presente controversia es un contrato de prestación de servicios, celebrado por el Fondo Nacional del Ahorro, entidad creada mediante el Decreto-ley 3118 de 1968 y transformada a través de la Ley 432 del 29 de enero de 1998, cuya naturaleza corresponde a la de una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito de naturaleza especial, vinculada al entonces existente Ministerio de Desarrollo Económico¹⁶, hoy Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75¹⁷ prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así entonces, teniendo en cuenta que el Fondo Nacional del Ahorro tiene el carácter de entidad estatal, resulta del caso concluir que esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto.

Adicionalmente, la Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el 21 de febrero de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en seiscientos millones de pesos (\$600'000.000)¹⁸, mientras que el monto exigido al momento de su presentación¹⁹ para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de controversias contractuales tuviera vocación de doble instancia era de

¹⁶ Ley 438 de 1998. ARTICULO 1o. NATURALEZA JURIDICA. El Fondo Nacional de Ahorro, establecimiento público creado mediante el Decreto-ley 3118 de 1968, se transforma en virtud de la presente ley en Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, y en consecuencia su régimen presupuestal y de personal será el de las empresas de esta clase. Estará vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico* y la composición de su Junta Directiva será la que señala la presente ley.

¹⁷ Art. 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

¹⁸ Suma de dinero que según el actor correspondería a los honorarios dejados de percibir por la demandante por causa del incumplimiento en que incurrió el Fondo en la ejecución del contrato No. 011/96.

¹⁹ 19 de diciembre de 2002.

treinta y seis millones novecientos cincuenta pesos (\$36.950.000) (Decreto 597 de 1988).

2. Ejercicio oportuno de la acción

Según el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, norma que resulta aplicable al presente asunto²⁰, la acción contractual caduca en dos años contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

Para los contratos respecto de los cuales se impone el trámite adicional de liquidación y ésta es efectuada unilateralmente por la Administración, el plazo para accionar judicialmente comenzará a contarse a partir de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe; si la Administración no lo liquida dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes, o del que establece la Ley, se podrá acudir a la jurisdicción dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad de la acción.

El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de celebración del contrato, establece que *“los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran”* estarán sujetos al trámite de la liquidación; en cuanto corresponde a la oportunidad o el plazo establecido para la realización o adopción de la liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, la norma en mención, previó que el procedimiento se efectuará dentro del término fijado por las partes o en su defecto a más tardar en un plazo de cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación.

Ahora, si el Contratista no se presenta a la liquidación voluntaria o si las partes no logran acuerdo sobre su contenido, ella será practicada unilateralmente por la Administración, para lo cual dispone de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes para practicarla o, en su defecto, de los cuatro (4) meses siguientes previstos por la ley para efectuar la liquidación de común acuerdo.

²⁰ La demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales se presentó el día 19 de diciembre de 2002, esto es luego de que entrara a regir la Ley 446 de 1998.

Ha de concluirse entonces que los contratos de tracto sucesivo están sujetos al trámite de la liquidación, procedimiento que debe cumplirse en un plazo de seis (6) meses, así: cuatro (4) meses para la liquidación por mutuo acuerdo y dos (2) para efectuar la liquidación de manera unilateral, por parte de la Administración.

En el caso concreto, encuentra la Sala que si bien en el plenario existe un documento de fecha 22 de octubre de 2002 denominado “*ACTA DE TERMINACION Y LIQUIDACION DE MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO NUMERO 011/1996*”²¹, de cuyo contenido se desprende que la intención era liquidar de común acuerdo el contrato de prestación de servicios celebrado entre el Fondo Nacional de Ahorro y la señora María Dadeiva Cifuentes de García, dicho documento se encuentra suscrito únicamente por el apoderado general del Fondo y no por la contratista, quien se rehusó a firmarlo por no estar de acuerdo con su contenido.

En ese contexto, para la Sala dicho documento únicamente contiene un proyecto de liquidación bilateral fallido, en tanto que la contratista no lo suscribió, presupuesto necesario para que pueda ser considerado como un acta definitiva de liquidación bilateral del contrato No. 011/96.

Igualmente, ha de señalarse que el citado documento tampoco corresponde a una liquidación unilateral del contrato, toda vez que el mismo fue proyectado con el fin de liquidar de mutuo acuerdo el contrato, comprometiendo a las dos partes contratantes en su texto, tal como a continuación se evidencia:

“ACTA DE TERMINACION Y LIQUIDACION DE MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO NUMERO 011/1996 SOBRE PRESTACION DE SERVICIOS DE REPRESENTACION JUDICIAL CELEBRADO ENTRE EL FONDO NACIONAL DE AHORRO Y MARIA DADEIVA CIFUENTES DE GARCIA.

(...)

EL FONDO y MARIA DADEIVA CIFUENTES DE GARCIA, mayor de edad, abogado, con cédula de ciudadanía número 41.353.481 expedida en Bogotá y Tarjeta Profesional número 43.626 del Consejo Superior de la Judicatura, quien en adelante se denominará CONTRATISTA, proceden a liquidar por medio de la presente Acta el contrato 011 de 1996, previas las siguientes consideraciones:

²¹ Folios 73 y 74 del cuaderno No. 1.

1) Que el **FONDO** celebró con el **CONTRATISTA** el contrato 011 de 1996 de Prestación de Servicios de Representación Judicial... 6) Que en el contrato se pactó que el valor de los honorarios se causarían siempre y cuando se haya presentado demanda y esta haya sido admitida, siendo éstos a cargo de los Deudores y no del FONDO. 7) Que en la cláusula Séptima del Contrato 011 de 1996, se dispuso que una vez terminado el contrato por cualquiera de las causales se hace necesario proceder a su liquidación, debiendo suscribir la respectiva acta por las partes.

Como consecuencia de lo expuesto, no existiendo obligaciones por cumplir a cargo de las partes derivadas del contrato por este documento se liquida de común acuerdo, las partes se declaran a paz y salvo...”

En ese orden de ideas, la Sala no contará la caducidad de la acción a partir de la fecha del documento en mención, dado que - se reitera - el mismo no reviste las condiciones necesarias para que pueda afirmarse que aquel contiene la liquidación definitiva del contrato No. 011/96.

Así pues, la Sala realizará el conteo de la caducidad en el presente asunto a partir de la fecha en que se incumplió la obligación de liquidar, de conformidad con lo expuesto anteriormente:

Revisado el contrato No. 011/96 se observa que las partes establecieron como plazo para intentar la liquidación bilateral el de cuatro (4) meses contados a partir de la terminación del contrato y, si lo anterior no ocurría, tal como se dijo previamente, la Administración contaba con un plazo de 2 meses para realizar la liquidación unilateral - para un total de 6 meses -.

En el presente asunto y de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, se encuentra acreditado que, mediante comunicación radicada en el Fondo Nacional de Ahorro el 20 de diciembre de 2000, la contratista presentó su renuncia a seguir ejecutando el contrato No. 011/96²², la cual fue aceptada por el Fondo Nacional de Ahorro a través del oficio de fecha 14 de febrero de 2001²³.

Por lo antes dicho, la Sala tendrá como fecha de terminación del contrato el día 14 de febrero de 2001 – fecha en que el Fondo aceptó la renuncia de la contratista -.

²² Folios 72 al 75 del cuaderno de pruebas No. 2.

²³ Folios 102 y 103 del cuaderno No. 1.

En ese orden de ideas, dado que el 14 de febrero de 2001 terminó el contrato No. 011/96, el lapso con el cual contaban para liquidarlo – bilateral y, en su defecto, unilateralmente - era de seis (6) meses contados a partir de esa fecha y sólo al vencimiento de esos seis (6) meses, lo que ocurrió el 14 de agosto de 2001, empezó a correr el término de los dos años para instaurar la acción contractual.

Así las cosas, se observa que el actor tenía hasta el 14 de agosto de 2003 para presentar la demanda y comoquiera que la instauró el 19 de diciembre de 2002, es posible concluir que para ese momento la acción no había caducado.

3. Las pruebas que obran en el expediente

3.1. Documentales

Obran en el proceso, debidamente decretadas y aportados, los siguientes²⁴:

- Contrato de prestación de servicios No. 011/96 suscrito el 9 de febrero de 1996, entre el Fondo Nacional de Ahorro y la señora María Dadeiva Cifuentes de García, cuyo objeto consistió en que *“EL CONTRATISTA, se obliga a prestar sus servicios profesionales como Apoderado Judicial del FONDO para adelantar desde su iniciación hasta su terminación, procesos judiciales pertinentes para la recuperación de cartera garantizada con título hipotecario o pagaré o cualquier otro título valor”*. Como honorarios profesionales se acordó en la cláusula quinta del contrato que *“el CONTRATISTA podrá cobrar a cada uno de los deudores hipotecarios las tarifas estipuladas en el Artículo Cuarto de la Resolución No. 738 del 3 de*

²⁴ En cuanto al valor probatorio de los documentos aportados en copia simple, la Corporación en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013 zanjó el tema y expuso lo que se transcribe a continuación²⁴:

“En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la entidad demandante y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos.

