**ACTAS DE CONCILIACIÓN – Actas de comité de conciliación – No acreditan hechos de la demanda**

(…) Esta Subsección ha sentado su postura acerca de la imposibilidad de valorar las actas de conciliación extrajudicial o las actas del comité de defensa y conciliación de las entidades públicas, como una prueba documental con la virtualidad de acreditar, por cuenta de su contenido, la efectiva ocurrencia de los supuestos de hecho en que se fundamentan las pretensiones. (…) se ha referido a la inviabilidad jurídica de tener por demostrado, a partir de la manifestación del consentimiento para conciliar que una entidad pública deposita en un acta de comité de conciliación, los hechos relacionados con el referido acuerdo que posteriormente se le imputen dentro de un proceso judicial, consideraciones que en este caso y por las mismas razones que allí se han expuesto deben hacerse extensivas al caso concreto. (…) la Sala se abstendrá de otorgar mérito probatorio al contenido y a las manifestaciones de voluntad de la entidad pública, recogidas en el acta de conciliación del 26 de septiembre de 2005 y del 16 de abril de 2009, a las actas del comité de comité de defensa judicial y conciliaciones de Invías que les sirvieron de sustento y a las certificaciones emitidas en desarrollo de ese trámite, pues en virtud de su contenido no se pueden tener por demostrados los supuestos de hecho en los cuales se funda la presente reclamación.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Aspectos a acreditar – Carga probatoria**

Cuando se pretende la declaratoria de responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la celebración del contrato, a la parte actora le asiste el deber de demostrar: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual de su co-contratante; (ii) que ese incumplimiento le produjo un perjuicio. También se insiste en que la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento y que en los contratos sinalagmáticos tiene una doble dimensión, tal y como lo ha expresado la jurisprudencia de la Sección. En efecto, los contratos con prestaciones correlativas se configura una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas y, al tenor de los dictados del artículo 1609 del Código Civil, esa regla impone la inadmisibilidad de que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma se encuentre en mora de cumplir lo pactado.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00025-01(43458)**

**Actor: AESCA S.A.**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Temas: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – supone doble carga probatoria

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de septiembre de 2011, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C de Descongestión, mediante la cual se dispuso:

“*PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.*

“*SEGUNDO: DISPONER la remisión de copias del presente proceso a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que se investigue disciplinariamente la conducta de los funcionarios del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS que intervinieron en la celebración y ejecución del Contrato de Prestación de Servicios No. 200 del 25 de agosto de 2000.*

“*TERCERO: Sin condena en costas.*

“*CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría liquídense los gastos del proceso y devuélvanse los remanentes al interesado. Pasados 2 años sin que hubieran sido reclamados dichos remanentes, se considerarán prescritos a favor de la Rama Judicial*”.

1. **A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

El 25 de enero de 2007, la sociedad Aesca S.A. presentó demanda, en ejercicio de la acción contractual, contra el Instituto Nacional de Vías – Invías, con el fin de que se declarara el incumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios No. 200 de 2000 atribuible a la contratante, por la falta de pago de los honorarios pactados; consecuencialmente solicitó que se liquidara judicialmente el referido acuerdo y se condenara a la demandada a pagar la suma de $219’491.130,00 y los intereses moratorios convenidos en el texto contractual.

Igualmente pretendió que se declarara la ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 200 de 2000 por causas imputables al Invías, consistentes en haberle impuesto al contratista la carga de atender 166 procesos que no estaban cubiertos por los honorarios estipulados. Como consecuencia de lo anterior reclamó el reconocimiento de la suma de $65’857.324 por concepto de honorarios y de los intereses moratorios liquidados de acuerdo con los dictados de la Ley 80 y el Decreto 679 de 1994.

**2. Los hechos**

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

**2.1.** En el mes de noviembre de 1999, Invías solicitó a la sociedad Aesca Ltda.[[1]](#footnote-1) que lo representara judicialmente en 615 procesos judiciales que cursaban en su contra en varios juzgados laborales, en razón a que no contaba con el personal necesario para cumplir ese propósito. Esta solicitud fue atendida favorablemente por la sociedad demandante, la que procedió a aceptar los poderes otorgados por el Invías sin que se hubiese perfeccionado el contrato de prestación de servicios que habría de suscribirse para ese propósito.

**2.2.** El 25 de agosto de 2000 el Invías y la sociedad Aesca Ltda. celebraron el Contrato de Prestación de Servicios No. 200, cuyo objeto lo constituyó la atención de 425 procesos iniciados en ejercicio de demandas laborales que cursaban en contra de aquella ante la jurisdicción ordinaria en la ciudad de Bogotá, hasta la finalización de la segunda instancia surtida ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial.

**2.3.** En dicho contrato se incluyó una cláusula en virtud de la cual la sociedad Aesca S.A. renunciaba a los honorarios causados por la gestión realizada antes de su celebración, actividad que se había concretado en la defensa procesal en 190 procesos, cuyos antecedentes debían ser devueltos por el contratista a la entidad pública en un término de 60 días contados a partir de la firma del contrato.

**2.4.** No obstante lo anterior, el Invías no recibió los antecedentes de los 190 procesos judiciales que había atendido la sociedad Aesca S.A. antes de la celebración del contrato de prestación de servicios, cuestión que condujo al contratista a continuar con la atención de 166 de ellos, pues sobre los 24 procesos restantes tan solo ejerció una vigilancia sin adelantar actuación alguna.

**2.5.** El valor pactado en el Contrato No. 200 de 2000, ascendió a la suma de $560’869.565 por concepto de honorarios. Según se acordó en el contrato, el 30% de ese valor, equivalente a la suma de $193’500.000, se pagaría en la fecha de su legalización. El segundo pago, equivalente a $86’500.000, se realizaría en el mes de noviembre de 2000.

**2.6.** El saldo restante se debía desembolsar a medida que se fueran profiriendo las sentencias de segunda instancia que pusieran fin a los litigios.

**2.7.** Mediante escrito del 27 de diciembre de 2002, el INVIAS solicitó al contratista que terminaran el Contrato No. 200 de mutuo acuerdo, pues a pesar de no haberse culminado el cumplimiento de su objeto, el registro presupuestal solo amparaba el valor del contrato hasta el año 2002.

**2.8.** Como respuesta a lo anterior, el 30 de diciembre de 2002 la sociedad Aesca S.A. informó a la entidad que estaba de acuerdo con la terminación anticipada del contrato y procedió a remitirle tres facturas por concepto de:

* La gestión adelantada en los procesos objeto de contrato en los que aún no se había proferido sentencia de segunda instancia, calculados en cuantía de $126’582.480.
* Las actuaciones surtidas dentro de los 190 procesos que no se encontraban amparados por el acuerdo contractual, estimadas en la suma de $49’400.000.
* El pago de gastos judiciales pactados en el literal b) de la cláusula segunda del contrato, por valor de $6’000.000.

**2.9.** El Invías guardó silencio frente al pago de los honorarios reclamados por la sociedad Aesca S.A., por lo que la contratista continuó prestando los servicios objeto del contrato No. 200.

**2.10.** En el segundo semestre del año 2003, la entidad pública comunicó a la sociedad demandante que la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda no había aprobado el desembolso de la suma reclamada.

**2.11.** Finalmente, el 19 de julio de 2004 la sociedad demandante cesó la ejecución del contrato y el Invías reasumió el manejo de los procesos sobre los cuales recayó el objeto del mismo.

**3. Fundamento de derecho**

Luego de realizar un recuento de las normas contenidas en el Estatuto de Contratación Estatal que regulan la liquidación del acuerdo negocial, el demandante advirtió que en la cláusula catorce del Contrato No. 200 se había previsto que su liquidación se efectuaría dentro de los cuatro meses siguientes al cabo de su ejecución.

Precisó que, no obstante el transcurso del término señalado y de los dos meses adicionales con que contaba la entidad para proferir el acto de liquidación unilateral, el contrato no fue liquidado.

De otra parte, adujo que la entidad transgredió lo dispuesto en los artículos 5, numeral 4 del 25 y 27 de la Ley 80 de 1993, toda vez que, no empero haber cumplido el contratista el objeto del contrato hasta donde le fue posible, el Invías no reconoció en su favor los honorarios pactados.

