



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

Santa Marta D.T.C.H., veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2019).

REFERENCIA: REPARACION DIRECTA.
ACTOR: MAYRA ALEJANDRA COTES Y OTROS
DEMANDADO: EDIFICIO MIRADOR DE LA BAHIA – DISTRITO DE SANTA MARTA – ELECTRICARIBE SA ESP Y OTROS
RADICACIÓN: 47-001-3333-003-2014-00319-00

I. OBJETO A DECIDIR

Visto el informe secretarial que antecede procede este despacho a resolver sobre el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la parte demandante y el Ministerio Público, en contra del auto de calenda 13 de febrero de 2020 que dispuso aceptar la adjudicación parcial de derechos litigiosos a favor del Dr. ALBERTO OVALLE BETANCOURT y tenerlo como litisconsorte facultativo de los actores.

I.ANTECEDENTES

La señora MAYRA COTES NAVARRO Y GUILLERMO RUEDA DELGADO actuando en nombre propio y en representación de los menores JUAN MANUEL y MIGUEL ALEJANDRO RUEDA COTES, así mismo GABRIEL JOSE RUEDA COTES y NILDA ESTHER NAVARRO DE COTES, radicaron demanda bajo el medio de control de Reparación Directa ante esta jurisdicción en contra de EDIFICIO MIRADOR DE LA BAHIA, DISTRITO DE SANTA MARTA, MAPFRE SEGUROS GENERALES Y ELECTRIFICADORA DEL CARIBE., a fin que se declare la responsabilidad de estas por los hechos ocurridos en la piscina del Edificio Mirador de la Bahía el día 8 de septiembre de 2012 en el que resultó lesionado el menor Juan Manuel Rueda Cotes.

Por auto del 13 de febrero de 2020, esta agencia judicial, decidió acceder a la adjudicación de derechos litigiosos a favor de quien anteriormente fuera el apoderado de la parte actora, y tenerlo como litisconsorte facultativo, de acuerdo a la normatividad procesal vigente.

Estando en la oportunidad para ello el nuevo apoderado de la parte actora interpone recurso de reposición en contra de la decisión anterior. Igualmente, el Procurador 203 Judicial I adscrito al despacho interpone recurso en contra de la misma decisión.

II.CONSIDERACIONES

Sobre el recurso de reposición:

Para efectos de determinar la procedencia del recurso objeto de análisis, este despacho tendrá en cuenta las siguientes premisas normativas. El artículo 242 de ley 1437 de 2011, prevé:

Artículo 242. Reposición. Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica.

En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Comoquiera que la decisión no es apelable conforme al artículo 243 de la ley 1437 de 2011, se colige que procede contra ella el recurso de reposición.

Para ello, se atenderá a las prescripciones normativas contenidas en los artículos 318 y 319 del Código General del Proceso, con relación al recurso de reposición:

Artículo 318. Procedencia y oportunidades. Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.

El recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja.

*El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. **Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.***

(...)

Cuando sea procedente formularlo por escrito, se resolverá previo traslado a la parte contraria por tres (3) días como lo prevé el artículo 110.

De tal manera que, por Secretaría, se llevó a cabo el trámite del recurso propuesto, dándose traslado por el término legal (3 días) a la parte contraria para que se pronunciara al respecto.

Fundamentos de los recurrentes:

PARTE DEMANDANTE

Principalmente expone el apoderado de la parte actora que al momento de correr traslado de la cesión de derechos litigiosos aportada por el señor ALBERTO OVALLE BETANCOURT, el despacho tenía conocimiento que la parte accionante no contaba con apoderado de confianza pues en oficio del 20 de enero de 2020, los demandantes de manera directa informan al juzgado que desde noviembre no contaban con apoderado pues telefónicamente Ovalle había renunciado de forma sorpresiva, por lo que en la misma misiva revocan el mandato correspondiente.

Adicionalmente, esgrime como argumentos jurídicos los siguientes:

1. Que una cesión de derechos litigiosos onerosa como la aportada tiene controversias que deben ser resueltas en la jurisdicción civil no en la contenciosa administrativa. Señala que el contrato suscrito con OVALLE BETANCOURT tiene por objeto la prestación de servicios profesionales de abogado, y que, conforme a lo establecido en la legislación civil, sin embargo, la cláusula contentiva de la cesión de derechos fue incluida soslayadamente por el prementado jurista, lo cual llama la atención toda vez que la cesión de derechos litigiosos conforma un contrato diferente, con regulación especial propia ajena a la prestación de servicios. Ahora bien, el mismo texto de la cláusula en cita señala:

“la presente cesión de derechos se realiza como contraprestación por los servicios profesionales de abogado que el cesionario debe prestar al cedente,

con fundamento en el contrato de prestación de servicios celebrado en misma fecha”

Es decir que del mismo texto de la cláusula se desprende que el abogado conoce el hecho de que la disposición es ajena a la naturaleza y objeto de la prestación de servicios, por lo que requeriría un acuerdo de voluntades independiente y autónomo, lo que, desde la óptica del apoderado de la parte actora, le resta eficacia a la cláusula de la cesión de derechos litigiosos incluida por Ovalle Betancourt.

2. Como segundo argumento, la parte actora llama la atención al contenido del clausulado del contrato en donde los honorarios pactados comprendían toda la gestión, es decir, con un proceso que llegara a su fin, esto es, se hubiese emitido sentencia definitiva y ejecutoriada fuera de primera o segunda instancia, nada se dijo en el contrato que pasaría en caso de renuncia o revocatoria del poder al mandante, por lo que es de recibo que el operador judicial interprete y tase los honorarios que tiene derecho el togado desde la demanda hasta la actualidad teniendo en cuenta que no se ha culminado si quiera la audiencia inicial.
3. Los derechos litigiosos de los que se dispone también le pertenecen a un menor de edad lo que requiere de auspicio de un juez de familia. Asegura el apoderado que no puede echarse a lastre la circunstancia consistente en que los padres del menor no solo actúan a nombre propio sino de aquel, por lo que debe observarse con detenimiento los requisitos adicionales que deben surtir para que se aprueben este tipo de negocios en los que intervienen menores de edad.

PROCURADOR JUDICIAL DELEGADO ANTE ESTE DESPACHO:

El agente del Ministerio Público en la oportunidad debida sustenta su inconformidad bajo los siguientes argumentos presentados en escrito del 19 de febrero de 2020:

1. Que a la parte actora se le vulneró el derecho de debido proceso y defensa toda vez que para el momento del traslado de la cesión de derechos litigiosos ya el despacho tenía conocimiento que carecían de apoderado, al haber accedido al aplazamiento de la audiencia inicial bajo este motivo, y aceptando la revocatoria de poder que habían consignado previamente en sus oficios radicados ante la agencia judicial. hizo énfasis en que este tipo de trámites requiere apoderado y que el derecho de postulación solo lo tienen los abogados debidamente inscritos, situación carente en ese momento para la parte activa de la Litis.
2. Adicionalmente adujo que, los demandantes requerían la asesoría técnica de un profesional del derecho para por lo menos entender de qué se trataba tal cesión de derechos litigiosos.