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas...

En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.)”

De conformidad con la cita jurisprudencial que viene de verse y en aplicación de los principios de lealtad procesal y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, es claro entonces que la prueba documental aportada en copia simple que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad tiene plena eficacia demostrativa.

octubre de 1995, entendiéndose que en ningún caso el FONDO NACIONAL DEL AHORRO asume estos valores²⁵.

- Póliza de Seguro de Cumplimiento expedida por Seguros del Estado S.A., con el fin de amparar las obligaciones surgidas con ocasión del contrato No. 011/96 y la aprobación de la garantía²⁶.
- Resolución No. 0738 expedida el 3 de octubre de 1995 por el Director General del Fondo del Ahorro, mediante la cual “se reglamenta la prestación de servicios de los Abogados al FONDO NACIONAL DE AHORRO, para el recaudo perjudicial y judicial de Cartera y se fijan los controles a dicha gestión”²⁷.
- Informes del 22 de abril de 1998 y del 8 de octubre del mismo año, en virtud de los cuales la contratista le envió a la Sección de Cobro Judicial del Fondo la relación de los créditos que se encontraban a paz y salvo con la mencionada entidad, así como aquellos en los cuales no se le cancelaron honorarios a la abogada²⁸.
- Documento sin firmas denominado “ACTA DE ACUERDO DE MODIFICACION DEL CONTRATO ESTATAL No. 011/96...”²⁹.
- Oficio No. 098949 suscrito el 15 de diciembre de 1998 por la Subdirección Jurídica del Fondo Nacional de Ahorro y dirigido a la contratista, contenido de la modificación del contrato No. 011/96, de cuyo texto se extraen los siguientes apartes³⁰:

“(…)

Mediante el presente me permito comunicarle que en virtud de la expedición del Decreto 2331 de Noviembre 16 de 1998 y que el FONDO NACIONAL DE AHORRO no está en capacidad de asumir el pago de honorarios a sus abogados externos, a partir de la fecha ustedes NO están facultados para realizar COBROS PREJURIDICOS de los créditos hipotecarios asignados por lo cual TODOS los créditos que se les envíen a partir de la fecha dispondrán de un término de 15 días calendario, a partir de su recibo, para enviar el respectivo poder a

²⁵ Folios 53 al 55 del cuaderno No. 1. Folios 7 al 9 del cuaderno de pruebas No. 2. Folios 222 al 225 del cuaderno de pruebas No. 3.

²⁶ Folios 310 al 318 del cuaderno de pruebas No. 3.

²⁷ Folios 10 al 16 del cuaderno de pruebas No. 2.

²⁸ Folios 111 al 115, 122 al 128 del cuaderno de pruebas No. 3.

²⁹ Folios 27 y 28 de cuaderno de pruebas No. 2.

³⁰ Folio 100 y 101 del cuaderno No. 1.

la SECCION COBRO JUDICIAL para su tramitación así como solicitud de documentos pertinentes. Una vez enviados esos dispondrán de 20 días calendario para presentar la respectiva demanda debiendo allegar inmediatamente el mandamiento ejecutivo o auto que inadmite, en este último caso deberá presentarse nuevamente en los 10 días calendario siguientes y allegar el aludido mandamiento.

Respecto de los créditos asignados anteriormente y que no se esté llevando proceso ejecutivo deberán iniciar, a más tardar quince días hábiles después de vencida la vacancia judicial, el respectivo proceso hipotecario y allegar el mandamiento ejecutivo en la forma expresada anteriormente, de no ser así la Entidad procederá a retirarle inmediatamente los créditos asignados y entregarlos a otros abogados.

Si como consecuencia de esto Usted no está interesado en continuar prestando sus servicios a la Entidad, comedidamente le solicitamos que a más tardar el 20 de Diciembre de los corriente nos lo manifieste en carta dirigida a la SECCION COBRO JUDICIAL sea personalmente o vía fax...

El presente oficio contiene una modificación al Contrato Estatal suscrito por Usted con el FONDO NACIONAL DE AHORRO y en consecuencia forma parte del mismo...”.

- Comunicación del 17 de marzo de 1999, por medio de la cual la señora María Dadeiva Cifuentes de García le envió al Jefe del Grupo de Cobro Judicial del Fondo unos poderes para su debida autorización³¹.
- Comunicaciones dirigidas al Fondo Nacional del Ahorro - entre las fechas del 4 de febrero de 1999 al 20 de octubre de 2000 -, en virtud de las cuales la contratista le solicitó le fueran remitidas unas escrituras públicas y los extractos actualizados de los créditos, con el fin de iniciar la acción ejecutiva. Así mismo, obran escritos dirigidos al Jefe del Grupo de Cobro Judicial del Fondo, por medio de los cuales la contratista le envió unos poderes para su debida autorización³².
- Oficios elaborados por el Jefe del Grupo Control Cobro Judicial del Fondo y dirigidos a la contratista - entre las fechas del 9 de mayo de 1996 al 2 de junio de 1999 -, a través de los cuales, entre otras cosas, le hizo devolución de unos poderes por no contener toda la información requerida y por errores en su elaboración; así mismo, le envió unas escrituras públicas y

³¹ Folios 63 al 66 del cuaderno No. 1.

³² Folios 19 al 26 del cuaderno de pruebas No. 2. Folios 64 al 66 del cuaderno de pruebas No. 2.

estados de cuenta de unos créditos hipotecarios y le remitió unos poderes debidamente diligenciados por la Subdirección Jurídica³³.

- Oficios dirigidos a la contratista - entre las fechas del 4 de marzo de 1999 al 14 de septiembre de esa misma anualidad -, por medio de los cuales el Jefe del Grupo Control Judicial del Fondo le comunicó que se excluían unos créditos, en tanto que se encontraban *“al día en cuotas y mora y sobre los cuales no se ha[bía] presentado demanda”*³⁴.
- Oficio de fecha 13 de septiembre de 1999, en virtud del cual el Jefe del Grupo Control Judicial del Fondo le solicitó a la contratista abstenerse de remitir poderes para iniciar procesos ejecutivos hipotecarios, *“en razón a que toda la cartera morosa debió ser demandada... a más tardar 15 días hábiles después de vencida la vacancia judicial,... Según modificación de diciembre 15 de 1.998 hecha al contrato”*³⁵.
- Escrito contentivo de un derecho petición de fecha 1° de octubre de 1999, enviado por la contratista al presidente del Fondo Nacional de Ahorro, con el fin de que aclarara algunos aspectos relacionados con el contrato de prestación de servicios No. 011/96, entre ellos el relacionado con la disminución de los honorarios profesionales y con la modificación unilateral del contrato No. 011/96, la cual comportaba la prohibición de que los abogados externos realizaran cobros prejurídicos³⁶.
- Oficio del 1° de octubre de 1999 elaborado por el Jefe del Grupo Control Cobro Judicial del Fondo y dirigido a la señora María Dadeiva Cifuentes de García, en virtud del cual, entre otras cosas, se le puso de presente que el Fondo se encontraba estudiando la posibilidad de refinanciar la totalidad de la cartera morosa de la entidad, razón por la cual se les enviaba a todos los abogados externos una circular comunicándoles que debían abstenerse de enviar poderes. Igualmente, en el mismo escrito se le informó a la contratista que oportunamente se le había dado respuesta a cada una de sus solicitudes y que en caso de que se hubiesen presentado dilaciones en

³³ Folios 62, 67 al 69, 77 al 99 del cuaderno No. 1. Folios 52, 212 al 233, 237 del cuaderno de pruebas No. 2. Folios 3 al 30, 176 del cuaderno de pruebas No. 3.

³⁴ Folios 37 al 48 y 50 del cuaderno de pruebas No. 2.

³⁵ Folio 49 del cuaderno de pruebas No. 2.

³⁶ Folios 30 al 32 del cuaderno de pruebas No. 2.

la ejecución del contrato no eran imputables al Fondo sino debido a errores cometidos por la contratista³⁷.

- Oficio del 4 de noviembre de 1999, por medio del cual el vicepresidente financiero del Fondo le informó a la contratista acerca de la refinanciación de los créditos³⁸.
- Informe elaborado por la contratista y radicado en el Fondo Nacional de Ahorro el 17 de noviembre de 1999, mediante el cual se relacionaron los procesos ejecutivos hipotecarios³⁹.
- Escrito que contiene un derecho de petición elaborado por la contratista el 19 de noviembre de 1999, en virtud del cual se puso en conocimiento del Gerente del Fondo Nacional del Ahorro, entre otras cosas, el incumplimiento del Fondo al no proveer los documentos necesarios para la ejecución del contrato, así como el perjuicio que conllevaría una reducción en sus honorarios ocasionando un desequilibrio económico del contrato⁴⁰.
- Oficio del 25 de noviembre de 1999, a través del cual el Jefe de la Oficina Jurídica del Fondo le dio respuesta a los derechos de petición radicados por la contratista los días 3 y el 22 noviembre de 1999, en los siguientes términos. Se destacan los siguiente apartes⁴¹:

“(…)

... respecto al supuesto incumplimiento del FONDO al no proveer los documentos para demandar, me permito informarle que en la modificación hecha al contrato en diciembre de 1998, por ustedes aceptada, se estipularon las fechas a partir de las cuales debían presentar las demandas de los créditos asignados, habiéndoles enviado la entidad los documentos para tal fin que habían sido solicitados por ustedes dentro del término establecido y que reposaban en la entidad, en cuanto a los créditos solicitados después de esa fecha, la entidad estudiaba si podía enviarlos o no.