Adicionalmente indicó que el ente público incumplió con su obligación de recibir los 190 procesos en los que la sociedad demandante había ejercido su representación judicial antes de suscribir el Contrato No. 200, circunstancia que generó un desequilibrio económico del acuerdo en la medida en que el contratista debió continuar adelantando actuaciones al interior de los mismos sin que el valor del referido contrato las cobijara.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 26 de abril de 2007, admitió la demanda y ordenó notificar de la misma a la demandada Instituto Nacional de Vías.

**4.2.** Por auto del 13 de septiembre de 2007, la primera instancia abrió el debate probatorio.

**5. Contestación de la demanda**

Mediante escrito allegado dentro del término legal, la entidad demandada ejerció su derecho de contradicción.

En primer término, se opuso parcialmente a las pretensiones de la demanda por considerar que el Invías le había pagado a la demandante la suma de $433’020.294.

Adujo que, si bien se había pactado un interés moratorio del 8%, debía tenerse en cuenta que las sumas debidas se le cancelaron a medida que el contratista presentaba las cuentas de cobro.

Siguiendo ese orden, señaló que la mora no podía aplicarse al valor total del contrato, más aún cuando la sociedad expresamente había renunciado a los honorarios correspondientes a la atención de 190 procesos llevada a cabo con anterioridad a la suscripción del contrato y había declarado al Invías a paz y salvo por ese concepto.

Agregó que no todos los procesos adelantados en contra del Invías fueron atendidos por el contratista hasta culminar con la respectiva sentencia de segunda instancia, como se estipulaba en el texto contractual.

También afirmó que era cierto que el contratista había prestados sus servicios profesionales hasta el segundo semestre de 2004 pero aclaró que los honorarios no se pactaron en función del resultado de los procesos judiciales.

Como razones de la defensa explicó que comoquiera que el Registro Presupuestal amparaba el valor del Contrato No. 200 solo hasta la vigencia de 2002, la entidad estimó procedente dar curso a su terminación por mutuo acuerdo para cuyo efecto solicitó al contratista que presentara cuentas de cobro con los ajustes y reconocimientos a los que hubiera lugar, adicionales a las cuentas ya presentadas.

Añadió que, luego de varios intentos para logar un acuerdo sobre el pago, el 11 de octubre de 2004 la Oficina Jurídica del Invías formuló al contratista una propuesta en la que aquella se obligaba a pagar la suma de $223’176.816 por concepto de saldo del contrato, la cual fue acogida por el demandante.

Agregó que, a pesar de lo anterior, el acuerdo conciliatorio que contenía la propuesta y su aceptación, fue improbado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y tras ser apelada esa decisión, fue confirmada por esta Corporación.

Por último, la parte demandada propuso la siguiente excepción:

Contrato no cumplido en su totalidad

Como sustento de este medio exceptivo alegó que, de acuerdo con el parágrafo primero de la cláusula segunda del Contrato No. 200, los honorarios convenidos por la atención de procesos en primera y segunda instancia se establecieron en la suma de $1’300.000 por cada litigio.

Dicho lo anterior, afirmó que el contratista había actuado, en representación de la entidad, en 300 procesos que finalizaron con fallo de segunda instancia, labor que se cuantificó en $390’000.000.

En esas condiciones estimó que el valor ejecutado en relación con las actuaciones adelantadas en primera instancia y el 50% de lo llevado a cabo ante la segunda instancia no podía exceder el monto total del contrato, pues ese valor solo se pagaría siempre que se hubiera obtenido fallo de segunda instancia en todos los expedientes sobre los que versó el objeto contractual.

**7. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones:

Después de realizar un amplio recuento de lo probado en el proceso, el Tribunal *a quo* censuró el hecho de que entre el 8 de noviembre de 1999 y el 24 de agosto de 2000 el Invías hubiera encomendado la defensa judicial de la entidad a la sociedad demandante sin que mediara soporte contractual alguno que respaldara la prestación de esos servicios.

También reprochó el hecho de que el valor del contrato se hubiera pactado con cargo a recursos de la vigencia futura del año 2002, a sabiendas de que la misma expiraría antes de la terminación del contrato.

Así mismo, halló demostrado que durante la ejecución contractual el Invías incumplió con su obligación de recibir los procesos cuya gestión había encargado al contratista antes de celebrar el negocio jurídico.

Consideró inadmisible que la entidad no hubiera adelantado los trámites tendientes a terminar y liquidar el contrato y hubiera permitido que el contratista continuara ejecutándolo sin contar con los recursos para pagar sus honorarios.

El Tribunal igualmente advirtió la configuración de una serie de irregularidades en la actuación del contratista que se concretaron en asumir la defensa judicial del Invías en 600 procesos sin haber suscrito un contrato que sustentara de causa jurídica su gestión; en que al suscribir el Contrato de Prestación de Servicios No. 200 hubiera incluido en su texto una renuncia expresa al reconocimiento de honorarios por la labor efectuada antes de celebrarlo y hubiera declarado a paz y salvo a la entidad por los servicios prestados; que luego de haber suscrito el contrato hubiera continuado atendiendo los 190 procesos que no se encontraban comprendidos dentro de ese acuerdo; y que, luego de ser informado acerca de la expiración de la reserva presupuestal constituida para garantizar el pago de las obligaciones contractuales, insistiera en su ejecución hasta el 19 de julio de 2004.

Con fundamento en lo expuesto, el fallador de primer grado sostuvo que el Contrato No. 200 fue ilegalmente celebrado dado que contuvo un acuerdo pactado con desviación de poder, pues su suscripción se encaminó a “*legalizar”* la forma irregular en que el Instituto confió a la demandante la atención de los procesos judiciales instaurados en su contra.

Sentado lo anterior, el Tribunal negó las pretensiones de la demanda y ordenó remitir copias del proceso a la Procuraduría para que investigara disciplinariamente la conducta de los funcionarios del Invías que intervinieron en la celebración del Contrato No. 200.

**8. El recurso de apelación**

La actora, a través de su apoderado, presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Al sustentarlo catalogó como paradójico el hecho de que el Tribunal reconociera una cadena de ilegalidades tanto en la celebración como en la ejecución del Contrato No. 200 imputables al Invías y, no obstante, por esa misma causa terminara castigando al contratista, quien, en todo caso, había obrado de buena fe.

Según el recurrente, resultaba contrario a la lógica que el Tribunal hubiera encontrado acreditado que el contratista prestó el servicio de defensa judicial al Invías durante casi cinco años sin recibir la retribución acordada y al tiempo se hubiera abstenido de condenarla al pago de los honorarios debidos, pero no por no haberse causado, sino por las irregularidades en que incurrió la contratante.

Explicó que para la época en que la demandante asumió la defensa judicial del Invías, 1999, la sociedad Aesca no contaba con asesoría en contratación estatal, por lo que era de su práctica común recibir procesos a través de la simple presentación de una oferta aceptada por la entidad.

En ese contexto advirtió que mal podía exigírsele a la demandante la observancia de unos requisitos y formalidades en el tráfico negocial, cuando su cumplimiento correspondía exclusivamente a la entidad pública.

Manifestó que la renuncia a las prestaciones ejecutadas con anterioridad a la firma del contrato obedeció, precisamente, a la certeza de que el demandante no podría cobrar las actuaciones surtidas sin soporte contractual y, de otro lado, a la posibilidad que se le ofrecía de celebrarlo a partir de ese momento para cobijar de causa jurídica las actividades que en lo sucesivo se adelantaran.

Indicó que la decisión de no abandonar los procesos que se encontraban fuera del acuerdo contractual estribó en el temor de hacerle frente a la responsabilidad disciplinaria que tal omisión acarrearía.

En esa línea sostuvo que el contratista estimó necesario continuar con la ejecución del contrato luego de que el Invías le informara acerca de la próxima expiración de la reserva presupuestal destinada para su cobertura, pues de haber optado por desatender los procesos asignados por cuenta del contrato habría incurrido en un incumplimiento.