ARGUMENTOS DR. ALBERTO OVALLE BETANCOURT:

El anterior apoderado de la parte actora, cesionario dentro del contrato allegado al proceso, oponiéndose al recurso interpuesto por la parte actora y por el Procurador Judicial delegado ante este despacho en resumen arguyó lo siguiente:

1. Que el traslado de la cesión de derechos litigiosos no era para los actores sino para la parte demandada, en consecuencia, si los accionados guardaron silencio la consecuencia fue la que al final toma el Despacho de reconocer la adjudicación de derechos litigiosos y reconocer la calidad de litisconsorte facultativo del extremo activo al cesionario. En nada afecta tal circunstancia a

la parte accionante pues el legislador cuando prevé este traslado no es para el cedente ora que conoce sino para la contraparte, en este caso, el demandado. Así las cosas, no se les viola debido proceso a los demandantes con dicho traslado pues el mismo no iba dirigido a ellos.

2. Se incluyó la cesión de derechos al interior del contrato de prestación de servicios pues los demandantes afirmaron no contar con dinero para el pago de la gestión judicial a desarrollar.
3. Precisamente la figura de la cesión, asegura el pago de las labores de gestión judicial de los abogados que se ven afectados por revocatorias de poder injustas, como la ocurrida en el caso de marras, sostuvo. Es evidente que de la revisión del expediente no puede hablarse de negligencia o abandono del proceso por parte del suscrito, y los argumentos usados para soportar la revocatoria son meras conjeturas y afirmaciones contrarias a la realidad, que pretenden evadir el pago de los honorarios causados durante varios años de servicio diligente inclusive en la etapa de conciliación prejudicial.
4. Que el apoderado JUAN ALBERTO DIAZLARA acepta un poder sin que se le haya presentado paz y salvo del abogado anterior, cometiendo una falta disciplinaria, y, además, falta a la verdad, cuando asegura que la cláusula fue incluida soslayadamente.
5. Los demandantes son personas instruidas o profesionales, por lo tanto, es ilógico asegura que se les engañó con la inclusión de esa cláusula y que 6 años después traigan ese argumento al proceso solo para evadir el pago de sus honorarios profesionales, cuya forma de pago se pactó de dicha manera de forma libre, consciente y voluntaria.
6. Los demandantes tampoco han realizado oferta alguna de pago de honorarios de estos años de labor para que él a la cesión suscrita previamente.
7. Los padres de los menores actuaron en su representación para dar poder para actuar en estos procesos, sin que mediara autorización de juez de familia, vale decir que lo cedido no son bienes ni créditos, sino derechos litigiosos que se caracterizan por su incertidumbre.

Pronunciamiento de la parte demandada:

Guardó silencio.

III. CASO CONCRETO

De la lectura de los recursos impetrados por la parte actora y el Ministerio Público los puntos a resolver son en resumen los siguientes:

- a) Vulneración de los derechos de los niños presentes en el proceso con la aprobación de dicha cesión pues la misma debió aprobarse por un juez de familia. (Demandantes)
- b) Violación al debido proceso y derecho de defensa de los demandantes al no contar con un representante al momento del traslado de la cesión de derechos litigiosos, coartando presuntamente la posibilidad de pronunciarse u oponerse a la misma (Procuraduría-Demandante).

- c) Ineficacia de la cláusula de cesión incluida en el contrato de prestación de servicio de abogado por ser necesaria la celebración de un contrato adicional, debate que debe ser depuesto al juez civil competente. (demandantes)

En contraposición, el *Dr. Alberto Ovalle Betancourt*, contrargumentó lo siguiente:

- No hay violación al debido proceso porque el traslado de la cesión es a favor de los demandados no de los mismos demandantes, por lo que dicho traslado en nada afecta la posición de los actores, es el silencio o no de la parte accionada la que determina si se convierte o no en litisconsorte facultativo del extremo activo en este caso. Al no ser para ellos el traslado no se vulnera el derecho de defensa.
- La cláusula no fue oculta ni bajo engaños, los actores son profesionales o instruidos, por lo que es ilógico engañarlos, el actuar es propio de querer evadir el pago de honorarios causados diligentemente en estos 6 años de gestión judicial. la cláusula es completamente eficaz, pues se celebró mediante un acuerdo de voluntades libre consciente y sin vicios, por lo que tiene plena aplicación, máxime que se incluyó por no contar los actores con dinero para el pago y tratando de no padecer estrategias de no pago como la actual de revocatoria de poder sin argumentos válidos.
- Lo cedido son derechos inciertos, no bienes ni créditos. De la misma forma que suscribieron el contrato de prestación de servicios a su nombre, sin autorización de juez de familia también se podría en este caso cuando no se tiene certeza que resultado tendrá el proceso, lo que disminuye los argumentos del apoderado de la parte actora.

Pasa el Despacho a pronunciarse en relación a los tópicos planteados por los sujetos procesales:

Sobre los derechos procesales de los niños y la disposición de derechos de los menores de edad por sus padres

El artículo 44 de la Carta Política señala que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás.

A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño en el numeral primero del artículo tercero establece que “(...) *todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

Por su parte, en el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia se define el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como “(...) *el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*”.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha precisado que todas las actuaciones que realicen las autoridades públicas en las que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes deben estar orientadas por el principio del interés superior.

En efecto, la Corte ha afirmado que “*el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales,*

únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”¹

Así mismo, sostuvo que *"El interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: 1) en primer lugar; el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) en segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo; 3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; 4) por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor."*²

De otra parte, en el Estatuto Integral del Defensor de Familia respecto al interés superior del niño, la niña y el adolescente se señala que *"(...) se ve reflejado en una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, consistente en que a los menores de edad se les debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad (...)”*

El ejercicio de la Patria Potestad

Según el artículo 288 del Código Civil, la patria potestad *"es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone"*.

Los padres por el hecho de serlo asumen frente a sus hijos una serie de derechos y obligaciones, los cuales se derivan de la llamada autoridad paterna y de la patria potestad. Estos derechos deben ejercerlos conjuntamente los padres y a falta de uno de ellos le corresponderá al otro. Excepcionalmente, los derechos que conforman la autoridad paterna pueden ser ejercidos por un pariente o por un tercero, según las circunstancias del caso y con ciertos límites. No así la patria potestad es reservada a los padres.

A su vez, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia complementa la institución jurídica de la patria potestad establecida en el Código Civil, consagrando la responsabilidad parental, compartida y solidaria, en la que se condensan las obligaciones de los padres inherentes a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, y proscribire todo acto de violencia física o psicológica en el ejercicio de esa responsabilidad o los *"... actos que impidan el ejercicio de sus derechos"*.

Frente al tema de la patria potestad, la Corte Constitucional en sentencia C-1003 de 2007 manifestó:

"En armonía con la citada disposición, esta corporación ha considerado que la patria potestad, mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus

¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 503 de 2003.

² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 587 de 1997

bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). Igualmente ha considerado, que el ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, y en consecuencia, el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión.

En efecto, la patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo”.

En efecto, enuncia como características de la Patria Potestad las siguientes:

- Se aplica exclusivamente como un régimen de protección a hijos menores no emancipados.
- Es obligatoria e irrenunciable pues los padres tienen la patria potestad, salvo que a ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio.
- Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio.
- Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita.
- Constituye una labor gratuita, porque es un deber de los padres.
- La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre

Así las cosas, el ejercicio de los derechos de patria potestad confiere a su titular:

- a.- El derecho de usufructo,
- b.- El derecho de Administración; y,
- c.- El derecho de representación.

De acuerdo a lo anterior, serán aquéllas personas que ejercen la patria potestad quienes representen a sus hijos menores de edad o discapacitados, con el fin de solicitar la autorización judicial que corresponda para la venta de los bienes, siempre y cuando se acredite ante el operador judicial la necesidad de vender para mejorar la calidad de vida del niño, niña o adolescente.

El Código Civil con relación a lo anterior establece lo siguiente:

ARTICULO 306. REPRESENTACION JUDICIAL DEL HIJO. *La representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres.*

El hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o representado por uno de sus padres. Si ambos niegan su consentimiento al hijo o si están inhabilitados para prestarlo o si autorizan sin representarlo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación del curador ad litem.

En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse a cualquiera de sus padres, para que lo represente en la litis. Si ninguno pudiere representarlo, se aplicarán las normas del Código de procedimiento Civil para la designación de curador ad litem.

ARTICULO 307. EJERCICIO Y DELEGACION DE LA REPRESENTACION Y ADMINISTRACION Los derechos de administración de los bienes, el usufructo legal y la representación extrajudicial del hijo de familia serán ejercidos conjuntamente por el padre y la madre. Lo anterior no obsta para que uno de los padres delegue por escrito al otro, total o parcialmente, dicha administración o representación.

Si uno de los padres falta, corresponderán los mencionados derechos al otro.

En los casos en que no hubiere acuerdo de los titulares de la patria potestad sobre el ejercicio de los derechos de que trata el inciso primero de este artículo o en el caso de que uno de ellos no estuviere de acuerdo en la forma como el otro lleve la representación judicial del hijo, se acudirá al juez o funcionario que la ley designe para que dirima la controversia de acuerdo con las normas procesales pertinentes.

Vale lo anterior para esclarecer el hecho de que los padres de los menores son quienes por ley ejercen su representación judicial, por lo tanto, están en plena capacidad de suscribir contratos de mandato judicial, otorgar poderes a su nombre y designar abogados.

De igual forma, la legislación común limita el derecho a disposición de los bienes de los menores solo a los existentes, reales, tangibles, o créditos a su favor, requiere la venta de bienes inmuebles en todo caso autorización por parte de los jueces de familia

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-554 de 1994, estableció: “*El artículo 303 del Código Civil, prohíbe a los padres de un menor sometido a la patria potestad, vender los bienes raíces que pertenezcan a éste, sin previa autorización del juez competente, Este es uno de los mecanismos instituidos por el legislador para proteger el patrimonio de un menor de edad, sujeto a patria potestad. La norma es clara: la autorización es sólo para bienes raíces; por tanto, la venta de bienes muebles de un menor; no debe ir precedida de la referida licencia judicial*”.

De acuerdo a la normatividad vigente, el único funcionario competente para autorizar la enajenación de bienes raíces de menores de edad es la autoridad judicial, es decir, el Juez de Familia, de acuerdo a la competencia otorgada por el numeral 13 del artículo 50 del Decreto 2272 de 1989, Derogado por la Ley 1564 de 2012 que entrará en vigencia el 10 de enero del año 2014, la cual en el numeral 13 del artículo 21, indica que éstos procesos serán tramitados en única instancia por el Juez de Familia.

Así las cosas, quien administra bienes de menores de edad no goza de una libertad tan amplia, el legislador ha querido proteger y preservar los derechos de éstos, máxime si se trata de su patrimonio, por tal motivo, si un niño, niña o adolescente adquiere bienes de fortuna, y se hace necesaria su venta, debido a su minoría de edad, en sus representantes legales, radica la obligación de obtener una autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de los bienes inmuebles.

En efecto, siempre que se pretenda enajenar o gravar bienes raíces de los menores de edad o de aquellas personas declaradas judicialmente en discapacidad para administrar sus bienes, se debe obtener autorización del Juez de Familia, quien, con conocimiento de causa, evaluará la conveniencia del acto dispositivo para los intereses del incapaz; luego la actuación ante el juzgador debe dirigirse a demostrar la utilidad o necesidad manifiesta del acto para el beneficio de éstos.

Ahora bien, el numeral 11 del artículo 82 del Código de Infancia y Adolescencia indica que corresponde al Defensor de Familia:

“Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en

que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar”.

En ese sentido, la intervención del Defensor de Familia en ésta clase de procesos es necesaria, pues en aras de la protección integral del interés superior del niño, niña o adolescente, y luego de evaluar las pruebas aportadas deberá pronunciarse ante el Juez de Familia sobre la pertinencia o no de la venta, para que éste en su sabio entender defina si autoriza o no la enajenación de los bienes en pública subasta.

Sin embargo, es importante tener claro que El Defensor de Familia, está facultado para autorizar la venta de inmuebles pertenecientes a los niños, las niñas y los adolescentes, de acuerdo a lo previsto en el artículo 16 de la Ley 9 de 1989, siempre y cuando se traten de inmuebles destinados a los planes y programas sobre bienes raíces a que hace referencia dicha norma (planes de desarrollo de vivienda de interés social, preservación de patrimonio cultural, zonas de reserva para el desarrollo y crecimiento futuro de ciudades y recursos hídricos, desarrollo de servicios públicos), etc.

Como conclusión de lo anterior, solo requieren autorización la venta o enajenación de inmuebles, mas no de bienes muebles, créditos y de derechos litigiosos (incierto), de los cuales no se requiere autorización o licencia judicial.

Así las cosas, para la cesión de derechos litigiosos de menores no se requiere autorización de jueces de familia ni presencia de defensores de familia, lo que denota que este argumento del recurso no tiene vocación de prosperidad.

De la violación del debido proceso de la parte actora por no contar con apoderado de confianza al momento del traslado de la cesión de derechos litigiosos

El argumento común de ambos recurrentes es que la ausencia de abogado de confianza de los actores al momento del traslado de la cesión de derechos litigiosos no permitió que los demandantes pudieran pronunciarse acerca de dicha disposición o conceptuar sobre el contenido de dicha cláusula para que fuera tenida en cuenta antes de ser aceptada por el despacho, como si se realizó posteriormente al momento de recurrir.

Es evidente en todo caso, que lo alegado tanto por el Ministerio Público como por los demandantes cobija el concepto de *defecto procedimental* de la decisión, propio en aquellas demandas de tutela en la que se alega la violación al debido proceso y se atacan decisiones judiciales con dicho argumento.