Con relación a la suspensión del cobro prejurídico, nuevamente les informo que en la modificación de los contratos estatales propuesta por el FONDO y aceptada por ustedes, se dispuso que a partir de la fecha

³⁷ Folios 60 y 31 del cuaderno No. 1.

³⁸ Folio 51 del cuaderno de pruebas No. 2.

³⁹ Folios 129 al 171 del cuaderno de pruebas No. 3.

⁴⁰ Folios 33 al 35 del cuaderno de pruebas No.2.

⁴¹ Folios 271 al 273 del cuaderno de pruebas No. 2.

(diciembre de 1999), la entidad no realizaría a través de los abogados externos cobro prejurídico...

Ahora bien, en cuanto a las tarifas establecidas en la Resolución 170 de 1999, por la cual se reglamenta el proceso de refinanciación de la cartera del FNA y las actas de modificación, es obvio que estas actas y las tarifas que establecen, sólo son válidas en la medida que las acepten firmando, si es su deseo no suscribirlas, continúan vigentes las tarifas establecidas en la resolución 738 de 1995 para etapa jurídica...".

- Comunicaciones dirigidas al Jefe del Grupo Control Judicial del Fondo, mediante las cuales la contratista le informó acerca de los créditos que se encuentran a paz y salvo con el Fondo y la cancelación de sus honorarios por parte de algunos deudores⁴².
- Oficio del 17 de febrero de 2000 dirigido por el Fondo Nacional del Ahorro a los deudores hipotecarios, a través del cual les ofreció acogerse a la figura de la refinanciación de la obligación⁴³.
- Resolución No. 0067 expedida el 8 de marzo de 2000 por el presidente del Fondo Nacional de Ahorro *"por la cual se reglamenta el proceso de recaudo de la cartera del FONDO NACIONAL DE AHORRO a través de Abogados externos y se fijan controles a dicha gestión"*⁴⁴.
- Comunicación suscrita por la contratista el 28 de septiembre de 2000 y enviada al Jefe de la Oficina Jurídica del Fondo, en virtud de la cual le solicitó le autorizara sustituir al señor Porfirio Chaparro Alba todos los poderes de la cartera que tenía a su nombre⁴⁵.
- Oficio del 8 de noviembre de 2000 dirigido a la contratista, en virtud del cual el Presidente del Fondo Nacional de Ahorro le dio respuesta a la solicitud formulada por la contratista, la cual iba encaminada a que el Fondo le autorizara ceder el contrato de prestación de servicios No. 024/93⁴⁶.
- Comunicación radicada en el Fondo el 29 de noviembre de 2000, por medio de la cual la contratista le indicó al Fondo que *"en vista de la premura para salir del país"* se ve en la obligación de sustituir el contrato No. 011/96 al

⁴² Folios 31 al 110, 116 al 121, 172 al 173 del cuaderno de pruebas No. 3.

⁴³ Folio 36 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴⁴ Folios 53 al 63 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴⁵ Folio 186 del cuaderno de pruebas No. 3.

⁴⁶ Folios 75 y 76 del cuaderno No. 1.

doctor Chaparro Alba. Obran en el proceso otros documentos relacionados con la sustitución del poder⁴⁷.

- Comunicación radicada en el Fondo el 20 de diciembre de 2000, contentiva de la renuncia irrevocable de la contratista a seguir ejecutando el contrato No. 011/96⁴⁸.
- Oficio de fecha 14 de febrero de 2001, por medio del cual el Presidente del Fondo Nacional de Ahorro le aceptó a la contratista la renuncia al contrato No. 011/96. Así mismo, en dicho escrito se le informó a la contratista que el Fondo no le adeudaba ninguna suma de dinero, puesto que el pago de honorarios estaba a cargo de los deudores morosos del Fondo⁴⁹.
- Informe contentivo de la relación de los créditos⁵⁰.
- Comunicación del 14 de mayo de 2001, mediante la cual la contratista le solicitó al presidente del Fondo liquidar el contrato No. 011/96⁵¹. Así mismo, obra la respuesta a dicha comunicación, en la cual le informan a la contratista que se están efectuando los últimos ajustes al acta de liquidación⁵².
- Certificación expedida el 16 de mayo de 2001 por la Jefe del Grupo Control Cobro Judicial (E) del Fondo, en la cual deja constancia de que la señora María Dadeiva Cifuentes de García se encuentra a paz y salvo con el Fondo y que éste a su vez no tiene pendiente pago alguno en favor de la mencionada señora⁵³.
- Escrito que contiene un derecho de petición del 27 de julio de 2001, por medio del cual la contratista le solicitó nuevamente al presidente del Fondo liquidar el contrato No. 011/96⁵⁴.

⁴⁷ Folios 67 al del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴⁸ Folios 72 al 75 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁴⁹ Folios 102 y 103 del cuaderno No. 1.

⁵⁰ Folios 85 al 93 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵¹ Folio 78 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵² Folio 79 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵³ Folios 56 al 59 del cuaderno No. 1.

⁵⁴ Folios 80 al 82 del cuaderno de pruebas No. 2.

- Oficio del 11 de febrero de 2002 elaborado por el Jefe de la Oficina Jurídica del Fondo y dirigido al apoderado de la contratista, mediante el cual le informó que el acta de liquidación del contrato No. 011/96 se encontraba elaborada y aprobada por la entidad y que el Fondo no le adeudaba suma alguna a la contratista, en tanto que éste no asumió el pago de honorarios profesionales, puesto que estos se encontraban a cargo de los deudores morosos del Fondo⁵⁵.
- Documento denominado “*ACTA DE TERMINACION Y LIQUIDACION DE MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO NUMERO 011/1996*” de fecha 22 de octubre de 2002, suscrito únicamente por el “*Apoderado General*” del Fondo Nacional de Ahorro⁵⁶.
- Relación de los procesos jurídicos, de los procesos terminados, de las demandas rechazadas y de los procesos prejurídicos que se le habrían encomendados a la contratista ⁵⁷.
- Memorando del 19 de febrero de 2003 dirigido a la vicepresidencia financiera del Fondo, a través del cual la Coordinadora del Grupo de Control Judicial de la entidad le informó que “*el Juzgado 4° Civil del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 20 de noviembre de 2000, debido a la inasistencia de la Audiencia de Conciliación fijada por ese despacho para el día 17 de Octubre de 2000, dentro del proceso ejecutivo hipotecario del FONDO contra la afiliada MARIA TERESA BOTERO CARVAJAL titular del crédito hipotecario número 4138104707, impuso al FONDO NACIONAL DE AHORRO una multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales...*”⁵⁸.
- Memorando del 13 de febrero de 2003 enviado a la Oficina Jurídica del Fondo por parte de la Coordinadora del Grupo de Control Judicial de la entidad, en virtud del cual le indicó las razones por las cuales el Fondo no compareció a la audiencia de conciliación celebrada el 17 de octubre de 2000 con ocasión del crédito hipotecario No. 4138104707⁵⁹.

⁵⁵ Folios 267 y 268 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵⁶ Folios 73 y 74 del cuaderno No. 1. Folio 234 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵⁷ Folios 94 al 211, 289 al 382 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁵⁸ Folio 210 del cuaderno de pruebas No. 3.

⁵⁹ Folio 211 y 212 del cuaderno de pruebas No. 3.

- Otros documentos relacionados con los contratos de prestación de servicios que celebró el Fondo, entre ellos se encuentran las comunicaciones del Fondo a los deudores morosos ofreciendo la posibilidad de refinanciar el crédito y los poderes de sustitución de los procesos que se encontraban a cargo de la señora María Dadeiva Cifuentes de García⁶⁰.
- Documentos contentivos de los datos de la señora María Dadeiva Cifuentes de García, entre ellos se encuentra el formato diligenciado de la hoja de vida de la señora en mención y el certificado de antecedentes disciplinarios expedido por la Procuraduría General de la Nación⁶¹.

3.2. Testimonio

En el proceso de la referencia rindió testimonio el señor Porfirio Chaparro Alba⁶².