**9. Actuación en segunda instancia**

**9.1.** Mediante providencia del 23 de febrero de 2012, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

**9.3.** Por medio de providencia del 18 de mayo de 2012, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado, la parte demandada allegó escrito en el cual sostuvo que no podían ser de recibo los argumentos de la apelación y añadía que acogería la decisión que esta instancia se adoptara con base en las pruebas recaudadas.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo; **2)** procedencia y oportunidad de la acción; **3)** legitimación en la causa; **4)** consideraciones probatorias - de la valoración de las Actas de Conciliación y de las actas del comité de defensa judicial y conciliación; **5)** de la declaratoria de incumplimiento contractual; **6)** Análisis del recurso; **6.1)** la falta de reconocimiento de los honorarios por las actuaciones surtidas dentro de los 190 procesos que no se encontraban amparados por el acuerdo contractual No. 200 de 2000; **6.2)** la falta de pago de los honorarios por la gestión adelantada en los procesos objeto de contrato en los que aún no se había proferido sentencia de segunda instancia al momento en que se produjo la terminación del acuerdo negocial y falta de pago de los gastos judiciales; **6.3)** de la pretensión de liquidación judicial del contrato y **7)** de las costas.

**1.- Competencia del Consejo de Estado**

**1.1.-** Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75[[2]](#footnote-2) de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por su parte, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes al presunto incumplimiento del Contrato No. 200 de 2000, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y la sociedad Aesca Ltda. De lo advertido se precisa que la entidad contratante, Instituto Nacional de Vías - Invías es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte creado a través del Decreto No.2171 de 1992.

Hechas las anteriores precisiones, teniendo en cuenta que la entidad que conforma el extremo pasivo, según los dictados del literal a), numeral 1) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, es una entidad estatal es del caso concluir que es esta Jurisdicción la competente para conocer de la presente controversia.

**1.2.-** También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de $219’491.130,oo, monto que resulta superior a la  suma  equivalente  a  500  S.M.L.M.V.  ($216’850.000,oo)[[3]](#footnote-3), exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

**2. Procedencia y oportunidad de la acción**

El presente debate versa sobre el presunto incumplimiento y desequilibrio económico del Contrato No.200 de 2000, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y la sociedad Aesca Ltda., aspecto que al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponde ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

Ahora bien, en orden a determinar la oportunidad de su interposición, la Sala precisa que, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cómputo del término de caducidad de la acción contractual seguía las siguientes reglas:

“*10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

“*En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:*

“*c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta; (…)*”.

El objeto del Contrato No. 200 de 2000 que ocupa la atención de la Sala consistió en la representación judicial del Instituto Nacional de Vías en demandas laborales presentadas en su contra. En la cláusula segunda se estipuló que el contrato estaría vigente hasta la culminación en segunda instancia de los procesos asignados para su atención.

De las probanzas que reposan en el plenario se evidencia que en diciembre de 2002, luego de dos años de ejecución contractual y a pesar de no haberse agotado el desarrollo de su objeto, las partes intentaron terminar el contrato de mutuo acuerdo. Sin embargo, el intento resultó fallido por razones que mas adelante se detallaran con amplitud.

Igualmente se evidencia que la ejecución contractual se prolongó hasta el 19 de julio de 2003, fecha en que el contratista cesó las gestiones de representación judicial que adelantaba en nombre del Invías en los procesos laborales impetrados en contra de esta y en la que la entidad asumió directamente su defensa.

A partir de ese momento y dado que el contrato materia de debate se encontraba gobernado por el Estatuto de Contratación Estatal, las partes tenían cuatro meses para lograr la liquidación bilateral del negocio jurídico, y desde entonces, dos meses más para ser liquidarlo unilateralmente por la entidad. De ahí que el término para su liquidación vencía el 20 de enero de 2005.

Así las cosas el término de caducidad de la acción contractual habría de correr desde el 20 de enero de 2005 hasta el 21 de enero de 2007.

En este punto, cobra relevancia señalar que el 8 de septiembre de 2005 la parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 51 Judicial Administrativa, trámite que culminó el 26 de septiembre del mismo año, tras haberse logrado un arreglo en la respectiva audiencia[[4]](#footnote-4).

En ese orden, aun cuando el término de caducidad para interponer la presente demanda inicialmente vencía el 21 de enero de 2007, el 8 de septiembre de 2005 se produjo la suspensión de su cómputo por cuenta de la presentación de la solicitud conciliatoria, la cual se prolongó hasta el 26 de septiembre del mismo año, fecha en que las partes lograron acuerdo conciliatorio.

A partir del día siguiente de esta última fecha se reanudó el cálculo del término que faltaba -a la fecha de presentación de la solicitud de conciliación- para completar los dos años de caducidad, los cuales finalmente vencieron el 8 de febrero de 2007.

En consecuencia, al haberse interpuesto la demanda el 25 de enero de 2007, la Sala concluye que la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido.

**3. Legitimación en la causa**

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa a la sociedad Aesca S.A., para integrar el extremo demandante, en su condición de contratista dentro del negocio jurídico No. 200 de 2000 cuyo presunto incumplimiento es materia de reclamación.

Igualmente halla la Sala legitimado en la causa por pasiva al Instituto Nacional de Vías - Invías dada su calidad de entidad contratante dentro del negocio jurídico presuntamente incumplido.

**4. Consideraciones probatorias - De la valoración de las Actas de Conciliación y de las actas del comité de defensa judicial y conciliación**

Se observa que la presente controversia fue sometida a varios trámites conciliatorios, tanto prejudicialmente ante la Procuraduría, como judicialmente ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el curso de la primera instancia de esta actuación. Como sustento de los mismos se allegaron las actas del comité de conciliación del Invías en las que la entidad proponía fórmulas de acuerdo conciliatorio, así como certificaciones en las que reconocía la prestación de servicios por el contratista en desarrollo del objeto del Contrato No. 200/2000, por los cuales aún adeudada algunas sumas de dinero.

Al respecto, merece la pena señalar que esta Subsección ha sentado su postura acerca de la imposibilidad de valorar las actas de conciliación extrajudicial o las actas del comité de defensa y conciliación de las entidades públicas, como una prueba documental con la virtualidad de acreditar, por cuenta de su contenido, la efectiva ocurrencia de los supuestos de hecho en que se fundamentan las pretensiones.

Es así como en varios pronunciamientos se ha referido a la inviabilidad jurídica de tener por demostrado, a partir de la manifestación del consentimiento para conciliar que una entidad pública deposita en un acta de comité de conciliación, los hechos relacionados con el referido acuerdo que posteriormente se le imputen dentro de un proceso judicial, consideraciones que en este caso y por las mismas razones que allí se han expuesto deben hacerse extensivas al caso concreto[[5]](#footnote-5).

Con fundamento en la línea jurisprudencial que impera sobre la materia, la Sala se abstendrá de otorgar mérito probatorio al contenido y a las manifestaciones de voluntad de la entidad pública, recogidas en el acta de conciliación del 26 de septiembre de 2005 y del 16 de abril de 2009, a las actas del comité de comité de defensa judicial y conciliaciones de Invías que les sirvieron de sustento y a las certificaciones emitidas en desarrollo de ese trámite, pues en virtud de su contenido no se pueden tener por demostrados los supuestos de hecho en los cuales se funda la presente reclamación.

**5. De la declaratoria de incumplimiento contractual**

En atención a que el argumento de alzada, en esencia, se centra en obtener la declaratoria de incumplimiento del negocio jurídico, es de fundamental importancia tener en consideración que cuando se pretende la declaratoria de responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la celebración del contrato, a la parte actora le asiste el deber de demostrar: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual de su co-contratante; (ii) que ese incumplimiento le produjo un perjuicio[[6]](#footnote-6).

También se insiste en que la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento y que en los contratos sinalagmáticos[[7]](#footnote-7) tiene una doble dimensión, tal y como lo ha expresado la jurisprudencia de la Sección[[8]](#footnote-8).

En efecto, los contratos con prestaciones correlativas se configura una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas y, al tenor de los dictados del artículo 1609 del Código Civil, esa regla impone la inadmisibilidad de que una de las partes del contrato exija a la otra que satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma se encuentre en mora de cumplir lo pactado.

En los términos expuestos, la prosperidad de la declaratoria de incumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios, presupone que la parte que ejerce la acción con esa finalidad acredite en el proceso que cumplió o que estuvo presto a cumplir sus obligaciones, pues solo así se abrirá la posibilidad de indagar si el otro extremo incurrió en el incumplimiento que se le endilga.