Sobre esta figura, la Corte Constitucional en sentencia SU 516 de 2019 con ponencia de Alberto José Lizarazo Ocampo:

“Breve caracterización del defecto procedimental absoluto

En términos generales, el defecto procedimental se configura cuando la decisión judicial cuestionada se adoptó con desconocimiento del procedimiento establecido. La jurisprudencia constitucional ha precisado que este defecto admite dos modalidades de configuración. La primera, en tanto defecto procedimental absoluto, y, la segunda, como defecto procedimental por exceso ritual manifiesto.

En lo que respecta al defecto procedimental absoluto –relevante para el asunto bajo examen– este Tribunal ha establecido que se materializa cuando el juez “se aparta por completo del procedimiento establecido legalmente para el trámite de un asunto específico, ya sea porque: i) se ciñe a un trámite completamente ajeno al pertinente –desvía el cauce del asunto–, o ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las

partes del proceso”, o porque “iii) pasa por alto realizar el debate probatorio, natural en todo proceso, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales al no permitirles sustentar o comprobar los hechos de la demanda o su contestación, con la consecuente negación de sus pretensiones en la decisión de fondo y la violación a los derechos fundamentales”.

En el supuesto de hecho señalado anteriormente, debe analizarse la defensa técnica para advertir el impacto que tiene pretermitir etapas procesales, en desmedro de las garantías fundamentales de los sujetos del proceso, como son: la garantía de ejercer el derecho a una defensa técnica, que implica la posibilidad de contar con la asesoría de un abogado cuando sea necesario, la posibilidad de contradecir las pruebas y de presentar y solicitar las que se requieran para sustentar la postura de la parte; la garantía de que se comunique la iniciación del proceso y se permita participar en él; y la garantía de que se notificará todas las providencias del juez que, de acuerdo con la ley, deben ser notificadas.

Según la jurisprudencia constitucional ya revisada, la configuración del defecto procedimental absoluto, en todos sus supuestos fácticos, requiere, además:

- Que se trate de un error de procedimiento grave y trascendente, valga decir, que influya de manera cierta y directa en la decisión de fondo;
- Que la deficiencia no pueda imputarse ni directa ni indirectamente a la persona que alega la vulneración del derecho a un debido proceso;
- Que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía;
- Que la irregularidad se haya alegado al interior del proceso, a menos que ello hubiere sido imposible conforme a las circunstancias del caso; y,
- Que como consecuencia de lo anterior, se vulneren derechos fundamentales.

Avistado lo precedente, contamos con que para concebir que la ausencia de apoderado se erige como una violación al debido proceso es menester que dicha circunstancia en primer lugar incida en la decisión de fondo, en este caso, se plantea la pregunta el despacho ¿la posición de los actores cambiaría en algo la decisión tomada en el auto del 13 de febrero? La respuesta sería NO, toda vez que dicho traslado como bien lo consignó la jurisprudencia civil y contencioso administrativo es para el CEDIDO (en este caso los demandados), por lo tanto, la manifestación en tiempo de traslado de la parte actora (CEDENTE) no influía en la decisión de fondo.

No obstante, a lo anterior, la irregularidad que estos mismos alegan, podía corregirse mediante el recurso de reposición que introdujeron en la oportunidad debida, y expresando los argumentos con los que precisamente hubiesen atacado la cesión misma, es decir, ya esa ausencia de apoderado frente a esta decisión es superada al haber podido expresar su inconformidad en esta etapa procesal, la del recurso de reposición interpuesto.

Con base a lo anterior, entendemos que no existe vulneración del derecho fundamental al debido proceso a los actores, bajo la figura de defecto procedimental absoluto de la decisión del 13 de febrero de 2020, teniendo en cuenta lo ya argumentado líneas supra.

Necesidad de realizar un contrato de cesión de derechos litigiosos diferente al contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes

Ahora bien en cuanto a la cesión de derechos litigiosos sea del caso indicar que se argumenta que la controversia que gira en torno a la misma debe ser resuelta por la jurisdicción civil; que la cláusula contentiva de la cesión fue incluida en forma soslayada por el apoderado y que dicha cesión debió constar en un contrato diferente por cuanto dicha figura se encuentra sometida a una regulación especial ajena a la

prestación de servicios y por tanto debió ser realizada a través de un acuerdo de voluntades independiente y autónomo.

Consideran los demandantes que los honorarios pactados comprendían toda la gestión y nada se estipuló en relación a la renuncia del apoderado o la revocatoria del poder.

Concluye el recurrente que sus apadrinados desconocían la inclusión de la disposición razón por la cual su consentimiento resulta viciado por error, circunstancia que controvertirán ante la jurisdicción competente.

En efecto, no es esta jurisdicción la llamada a determinar la validez o invalidez de las estipulaciones pactadas o determinar si el consentimiento se encuentra viciado por error.

No obstante a lo anterior, si corresponde al Despacho verificar si el documento aportado contiene de manera inequívoca la declaración de voluntad tendiente a producir los efectos procesales que fueron reconocidos en el proceso.

Sobre el particular señala la parte actora:

“Ahora bien, si en gracia de discusión se considerara procedente la inclusión de una cláusula que pertenece a un régimen contractual distinto del pactado, lo cierto es que le asistía a la señora Juez el deber de interpretar el acuerdo de voluntades manifestado por las partes, del cual resulta suficientemente claro que la intención era garantizar con la cláusula tercera el pago de los honorarios pactados en la cláusula segunda.”

Al revisar el contrato de prestación de servicios aportado por el doctor Ovalle se observa:

PRIMERA. Objeto.—El ABOGADO, de manera independiente, es decir, sin que exista subordinación jurídica, utilizando sus propios medios, prestará sus servicios profesionales a la CONTRATANTE en los siguientes términos: Ante los jueces administrativos de Santa Marta iniciará y llevará hasta su culminación un proceso de reparación directa contra El **EDIFICIO MIRADOR DE LA BAHIA**, régimen de propiedad horizontal, representado por su administrador y/o El **DISTRITO TURISTICO CULTURAL E HISTORICO DE SANTA MARTA**, representado por el señor alcalde, y/o La sociedad **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S. A. (MAPFRE SEGUROS)**, con domicilio principal en Bogotá D. C., identificada con NIT 89170037-9, representada legalmente por **LUIS EDUARDO CLAVIJO PATINO** mayor y vecino de Bogotá o por quien haga sus veces, y/o La **NACIÓN COLOMBIANA (RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - SALA ADMINISTRATIVA)**, representada en este caso por el señor Director Ejecutivo de la Administración Judicial, mayor y vecino de Santa fe de Bogotá, tal como lo dispone el artículo 99 de la ley estatutaria de la Administración de Justicia, o quien haga sus veces, también mayor de edad e igualmente domiciliado y residente en Santa fe de Bogotá y/o la **ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E. S. P. (ELECTRICARIBE E. S. P.)** identificada con **NIT 802.007,670-0**, con domicilio principal en Barranquilla, representada legalmente por su gerente; con el objeto de obtener la reparación integral de los perjuicios **MATERIALES E INMATERIALES** sufridos por causa de las lesiones que padeció **JUAN MANUEL RUEDA COTES** el día 8 de septiembre de 2012, cuando se electrocutó en la piscina ubicada en las instalaciones del **EDIFICIO MIRADOR DE LA BAHIA**, Santa Marta. Participará en todo el trámite procesal. Previamente el abogado intentará la conciliación extrajudicial.