3.3. Dictamen pericial

En el cuaderno No. 4 de pruebas obra el dictamen pericial con el fin de que se determine *“si la liquidación del contrato 011/96... corresponde a la realidad financiera del mismo, esto es, la correlación entre lo ejecutado y lo pagado”*.

4. Caso concreto

4.1. Régimen jurídico del contrato No. 011/96 por cuya causa se demanda.

El Fondo Nacional del ahorro fue creado mediante el Decreto - Ley 3118 de 1968 y transformada a través de la Ley 432 del 29 de enero de 1998, cuya naturaleza corresponde a la de una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito de naturaleza especial, vinculada al entonces existente Ministerio de Desarrollo Económico⁶³, hoy Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

⁶⁰ Folios 274 al 287, 386 al 388 del cuaderno de pruebas No. 2. Folio 2, 174 al 175, 177, 180 al 185, 187, 189, 204, 207 al 209, 215, 226, 284 al 299 del cuaderno de pruebas No. 3.

⁶¹ Folios 227 al 236, 240 al 260, 320 al 325 del cuaderno de pruebas No. 3.

⁶² Folios 383 al 385 del cuaderno de pruebas No. 2.

⁶³ Ley 438 de 1998. ARTICULO 1o. NATURALEZA JURIDICA. El Fondo Nacional de Ahorro, establecimiento público creado mediante el Decreto-ley 3118 de 1968, se transforma en virtud de la presente ley en Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, y en consecuencia su régimen presupuestal y de personal será el de las empresas de esta clase.

En cuanto al régimen jurídico que le aplica a los contratos que celebren las entidades financieras de carácter estatal, como lo es el Fondo Nacional del Ahorro, el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, previó que los contratos que celebren las entidades en mención quedan exceptuados de las disposiciones del estatuto de la contratación estatal. Dice así la norma:

“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”.

Cabe señalar, como ya en otras oportunidades lo ha hecho la Sala⁶⁴, que a través de la mencionada excepción normativa se introdujo un régimen mixto respecto de los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, pues si bien en lo que a los contratos que éstas celebren en el giro ordinario de su objeto se deben aplicar las normas especiales que regulan la materia, en los demás contratos se aplicarán las normas contenidas en la Ley 80 de 1993.

Así mismo ha precisado la Subsección 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 7º 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

Estará vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico* y la composición de su Junta Directiva será la que señala la presente ley.

⁶⁴ Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia proferida el 12 de febrero de 2014, dentro del proceso radicado bajo el número interno 28209.

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 entidad⁶⁵.

La Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció acerca del alcance que corresponde al concepto legal del “giro ordinario de las actividades” y de las operaciones conexas al mismo, en relación con lo cual concluyó que la referida conexidad se debe concretar en cada contratación, de acuerdo con la relación de medio a fin existente entre la respectiva actividad y la función principal de la entidad financiera definida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En la providencia comentada se puntualizó lo siguiente:

“Para la Sala no hay duda de que una entidad de esta naturaleza puede hacer, no sólo lo que dice la ley en forma expresa, sino también lo que se deriva del objeto o función principal, a pesar de que no se encuentre expresamente definido en la ley.

Este aserto no se opone al hecho de que las entidades financieras gocen de un régimen especial, distinto del previsto por el Código de Comercio para las sociedades comerciales comunes, circunstancia por la cual la interpretación sobre su capacidad es más restringida que las de las mentadas sociedades, de modo que el simple acuerdo entre los socios no puede extender o ampliar el objeto de la entidad; cosa que sí puede ocurrir en materia comercial.

La razón es simple. Las entidades financieras están fuertemente reguladas en el EOSF, norma que define qué puede hacer una entidad de esta naturaleza, lo que implica un límite a la libertad societaria en este campo. En palabras de José Ignacio Narváez García:

La capacidad es todavía más restringida en aquellas compañías que por la dimensión y trascendencia de su actividad empresarial están dotadas de régimen especial (bancos, corporaciones financieras, compañías de capitalización,... compañías de seguros, etc.). En todas ellas la voluntad privada, inclusive para la determinación de su objeto, y obviamente para la realización de este, cede el paso al principio de derecho público, según el cual los sujetos no tienen facultades distintas de las expresamente contempladas para ellos en la ley...”⁶⁶

⁶⁵ 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.

Ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A – de fecha 25 de marzo de 2015. Rad. No. 37725.

⁶⁶ Cita original de la sentencia: Teoría General de las Sociedades, Ed. Legis, octava edición. Bogotá. 1998.

Lo anterior no significa que las entidades financieras sólo puedan realizar las actividades estricta y precisamente relacionadas en el EOSF, pues, es claro que también deben poder hacer todo aquello que esté directamente relacionado con la función principal, a fin de que puedan desarrollarla plenamente. En este caso, las actividades conexas con la principal deben guardar una estrecha relación de medio a fin, es decir, que lo que se realiza debe ser necesario para desarrollar la actividad principal.

En este campo, entonces, es posible, sin detrimento de la especialidad que constituye el EOSF, aplicar normas del Código de Comercio a las instituciones financieras, y en particular el artículo 99 de dicho estatuto, el cual establece que:

Art. 99. La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.

Según esta norma, el giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social⁶⁷, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte del objeto de la sociedad. Tal es el caso de la contratación de la publicidad para promocionar la empresa o sus productos, o la contratación de profesionales para que realicen una consultoría o asesoría relacionada con las actividades de la empresa, etc.,

En estos casos, mal podría decirse que la sociedad no puede realizar este tipo de actos necesarios para el buen desempeño de sus actividades comerciales. Lo propio cabe decir de las entidades financieras. De manera que la norma comercial citada es perfectamente trasladable al campo financiero.

Siendo así las cosas, resulta que el concepto 'giro ordinario de las actividades' -tal como lo refiere el art. 21 demandado- o también 'giro

En este mismo sentido dijo el Consejo de Estado -Sentencia del 7 de julio de 1989, Sección Cuarta, exp. No. 1012- que:

"(...) por tratarse de un servicio público del que es responsable el Estado y en el cual está de por medio el interés público, la actividad bancaria no es una actividad libre, sino que está limitada y condicionada por regulaciones expresas en cuanto su iniciativa, organización, desarrollo, operaciones posibles, condiciones de las mismas, vigilancia, terminación, liquidación, etc, y todas esas limitaciones tienen como finalidad, la protección de los intereses de la colectividad y no el ánimo de lucro que pudieran tener los particulares cuando prestan dicho servicio público".

⁶⁷ Cita original de la sentencia: Dice el art. 110.4 del Código de Comercio "Art. 110. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD. La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: (...)

"4) El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél;" (...)

ordinario de los negocios' -como lo denominan otras normas- hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la ley, como también a todo aquello que es conexo con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos dos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria.

Desde luego que la realización de una actividad que no cumpla estos requisitos estará prohibida, y esto tanto en el derecho financiero como en el societario común.

(...)

Lo anterior tiene un límite obvio. Si bien se amplía el concepto 'giro ordinario de los negocios'⁶⁸, abarcando en él las denominadas actividades principales y las actividades conexas, en todo caso no permite incluir los actos que no guarden ningún tipo de relación con el objeto principal, pues esto no se acomoda al artículo 99 del Código de comercio, y menos aún al EOSF.

(...) El concepto giro ordinario de las actividades, constituye un concepto jurídico indeterminado. Pese a que se ha precisado bastante lo que debe entenderse por lo que en la norma demandada -y a su vez la que ésta reglamenta- se denomina 'giro ordinario de las actividades', no puede desconocerse que se trata de un concepto especialmente problemático, sobre todo porque su contenido no es absolutamente preciso y concreto, sino que corresponde a un típico concepto jurídico indeterminado.

(...) En este caso, la Sala tiene necesidad de precisar el alcance de este concepto en orden a definir la legalidad de la norma demandada, es decir el art. 21, inciso 3, del decreto 679 de 1994; para ello se atenderá a lo analizado en los precedentes numerales, por cuanto una determinación más precisa no es posible en abstracto, sino caso por caso -partiendo del anterior análisis y llevándolo al problema particular-, a fin de evaluar su adecuación normativa"⁶⁹.

Descendiendo al caso concreto, se tiene en cuenta que el contrato por cuya causa se demanda, tuvo por objeto la representación judicial del Fondo Nacional de

⁶⁸ Cita original de la sentencia: Criterio que comparte también Néstor Humberto Martínez Neira, quien dice que "Además del ejercicio de las actividades principales o actividades estrictamente bancarias, las instituciones financieras tienen capacidad para desarrollar los actos civiles o comerciales necesarios para el cumplimiento de su objeto."

"No podría ser que la capacidad de una institución financiera naciera y se agotara en las operaciones y servicios bancarios propiamente dichos. Se requiere al mismo tiempo que jurídicamente le sea factible estar en condiciones de atender aquellos, a partir de la ejecución de actos intermedios que le permitan, a guisa de ejemplo, adquirir sedes, contratar funcionarios..." (Cátedra de derecho bancario colombiano. Ed. Legis. Bogotá. 2000. pág. 266)

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia de 6 de julio de 2005, radicación número: 11001-03-26-000-1995-01575-01(11575), actor: Francisco Ignacio Herrera Gutiérrez, demandado: Gobierno Nacional, referencia: acción de nulidad.