**6. Análisis del recurso.**

En síntesis, los argumentos de alzada se centran en cuestionar el fallo de primera instancia por haber reconocido que, tanto en la etapa previa a la celebración del Contrato No. 200 de 2000 como en su ejecución, el Invías incurrió en una serie de irregularidades que acarrearon el incumplimiento contractual de la entidad, pero no obstante ello hubiera negado el pago de los honorarios que se le adeudaban al contratista por razón de la ejecución del contrato.

Así las cosas, la Sala procede a examinar, con sujeción a los hechos probados si la entidad contratante incurrió en el incumplimiento contractual que se le atribuye y, de ser así, si resulta viable el reconocimiento de la indemnización pretendida por la demandante.

Para el anterior propósito resulta indispensable analizar los cargos de incumplimiento que se le atribuyen al ente público, los cuales se concretan en tres aspectos puntuales:

* La falta de reconocimiento de los honorarios por las actuaciones surtidas dentro de los 190 procesos que no se encontraban amparados por el acuerdo contractual pero que se adelantaran dentro del término de vigencia de este.
* La falta de pago de los honorarios por la gestión adelantada en los procesos objeto de contrato en los que aún no se había proferido sentencia de segunda instancia al momento en que se produjo la terminación del acuerdo negocial.
* La falta de pago de los gastos judiciales pactados en el literal b) de la cláusula segunda del contrato, por valor de $6’000.000.

En ese orden procede la Sala a resolver los argumentos de la apelación a la luz de los hechos probados:

Se encuentra acreditado que a finales del año 1999 el Invías solicitó a varias sociedades, entre ellas a la sociedad Aesca Ltda., que presentaran propuestas con el fin de contratar la prestación de servicios para la representación judicial del Instituto en demandas laborales instauradas en su contra ante la Jusiridicción ordinaria laboral[[9]](#footnote-9).

Como resultado de la mencionada invitación, el 8 de noviembre de 1999 la sociedad Aesca Ltda. formuló oferta en la cual manifestó que esa firma se encontraba en posibilidad de atender la representación judicial del Invías en los procesos adelantados ante los Juzgados Laborales de Bogotá en primera instancia y en segunda instancia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta misma ciudad, por el tiempo que fuera necesario hasta proferir la sentencia que pusiera fin al respectivo proceso[[10]](#footnote-10).

En ese documento se indicó igualmente el valor de los honorarios que se habrían de cobrar por la gestión y la forma en que se planteaba su pago.

Mediante oficio No. 029224 del 18 de noviembre de 1999, el Instituto manifestó a la sociedad Aesca Ltda., por conducto de su representante legal, que la entidad aceptaba su propuesta pero que, por razones de índole presupuestal, la celebración y perfeccionamiento del contrato que habría de contener el correspondiente acuerdo de voluntades solo podría llevarse a cabo a inicios del año siguiente[[11]](#footnote-11).

Posteriormente, entre el 17 de diciembre de 1999 y el 25 de enero del 2000, el Invías procedió a remitirle a la sociedad Aesca Ltda. 580 poderes para que atendiera las demandas laborales que cursaban en su contra en los Juzgados Laborales Primero a Veinte de Bogotá y en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Consecuencialmente, la sociedad demandante asumió la defensa judicial de la entidad ante las instancias correspondientes y periódicamente presentaba al Invías el informe de gestión y le indicaba el estado actual en que se encontraban los procesos atendidos[[12]](#footnote-12).

El 27 de abril de 2000, la sociedad demandante presentó nuevamente ante el Instituto oferta para la prestación de servicios profesionales, así como las hojas de vida de los abogados a quienes se encargarían las actuaciones procesales correspondientes[[13]](#footnote-13).

A través de oficio del 25 de julio de 2000, la sociedad Aesca Ltda. remitió a la demandada un listado en cuyo contenido se discriminaron 425 procesos que cursaban ante los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá y sobre los cuales recaería el objeto del contrato de prestación de servicios que se habría de suscribir en el mes siguiente. Así mismo, relacionó 51 procesos que se encontraban cursando ante el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá y respecto de los mismos manifestó que aunque no se contaba con presupuesto para cubrir las actuaciones que en ellos se surtieran, la sociedad continuaría atendiéndolos sin ningún costo.

El 25 de agosto de 2000, el Invías y la sociedad Aesca Ltda. suscribieron el Contrato No. 200, cuyo lo constituyó la prestación de servicios consistentes en la representación judicial del Invías en demandas laborales. El valor pactado ascendió a $645’000.0000, incluido IVA y en cuanto al plazo se estipuló que su vigencia cobijaría el período comprendido entre la orden de iniciación de actividades y la culminación en segunda instancia de los procesos objeto del contrato.

Ahora bien, dentro de la motivación expuesta para la celebración del referido contrato, se consignó lo siguiente:

“*1).- Que en el mes de diciembre de 1999 el INSTITUTO estableció la necesidad de contratar profesionales idóneos para la representación y defensa de los intereses de la entidad en los procesos laborales instaurados, en razón del número y por no contar con personal de planta para la debida y oportuna defensa. 2) Que desde esa misma fecha se iniciaron las gestiones pertinentes para contratar los servicios intuito personae del profesional que en razón a sus calidades y reconocida trayectoria en esta clase de asuntos asumiera en forma inmediata la atención de los procesos presentados en contra del INSTITUTO 3) Que para el efecto el INSTITUTO solicitó a las firmas ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ ABOGADOS ASOCIADOS y AESCA LTDA., representada por el Dr. ALBERTO ESCANDÓN VILLOTA, oferta de servicios, 4) Que en razón a la urgencia de garantizar la debida defensa de los intereses de la entidad y en consideración a los términos de las propuestas presentadas EL INSTITUTO procedió a otorgar poderes en forma inmediata a la firma AESCA LTDA. que fueron aceptados por esta sin que hubiere perfeccionado el contrato respectivo por dificultades presupuestales. 5) Que AESCA LTDA. ha continuado atendiendo y ejerciendo la representación judicial del INSTITUTO en forma oportuna ante las diferentes instancias laborales en aproximadamente 650 procesos. 6) que con el propósito de proteger los intereses de la entidad mediante la representación señalada y de cumplir con los requisitos exigidos para la presente contratación se procedió a obtener las autorizaciones y certificaciones correspondientes de conformidad con lo previsto en los decretos 1737 y 2209 de 1998 y tramitar las disponibilidades debidas. 7) Que, con tal fin, ratificándose previamente que la propuesta presentada por AESCA LTDA. no solo era la conveniente desde el punto de vista económico, sino que en razón al conocimiento específico adquirido en los asuntos laborales de la entidad, se solicitó autorización mediante comunicación 0116692 del 29 de mayo de 2000 a la Secretaría Jurídica de la Presidencia para su contratación, obteniéndose respuesta favorable mediante comunicación 015147 del 23 de mayo de 2000. (…) 10) que la propuesta aprobada fue reconsiderada por AESCA LTDA. llegándose a un acuerdo del reconocimiento de honorarios (…) 11) que de conformidad con el valor de honorarios profesionales que ha sido aceptado por INVIAS y con sujeción al presupuesto dispuesto AESCA LTDA. atenderá 425 procesos y únicamente hasta la segunda instancia. 12) Que AESCA LTDA. respecto de sus actuaciones anteriores a la suscripción del presente contrato, manifestó lo que ratifica en este acto, que renuncia en forma voluntaria y expresa al cobro de lo correspondiente por contestaciones de demandas, atención de procesos de segunda instancia y por las actuaciones profesionales adelantadas en el mayor número de procesos que hasta la fecha venía atendiendo; respecto a los cuales procederá a la sustitución de poderes. 13) Que en consecuencia AESCA LTDA. declara expresamente a paz y salvo a INVIAS por las labores a que ha renunciado y que se encuentran establecidas en el numeral anterior. Igualmente, INVIAS declara a AESCA LTDA. a paz y salvo por estos mismos servicios profesionales y en relación con la atención de los procesos que corresponde asumir al INSTITUTO para una nueva representación. 14) Que AESCA LTDA. procederá a devolver los antecedentes de lo actuado respecto a 190 procesos, para que estos continúen siendo atendidos en forma directa por INVIAS, para cuyo recibo se acuerda un término de 60 días contados a partir de la fecha de suscripción del presente contrato*”.