Es claro entonces que entre los señores Mayra Alejandra Cotes Navarro, Guillermo Rueda Delgado y Nylda Esther Navarro de Cotes se celebró un

contrato de prestación de servicios cuyo objeto era iniciar y llevar a su culminación un proceso de reparación directa y en el que se indicó: “Participará en todo el trámite procesal. Previamente el abogado intentará la conciliación extrajudicial”

Se especificó también que la duración del contrato era por todo el término de duración del trámite judicial. (Clausula Sexta)

En la cláusula Segunda se pactaron los honorarios, que se pactaron en la modalidad de cuota litis especificando que se trataba de una participación económica deducible para el abogado de los resultados económicos del proceso judicial o conciliatorio y que dicha cuota ascendía al treinta por ciento (30%) de las sumas reconocidas mediante sentencia, conciliación u otra forma de terminación anormal, en los siguientes términos:

SEGUNDA. HONORARIOS. — Como sistema de cobro de honorarios las partes pactan el de CUOTA LITIS entendiendo por tal, una participación económica, deducible por el ABOGADO de los resultados económicos positivos del proceso judicial o conciliatorio. Esta cuota asciende al **TREINTA POR CIENTO (30%)** de las sumas reconocidas (mediante sentencia, conciliación u otra forma de terminación anormal) a favor de la parte CONTRATANTE por concepto de indemnizaciones.

Sin embargo, a región seguido se pactó:

TERCERA. CESIÓN DE DERECHOS LITIGIOSOS. —Que por medio de este instrumento la parte **CONTRATANTE** transfiere de manera irrevocable al **ABOGADO**, el **TREINTA POR CIENTO (30%)** de los derechos o sumas que por cualquier concepto puedan reconocerse a favor de dicha parte contratante como consecuencia directa e indirecta del proceso de reparación directa o conciliación extrajudicial; ya sea que este finalice mediante sentencia, conciliación, transacción o cualquier forma anormal de terminación del proceso. Se aclara que los derechos objeto de cesión corresponden a la remuneración del abogado por los servicios profesionales que prestará con fundamento en el contrato de prestación de servicios suscrito en esta misma fecha. Es decir que el mencionado **TREINTA POR CIENTO (30%)** constituirá la remuneración total y única que el abogado percibirá por la prestación de sus servicios profesionales. La presente cesión de derechos se realiza como contraprestación por los servicios profesionales de abogado, que el cesionario debe prestar al cedente, con fundamento en el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado en esta misma fecha. Para todos los efectos legales se entenderá que el valor económico pagado por el CEDENTE por esos servicios profesionales equivale al **TREINTA POR CIENTO. (30%)** de los derechos o sumas reconocidas a favor del **CEDENTE** dentro del referido proceso judicial. Los derechos cedidos en virtud de este contrato comprenden todos los intereses, rendimientos y cualquier derecho accesorio que se derive de los mismos. Desde ya el CEDENTE autoriza al CESIONARIO para que notifique la presente cesión, acompañando copia autenticada de este documento al interior del referido proceso judicial. El cesionario queda autorizado para realizar todos y cada uno de los actos necesarios con el fin de lograr esta notificación

Llama la atención del despacho que en la redacción de esta cláusula se indicó: **Se aclara que los derechos objeto de cesión corresponden a la remuneración del abogado por los servicios profesionales que prestará con fundamento en el contrato de prestación de servicios suscrito en esta misma fecha.**

Es decir, los derechos objeto de cesión venían a ser los honorarios que habían sido regulados en la cláusula anterior del mismo contrato de prestación de servicios, porque a pesar de que la redacción sugiere la celebración de dos contratos, “...que por medio de este instrumento la parte Contratante...” y “...el contrato de prestación de

servicios suscrito en la misma fecha.”, en realidad se trató de un solo documento, el contrato de prestaciones de servicios aportado

En relación a la inclusión de esta cláusula en el contrato de prestación de servicios el doctor Ovalle al recorrer el traslado del recurso indicó:

Que la cesión de derechos litigios está contenida en el contrato de prestación de servicios y fue pactada en atención a que los demandantes afirmaron no tener capacidad de pago de los honorarios razón por la cual se optó por la modalidad de suma fija

Así mismo indicó que esta cesión es el mecanismo legal e idóneo que le permite asegurar el pago de sus honorarios en aquellos casos en que los mismos no se pagan en la modalidad de suma fija y los clientes de manera injustificada pretenden revocarle el poder

Finalmente asegura que si la intención de los demandantes fuese remunerar su gestión *“para así poder recuperar los derechos litigiosos cedidos al suscrito”* al menos le hubieran remitido alguna oferta de honorarios.

Al respecto aclara el Despacho que los demandantes en escrito radicado en la Secretaría el 17 de febrero ponen de presente su disposición para que los honorarios sean regulados.

De cara a los argumentos expuestos por cada una de las partes y el contenido del contrato de prestación de servicios, el Despacho considera que no existe la claridad suficiente que permita concluir que en efecto se acordó una cesión de derechos litigiosos por parte de los intervinientes del contrato, veamos por qué.

Afirman los demandantes que desconocían la inclusión de la cláusula, afirmación esta que no comparte el Despacho puesto que con la firma de contrato se entiende que conocen y aceptan su contenido y el contrato aportado se encuentra firmado y en apariencia sin alteración alguna en su contenido y numeración de las cláusulas.

Ahora bien, llama la atención del Despacho que el tema de los honorarios fue objeto de regulación en la cláusula Segunda y en ella estableció que las partes pactaron el sistema de **cuota litis**, entendida según sus propias palabras, *una participación económica, deducible por el ABOGADO de los resultados económicos positivos del proceso judicial o conciliatorio*” Asimismo acordaron que esa cuota asciende al 30% de las sumas reconocidas a favor de la parte contratante por concepto de indemnizaciones.

No obstante, a que el tema de los honorarios fue pactado en la Cláusula Segunda por el sistema de cuota litis y en cuantía equivalente al 30% de las sumas que llegaren a reconocerse, a reglón seguido en la Cláusula Tercera se afirma que el Contratante (los hoy demandantes) transfieren de manera irrevocable al abogado, el 30% de los derechos o sumas que por cualquier concepto pueda reconocerse a favor de ellos.

Tales estipulaciones indicarían en principio que se pactaron unos honorarios por sistema de cuota litis (30%) y a su vez se pactó una cesión de derechos litigiosos en cuantía equivalente al 30% de las sumas que se reconozcan por cualquier concepto a los demandantes. Se pregunta el Despacho entonces si las partes acordaron unos honorarios del 30% y a la vez una cesión de derechos del 30%.