Ahorro “para adelantar desde su iniciación hasta su terminación, procesos judiciales pertinentes para la recuperación de cartera garantizada con título hipotecario o pagaré o cualquier otro título valor”.

A juicio de la Sala, el contrato referido no estaba sometido a los requisitos de la Ley 80 de 1993, toda vez que el objeto del contrato *sub judice* puede calificarse como actividad conexas a la ordinaria del Fondo Nacional de Ahorro, pues se trató de la representación judicial de la entidad en la recuperación de la cartera en que le era preciso defender su patrimonio.

El contrato celebrado para la representación judicial del Fondo en la recuperación de su cartera, se clasifica dentro de aquellos propios de la protección de los bienes y haberes de la entidad, necesario para proteger el patrimonio del Fondo y por 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.

De acuerdo con lo anterior, el régimen del contrato celebrado entre el Fondo Nacional de Ahorro y la señora María Dadeiva Cifuentes de García, estaba exceptuado de la aplicación de la Ley 80 de 1993, por tanto se rigió por las normas del derecho privado contenidas en el Código de Comercio y el Código Civil.

4.2. Del supuesto incumplimiento del contrato No. 011/96 por causa de la supuesta no remisión por parte del Fondo de los documentos necesarios para la ejecución del contrato.

Sostuvo el apelante que en repetidas ocasiones la contratista le solicitó al Fondo el envío de unos documentos necesarios para adelantar el cobro de los créditos asignados, no obstante lo cual, señaló que la entidad omitió en algunos casos enviarle la documentación requerida y en otros lo hizo en “*forma indebida o inoportuna*”, circunstancia que habría generado la paralización del contrato de prestación de servicios No. 011/96.

Procede la Sala a examinar, de conformidad con el material probatorio aportado al proceso, si en efecto el Fondo incurrió en el incumplimiento al que alude el actor.

Encuentra la Sala probado en el expediente que el 9 de febrero de 1996, entre el Fondo Nacional de Ahorro y la señora María Dadeiva Cifuentes de García se celebró el contrato de prestación de servicios No. 011, cuyo objeto consistió en que *“EL CONTRATISTA, se obliga[ba] a prestar sus servicios profesionales como Apoderado Judicial del FONDO para adelantar desde su iniciación hasta su terminación, procesos judiciales pertinentes para la recuperación de cartera garantizada con título hipotecario o pagaré o cualquier otro título valor”*.

En relación con las obligaciones del Fondo, en la cláusula tercera del contrato se acordó que *“EL FONDO otorgará al CONTRATISTA los documentos necesarios para el debido cumplimiento de la representación que éste se obliga a asumir, así como a facilitarle todos los documentos, datos e información que necesite que se le otorguen en desarrollo del presente contrato”*.

En cuanto tiene que ver con la entrega de los documentos necesarios para ejecutar el contrato de prestación de servicios No. 011/96 que, según dijo el apelante, no le habían sido entregados por el Fondo y en otros casos se le habían suministrado tardíamente, obran las siguientes pruebas:

- Reposan en el expediente unas solicitudes elevadas al Fondo Nacional de Ahorro, mediante las cuales la contratista le solicitó el envío de unas escrituras públicas, de unos extractos actualizados de los créditos y de unos poderes que le habrían sido remitidos a la entidad para que fueran autorizados por el Jefe de Cobro Judicial del Fondo.

- Así mismo, obran en el proceso oficios suscritos por el Jefe del Grupo de Control de Cobro Judicial del Fondo que dan cuenta de la devolución de unos poderes a la contratista por no contener toda la información que se requería y por errores en su elaboración.

A continuación se transcriben unos apartes de los oficios mencionados:

- Oficio del 23 de marzo de 1999 dirigido a la contratista.

“(…)

Atendiendo la comunicación relacionada con la tramitación de ciento setenta y dos (172) poderes me permito informarle que los mismos no serán tramitados por esta entidad, toda vez que teniendo por objetivo iniciar procesos ejecutivos hipotecarios en la ciudad de Bogotá, deberán traer incluida la facultad que le otorga al Representante Legal de la entidad para Asistir a la AUDIENCIA DE CONCILIACION; evitando así más tramites en un futuro.

Así mismo le informo que treinta (30) de ellos no podrán ser diligenciados por la Oficina Jurídica por cuanto la respectiva obligación se encuentra al día”.

- Oficio de mayo de 1999 dirigido a la contratista.

(...)

Por medio de la presente me permito devolver los poderes enviados sin ser diligenciados por la Oficina Jurídica de la entidad, toda vez que presentan errores en su elaboración...”.

- Igualmente obran en el proceso oficios por medio de los cuales el citado Jefe del área de Control de Cobro Judicial le remitió a la contratista unas escrituras públicas correspondientes a créditos asignados a ella y algunos poderes diligenciados por la Subdirección Jurídica de la entidad.

- Reposa en el plenario el escrito contentivo de una petición radicada en el Fondo Nacional de Ahorro el 22 de noviembre de 1999, por medio del cual la contratista, entre otras cosas, informó acerca del incumplimiento del Fondo al no proveer los documentos necesarios para la ejecución del contrato.

- Oficio del 25 de noviembre de 1999, mediante el cual el Jefe de la Oficina Jurídica del Fondo contestó las peticiones presentadas por la contratista en relación con la supuesta omisión de la entidad en la entrega de documentos, en los siguientes términos:

(...)

... respecto al supuesto incumplimiento del FONDO al no proveer los documentos para demandar, me permito informarle que en la modificación hecha al contrato en diciembre de 1998, por ustedes aceptada, se estipularon las fechas a partir de las cuales debían presentar las demandas de los créditos asignados, habiéndoles enviado la entidad los documentos

para tal fin que habían sido solicitados por ustedes dentro del término establecido...

De conformidad con el material probatorio allegado al proceso, encuentra la Sala que en este caso no hay prueba que permita establecer que el Fondo hubiese omitido entregarle a la contratista los documentos necesarios para realizar el cobro de la cartera hipotecaria del Fondo, en tanto que si bien obran en el expediente algunos requerimientos efectuados por parte de la contratista, en los que solicitaba el envío de una información, existen también oficios suscritos por Jefe del Grupo de Control de Cobro Judicial del Fondo con los que le remitía la documentación pedida. Encuentra, también, probado la Sala que la entidad demandada le informó a la contratista que no le daba trámite a los poderes enviados por ella, por cuanto habían sido diligenciados de manera incompleta y contenían algunos errores.

Del mismo modo, se observa que no hay prueba alguna encaminada a demostrar que la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 011/96 se hubiera visto afectada por causa de la no remisión oportuna de documentos por parte del Fondo a la contratista, puesto que si bien es cierto que en el expediente obra una petición suscrita por la contratista, mediante la cual hace referencia al supuesto incumplimiento del Fondo por no proveerla de los documentos necesarios para el desarrollo del contrato No. 011/96, no hay prueba en el proceso que soporte esa afirmación y, por el contrario, se encuentran en el expediente oficios suscritos por el Jefe del Grupo de Control de Cobro Judicial del Fondo con los que le remite la documentación pedida por ella .

Por último, encuentra la Sala que tampoco hay prueba acerca de cuáles fueron los documentos que, según la demandante, no le fueron entregados o que se le enviaron tardíamente, pues en caso de que se refiera a los poderes enviados al Fondo para ser tramitados por esa entidad, según se observa del acervo probatorio, se tiene establecido que el Fondo debió devolverlos por fallas y errores en su diligenciamiento, circunstancia que de manera alguna puede ser imputable a la entidad y sí a la contratista.

Así las cosas, es claro para la Sala que en el presente asunto no está demostrado el supuesto incumplimiento del Fondo Nacional de Ahorro en el envío de documentos necesarios para la ejecución del contrato No. 011/96, razón por la cual se negará la pretensión correspondiente.

5. Rompimiento del equilibrio económico del contrato No. 011/96.

5.1. Rompimiento del equilibrio económico del contrato No. 011/96 como consecuencia de la eliminación del cobro prejurídico.

Previo a examinar el argumento de la parte actora en que hizo consistir el supuesto desequilibrio económico del contrato de prestación de servicios No. 011/96, debe aclararse que, a diferencia de lo señalado por el apelante en el recurso, el oficio No. 098949 del 15 de diciembre de 1998 expedido por la Subdirectora Jurídica del Fondo, sí es un acto administrativo, toda vez que contiene una manifestación de la voluntad de la Administración, tendiente a producir efectos jurídicos, modificando, en este caso, la situación de la contratista en el sentido de eliminar el cobro prejurídico de los créditos asignados a ella.