En el parágrafo segundo de la cláusula segunda del texto contractual en mención se estipuló que el valor básico del contrato, correspondiente a la suma de $552’500.000, resultaría de multiplicar 425 procesos por la tarifa de honorarios equivalente a $1’300.000, más el valor de gastos en que se incurriera por concepto de fotocopias, inspecciones, auxiliares de la justicia y otros que se derivaran de la atención de los procesos por valor de $8’369.565, a todo lo cual se le agregaría el porcentaje de IVA. Así pues, el valor total del contrato ascendió a $645’000.000.

En la cláusula sexta del contrato se estableció que se realizarían dos pagos anticipados hasta la concurrencia del 50% del valor total y que el 50% restante se pagaría a medida que se entregaran las sentencias que pusieran fin a cada proceso.

Mediante oficio 026429 del 24 de octubre de 2000, una vez aprobada la garantía de cumplimiento, el Invías impartió la orden de iniciación de actividades[[14]](#footnote-14).

El 10 de enero de 2001, el Instituto realizó el primer desembolso del pago anticipado por valor de $193’500.000. Igualmente, de la certificación expedida el 28 de agosto de 2002 por la División de Tesorería y Contabilidad, se desprende que el 23 de febrero de 2001 se pagó al contratista la suma correspondiente al segundo desembolso en cuantía de $86’500.000[[15]](#footnote-15).

El 14 de septiembre de 2001 el Invías, a través de su Coordinadora de Asuntos Laborales, asumió la representación judicial del Instituto en los procesos que no habían sido incluidos en el acuerdo contractual.

El 23 de octubre de 2002 la firma demandante presentó ante el Invías una cuenta de cobro por valor de $103’685.948 por razón de la representación judicial ejercida dentro de 124 procesos terminados. Posteriormente, el 22 de noviembre de 2002 el contratista actualizó la cuenta de cobro para aumentar su valor a $153’020.294, toda vez que para ese entonces el número de procesos finalizados ascendió a 183[[16]](#footnote-16), suma en la que ya se encontraba deducido el porcentaje de legalización del pago anticipado.

Mediante oficio del 27 de diciembre de 2002, la entidad contratante solicitó al contratista que considerara la posibilidad de terminar el contrato de mutuo acuerdo al finalizar esa anualidad, para cuyo efecto podría presentar las cuentas de cobro a que hubiera lugar con los ajustes y reconocimientos adicionales que fueran del caso[[17]](#footnote-17).

La razón en que el Invías cimentó la solicitud de terminación por mutuo acuerdo del contrato estribó en que, si bien el pazo se había establecido en función del agotamiento de su objeto consistente en la entrega de las sentencias que pusieran punto final a los litigios, esa condición no en todos los casos alcanzaría a cumplirse en la vigencia fiscal 2002, hasta la cual el registro presupuestal amparaba el pago de su valor.

El 30 de diciembre de 2002, el contratista manifestó su aceptación frente a la terminación propuesta por la entidad y, a su turno, expresó que, sobre la base de ese arreglo y para darle viabilidad, solicitaba el reconocimiento y pago proporcional de los procesos que aun cuando no tenían sentencia todavía, sí habían sido atendidos ante la instancia judicial por el contratista. Con apoyo en lo dicho solicitó el reconocimiento de $181’982.480, discriminados como se pasa a explicar:

-. $126’582.480 a razón $706.177 por 75 litigios que se encontraban pendientes de fallo en segunda instancia y $446.177 por 65 asuntos que estaban a la espera para fallo en la primera instancia.

-. $49’400.000 por los honorarios derivados de la representación ante la instancia judicial efectuada en 190 procesos que no habían sido incluidos en el acuerdo contractual pero que, no obstante ello, fueron atendidos por el contratista entre el 25 de octubre de 2000 y el 14 de septiembre de 2001.

-. $6’000.000 por concepto de otros gastos causados en la atención de los 425 procesos incluidos en el acuerdo, con fundamento en lo dispuesto en el literal b) del parágrafo segundo de la cláusula segunda del contrato.

La anterior solicitud de pago fue aceptada por la entidad y, como consecuencia, emitió la orden de desembolso correspondiente. Con todo, el pago efectivo no fue posible por cuanto el giro de los recursos no fue pedido oportunamente a la Dirección de Giros del Tesoro Nacional[[18]](#footnote-18).

En estas condiciones, y en atención a que no se logró concretar la terminación por mutuo acuerdo del contrato por la imposibilidad de pago de la suma reclamada, el contratista continuó ejecutando su objeto bajo el entendido de que como no se había logrado acuerdo en cuanto al pago pretendido, el vínculo obligacional continuaba vigente sin que se hubiera presentado algún tipo de suspensión.

Luego de realizar varios intentos conjuntos para obtener el pago de los servicios prestados con cargo al Contrato No. 200, y de requerir por parte del Invías la actualización de los honorarios cobrados por las labores adelantadas durante las vigencias fiscales 2003 y 2004 para indagar si su pago se podría imputar al rubro de conciliaciones, el contratista, mediante comunicación del 7 de mayo de 2004 indicó que el valor adeudado por los servicios prestados hasta ese entonces se estimaba en la suma de $228’374.834, es decir, $181’982.480 calculados con corte a diciembre de 2002, más $46’3921.354 generados en lo sucesivo hasta el 30 de abril de 2004[[19]](#footnote-19).

Finalmente, el 13 de julio de 2004[[20]](#footnote-20) el contratista hizo entrega a la entidad de los documentos relativos a todos los procesos laborales que se seguían en su contra y sobre los cuales recayó la ejecución del Contrato No. 200, para que a partir del 19 de julio de 2004, y en adelante, el Instituto continuara ejerciendo directamente su defensa judicial. El 19 de julio de 2004 cesó la prestación de servicios que constituyó el objeto del referido contrato.

A la fecha de presentación de la demanda el contrato no había sido liquidado.

6.1. La falta de reconocimiento de honorarios por las actuaciones surtidas dentro de los 190 procesos que no se encontraban amparados por el acuerdo contractual No. 200 de 2000 pero cuya atención tuvo lugar dentro de su plazo

En orden a abordar el análisis de este cargo de inconformidad, la Sala parte de precisar que aun cuando en la demanda se atribuyó su ocurrencia a una presunta ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 200, de la sustentación que del mismo se realizó se evidencia que ciertamente lo que se reprocha es la inobservancia de las obligaciones contractuales de la entidad pública consistentes en la falta de recibo de los 190 expedientes que no hicieron parte del acuerdo contractual, dentro del término previsto en el negocio jurídico para ese propósito.

Para el libelista, fue la falta de recibo de los procesos en el término señalado lo que lo llevó a ejercer su representación en los mismos y es de esa circunstancia de donde deriva el pago de los honorarios perseguidos.

Así las cosas, toda vez que en realidad no se encuentra en discusión un cargo propio de desequilibrio económico del contrato, sino de incumplimiento contractual[[21]](#footnote-21) será desde esta perspectiva desde la cual se habrá de analizar el punto de discrepancia.

Del derrotero fáctico que acaba de reseñarse es claro que a finales de 1999, el Invías solicitó a la sociedad Aesca Ltda. que formulara propuesta para contratar la prestación de los servicios de representación laboral en los procesos adelantados en contra de aquel, invitación que fue atendida por el demandante, a través de la presentación de la oferta correspondiente.

Sin embargo, en vez de suscribir el contrato de prestación de servicios que habría de contener el acuerdo de voluntades inmerso en la propuesta y en la aceptación que sobre la misma manifestó la entidad contratante, el Invías excusándose en la ausencia del respectivo soporte presupuestal, procedió al otorgamiento de poderes a la referida sociedad para que asumiera su representación judicial en las demandas laborales impetradas en su contra, mientras se obtenían los recursos necesarios para la suscripción del contrato.

Esta situación fue consentida por la sociedad Aesca Ltda., quien aceptó los poderes otorgados y entre el 17 de diciembre de 1999 y el 24 de agosto del año siguiente asumió la representación judicial del Instituto dentro de aproximadamente 650 litigios de naturaleza laboral ante la jurisdicción ordinaria.