Tal duda surge en el entendido que los honorarios profesionales pactados fueron acordados bajo el supuesto del ejercicio del mandato otorgado hasta la terminación normal o anormal del proceso, caso en el cual, ante una eventual revocatoria antes de la culminación del mismo, lo procedente es realizar la regulación de los mismos.

En cambio, la cesión de los derechos litigiosos implica, que independientemente de revocatoria del poder o inclusive la renuncia al mismo, al abogado contratado le fue cedido el 30% de las sumas que sean reconocidos a favor de los demandantes en caso que estos obtengan una sentencia a su favor, sea que asuma o no, el mandato hasta el final de la causa.

Ahora bien, ¿Cuál fue esta la voluntad de las partes? Para resolver este interrogante se acude en primer término a la misma aclaración que las partes realizaron en la cláusula Tercera en los siguientes términos:

“Se aclara que los derechos objeto de cesión corresponden a la remuneración del abogado por los servicios profesionales que prestará con fundamento en el contrato de prestación de servicios suscrito en esta misma fecha.”

Es decir, que la cesión de derechos correspondía a los **honorarios del abogado**. Estos honorarios de acuerdo a la **cláusula Segunda**, se pactaron bajo el entendido que el togado prestara sus servicios profesionales durante **todo el trámite** del proceso y de ello da cuenta también la cláusula primera que reguló el Objeto del contrato y la cláusula Sexta que estipuló su duración.

Incluso, el mismo doctor Ovalle al descorrer el traslado del recurso aduce que la cesión fue incluida porque sus mandantes afirmaron no tener capacidad de pago razón por la cual no se optó la modalidad de suma fija, lo cual en efecto se corrobora al revisar el clausulado en que se pactó el sistema de **cuota litis** como honorarios (clausula segunda).

Adicional a ello, el doctor Ovalle en el mismo escrito revela el propósito de la inclusión de dicha cláusula, la cual según su propio dicho fue **“asegurar el pago de nuestros honorarios”**

A continuación, se referirá el Despacho en extenso a la sentencia del 1º de agosto de 2016 del Honorable Consejo de Estado³ en la que se abordaron entre otros temas el relativo al mandato y a los honorarios profesionales así:

Afirma el Consejo de Estado que en tratándose de un proceso judicial resulta necesario el derecho de postulación para participar en el mismo lo cual implica que las personas naturales o jurídicas que son partes en el mismo no pueden acudir directamente en su propio nombre a defender sus intereses, sino que deben contar con la participación de un abogado titulado e inscrito.

Que específicamente en el caso de los servicios de los abogados el artículo 2144 del Código Civil establece que la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujeta a las reglas del mandato. Así mismo señaló, que cuando se requieren los servicios de un profesional del derecho para la representación judicial surgen dos situaciones distintas, de una parte, la del apoderamiento o procuración y de otra, el negocio jurídico que le da piso.

En relación al poder afirma que es un acto unilateral del poderdante que crea facultades para que sean ejercidas por el apoderado y en cuanto al negocio jurídico señala que es un acuerdo de voluntades en el que se regulan internamente las relaciones entre el representante y el representado surgidas entre ellos con motivo de la existencia y ejercicio del poder, mediante la estipulación de obligaciones recíprocas

Sostuvo la Corporación:

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera Subsección B. Sentencia del 1º de agosto de 2016. Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth. Radicado 2500023260002003014801

“Es así como de la representación, surgen dos clases de relaciones: unas, entre el representante y los terceros, regidas por la procuración y el poder; y otras, entre el representante y el representado, llamadas relaciones internas, de las que hacen parte las obligaciones de prudencia y diligencia, obligación de ejercer el poder dentro de los límites establecidos, la obligación de remunerar al apoderado, etc., que están regidas por el negocio jurídico fundamental celebrado entre las partes.”

Así mismo señala que el apoderamiento –u otorgamiento de poder- es entonces un acto jurídico independiente del mandato mismo, en el cual se limitan los poderes del mandatario que actúa como representante del mandante y que está dirigido principalmente a los terceros con los que el mandatario se va a relacionar a nombre de aquel, para que conozcan los límites de las facultades que le han sido otorgadas

Por su parte al contrato de mandato como lo define el artículo 2142 del Código Civil, citado en la sentencia por la Corporación, es aquel en el que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra. Dicho mandato puede ser gratuito o remunerado. Cita también la alta Corte el artículo 2189 del Código Civil que contempla las causales de terminación del contrato de mandato, entre ellas, la revocatoria del mandante. Y finalmente se refiere al artículo 2184 sobre las obligaciones del mandante, entre ellas, pagarle la remuneración estipulada o usual, sin que pueda disculparse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a menor costo, salvo que le prueba culpa.

Destaca la sentencia que la jurisprudencia de la Corporación ha dado especial relevancia a la consagración de las causales de terminación del mandato y el derecho a la revocación del poder en cualquier tiempo, con la consecuente obligación de pago de los honorarios y gastos causados. Y cita en extenso el pronunciamiento de la Corte Constitucional al revisar la exequibilidad del artículo 69 del Código de procedimiento civil en la que se advierte que la potestad de revocar el poder otorgado para la representación judicial encuentra su fundamento constitucional en la garantía del derecho de defensa y observó *“que si bien no se puede condicionar la revocatoria del poder, la misma no quebranta el derecho a percibir los honorarios causados, el cual se ha de reconocer en los términos del contrato de gestión que exista entre las partes”*

De la providencia de la Corte Constitucional transcrita en la sentencia en cita, destaca el Despacho lo afirmado en el sentido que el ejercicio del derecho a la revocatoria del acto de apoderamiento de quien está siendo representado en juicio, no se puede condicionar a una previa y debida justificación, porque la revocatoria no descalifica *per se* al profesional del derecho actuante, no resulta abusiva, ni quebranta su derecho a percibir los honorarios causados con su actuación. Asegura la Corte que la revocatoria del poder pone fin a la representación pero no desconoce el contrato de gestión que de existir, rige de manera preferente las relaciones entre poderdante y apoderado y al que estos se deben remitir para arreglar sus diferencias, entre las cuales aquellas generadas por razón de la revocatoria injustificada del poder, para lo cual puede acudir al incidente de regulación de honorarios.

En cuanto al contrato continuo la sentencia en cita señalando que el contrato de mandato es consensual pero como en el proceso se trataba de una entidad pública esta debía celebrar un contrato con las formalidades previstas en el estatuto de contratación y a su vez otorgar poder por lo que se presentaba una concurrencia entre el contrato de prestación de servicios del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y el contrato de mandato establecido en el artículo 2142 del código civil, junto con el acto de apoderamiento.

En el caso analizado por la Corporación las partes suscribieron un contrato de prestación de servicios profesionales cuyo objeto fue la representación judicial de la Nación – Congreso de la República en 5 procesos contencioso administrativos

iniciados en su contra; que en dicho negocio jurídico bilateral se regularon los derechos y obligaciones que surgirían entre las partes, se estipuló el valor y la forma de pago de los servicios que se prestarían, el plazo de ejecución, entre otras.