Así pues, no hay duda en cuanto a que el oficio No. 098949, contentivo de la modificación unilateral al contrato No. 011/96, sí se corresponde con un acto administrativo sujeto de control de legalidad.

Ahora, si bien en la demanda se indicó que la funcionaria del Fondo Nacional de Ahorro, quien suscribió el oficio contentivo de la modificación del contrato no se encontraba autorizada para ello, la Sala no podrá hacer ningún examen de legalidad respecto del acto en mención en tanto que no se solicitó en las pretensiones de la demanda que se declarara su nulidad.

Valga la pena resaltar que una vez expedido el oficio No. 098949 de fecha 15 de diciembre de 1998, a través del cual se ordenó eliminar el cobro prejurídico, la única forma de controvertir aspectos relacionados - por ejemplo - con la falta de competencia de la funcionaria de la entidad que lo profirió, es mediante el levantamiento del velo de legalidad de que goza el citado acto administrativo, circunstancia que torna imprescindible, no sólo explicar en qué consiste el concepto de violaciones en el que se apoya la censura, sino también solicitar expresamente la nulidad del acto.

En ese contexto, si bien no será posible para la Sala realizar ningún control de legalidad respecto del oficio No. 098949 de fecha 15 de diciembre de 1998, expedido por la Subdirectora Jurídica del Fondo, dicha circunstancia no obsta para que la Sala proceda a examinar si en el presente asunto se encuentra, o no,

acreditado el rompimiento del equilibrio económico del contrato No. 011/96 por fuerza de la eliminación del cobro prejurídico de los créditos que le fueron asignados a la contratista, tal como a continuación pasa a analizarse:

El actor solicitó en la demanda que se declare el rompimiento del equilibrio económico del contrato como imputable al Fondo, el cual, según la actora, fue ocasionado por la modificación unilateral del contrato No. 011/96 que eliminó el cobro prejurídico, en tanto que previamente se habían realizado *“actuaciones prejurídicas, lo cual le otorgaba a la demandante todo el derecho de cobrar sus honorarios equivalentes al 10% como lo estipulaba el contrato”*.

En cuanto a este aspecto se refiere, está acreditado que el 9 de febrero de 1996 el Fondo Nacional de Ahorro y la señora María Dadeiva Cifuentes de García celebraron el contrato de prestación de servicios No. 011/96, cuyo objeto consistió – según la cláusula primera del contrato - en que *“EL CONTRATISTA, se obliga[ba] a prestar sus servicios profesionales como Apoderado Judicial del FONDO para adelantar desde su iniciación hasta su terminación, procesos judiciales pertinentes para la recuperación de cartera garantizada con título hipotecario o pagaré o cualquier otro título valor”*.

En el párrafo de la cláusula primera del contrato las partes pactaron que *“el CONTRATISTA, previamente a la iniciación de los procesos judiciales deberá forzosamente efectuar cobros prejurídicos o extrajudiciales, con el fin de obtener en lo posible el pago prejudicial de las obligaciones en mora”*.

En la cláusula quinta se acordó el pago de honorarios de la siguiente manera:

“CLAUSULA QUINTA: HONORARIOS PROFESIONALES: En desarrollo del presente contrato, el CONTRATISTA podrá cobrar a cada uno de los deudores hipotecarios las tarifas estipuladas en el Artículo Cuarto de la Resolución No. 738 del 3 de octubre de 1995, entendiéndose que en ningún caso el FONDO NACIONAL DE AHORRO asume éstos valores”.

Por su parte la Resolución No. 738 expedida el 3 de octubre de 1995 por el Director General del Fondo Nacional de Ahorro, en su artículo cuarto fijó los honorarios profesionales de los abogados externos de conformidad con las siguientes tarifas⁷⁰:

⁷⁰ Resolución No. 738 del 3 de octubre de 1995 *“Por la cual se reglamenta la prestación de servicios de los Abogados al FONDO NACIONAL DE AHORRO, para el recaudo prejudicial y judicial de Cartera y se fijan los controles a dicha gestión”*.

“ARTICULO CUARTO: Los Abogados Externos cobrarán honorarios de acuerdo con las tarifas siguientes:

- a. Si el abogado llegare a un arreglo prejudicial con el deudor, es decir antes de la presentación de la demanda, éste pagará al primero una suma equivalente al 10% del valor total de las cuotas en mora más los intereses efectivamente recaudados, conforme al estado de cuenta suministrado por la División Cartera Hipotecaria del FONDO.
- b. Presentada la demanda y en caso de llegarse a un acuerdo para el pago antes de la sentencia, el deudor pagará al Abogado Externo, honorarios en cuantía equivalente al 15% sobre el valor total de las cuotas en mora más los intereses efectivamente recaudados, conforme el estado de cuenta suministrado por la División Cartera Hipotecaria del FONDO. En este caso además, el deudor deberá asumir los gastos judiciales en que el Abogado Externo haya incurrido.
- c. Cuando se trate de casos en los cuales haya sido necesario el envío a cobro judicial, por la notificación de procesos ejecutivos de carácter singular o hipotecario que terceras personas hayan iniciado contra los deudores afiliados al FONDO, las partes se atenderán a la liquidación de honorarios y gastos judiciales que elabore el juzgado correspondiente.
- d. Cuando la actuación del Abogado Externo termine con sentencia ejecutoriada y cumplida, percibirá las Agencias en Derecho fijadas por el Juez.

PARAGRAGO: Los honorarios profesionales y los gastos judiciales de que trata el presente artículo, serán de cargo y cuenta de los deudores, sin que el FONDO asuma responsabilidad alguna por el no pago de los mismos”.

Está acreditado, también, que mediante oficio No. 098949 del 15 de diciembre de 1998 el Fondo Nacional de Ahorro modificó unilateralmente el contrato No. 011/96, en lo siguiente términos:

“(…)

Mediante el presente me permito comunicarle que en virtud de la expedición del Decreto 2331 de Noviembre 16 de 1998⁷¹ y que el FONDO NACIONAL

⁷¹ Decreto 2331 de 1998 expedido el 16 de noviembre de esa anualidad por el Presidente de la República “Por el cual se dictan medidas tendientes a resolver la situación de los sectores financiero y cooperativo, aliviar la situación de los deudores por créditos de vivienda y de los ahorradores de las entidades cooperativas en liquidación, mediante la creación de mecanismos institucionales y de financiación y la adopción de disposiciones complementarias”.

“(…)

CAPITULO. II

Normas de alivio a los deudores hipotecarios.

(…)

Artículo 16. Los gastos en que incurran las entidades financieras por concepto de la cobranza de cartera de créditos hipotecarios individuales para vivienda, en la cual no medie un proceso judicial, correrán por cuenta de la respectiva institución. En consecuencia, los gastos por este concepto no podrán ser trasladados a los deudores por ninguna razón”.

DE AHORRO no está en capacidad de asumir el pago de honorarios a sus abogados externo, a partir de la fecha ustedes NO están facultados para realizar COBROS PREJURIDICOS de los créditos hipotecarios asignados por lo cual TODOS los créditos que se les envíen a partir de la fecha dispondrán de un término de 15 días calendario, a partir de su recibo, para enviar el respectivo poder a la SECCION COBRO JUDICIAL para su tramitación así como solicitud de documentos pertinentes...”.

Así mismo, encuentra la Sala que el Decreto No. 2331 expedido el 16 de noviembre de 1998 por el Presidente de la República, previó en su artículo 16 que *“Los gastos en que incurran las entidades financieras por concepto de la cobranza de cartera de créditos hipotecarios individuales para vivienda, en la cual no medie un proceso judicial, correrán por cuenta de la respectiva institución. En consecuencia, los gastos por este concepto no podrán ser trasladados a los deudores por ninguna razón”.*

De conformidad con lo anterior resulta que, a raíz de la expedición por parte del Presidente de la República del Decreto No. 2331 - *norma que en su artículo 16 estableció que a partir de ese momento las entidades financieras debían asumir los costos de cobranza de cartera hipotecaria en los casos en que no mediara un proceso judicial* -, el Fondo Nacional de Ahorro modificó unilateralmente las condiciones del contrato en el sentido de ordenar la eliminación del cobro prejurídico de los créditos hipotecarios asignados a los abogados externos, toda vez que, a partir de la expedición del decreto en mención, los costos de cobranza en cobro prejurídico debían ser asumidos por el Fondo y no por los deudores morosos, a diferencia de lo inicialmente pactado en el contrato prestación de servicios.

Como se ve, en el presente caso los hechos alegados por la actora como generadores de ruptura del equilibrio económico del contrato tendrían su origen en la expedición del Decreto No. 2331 por parte del Presidente de la República, norma que habría sido la causante de la modificación unilateral del contrato efectuada por el Fondo el 15 de diciembre de 1998, la cual consistió en la eliminación de los cobros prejurídicos de los créditos asignados a los abogados externos.