Una vez obtenidos los recursos económicos y las autorizaciones del caso, el 25 de agosto de 2000 las partes en comento suscribieron el Contrato de Prestación de Servicios No. 200 para la representación del Instituto en demandas laborales.

En este punto se precisa que, como se colige de las consideraciones expuestas en el texto contractual en las que explicaron los hechos ocurridos con anterioridad a su celebración y la necesidad que a ello condujo, emerge con claridad que su objeto recayó únicamente sobre 425 procesos, lo que implicaba que los 190 procesos cuya atención no fue cobijada por el referido vínculo obligacional debían ser devueltos al Invías para que en adelante ejerciera directamente su defensa.

De cara a este escenario, se indica en la demanda que el Invías incumplió su obligación de recibir los 190 procesos a los que se hizo alusión, dentro de los 60 días que se pactaron para ese efecto, omisión que, según el actor, a su turno llevó a que el contratista continuara prestando sus servicios profesionales en relación con esos procesos, pese a no encontrarse amparados por el acuerdo contractual. Esta situación se prolongó hasta el 14 de septiembre de 2001, fecha en que el Invías se hizo cargo de los mismos[[22]](#footnote-22).

Con base en ello, el libelista considera que se debe reconocer en su favor la suma de $65’857.324 a título de honorarios correspondientes a la atención de esos procesos. Con todo precisa que esa suma corresponde a 166 de los 190 procesos no recibidos oportunamente por el Invías, pues respecto de los 24 restantes el contratista no ejerció actuación alguna debido a que su labor se ciñó estrictamente a una actividad de vigilancia.

Para resolver el cargo de incumplimiento, esto es, la falta de reconocimiento por los servicios profesionales prestados en 166 procesos cuya atención no fue reasumida por el Invías dentro del plazo correspondiente, de conformidad a los lineamientos jurisprudenciales expuestos, en principio, sería del caso indagar si la parte demandante acreditó en el proceso que cumplió o que estuvo presto a cumplir sus obligaciones, para reclamar la contraprestación que se pretende.

Lo dicho aplicado al caso concreto llevaría a la necesidad de establecer a priori si el contratista ejerció la representación judicial del Invías en los 166 procesos aludidos, como presupuesto para determinar el incumplimiento que se imputa a su co-contratante, de no ser porque en este asunto converge una particularidad de especial relevancia que se opone a la pertinencia de efectuar ese análisis.

De lo acreditado en esta causa la Sala advierte que, en efecto, en el negocio jurídico identificado con el número 200, las partes acordaron que dentro de los 60 días siguientes a la suscripción del contrato el Invías recibiría o, mejor se haría cargo de los 190 procesos cuya representación judicial había sido asumida por el contratista antes la celebración del contrato pero respecto de los cuales, ni antes ni después de la suscripción del acuerdo, existió pacto contractual que amparara alguna actuación adelantada a instancia judicial dentro de ellos.

Lo anterior basta para concluir que el objeto del Contrato No. 200 recayó sobre unos procesos distintos de los que serían materia de devolución al Invías, y fue sobre aquellos y no sobre estos, en relación con los cuales se convino el pago de honorarios por la gestión concertada. De ahí que el reconocimiento de emolumentos, de acuerdo con lo estipulado, solo tendría lugar en relación con las actuaciones adelantadas en los 425 procesos amparados por el contrato y con base en los cuales se estructuró la metodología para el pago del precio.

Siguiendo esa dirección se aclara que, si bien el deber del Invías consistente en el recibo de los 190 procesos iniciados a raíz de las demandas laborales instauradas en su contra y respecto de lo-s cuales la sociedad demandante ejerció su defensa judicial antes de suscribir el contrato fue una previsión incorporada en el texto contractual, lo cierto es que esa circunstancia constituyó una cuestión de naturaleza accesoria que no hacía parte propiamente de las prestaciones que integraron el objeto del convenio posteriormente celebrado.

Así pues, la falta de recibo de los antecedentes de los 190 procesos atrás referidos, no habilitaba a la contratista para ejercer dentro de ellos la defensa de la entidad dentro del marco del Contrato de Prestación de Servicios No. 200, toda vez que su atención no hacía parte de la carga obligacional asumida por la sociedad por cuenta de su suscripción.

En estas condiciones se concluye que el acuerdo obligacional facultaba a la contratista a reclamar los honorarios devengados por razón de la gestión adelantada en nombre de la entidad contratante, exclusivamente en los litigios que hubieran formado parte del consenso, pacto dentro del cual no se encontraban incorporados aquellos que debían ser devueltos al Invías precisamente por no encontrarse incluidos en el objeto contractual.

Sobre el particular, no puede perderse de vista el hecho de que en este caso los 425 procesos sobre los cuales recaería la prestación de servicios contratada fueron debidamente individualizados e identificados en el listado que el contratista allegó a la entidad, a través de oficio No. 27986 del 25 de julio de 2000, en el que se indicó que esos serían los asuntos que continuaría atendiendo el contratista en virtud de la celebración del contrato.[[23]](#footnote-23)

Igualmente, los 190 procesos que se habrían de excluir de representación judicial por parte del contratista también fueron identificados e individualizados mediante oficio No. 040874 del 27 de octubre de 2000 en el que el contratista relacionó la referencia, el nombre del demandante, el Juzgado de conocimiento y las diligencias surtidas[[24]](#footnote-24).

Esto último permite a la Sala sostener que este asunto se diferencia de aquellos casos en los que la estructuración del precio obedece a un cálculo estimativo o aproximado respecto del posible número de procesos sobre los cuales habría de recaer la gestión contratada, pues en esa hipótesis eventualmente y, en el marco del respectivo contrato, tendría cabida el análisis dirigido a determinar la causación de honorarios con base en los servicios efectivamente prestados, asunto que bien podría analizarse dentro de la órbita del cumplimiento obligacional contenido en el acuerdo de voluntades.

Contrario sensu, en este asunto el valor total de los honorarios pactados se estructuró con estricta sujeción a un número predeterminado de litigios que no podría ser desbordado por alguna de las partes, máxime cuando ambas convinieron en que en la ejecución del contrato no se atenderían aquellas demandas expresamente excluidas y que son ahora las que constituyen la materia de reclamación.

En este punto, la Sala encuentra incomprensible el argumento de la actora con fundamento en el cual sostuvo que la razón por la cual, al suscribir el contrato No. 200, había renunciado expresamente al reconocimiento de honorarios derivados de los servicios prestados antes de su celebración obedeció al conocimiento que tenía acerca de la imposibilidad de reclamar judicialmente la prestación de servicios efectuada sin causa legal o convencional que le sirviera de sustento jurídico, pues es evidente que la reclamación que ahora pretende sacar avante se apoya en el argumento contrario.

Ciertamente la demandante reconoce que la atención de los 190 procesos que debían ser devueltos al Invías no se encontraba inmersa en el acuerdo contractual y aun así procura el reconocimiento de los honorarios causados como resultado de las actuaciones desplegadas al interior de los mismos.

Para la Sala, no era viable que subsistiera dentro del contrato una obligación que en él no fue convenida, de manera que la actuación que en ellos se surtió no podía ser reclamada con cargo al negocio jurídico No. 200 porque, se reitera, la obligación de su cuidado no estaba pactada dentro de ese acuerdo.

Tampoco resultaría viable alegarlo como una causa de la presunta ruptura del equilibrio del contrato, pues es claro que no se reúnen los supuestos generadores del mismo[[25]](#footnote-25) y tampoco constituyen prestaciones que hubieran sido ejecutadas dentro del marco de ese contrato.

Todo cuanto viene de exponerse abre paso para concluir que no es posible atribuir un incumplimiento contractual al Invías por el no pago de honorarios respecto de una prestación que fue expresamente excluida del acuerdo obligacional.

Es por ello que resulta inocuo establecer si el contratista prestó o no los servicios de defensa judicial a nombre del Invías en los 190 procesos excluidos del objeto contractual, pues el pago que por esa gestión se pretende, al menos con cargo al Contrato No. 200, resulta improcedente.

Finalmente, vale la pena advertir que aun cuando, como se dejó suficientemente explicado, la prestación del servicio de representación en los 190 procesos en referencia estuvo desprovista de marco contractual alguno, tal circunstancia, eventualmente, abriría la posibilidad de analizar si su reclamación podría ventilarse por la vía de la teoría del enriquecimiento sin causa.

Sin embargo, en esta oportunidad la Sala precisa que ese análisis no está llamado a emprenderse bajo la presente cuerda procesal, en la medida en que la demanda que aquí se resuelve se interpuso en ejercicio de la acción contractual y no de la acción de reparación directa, siendo esta última el mecanismo idóneo para debatirlo.

Tampoco, de manera subsidiaria en las pretensiones de la demanda, o en los fundamentos fácticos que le sirvieron de sustento se invocó la posible aplicación de esta teoría, cuestión que se opone a la procedencia de la adecuación oficiosa de la acción para estudiar ese aspecto, por cuanto obrar en tal sentido equivaldría a que el operador judicial modificara injustificadamente la causa petendi[[26]](#footnote-26).

Y, en el caso hipotético de que fuera posible abordar el examen del asunto desde esa perspectiva, de entrada se evidencia que en este evento no concurre alguno de los supuestos de hecho que, a la luz de la sentencia[[27]](#footnote-27) de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, determinan su procedencia.

6.2 La falta de pago de los honorarios por la gestión adelantada en los procesos objeto de contrato en los que aún no se había proferido sentencia de segunda instancia al momento en que se produjo la terminación del acuerdo negocial y falta de pago de los gastos judiciales.

El demandante igualmente atribuye incumplimiento del contrato No. 200 a la entidad pública, por cuanto, luego de finalizarse la ejecución de su objeto a satisfacción, la contratante no le reconoció la totalidad de los honorarios causados en su favor por la atención de los procesos iniciados en ejercicio de las demandadas laborales impetradas en contra del Invías.

Para resolver este punto, la Sala observa que, en efecto, una vez iniciado la ejecución del objeto del Contrato No. 200, entre el 10 de enero y el 23 de febrero de 2001, la entidad desembolsó al contratista, en dos pagos, la suma acordada por concepto de pago anticipado que ascendió a un valor de $280’.000.000.

Posteriormente, en noviembre de 2002, el contratista presentó una nueva cuenta de cobro por valor de $153’020.294 que fue pagada por la entidad el 27 de diciembre de 2002[[28]](#footnote-28).

De ahí que el valor total pagado al contratista hasta esa fecha fue de $433’020.294.

Se observa que a finales del mes de diciembre de 2002 se presentó un intento de terminación del contrato por mutuo acuerdo debido a que el registro presupuestal para el pago del valor del contrato solo amparaba su ejecución hasta culminar esa anualidad.

Sin embargo, según lo revelan todas las probanzas aportadas la plenario, el intento de terminación bilateral resultó fallido, habida consideración de que la propuesta del contratista que consistía en que se le reconociera proporcionalmente el valor del contrato por los procesos atendidos, pero no finalizados, para así dar paso a su terminación, no fue cumplida por la entidad.

En los años siguientes, 2003 y primer semestre del 2004, dado que no se logó acuerdo acerca de la terminación bilateral del convenio, el demandante continuó ejecutando su objeto, al paso que la entidad, consciente de ello, en varias oportunidades le solicitó que allegara las cuentas de cobro correspondientes a los servicios prestados, incluso, hasta abril de 2004, es decir, un año y cuatro meses después de haberse intentado la terminación del contrato.

De cara a este escenario, la Sala concluye que el agotamiento de la disponibilidad presupuestal no constituyó una condición extintiva del negocio jurídico, pues el supuesto para su culminación, según el mismo clausulado contractual, lo constituyó la finalización con sentencia de los litigios atendidos, lo que al parecer, en principio, solo ocurrió hasta el mes de julio de 2004 cuando el contratista hizo entrega de los antecedentes procesales a la entidad, sin perjuicio de que algunos no concluyeron con sentencia de segunda instancia.

Siguiendo ese orden, cabe poner de relieve que los servicios prestados durante los años 2003 y 2004 por el contratista, ante el fracaso de la terminación bilateral, efectivamente se habrían realizado dentro del marco del Contrato No. 200, de manera que la falta de pago de los honorarios causados en ese interregno en desarrollo del mismo, eventualmente habría constituido un incumplimiento contractual de la entidad.

Con todo, como se indicó anteriormente, la prosperidad de la declaratoria de incumplimiento que se persigue en cabeza del Invías se encuentra supeditada al hecho de que el contratista demuestre que satisfizo las prestaciones acordadas y con fundamento en las cuales persigue la correlativa contraprestación.

Al respecto se recuerda que el contratista pretende que se le reconozca la suma de $219’491.130, como contraprestación por la atención judicial de los procesos litigiosos, adelantada en el año 2003 y parte del 2004. De esta suma discrimina el valor de $165’485.202 como saldo por pagar y $54’005.925 por concepto de indexación e intereses.

Reposa en el plenario una relación final allegada por Aesca S.A. ante la entidad, en donde consta la atención de los 425 procesos contratados, en donde 262 obtuvieron sentencia favorable del Tribunal, 73 tuvieron sentencia desfavorable, 64 se encontraban en curso de la primera instancia y 61 en trámite de la segunda[[29]](#footnote-29).

Sin embargo, la Sala considera que la parte actora desatendió la carga probatoria que le asistía orientada a la demostración de las prestaciones ejecutadas que le servían de sustento al pretendido pago.

En efecto, además de los listados de los procesos atendidos durante el plazo de ejecución que fueron elaborados por el mismo contratista y de las certificaciones de la entidad emitidas en el trámite del procedimiento conciliatorio, que como se advirtió no se encuentran revestidas de eficacia probatoria ante la instancia judicial, no reposan en el plenario elementos de convicción que permitan establecer la efectiva prestación del servicio y, menos aún, los términos en que la misma se efectuó.

En otras palabras, se desconoce por completo el verdadero número de procesos judiciales atendidos por el contratista ante la instancia laboral, así como el tipo de actuación procesal surtida en cada uno de ellos y las resultas de los litigios que se encontraban a su cargo.

En esa dirección, se advierte que no obran las certificaciones de los diferentes despachos judiciales en las que se indique que en los 425 litigios objeto del contrato actuó, como apoderado de la entidad demandada, el contratista demandante, como tampoco las actuaciones procesales surtidas en cada uno de ellos y la etapa en la que culminaron, es decir, si con fallo en primera o segunda instancia.

Si bien reposan algunas piezas procesales, como recursos presentados por el contratista ante los juzgados laborales y la correspondiente sentencia proferida como consecuencia de los mismos, dichos documentos acreditan la actuación del contratista en tan solo 10 litigios[[30]](#footnote-30).

También reposan unas certificaciones emanadas de la jurisdicción ordinaria laboral en donde dan cuenta de la actuación surtida por los abogados de la sociedad Aesca S.A en defensa del Invías. Sin embargo, esas constancias solo se refieren a la actuación en aproximadamente 90 procesos, cantidad que no se compadece con los 425 procesos cobijados por el acuerdo contractual y cuyo pago, dicho sea de paso, se acreditó en cuantía de $433’020.294, valor que, según la metodología pactada en el contrato, cubría la atención hasta la segunda instancia de 333 procesos, en razón de $1’300.000 por cada uno de ellos.

Similares conclusiones han de hacerse extensivas a la reclamación relativa al pago de los gastos judiciales pactados en el literal b) de la cláusula segunda del contrato, por valor de $6’000.000, dado que aunque en el expediente reposan algunos recibos de pago de fotocopias, impresiones y resmas de papel, no es posible derivar de los mismos una conexidad directa con la ejecución del objeto de este contrato.

En este punto se recuerda que este asunto fue sometido a acuerdo conciliatorio en dos oportunidades, la primera prejudicial y la segunda judicialmente, y en ambas ocasiones el convenio logrado fue improbado por esta jurisdicción, tanto en la primera como en la segunda instancia, por no existir elementos probatorios que evidenciaran la efectiva prestación del servicio cuyo pago se reclama.

En esta ocasión la realidad probatoria no ha variado en lo absoluto, de manera que no se cuenta con elementos adicionales que permitan arribar a una conclusión distinta a la adoptada en las etapas anteriores.

En consecuencia, ante la falta de demostración de la ejecución contractual por parte de la actora, la declaratoria de incumplimiento de la entidad pública consistente en la falta de pago de los honorarios pactados no cuenta con vocación de prosperidad.

6.3 De la pretensión de liquidación judicial del contrato

La Sala estima necesario precisar que en la demanda se formuló expresamente la pretensión encaminada a obtener la liquidación judicial del contrato y al no haberse liquidado por las partes o por la entidad contratante, esta petición, en principio, resultaría procedente.

Sin embargo, esta instancia no cuenta con elementos de juicio suficientes para determinar el cruce final de cuentas del Contrato No. 200, pues, como quedó anotado, se desconoce en qué proporción fue ejecutado el objeto contractual y qué sumas verdaderamente se adeudan entre las partes. Por esta razón, la Sala se abstendrá de liquidarlo judicialmente.

Por último, es importante acotar que la parte demandada no apeló la decisión de primera instancia, en virtud de la cual se ordenó compulsar copias de la actuación a la Procuraduría General de la Nación para que iniciara las investigaciones disciplinarias del caso en contra de los funcionarios del Invías que intervinieron en la celebración del Contrato No. 200.

Así las cosas, bajo la premisa de que esa determinación no constituyó objeto de censura, a la Sala no le asiste competencia para adoptar una decisión diferente sobre ese punto. Por esa razón se mantendrá incólume.

**7. Condena en costas**

No hay lugar a la imposición de costas por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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

**F A L L A**

**PRIMERO.- CONFIRMAR,** por las razones expuestas,la sentencia proferida el treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera- Subsección C de Descongestión.

**SEGUNDO.-** Sin condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Según consta en el certificado de existencia y representación obrante a folios 1 a 3 del C1, el 19 de noviembre de 2002 la sociedad Aesca Ltda. se transformó en sociedad anónima bajo el nombre Aesca S.A. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 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”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 28 de junio de 2002, correspondió a $433.700,oo. [↑](#footnote-ref-3)
4. A este respecto debe tomarse en consideración que, según los mandatos del artículo 21 de la Ley 640 de 2001, el término de caducidad de la acción se suspendería desde el recibo de la solicitud de conciliación prejudicial en la Procuraduría, sin que dicha suspensión pudiera exceder de tres (3) meses, atendiendo a las siguientes reglas:

   *“****ARTICULO 21****. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”.* [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver sentencia proferida por la Subsección A, de la Sección Tercera, 30 de octubre de 2013, expediente 32556, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Posición reiterada por la Subsección en sentencia del 15 de abril de 2015, proferido dentro del expediente número 33.173, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón.

   *“Al plenario se aportaron dos actas que corresponden a las sesiones de Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la entidad demandada, una de fecha 16 de mayo de 2000 (fl. 158-161 c1), y la otra del 12 de julio de 2001 (fs. 228-234 c1) en las cuales la entidad proyectó un acuerdo conciliatorio con el objeto de reconocer y pagar a la sociedad demandante una suma de dinero por concepto de almacenamiento de mercancías aprehendidas, decomisadas y abandonadas en favor de la Nación.*

   *“Al respecto, la Sala considera que el contenido de dichos documentos no es pasible de ser valorado como prueba en contra de la entidad de la cual emanan, puesto que si bien la conciliación se instituye como un mecanismo alternativo de solución de conflictos en virtud del cual las partes libremente intentan un acercamiento como medio para resolver sus discrepancias, lo cierto es que lo que en desarrollo de dicho trámite extrajudicial se ventile no puede ser utilizado por las partes como prueba de la responsabilidad que se endilga a su futuro opositor en el debate judicial.*

   *“Aceptar un planteamiento contrario constituiría sin duda un desestimulo para en lo sucesivo llevar avante practicas conciliatorias, ante el temor que generaría el hecho de que una vez se intente lograr una conciliación sin que se llegue a acuerdo, el camino recorrido en ese procedimiento materializado en la aproximación libre y voluntaria de las partes, así como la proposición de fórmulas para un eventual arreglo, posteriormente se convierta en un arma en contra de la entidad a partir de la cual se le condene o se le enjuicie, sin más prueba que la sola intención de intentar un arreglo directo sin acudir a los estrados judiciales.*

   *“En esa medida si uno de los fines que se persigue con la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad es precisamente el de descongestionar la actividad jurisdiccional, tal propósito quedaría anulado por completo en el evento de otorgar mérito probatorio en contra de la entidad a las actas del comité de conciliación de esas mimas entidades públicas.*

   *“Además de lo anterior, cabe agregar que la naturaleza vinculante de un pacto conciliatorio en materia contenciosa no emana de la simple manifestación de las partes de obligarse a cumplirlo, sino de que el mismo sea aprobado por la autoridad judicial competente para conocer la acción que correspondiese ejercer en el caso de no haberlo logrado, aprobación que además de la exigencia sobre la existencia misma del acuerdo y de la facultad con que cuentan las partes para realizarlo, debe sustentarse en la verificación de las pruebas que soporten la viabilidad jurídica del mismo en términos, tanto de oportunidad, como de ausencia de lesividad para el patrimonio público.*

   *“En consecuencia, por las razones puestas de presente, la Sala estima que no hay lugar a valorar como prueba de la alegada responsabilidad de la entidad demandada las actas de su Comité de Conciliación aportadas al plenario, como tampoco podrían serlo las fórmulas, propuestas, argumentaciones o reflexiones que acerca de un eventual arreglo conciliatorio hubieren examinado, expuesto o planteado en sede de conciliación -extrajudicial o incluso judicial-, las partes del litigio o solo una de ellas“.* [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6461 de 4 de julio de 1992, M.P. José Fernando Ramírez Gómez. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículo 1498 del C.C.: “*El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez…”.* [↑](#footnote-ref-7)
8. Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 26 de agosto de 2015, Expediente No. 43.227, C.P (E) Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 9-12 C3. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 13-15 del C3. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 16-17 C3. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 40 a 65 C3. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 78-84 C3. [↑](#footnote-ref-13)
14. Fl. 110 c1. [↑](#footnote-ref-14)
15. Fl. 155 c3. [↑](#footnote-ref-15)
16. Fl. 224 C3. Es de anotar que de conformidad con la metodología planteada en el contrato, el valor de los honorarios por cada proceso finalizado era de $1’300.000, suma que multiplicada por el número de procesos atendido según esa cuenta de cobro, 183, ascendía a $237’900.000. Sin embargo en el documento se precisa que a esa suma debía deducírsele el porcentaje de legalización por el pago anticipado previsto en los literales a) y b) de la cláusula sexta del contrato, de ahí que realizada la deducción de $243’478.261 ya pagada por concepto de pago anticipado, la suma reclamar por los 425 procesos laborales correspondía a $153’020.294 incluido IVA. [↑](#footnote-ref-16)
17. Fl. 225 C3. [↑](#footnote-ref-17)
18. Fls. 233-239 C3. [↑](#footnote-ref-18)
19. Fls. 255- [↑](#footnote-ref-19)
20. Fls. 275-276 C3. [↑](#footnote-ref-20)
21. Se recuerda que esta Subsección se ha ocupado de puntualizar las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden, para efectos de precisar el tratamiento jurídico que debe dispensarse a cada caso concreto. Sobre el particular se pueden consultar: Sentencia proferida por la Sección Tercera Subsección A, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947, C.P: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 147 c3. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 91 a 100 C3. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 113-122 C3 [↑](#footnote-ref-24)
25. En ese sentido la jurisprudencia de esta Subsección ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “*Hecho del Príncipe*” o “*Ius variandi”,* dependiendo de la entidad de donde emanen, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante.

    [↑](#footnote-ref-25)
26. Sobre el particular se puede consultar la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, el 29 de abril de 2015, dentro del expediente No. 28.977, C.P (e) Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

    [↑](#footnote-ref-27)
28. Fl. 394 c3. [↑](#footnote-ref-28)
29. Fls. 355 a 370 C3. [↑](#footnote-ref-29)
30. Fls. 158 a 302 C2 [↑](#footnote-ref-30)