En dicho contrato se pactó la remuneración del contratista en una suma fija pagadera en mensualidades y un porcentaje del valor de las pretensiones de cada demanda contra el resultado favorable tanto en primera y otro porcentaje en caso de apelación y resultado definitivo favorable.

Continúa la providencia:

“48. En relación con los honorarios pactados por las partes, observa la Sala que, de acuerdo con las consideraciones del Colegio Nacional de Abogados al fijar las tarifas de honorarios profesionales⁴, son diversos los factores que se deben tener en cuenta para su liquidación y dentro de ellos, se encuentran la calidad de la gestión encomendada, las condiciones económicas del poderdante, el lugar de prestación del servicio, los elementos probatorios aportados por el poderdante y con ellos, la facilidad o dificultad que exista para sacar adelante las pretensiones encomendadas y la cuantía de acuerdo con el valor de las pretensiones.

*49. En cuanto a los sistemas de cobro de los honorarios, se establece que puede hacerse i) mediante el pacto de una suma fija, pagadera en tres contados: un 50% a la firma del poder, un 30% durante el trámite y el 20% restante al terminar la gestión, o de acuerdo con lo pactado entre el abogado y el interesado; **ii) a través de la cuota Litis, la cual “consiste en una participación económica, deducible por el abogado de los resultados económicos del proceso.** Por lo general, esta cuota asciende al cincuenta por ciento (50%) cuando el interesado apenas firma el poder y todo lo demás (viáticos, notificaciones, copias, etc.) corre por cuenta del abogado. De todas maneras depende de un acuerdo suscrito entre el abogado y el poderdante, teniendo en cuenta factores como los riesgos del proceso, la interposición de recursos, etc.”, y iii) mediante un sistema mixto, consistente en “una suma fija y una participación en los resultados económicos favorables del proceso. Las costas judicialmente señaladas corresponden al cliente salvo estipulación contraria verbal o escrita, pero integran la base para fijar la cuota Litis”.*

50. En lo relacionado específicamente con el derecho administrativo, la referida resolución de honorarios de Conalbos, establece, para la acción de reparación directa –numeral 16.25-, un monto mínimo del 30% de la suma conseguida y si se trata de actuación en representación del demandado - artículo 5º-, “se fijarán teniendo en cuenta un valor del 50% de los honorarios fijados para la actuación del apoderado de la parte actora”. Negrillas del Despacho

Y finalmente indica:

55. No obstante lo anterior, la revocatoria de poder no puede ser utilizada como un medio para vulnerar el derecho del apoderado a obtener el pago de los honorarios que hubieren sido fijados por su labor, de modo que, en observancia del principio de la buena fe, no se puede desconocer el vínculo contractual que subyace a esa representación y del cual surgieron obligaciones entre el mandante y el mandatario, las cuales deben ser cumplidas en la forma en que fueron pactadas.

De la anterior cita jurisprudencial concluye el Despacho lo siguiente:

En efecto existen varias formas de pactar los honorarios al profesional que se le confiere la gestión, entre esas la de **cuota litis**, que fue al acuerdo al que llegaron las

⁴ Hallada en notinet.com.co/pedidos/Conalbos. Se cita la tabla de honorarios fijada para este año, por cuanto fue la más próxima que se encontró en la web, a la fecha de celebración del contrato objeto de la controversia, que es de 1999.

partes; ahora bien, afirma el anterior apoderado que la cesión de derechos litigiosos es un mecanismo legal e idóneo para asegurar el pago de los honorarios y que la inclusión de dicha cláusula tuvo tal propósito, asegurar el pago de sus honorarios en el caso que los demandantes de manera injustificada pretendan revocarle el poder.

Bajo esas afirmaciones podría incluso interpretarse que la cesión de derechos litigiosos así pactada coartaría la libertad de que gozan los mandantes de revocar el poder, como quiera que se verían compelidos a reconocer el porcentaje que pactaron como honorarios profesionales por la totalidad de la gestión judicial, independientemente de la gestión del togado.

En ese orden es deber del Despacho interpretar las estipulaciones de las partes conforme las disposiciones legales traídas a colación, la jurisprudencia en cita y sobre todo, conforme las mismas cláusulas del contrato que establecieron que los honorarios pactados en la modalidad de cuota litis y que ascendían a una participación económica del 30% deducible de los resultados económicos positivos del proceso judicial o conciliatorio, se acordaron por **toda la gestión**. Así se indicó en la cláusula primera: “Participará en todo el trámite procesal” y en la Sexta según la cual la duración del contrato era por todo el término de duración del trámite judicial.

Aclarando entonces los mismos contratantes que dicha cesión correspondía a la remuneración del abogado por sus servicios profesionales con fundamento en el contrato de prestación de servicios celebrado y que abarcaba todo el trámite procesal, no podría dársele el alcance pretendido, puesto se itera, la gestión llegó a su fin con la presentación del nuevo poder, por lo que lo procedente era regularse dichos honorarios.

Ilegalidad del auto

En relación a la teoría del antiprocesalismo, según la cual, la ilegalidad del auto no ata el juez el Consejo de Estado ha precisado:

“La teoría del antiprocesalismo: breve examen jurisprudencial.

El instrumento del cual se han valido tanto la jurisprudencia como la doctrina para corregir este tipo de circunstancias intrínsecas a la naturaleza humana es la llamada “teoría del antiprocesalismo”, la cual ha sido empleada en nuestro sistema jurídico por todos los operadores judiciales para corregir sus propias imprecisiones y así evitar que la legalidad de los procedimientos se vea alterada. Esto con fundamento en que “el auto ilegal no vincula al juez”

El profesor Edgardo Villamil Portilla, explica esa figura de la mano de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

Se identifica como antiprocesalismo la posibilidad que se reconoce a los jueces para no ser consecuentes con sus errores, de modo que a pesar de la formal ejecutoria de las decisiones, el juez puede dejar sin valor ni efecto o apartarse de lo decidido para restablecer el imperio de la ley. Esta opción no puede ser arbitrariamente ejercida por el juez. Para que este pueda revocar extemporáneamente sus decisiones debe hallar que ellas contrarían abiertamente la ley. Esta práctica ha sido reiterada en la Corte, en tribunales y juzgados. De alguna manera se identifica como cierto anticipo de la acción de tutela, pues en verdad lo que hace el juez es determinar un agravio severo a la ley para enmendar un yerro que sigue produciendo efectos procesales nocivos (...)

Sobre este particular la CSJ en auto de la Sala de Casación Civil 62 de 23 de mayo de 1988 con ponencia del magistrado José Alejandro Bonivento Fernández: ‘(...) toda vez que la Corte no puede quedar obligada por su

ejecutoria, pues los autos pronunciados con quebranto de normas legales no tienen fuerza de sentencia ni virtud para constreñirla a asumir una competencia de que carece, cometiendo así un nuevo error’.