Así pues, en el presente asunto el rompimiento del equilibrio económico que, según la parte actora, se presentó en la ejecución del contrato No. 011/96, se debió a un evento *“exógeno a las partes del negocio”*, como lo fue la expedición

del Decreto No. 2331 por parte del Presidente de la República, razón por la cual el desequilibrio financiero que alega la parte actora se deberá examinar bajo la teoría de la imprevisión.

La aplicación de la teoría de la imprevisión como causa de la ruptura del equilibrio económico de los contratos⁷² dentro del ámbito de la contratación administrativa surgió por vía jurisprudencial y para que opere la misma como causa que dé lugar al restablecimiento económico del contrato en favor de la parte afectada, se exige la concurrencia de varios requisitos, a los cuales se ha referido la Jurisprudencia de la Sección Tercera⁷³:

“La teoría de la imprevisión persigue que las cosas vuelvan a su estado inicial cuando las bases económicas del contrato se afecten por hechos posteriores que revistan las características anotadas y sean de tal magnitud que ocasionen una ruptura grave de la simetría o igualdad de los derechos y obligaciones existentes al tiempo de su celebración, y aunque no impidan su cumplimiento, hacen excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes y, correlativamente, generan una ventaja indebida o en exceso para la otra.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, los requisitos para que se configure este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato que dé lugar a un reconocimiento económico a favor del contratista⁷⁴ son los siguientes:

(i) Que con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho extraordinario, ajeno o exógeno a las partes, es decir, no atribuible a ninguna de ellas sino que provienen o son generados por terceros. No cabe invocar esta teoría cuando el hecho proviene de la entidad contratante, dado que

⁷² Que fue contemplada por el derecho privado para aquellos contratos regulados por las normas del Código Civil y del Código de Comercio: El numeral 2º del artículo 2060 del Código Civil, al referirse a los contratos de construcción de edificios a precio global -por un precio único prefijado- estableció que los mismos se sujetaban, entre otras, a la regla consagrada en su numeral 2º: “*si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieren preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda*”. Por su parte, el artículo 868 del Código de Comercio, establece: “*Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato (...)*”.

⁷³ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de abril de 1989, expediente 5426; sentencia del 29 de junio de 1989, expediente 5295; sentencia del 16 de abril de 1991, expediente 6102; sentencia del 27 de junio de 1991, expediente 3600; sentencia del 9 de mayo de 1996, expediente 10.151; sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente 14.577; sentencia del 18 de septiembre de 2003, expediente 15.119; sentencia de 24 de febrero de 2004, expediente 14.043; sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 14.854.

⁷⁴ Cita original de la sentencia: La jurisprudencia del Consejo de Estado ha admitido los requisitos expuestos como configurativos de la teoría de la imprevisión. Ver entre otras las sentencias de 18 de abril de 1989, expediente 5426; 29 de junio de 1989, exp. 5295; de 16 de abril de 1991, exp. 6102; de 27 de junio de 1991, expediente 3600; de 9 de mayo de 1996, exp. 10.151, y de 29 de mayo de 2003, exp. 14577.

ésta es una de las condiciones que la distinguen del hecho del príncipe, que es imputable a la entidad.

(ii) Que ese hecho altere de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato.

(iii) Que esa nueva circunstancia sea imprevista o imprevisible, esto es, que no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes, pues no es aplicable ante la falta de diligencia o impericia de la parte que la invoca, toda vez que nadie puede beneficiarse de su propia culpa. En otros términos, el hecho excede los cálculos que las partes pudieron hacer al contratar y que incluyen, normalmente, el álea común a toda negociación, que el cocontratante particular está obligado a tomar a su cargo.

(iv) Que esa circunstancia imprevista dificulte a la parte que la invoca la ejecución del contrato, pero no la enfrente a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación. La ayuda estatal procede sobre la base de que la situación sea parcial y temporal, de suerte que el contratista no suspenda la ejecución del contrato y continúe prestando el servicio. El hecho debe ser posterior a la celebración de un contrato, cuyas prestaciones no estén enteramente concluidas, pues el reconocimiento de la imprevisión busca que se brinde una ayuda al cocontratante para que éste no interrumpa el cumplimiento de sus obligaciones, y esa es la razón del apoyo económico.

Es decir, los efectos de la aplicación de la teoría de la imprevisión son compensatorios, limitados a un apoyo parcial y transitorio que se le da al contratista para solventar el quebranto o déficit que el hecho económico le origina en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato, sin que, por tanto, haya lugar al reconocimiento de beneficios diferentes a los mayores gastos, costos o pérdidas que resulten de soportar la circunstancia imprevisible, extraordinaria, grave y anormal y que haya podido sufrir el cocontratante, o sea, como señala la doctrina, de llevarlo a un punto de no pérdida y no de reparar integralmente los perjuicios.”⁷⁵

Por otra parte, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato⁷⁶, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de junio de 2012, Expediente 21990, CP. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷⁶ Debe recordarse que en la celebración y ejecución de los contratos, siempre hay una contingencia de ganancia o pérdida, un cierto grado de riesgo, es decir, un álea que es normal y que las partes deben asumir, como consecuencia de su decisión voluntaria de obligarse. En cambio, el “Álea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato” Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III -A, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pg. 524.

“Reitérese entonces, que la ejecución de todo contrato implica riesgos profesionales y económicos para el contratista, que está sujeto a circunstancias materiales adversas. Son los riesgos normales, áleas ordinarias y circunstancias desfavorables, que razonablemente el contratista debió tomar en consideración al momento de proponer para la celebración del contrato y que debieron ser previstas en el momento de contratar y por tanto al estar incluidas en sus cálculos debe soportar esas circunstancias.”⁷⁷

Significa lo anterior que las partes se obligan a través del contrato, una vez analizan las circunstancias existentes al momento de celebrarlo, en todos los aspectos que pueden tener incidencia en la ejecución de sus obligaciones y así mismo pactan las condiciones de ejecución del contrato teniendo en cuenta los riesgos que en el momento de su celebración, podían razonablemente preverse.

Con base en toda esta información, las partes hacen sus proyecciones y sus cálculos y acuerdan el contenido de sus respectivas obligaciones; es decir, se fija el contenido de las prestaciones y contraprestaciones: lo que una de las partes debe realizar y el precio que por ello recibirá de la otra parte y que, en consecuencia, considerará como equivalente. Se trata entonces una doble relación: en primer lugar, cada una de las partes considerará que existe una equivalencia entre los costos y los gastos en los cuales incurrirá y el beneficio o utilidad que para ella se derivará de la ejecución del contrato y, en segundo lugar, que es equivalente la obligación que cada una de ellas asume frente a la contraprestación a cargo de la otra parte, lo que da lugar al surgimiento de la ecuación contractual que se debe mantener a lo largo de toda la ejecución contractual.

Así pues, el contratista puede invocar el restablecimiento del equilibrio contractual sobre la parte que efectivamente ejecutó, siempre que cumpla con los demás requisitos a los cuales se ha hecho alusión para que prospere la teoría de la imprevisión.

Procede la Sala a examinar si en el presente asunto se dieron las condiciones necesarias para que prospere la teoría de la imprevisión y, en consecuencia, halla lugar a restablecer la ecuación financiera del contrato No. 011/96:

⁷⁷ Laudo arbitral del 22 de noviembre de 1985, Construcciones Domus Ltda. contra la Caja de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), citado en Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, Legis Editores S.A., 2ª ed., 2003, pg. 493.

En primer lugar se observa que el supuesto desequilibrio económico del contrato de prestación de servicios No. 011/96 se habría dado como consecuencia de la expedición del Decreto 2331 del 16 de noviembre de 1998 proferido por el Presidente de la República, es decir que el rompimiento de la ecuación financiera se habría generado por un hecho exógeno a las partes, el cual, además, ocurrió con posterioridad a la celebración del contrato de prestación de servicios por cuya causa se demanda.

En segundo lugar, se tiene que la medida que se adoptó en el decreto mencionado correspondió a una circunstancia imprevisible para las partes contratantes, en tanto que aquella claramente no obedece a una medida que los contratistas podían tener en consideración al momento de celebrarse el contrato.

Encuentra la Sala que si bien con ocasión de la expedición del decreto en mención, el Fondo modificó unilateralmente el contrato No. 011/96, en el sentido de eliminar el cobros prejurídico de los créditos, en el plenario no hay prueba de los mayores gastos y costos que tuvo que soportar la contratista por causa de la medida adoptada en el Decreto No. 2331/98, así como tampoco hay prueba de que por fuerza de la circunstancia anotada no se le hubiese cancelado a la contratista los honorarios adeudados por virtud de los arreglos prejudiciales que hubiese logrado con los deudores morosos, de los cuales tampoco hay prueba en el expediente.