Dicha figura tiene sustento, además, en la practicidad instrumental que tiene el juez cuando considera que puede corregir un yerro y que este no tiene la envergadura de una nulidad procesal⁽¹¹⁾, pero aquel logra llegar a alterar el debido tránsito del proceso o, incluso, afectar la sentencia que en derecho deba dictarse.

En efecto, la premisa según la cual la providencia ilegal no vincula al juez se debe a que la actuación irregular del juez en un proceso no puede atarlo, pues el error inicial, no puede ser fuente de las subsiguientes actuaciones. Debe tenerse en cuenta el principio de legalidad “porque el juez está llamado a declarar la verdad real”, de manera que la irregularidad continuada no da derecho.

En ese orden de ideas, las providencias que se enmarcan en la evidente o palmaria ilegalidad, no pueden constituir ley del proceso y no hacen tránsito a cosa juzgada ni deben mantenerse en el ordenamiento jurídico, puesto que:

No es concebible que frente a un error judicial ostensible dentro de un proceso, no constitutivo de causal de nulidad procesal ni alegado por las partes, el juez del mismo proceso, a quo o su superior, no pueda enmendarlo de oficio. Si en la actualidad, en primer término, los errores judiciales han sido corregidos por tutela (C.N., art. 86), cuando por una vía de hecho se quebrantó un derecho constitucional fundamental, y en segundo término, han sido indemnizados los perjuicios ocasionados por haberse causado un daño antijurídico (CCA, art. 86), por el error judicial ¿por qué no corregir el error y evitar otro juicio, si es que hay lugar a ello?

Por esta razón, el juez no está vendado para ver retroactivamente el proceso a sabiendas de una irregularidad procesal que tiene entidad suficiente para variar el destino o rumbo del juicio, pues se trata de adoptar una decisión que atienda a la legalidad real y no formal del proceso. Así también lo ha mencionado la corporación en sede de tutela:

Las providencias ilegales no tienen ejecutoria por ser decisiones que pugnan con el ordenamiento jurídico, y no atan al juez ni a las partes. En ese orden de ideas, se reitera lo dicho por esta corporación que ha sido del criterio de que los autos ejecutoriados, que se enmarcan en la evidente o palmaria ilegalidad, no se constituyen en ley del proceso ni hacen tránsito a cosa juzgada.

A manera de conclusión, la teoría según la cual la providencia ilegal “no ata al juez ni a las partes, ni causa ejecutoria”, corresponde a una construcción jurisprudencial, en virtud de la cual la actuación irregular del juzgador en un proceso no puede atarlo en el mismo para que siga cometiendo errores, de ahí que le esté permitido proceder contra su propia providencia, incluso ejecutoriada.

Ahora bien, el despacho no desconoce el criterio expuesto por la Corte Constitucional, cuando al pronunciarse sobre la revocatoria de providencias, sostuvo que estas no pueden ser invalidadas —principio de irrevocabilidad— por el juez, sino a través de los actos que la ley procesal expresamente establece, dado que la figura del antiprocesalismo:

No es una alternativa o mecanismo para que la autoridad judicial proceda de oficio a enmendar cualquier yerro en el que considere que pudo haber incurrido en el trámite de un proceso; ni tampoco procede a solicitud de parte pues ello comportaría el ejercicio extemporáneo del derecho de contradicción a través de una vía equivocada, esto es, pretermitiendo los

términos y los mecanismos estatuidos para ello como es la interposición de los recursos respectivos.

Sin embargo, también sostuvo que no se desconoce la regla procesal de la excepción a la irrevocabilidad, la que fue plasmada por la Corte Suprema de Justicia cuando mencionó que las providencias “manifiestamente ilegales no cobran ejecutoria y por consiguiente no atan al juez —antiprocesalismo—”, frente a lo cual aclaró:

Que la aplicación de una excepción de estas características debe obedecer a criterios eminentemente restrictivos, pues de no ser así, so pretexto de enmendar cualquier equivocación, el operador jurídico puede resultar modificando situaciones jurídicas constituidas de buena fe respecto de terceros con fundamento en las providencias judiciales y desconociendo con ello normas de orden público, así como el principio de preclusión de las etapas procesales.

Por todo lo anterior, para el despacho es completamente necesario aclarar que la aplicación de la figura del antiprocesalismo debe ser usada de manera absolutamente excepcional y únicamente cuando en casos concretos se verifica, sin lugar a discusión, que se está frente a una decisión manifiestamente ilegal que represente una grave amenaza del orden jurídico y siempre que la rectificación se lleve a cabo observando un término prudencial que permita establecer una relación de inmediatez entre la providencia que a la postre resulta abierta, evidente y eminentemente ilegal, y aquella que tiene como propósito enmendarla.”⁵

En el presente asunto considera el Despacho que en efecto se amenaza el orden jurídico al darle esta Agencia Judicial unos alcances a una cláusula contractual que contrarían disposiciones contenidas en el mismo contrato en el sentido que los honorarios acordados comprendían la totalidad de la gestión judicial.

Así las cosas, el Despacho adoptará la decisión de reponer su decisión y en su lugar negará la intervención del doctor Ovalle Betancourt en calidad de litisconsorte de los demandantes. Así mismo y en aplicación de los poderes de ordenación e instrucción consagrados en el artículo 43 del Código General del Proceso y en especial su numeral 3º según el cual el juez podrá ordenar a las partes aclaraciones y explicaciones en torno a las posiciones y peticiones que presenten, se conminará al doctor Ovalle a efectos que indique en relación a los memoriales presentados el día 22 de enero del presente año, si es su interés promover un incidente de regulación de honorarios conforme al artículo 76 del Código General del Proceso

En atención a lo expuesto se,

RESUELVE

Primero: Reponer el auto de fecha trece (13) de febrero de 2020 notificado en estado N° 12 del catorce (14) de febrero de la misma anualidad, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia

Segundo: Negar la intervención en calidad de Litisconsorte de la parte actora al abogado Alberto José Ovalle Betancourt por las razones previamente expuestas.

Tercero: Reconocer personería al doctor **Juan Alberto DíazLara Manjarres** abogado portador de la TP No 136.356 como apoderado de la parte demandante, en los términos y para los efectos de los poderes a él conferidos.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Radicado 11001-03-26-000-2014-00114-00 (51.949) auto del 3 de octubre de 2018. Consejera Ponente María Adriana Marín

Cuarto: Conminar al doctor Alberto José Ovalle Betancourt para que aclare al Despacho en relación a los documentos aportados al expediente en memorial radicado el 22 de enero de la presente anualidad, si es su intención promover el incidente de regulación de honorarios de que trata el artículo 76 del Código General del Proceso. En caso afirmativo deberá formalizar la petición dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia y conforme los parámetros señalados en el artículo 129 de la misma obra

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



MARTHA LUCIA MOGOLLON SAKER
JUEZ

La presente providencia fue notificada en Estado electrónico N°28 del día 21 de agosto de 2020 a las 8:00 a.m. en la página <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co>