Al respecto nótese que si bien en el proceso hay unos informes elaborados por la contratista, a través de los cuales se relacionaron unos créditos que, según el texto del documento, se encontraban "*a paz y salvo*" con el Fondo y respecto de los cuales no se habrían pagado honorarios profesionales, no es posible para la Sala a partir de esa sola información establecer que en los casos señalados en los informes se hubiesen causado honorarios a favor de la contratista como consecuencia de un arreglo prejudicial con los deudores morosos, pues bien podría haber sucedido que no se cancelaron honorarios profesionales porque los deudores ya habían pagado su deuda con el Fondo o que dichos honorarios se hubiesen causado como consecuencia de llegarse a un acuerdo luego de presentada la demanda, caso en el cual no se trataría propiamente de un arreglo prejudicial, en tanto que ya habría un proceso judicial en marcha.

En gracia de discusión y de aceptarse que en los créditos relacionados en los informes se logró un arreglo prejudicial, no se encuentra acreditado en el proceso que la no cancelación de honorarios profesionales a que tenía derecho la contratista se debió a la medida adoptada por la entidad - consistente en la eliminación el cobro prejudicial -, pues lo cierto es que según lo pactado inicialmente en el contrato No. 011/96 eran los deudores morosos, quienes debían pagar los honorarios que se causaran por ese concepto.

Concomitante con lo anterior, si bien es cierto que la demandante afirmó que mantuvo por más de un año y medio al servicio del Fondo una oficina *“con todas las instalaciones idóneas para el cabal cumplimiento del contrato en cuestión”* sin percibir honorarios, en el presente asunto la contratista siguió ejecutando el contrato No. 011/96 en relación con el cobro jurídico de la cartera hipotecaria del Fondo, en tanto que el Decreto No. 2331/98 en nada varió las condiciones pactadas inicialmente en el contrato en cuanto a ese aspecto se refería, de ahí que se entienda que la oficina de la abogada siguiera funcionando para tal fin, estos es para adelantar los cobros jurídicos de la cartera del Fondo.

Así las cosas y al no existir prueba en el plenario de los mayores gastos o costos que hubiera tenido que soportar la contratista con ocasión de la medida adoptada por el Fondo en virtud de la expedición del Decreto No. 2331/98, así como al no existir prueba de que por fuerza de esa circunstancia la contratista no hubiese recibido el pago de honorarios a que tenía derecho con ocasión de los arreglos prejudiciales efectuados con los deudores morosos, no habrá lugar a restablecer el equilibrio económico del contrato y menos aún a reconocer suma alguna por fuerza de esa circunstancia.

Viene al caso precisar que en el cuaderno No. 4 obra un dictamen pericial en el cual se concluyó que existía un saldo a favor de la señora María Dadeiva Cifuentes de García por la suma de sesenta y nueve millones trescientos ochenta y cinco mil ochenta y nueve pesos (\$69'385.089), correspondiente al *“valor de los honorarios del 10% calculados sobre el valor en mora en la etapa de arreglo prejudicial con el deudor”*.

En ese orden de ideas, observa la Sala que la suma de dinero tasada por los peritos se refiere al valor de los honorarios que habría dejado de percibir la contratista en el evento hipotético de que se hubiese logrado la etapa de arreglo

prejudicial con los deudores del Fondo Nacional del Ahorro y no respecto de los mayores gastos o costos en que hubiera incurrido la contratista⁷⁸ ni tampoco hace referencia a los arreglos prejurídicos que efectivamente hubiere logrado ésta, de ahí que no resulte útil para la Sala - en este caso - lo establecido por los peritos en el mencionado dictamen.

Por último, llama la atención de la Sala que la contratista no presentara de manera inmediata reparo alguno al oficio No. 098949 de fecha 15 de diciembre de 1998, a través del cual se ordenó eliminar el cobro prejurídico, pues de las pruebas que obran en el expediente se encuentra acreditado que sólo al cabo de diez meses - 1° de octubre de 1999 - luego de proferido el oficio en mención, la contratista presentó ante la entidad un escrito en que atacaba el acto señalado.

Adicionalmente considera la Sala oportuno precisar que si bien se logró establecer que la contratista continuó solicitando autorizaciones de poderes para actuar a nombre del Fondo después de expedido el citado acto administrativo, lo cierto es que no es posible establecer que tales autorizaciones se hubieran pedido para adelantar cobros prejurídicos, así como tampoco que se hubieran otorgado para tales efectos.

En todo caso, aun cuando en gracia de discusión se considerara que así hubiere ocurrido, la demandante no tendría derecho a reclamar indemnización o reconocimiento alguno por ese concepto, dado que para ese entonces ya tenía conocimiento de la modificación que se realizó al contrato No. 011/96 y en consecuencia no podía adelantar labores relacionadas con el cobro prejurídico y pedir que le fueran remuneradas, pues ello habría resultado contrario a la buena fe.

6. La refinanciación de la deuda de los créditos por parte del Fondo Nacional de Ahorro.

Señaló la parte actora que el Fondo programó un proceso de refinanciación de la deuda de los deudores morosos, circunstancia que *“implicaba la disminución de los honorarios en muchos casos o la exoneración total de los mismos en otros”*.

⁷⁸ Recuérdese que bajo la teoría de la imprevisión y en el evento de que se encuentre probado el desequilibrio económico del contrato, únicamente se podrá indemnizar hasta el punto de no pérdida, es decir a reconocer únicamente los mayores gastos y costos que tuvo que soportar la contratista pero no las utilidades dejadas de percibir.

En cuanto a este aspecto se refiere encuentra la Sala probado en el plenario que mediante oficios del 1° de octubre de 1999 y 4 de noviembre de esa anualidad, el Jefe del Grupo de Control Judicial del Fondo y el vicepresidente financiero, respectivamente, le informaron a la contratista María Dadeiva Cifuentes de García que el Fondo llevaría a cabo una refinanciación de la cartera morosa de la entidad, circunstancia que traería como consecuencia una negociación masiva de los deudores morosos. A continuación se extraen algunos apartes de los oficios:

- **Oficio del 1 de octubre de 1999 dirigido a la contratista.**

(...)

De manera atenta y por medio de la presente me permito realizar las siguientes anotaciones respecto de la relación contractual existente entre usted y el FNA.

Respecto del oficio enviado a manera de circular a todos los abogados externos en el cual se les comunicaba que debían abstenerse de enviar poderes, ésta se debió a la posibilidad que existe de refinanciar la totalidad de la cartera morosa de la entidad...".

- **Oficio del 4 de noviembre de 1999 dirigido a la contratista.**

"El FONDO NACIONAL DE AHORRO, atendiendo múltiples solicitudes de sus afiliados y consciente de la crítica situación por la que atraviesan muchos colombianos, en especial los funcionarios del sector público, ante las metas trazadas por el Gobierno tendientes a reducir el tamaño del Estado, ha autorizado a través de su Honorable Junta Directiva, una refinanciación general y masiva a todos sus deudores morosos...".

Así mismo, está acreditado que el Fondo les habría comunicado a algunos deudores morosos del Fondo que les ofrecía la posibilidad de refinanciarles la deuda para lo cual debían comunicarse con el Grupo Especial de Refinanciación del Fondo, así:

- **Oficio dirigido a una deudora del Fondo de fecha 17 de febrero de 2000.**

“(...)

En relación con la suspensión del proceso que cursa en el Juzgado 20 Civil del Circuito, le manifestamos que esto no es posible, salvo que se cancele la parte en mora y los honorarios correspondientes al abogado.

En ese sentido podemos ofrecer la figura de refinanciación de la obligación, para lo cual debe comunicarse con el Grupo Especial de Refinanciación...”.

En ese contexto, observa la Sala que si bien Fondo Nacional de Ahorro habría programado un proceso de refinanciación de la cartera morosa de la entidad, echa de menos la Sala prueba alguna que conduzca a establecer que en los créditos asignados a la contratista María Dadeiva Cifuentes de García se llevó a cabo efectivamente la refinanciación de la deuda y en qué medida afectó a la contratista en el recaudo de los honorarios devengados por ella.

Nótese, que en el expediente no obra prueba de que respecto de los créditos asignados a la contratista se hubiesen exonerado a los deudores del pago de honorarios profesionales o de que se hubiese presentado una disminución considerable en los honorarios devengados por la contratista.

Así las cosas y comoquiera que no hay pruebas que permitan determinar el perjuicio que tuvo que soportar la contratista por fuerza de la refinanciación de la cartera morosa, en tanto que no se encuentra acreditado siquiera que los créditos a cargo de la contratista efectivamente se hubieran refinanciado, pues únicamente reposa en el expediente la constancia de unos ofrecimiento por parte del Fondo a los deudores morosos para que se acogieran al proceso en mención, no resulta posible para la Sala acceder a la petición formulada por la demandante.

Por último y en relación con la pretensión de liquidación del contrato de prestación de servicios No. 0111/96, la Sala confirmará lo decido en el fallo de primera instancia, dado que una vez revisadas las pruebas que obran en el expediente no se observan obligaciones pendientes por cumplir ni saldos pendientes por pagar entre las partes.

7. Condena en costas.

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere 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 haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de febrero de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA