El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Salvamento de voto - Sentencia del 10 de febrero de 2017

Radicación No.: 66001-31-05-002-2011-00188-00

Proceso: Ordinario laboral

Demandantes: Gregorio Jaramillo Jaramillo

Demandado: Banco de Bogotá S.A.

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado ponente: Julio César Salazar Muñoz

Magistrada que salva voto: ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Tema: **COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN LABORAL EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS QUE SE ORIGINAN CON EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE HONORARIOS:** no se puede predicar en forma genérica, como lo hace la Sala Mayoritaria, que la justicia laboral no puede ejercer control sobre cláusulas abusivas que sobre el pacto de honorarios encuentre en el contrato de mandato, porque precisamente es ese su papel en los procesos de reconocimiento de honorarios. En efecto (…) a la jurisdicción laboral le corresponde resolver los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera sea la relación que los motive (numeral 6º, artículo 2º del C.P.T. y de la S.S) y en ese propósito no escapa el análisis de las cláusulas abusivas o desequilibradas pactadas por las partes relacionadas con la remuneración de los servicios personales prestados.

**SALVAMENTO DE VOTO**

Como quiera que mi ponencia fue derrotada por la mayoría de la Sala el sustento de mi decisión corresponde al proyecto que en su momento presenté y que responde al siguiente:

**Problema jurídico**

¿Tiene derecho el demandante al pago de honorarios profesionales por el impulso de demandas ejecutivas presentadas en representación del banco demandado, incluso en aquellos casos en los que no se registraron pagos parciales o totales de la obligación ejecutada?

Para responder a dicho interrogante, es necesario, a su vez, revisar el contrato de mandato suscrito entre las partes aquí enfrentadas y determinar si contiene cláusulas abusivas. Por último, también será necesario hacer referencia a los gastos del mandato y su regulación normativa, con miras a establecer si el Banco adeuda alguna suma por este concepto.

En este orden, el salvamento de voto se subdivide en cuatro acápites que serán desarrollados en procura de resolver el problema jurídico, así:

**1- PRECEDENTE HORIZONTAL SOBRE LA MATERIA OBJETO DE EXAMEN**

Se indica en la sentencia de la cual me aparto, que la remuneración de los servicios prestados por los profesionales del derecho es un aspecto que se encuentra determinado por lo convenido por las partes en el contrato de mandato, y a falta de convenio, su tasación deberá ser fijada por el juez teniendo en cuenta elementos tales como *“la naturaleza de la gestión, cantidad, calidad e intensidad de la misma”*.

Ahora bien, dicha postura supone que al juez (laboral o civil) no le corresponde hacer un ejercicio de proporcionalidad o ponderación en aquellos eventos en los que el monto de la remuneración pactada excede los límites que se consideran normales, imponiendo una carga injusta al mandante, o en otros casos, en los que ocurre todo lo contrario, es decir, en aquellos en los que el mandatario (abogado) recibe una cifra ínfima o simbólica por su trabajo profesional.

Sin embargo, se ha visto en la práctica que en más de una oportunidad la jurisdicción ha intervenido para impedir cobros excesivos o desmesurados de honorarios, garantizando con ello el equilibrio contractual. Luego entonces, no parece muy comprensible que no lo haga para impedir la degradación o la subvaloración del trabajo de una persona que se ocupa de una profesión liberal.

No se puede desconocer que en sentencia del 30 de marzo de 2006, con ponencia del Magistrado Pedro Nel Ramírez Toro, esta Sala sostuvo que los servicios prestados por quienes ejercen profesiones liberales, como la abogacía, se rigen por las reglas del mandato, por así preverlo el artículo 2144 del Código Civil, y en consecuencia las condiciones acordadas mandante y mandatario en materia remunerativa, no pueden ser desconocida por la jurisdicción laboral.

Dicha tesis incluso se mantuvo en este proceso, cuando al resolver la apelación del auto que negó la excepción previa de falta de competencia, la Sala indicó que *la relación jurídico-sustancial con la que se decidirá el litigio no era la ley sustantiva laboral, sino que se regirá por la naturaleza y esencia del contrato pactado, partiendo de la base de la literalidad del mismo, es decir, de la voluntad de las partes”.*

No obstante, recientemente, mediante auto del 30 de septiembre de 2014, con ponencia mía, la Sala morigeró tal premisa, cuando en un asunto similar a este, y que involucra justamente al promotor del presente litigio, declaró la ineficacia de la cláusula compromisoria de un contrato de mandato, básicamente por dos razones: 1) se reconoció la calidad de trabajador independiente al mandatario (demandante) y en ese sentido se aplicó el artículo 131 del C.P.T. y S.S., en virtud del cual la cláusula compromisoria sólo tendrá validez cuando conste en convención o pacto colectivo; 2) se dijo además que si en gracia de discusión no se aceptase tal condición –la de trabajador independiente- de todas maneras, al analizar el contenido del contrato de mandato, la Sala Mayoritaria encontró que el mandatario ocupaba al interior de aquel contrato una posición de desventaja con respecto al contratante (mandante), pues la sujeción contractual exhibía todas las características de un vínculo por adhesión, y el Banco demandado, prevalido de su posición dominante, impuso una carga a todas luces desproporcionada, que hacia nugatorio el derecho de acceso a la justicia de la parte débil de la relación jurídico-sustancial.

Ese cambio de perspectiva tuvo su génesis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que determinó en la Sentencia C-055 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), que la Carta Política *“más que al trabajo como actividad abstracta protege al trabajador y su dignidad. De ahí el reconocimiento a toda persona del derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, así como la manifestación de la especial protección del Estado "en todas sus modalidades."*. Es por eso que los principios mínimos fundamentales que rigen el trabajo, contenidos en el artículo 53 de la Carta Política y que *“configuran el suelo axiológico de los valores materiales expresados en la Constitución alrededor de la actividad productiva del hombre”*, no atañen de manera exclusiva al trabajo subordinado, sino que el constituyente también quiso irradiarlo al trabajo ejercido de forma independiente por cualquier individuo.

Esta nueva mirada constitucional de quien ejerce una profesión liberal para su auto-sostenimiento y de su familia, implica un replanteamiento de la competencia de la jurisdicción laboral en la resolución de los conflictos jurídicos. Ha de ser esa la razón por la que el legislador encomendó a la justicia laboral el conocimiento de tal tipo de conflictos. No precisamente para que la justicia del trabajo, so pretexto de no inmiscuirse en asuntos de carácter civil, como se alega en la sentencia, restrinja al máximo su competencia, sino para todo lo contrario, toda vez que estamos, en la mayoría de casos, ante la presencia de quien recibe remuneración por su trabajo personal, por lo que en realidad quien se presenta ante la jurisdicción laboral como mandatario es un verdadero trabajador independiente.

En consecuencia, no se puede predicar en forma genérica, como lo hace la Sala Mayoritaria, que la justicia laboral no puede ejercer control sobre cláusulas abusivas que sobre el pacto de honorarios encuentre en el contrato de mandato, porque precisamente es ese su papel en los procesos de reconocimiento de honorarios. Desde luego, dicho análisis depende de cada caso en particular.

**2- CONTRATO DE ADHESIÓN Y CLÁUSULA ABUSIVAS**

El promotor del litigio defiende la tesis de que el contrato de mandato que suscribió con el Banco demandado, tiene todas las características de uno por adhesión, en cuyo contenido su autor (el Banco) introdujo las cláusulas abusivas o injustas que más adelante serán enumeradas para su examen.

Como punto de partida, conviene señalar que los negocios por adhesión (o contratos de adhesión) son una realidad empotrada en la historia reciente de las economías de mercado. Irreductibles factores de la vida económica lo han consolidado como una modalidad característica de las operaciones jurídicas contemporáneas. Desde luego que los formularios rígidos e inmodificables simplifican de tal modo el proceso negocial, que es viable ajustar, con la intervención de un reducido número de agentes y en poco tiempo, una gran cantidad de negocios; amén que le permiten al autor del contrato planificar sus recursos y técnicas de producción y distribución, en cuanto puede prever los términos de la negociación, las responsabilidades que asume y los beneficios que obtendrá, a la vez que podrá organizar de modo eficiente su actividad.

Con referencia al contrato de adhesión, La Sala de Casación Civil, en sentencia del 27 de agosto de 2008, rad. 1997-14171**,** esclareció que en este tipo de negocios jurídicos *”el contenido (del contrato) está predispuesto por una de las partes, usualmente en su interés o tutela sin ningún o escaso margen relevante de negociación ni posibilidad de variación, modificación o discusión por la otra parte, aun cuando, susceptible de aceptación, no por ello, su contenido es ilícito, vejatorio o abusivo per se, ni el favor pro adherente,* (es decir, la interpretación en contra de quien redactó las cláusulas)*,actúa de suyo ante la presencia de cláusulas predispuestas, sino en presencia de textos ambiguos y oscuros, faltos de precisión y claridad, en cuyo caso, toda oscuridad, contradicción o ambivalencia se interpreta en contra de quien las redactó y a favor de quien las aceptó (…)”*

En sentencia del 4 de noviembre de 2009 (Rad. 1998-4175), la misma Corporación reconoció que los contratos por adhesión ponen en crisis el enfoque clásico del negocio jurídico, pues el equilibrio contractual se ve ensombrecido por las desmedidas potestades que recaen sobre el empresario, *“quien, amparándose en la inflexibilidad de las cláusulas, en el escaso o nulo espacio para la negociación, podrá, así mismo, mejorar injustificadamente su posición contractual, ya sea desplazando cargas, riesgos y obligaciones hacía los clientes o arrogándose derechos y facultades irritantes; en fin, tratando de maximizar sus beneficios en detrimento del adherente. Tan preocupante es esta situación que no es de extrañar, como acontece en el contrato de seguro, que sea menester la intervención de la autoridad administrativa correspondiente, encaminada a poner coto a las atribuciones del proponente”.*

En ese orden, como rasgos generales del contrato de adhesión, destacan, entre otros: i) la exigua participación de uno de los contratantes en la elaboración de su texto; ii) la potestad que corresponde al empresario de imponer el contenido del negocio; iii)la coexistencia de dos tipos de clausulado, uno necesariamente individualizado, que suele recoger los elementos esenciales de la relación; y el otro, el reglamentado en forma de condiciones generales, caracterizado por ser general y abstracto.

En síntesis, el contrato por adhesión, opuesto al contrato negociado o pactario, es aquel en que no hay tratos preliminares o discusiones previas entre las partes, sino que una de ellas elabora unilateralmente las condiciones del contrato, y a la otra sólo le deja la posibilidad de aceptarlas, si quiere celebrar el contrato o no. Sin embargo, ocurre que para determinados servicios como lo son los de energía eléctrica, comunicaciones, transporte, gas domiciliario, etc., prácticamente no existe posibilidad de abstenerse de la celebración del contrato, por lo que el legislador ha optado, en estos casos, por establecer listas de cláusulas negras o grises. Se trata de leyes que descalifican previamente ciertas cláusulas, calificándolas como abusivas y prohibiendo su uso absolutamente, o como sospechosamente abusivas, caso en el cual deberán ser analizadas en conjunto respecto al resto del contrato[[1]](#footnote-1).

Las anotadas singularidades y otras más que caracterizan la contratación de esa especie, le imprimen, a su vez, una vigorosa e indeleble impronta a las reglas hermenéuticas que le son propias y que se orientan de manera decidida a proteger al adherente. Ello así, como punto de partida para adjetivar el contenido expreso del contrato por adhesión, como lo pide el demandante, siguiendo los parámetros establecidos en la doctrina, es atinado colegir que el alcance que corresponde a las cláusulas predispuestas es el que de manera razonada le hubiere atribuido el adherente promedio. Esto es, que siguiendo los mandatos de la buena fe, la estipulación deberá ser entendida desde el punto de vista del destinatario, como lo harían las personas honestas y razonables.

En la sentencia antes citada, el órgano de cierre abandonó los tradicionales criterios hermenéuticos de índole subjetivo (particularmente la norma del artículo 1618 del Código Civil), en cuanto están enderezados a descubrir la común intención de los contratantes, que se atenúan y desdibujan, cabalmente, porque no tendría sentido indagar por ese querer mutuo a sabiendas que el contenido del contrato refleja predominantemente la voluntad del empresario; por el contrario, cobran especial relevancia, algunas pautas objetivas, particularmente, la regla contra proferentem[[2]](#footnote-2), que abandona el carácter subsidiario que se le atribuye en el ámbito de los contratos negociados, para pasar a convertirse en un principio de aplicación preponderante (artículo 1624 ibídem).

Y, pese a los cuestionamientos que, en lo relativo a la autonomía de la voluntad y al equilibrio negocial, entre otros aspectos, pueda suscitar la contratación ajustada mediante la adhesión a estipulaciones predispuestas, no por ello, su contenido es ilícito, vejatorio o abusivo *per se*. Las cláusulas abusivas, tal como la doctrina lo entiende, son aquellas impuestas por quien tiene posición dominante en el contrato buscando privilegiarse así mismo en ciertas circunstancias en contra del adherente. Eso es lo general. Pero, al mirar cada caso concreto y saber si una cláusula está dentro de ese parámetro o no, el operador judicial debe poner la mirada en los criterios jurisprudenciales antes expuestos, puesto que la jurisdicción en estos casos debe cumplir con una función reguladora, que la lleva incluso a juzgar en equidad, para defender la parte más débil en la relación contractual, que tuvo que someterse –forzosamente– al modelo presentado.

En este sentido, la calificación de abusiva, leonina o vejatoria -entre otras denominaciones más enderezadas a relievar el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual-, tiene fundamento no sólo en la ley, sino que también se puede mirar desde una perspectiva constitucional, si se tiene en cuenta que es deber de toda persona no abusar de sus derechos, según lo expresado en el numeral 1º, inc. 2º, art. 95 C. Pol.; y que el Estado debe evitar o controlar *“cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”* (inc. 4º art. 333 ib.).

Por eso la Sala de Casación Civil, en la sentencia del 2 de febrero de 2001, Rad. 5670, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, puso de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales precitadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, que en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de *“las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas”,* ejemplo prototípico de las cuales *“lo suministra el ejercicio del llamado ‘poder de negociación’ por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”*

Finalmente, en la Sentencia del 14 de diciembre de 2011, S.C. de la C. S.J., con ponencia del Dr. Arrubla Paucar, Rad. No. 110013103014-2001-01489-01, la Sala Civil se ocupa del tema de la posición dominante en los contratos de adhesión, marcando una nueva ruta de lo que debe hacerse judicialmente para procurar el equilibrio de éstos. Se indicó en aquella providencia: *“(que) la jurisprudencia se orienta por una teoría que pueda permitir al fallador una presencia más decisiva en el contrato por adhesión con relación a las cláusulas abusivas, con fundamento en el artículo 871 del Código del Comercio, que le agrega al clásico precepto de la buena fe que pueda acompañar a las partes en la ejecución de los contratos, ya predicado por el artículo 1603 del Código Civil, una simple palabra: “celebrarse”. Con ello dice todo, puesto que celebrar el contrato de buena fe implica abstenerse de introducir cláusulas abusivas; otra cara de la moneda nos dice que está prohibida para el formulante la introducción de las mismas. Desatender lo prohibido vicia por objeto ilícito la disposición que se acuña en el contrato. Y el objeto ilícito genera nulidad absoluta, que puede declarar oficiosamente el juez con respecto a la cláusula cuando dicho abuso sea manifiesto. (…) Lo que puede hacer el juez frente a una cláusula abusiva en ese tipo de contratos, es resolver el caso aplicando la teoría general, la cual invita a observar la prohibición de insertar ese tipo de cláusulas, según restricción que implícitamente se desprende del citado artículo 871 del Código de Comercio, y derivar la consecuencia legal que corresponda, que no puede ser otra que sancionar con la invalidez la cláusula del contrato transgresora del mandato legal, si ello se torna necesario para mantener el equilibrio y por ende la justicia contractual entre las partes. (…) Pero no se trata de una función discrecional para el juez, o que pueda soslayarla bajo la disculpa de respetar la autonomía privada de las partes, que le veda una intromisión en el contrato so pretexto de interpretarlo. El mandato contenido en el artículo 13 de la Constitución Política, imperativo para el juzgador, como parte del Estado, lo obliga no sólo a proteger a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición económica, en las relaciones contractuales, como ocurre con los consumidores de las empresas proveedoras de bienes y servicios, las cuales ejercen una posición dominante, sino a sancionar los abusos contra dichas personas. (…).*

A modo de conclusión, en rigor, el contrato desde su existencia tiene fuerza obligatoria, es irrevocable y las partes deben cumplirlo de buena fe, sin que, por regla general, una vez celebrado, puedan por acto unilateral dejarlo sin efecto ni sustraerse al vínculo, so pena de incumplimiento e indemnizar los daños causados. La fuerza normativa del contrato y el deber legal de su cumplimiento por las partes, es el principio y la regla. Sin embargo, en contratos por adhesión, que facilitan la introducción de cláusulas que favorecen a una de las partes en desmedro de la otra, la justicia puede y debe interpretar el contrato en favor del adherente y en el caso en que se demuestre la introducción de cláusulas abusivas, declararlas ineficaces.

**3- ANALISIS DEL CONTRATO DE MANDATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES**

En procura de ofrecer una apropiada respuesta al problema jurídico formulado al inicio de este salvamento, se analizará de manera integral el aludido contrato de mandato, con miras a verificar si es cierto que este reúne las características de uno de aquellos a los que la doctrina ha denominado *“contratos de adhesión”* y, además, si alguna de sus cláusulas y estipulaciones, individualmente consideradas y correlacionadas entre sí, merecen el calificativo de abusivas, abiertamente injustas, leoninas o contrarias al principio de equilibrio contractual.

Con ese propósito, primeramente es conveniente describir el contenido normativo del referido contrato, para después evaluar, con apoyo en los diferentes medios de convicción arrimados al plenario, la conducta asumida por los contratantes en el desarrollo del negocio jurídico como tal.

Recordemos que a lo largo del proceso el demandante dirigió sus ataques a dos específicas cláusulas del contrato de mandato al cual nos venimos refiriendo: **1)** cuestiona la metodología de liquidación de sus honorarios profesionales y califica de “abusiva” la pauta de remuneración, la cual, como regla general condiciona el pago de la gestión del abogado (mandatario) al recaudo efectivo obtenido directamente del deudor bancario, lo que en su criterio vulnera el derecho a recibir una remuneración mínima por la prestación de servicios de carácter personal y profesional, en ejercicio de una profesión liberal como la abogacía; **2)** asimismo, considera que la ley civil, en especial las normas que regulan el contrato típico de mandato, prohíben expresamente que los gastos del mandato los asuma el mandatario, en razón de lo cual, la cláusula que impone al mandatario los costos del proceso y de la investigación necesaria para ubicar bienes de los deudores, es ineficaz por contravenir la prohibición legal prevista en el artículo 2142 del C.C.

Pues bien, como punto de partida, se dice en el preámbulo del contrato base de la acción que el abogado (mandatario), en virtud de lo convenido, se arroga la facultad *“de hacerse o no cargo de las gestiones que le encomiende el banco".* Igualmente, en aquel documento está estipulado que los parámetros que regulan el cobro de cartera por abogado externo del Banco de Bogotá, figuran expuestos en el contrato, el cual *“se sujeta a lo previsto en el estatuto del ejercicio de la abogacía y las normas del mandato”*, además:

1. **Como regla general,** el abogado (mandatario) debe obtener el pago de los honorarios a su favor por cada gestión que realice directamente de los deudores, obligándose a reintegrar al Banco el capital, los intereses y los gastos del proceso.

1. El Banco sólo pagará honorarios sobre sumas efectivamente recaudadas (gestión de cobro por resultado). El banco paga los honorarios en los casos de transacción, daciones en pago, remates o adjudicaciones por cuenta del crédito o por recibir el banco directamente el recaudo por honorarios.
2. El abogado adelanta a su costa las investigaciones necesarias para ubicar bienes de los deudores.
3. Tiene la obligación de adelantar el trámite de los procesos ejecutivos, desde su iniciación, hasta su total terminación; el poder no lo puede sustituir sin permiso expreso del Banco, y no puede renunciar a él, a menos que el mandante lo autorice.
4. Los costos del proceso, como regla general, están a cargo del abogado, pues el Banco sólo asume: **a)** los gastos judiciales superiores a un salario mínimo mensual, **b)** los honorarios de auxiliares de la justicia, **c)** pólizas judiciales y publicaciones en prensa y radio o edictos emplazatorios o avisos de remate. En estos casos, según se lee en el contrato, el abogado al obtener el recaudo devolverá estos valores al banco, para lo cual debe acreditarlos ante el juzgado, presentando oportunamente los recibos para que sean tenidos en cuenta en las liquidaciones.
5. Por último, se indica que en todos los casos en que el abogado reciba pagos por los asuntos a su cargo, deberá reintegrar los dineros al banco dentro de las 24 horas siguientes al recibo y en caso de retardo, pagará al banco intereses a la tasa pactada en los títulos de deuda.

Por otra parte, de acuerdo a lo indicado en el mentado contrato, la recuperación de cartera puede darse en cualquiera de los siguientes cuatro (4) siguientes escenarios:

**a)** Extrajudicialmente, el abogado puede gestionar la recuperación de la cartera que el Banco le asigne, para lo cual es necesario que se ponga en contacto con el cliente moroso y le proponga la fórmula de arreglo aprobada por el Banco, en cuyo caso el deudor no solo pagará el importe de la obligación sino también los honorarios del abogado, quien a su arbitrio podrá fijarlos tomando como pauta de referencia la tarifa del Colegio Nacional de Abogados, sin sobrepasar los topes máximos allí indicados.

**b)** Fracasada la etapa de arreglo directo, o incluso prescindiendo de ella, el abogado promoverá demanda ejecutiva. En este evento puede presentarse cualquiera de los dos siguientes escenarios: ***a.1)*** con el producto de los embargos (salarios, cuentas bancarias, CDTs, remate de inmuebles o muebles, etc.) recuperar total o parcialmente el valor del crédito liquidado por la autoridad judicial, lo mismo que las agencias en derecho y costas del proceso, si hubiere lugar a ellas; ***a.2)*** en vigencia del trámite ejecutivo, llegar a un acuerdo con el deudor y finalizar el proceso por pago. Ahora bien, en el primero de esos escenarios los honorarios del abogado corresponderían al monto de las agencias en derecho fijadas por el juzgado de conocimiento del trámite ejecutivo; y en el segundo de ellos, el abogado acordaría directamente con el deudor el monto de sus honorarios. En cualquiera de estos casos, señala el contrato base de la acción: *“cuando los honorarios los paguen los deudores directamente al Abogado puede aplicar las tarifas del Colegios de Abogados o, en su defecto, los fijados por el Juzgado como agencias en derecho, sin que en estos casos el Banco deba reconocer suma alguna”.*

**c)** También puede darse el caso en que el cliente moroso, después -o incluso antes- de ser demandado, se presente directamente al Banco y se ponga al día del préstamo que el Banco le había transferido o asignado para su cobro al abogado externo. En este preciso caso, de acuerdo a lo señalado en el precitado contrato de mandato (cláusula 7º), *“Cuando los honorarios deba pagarlos el Banco, en casos de transacción, daciones en pago, remates o adjudicaciones por cuenta del crédito o por recibir el Banco directamente el recaudo con honorarios, se aplicarán las tarifas vigentes en los manuales del Banco para el momento en que deba efectuarse el pago, liquidadas sobre lo efectivamente recibido”.*

**d)** Por último, en aquellos préstamos respaldados por el Fondo Nacional de Garantías (FNG), en el trámite del proceso ejecutivo el Banco es casi siempre subrogado total o parcialmente como acreedor. En este último caso, el de subrogación parcial, el banco no renuncia a la persecución del saldo no cubierto por la garantía financiera, el cual persigue a través de su apoderado, al interior del mismo proceso. En todo caso, sobre el importe de dichos abonos, el mandatario tiene derecho a reclamarle al subrogatario de la obligación un porcentaje destinado al pago de sus honorarios, en la forma indicada en las tablas que para el efecto se manejan al interior del Banco

Todo el conjunto de las pruebas documentales, testimoniales y periciales practicadas en primera instancia favorecen la formación de una idea clara acerca de las condiciones concretas de ejecución del mentado contrato base de la acción.

En efecto, el 26 de junio de 2009 (Fl. 30-39), **el abogado remitió al banco un memorial**, una especie de queja, en la que acepta la gestión directa de 289 procesos activos (a la fecha) y denuncia que en la plataforma digital de seguimiento de procesos (ICS) el Banco no se los había asignado a él sino a otros abogados y oficinas de cobro judicial. Igualmente, en dicho documento también reseñó 17 procesos en los que supuestamente se registraron pagos parciales que el Banco no le informó y sobre los que tiene derecho a reclamar honorarios.

En relación a la devolución de los 160 procesos de los que se habla en la demanda, señala que, antes de la fecha de la carta, *“por instrucciones de la Dra. Liliana Payares y el Dr. Alfonso Reyes, devolvió 160 obligaciones antiguas con sentencia y liquidación del crédito ejecutoriados, donde definitivamente no hubo posibilidad de recuperación.* Y agrega que*, “Con esta devolución la oficina tendría derecho a nuevas asignaciones de crédito que le permitan permanecer y sobrevivir mediante el contrato de marras”*

En respuesta a la queja, observable entre los folios 40 al 54, un año después, el Banco reconocela vigencia de tan sólo 115 procesos asignados correctamente, según la información que arroja la plataforma (ICS) al consultar por el usuario G\_jaramillo, 23 de los cuales están pendientes de asignación. Asimismo, rinde informe pormenorizado acerca de los 17 procesos sobre los que según el reclamante se habían generado honorarios, señalando que 7 de ellos fueron recuperados por la GNC (Gerencia Nacional de Cobranzas), 5 tienen saldo activo, 7 se pagaron en la sucursal y deben cobrarse directamente allí y, por último, en uno de ellos el cliente le pagó directamente al abogado.

Como anexo de aquella respuesta, también es posible apreciar los siguientes documentos: **1)** relación de las cuentas de cobro remitidas por el abogado (Fl. 43), 10 de las cuales, que suman **$5.820.218**, no se habían pagado a esa fecha, según lo reconocido por el mismo Banco en aquel documento, **2)** relación de pagos o desembolsos que el Banco giró a la cuenta del abogado entre los años 2008 y 2010 -28 meses- (Fls. 44-46), que suma **$104.013.644**, discriminados así:

|  |  |
| --- | --- |
| **AÑO** | **MONTO CONSIGNADO** |
| 2008 | $35.952.579 |
| 2009 | $46.070.876 |
| 2010 | $21.990.180 |

**3)** Tres listados, en siguiente orden: ***i)*** listado de procesos en revisión de asignación (23 procesos) (Fl. 50 y s.s.); ***ii)*** listado de procesos activos (115 procesos) (Fls. 54-64) y ***iii)*** el listado de procesos devueltos o en los que el abogado renunció (160 procesos) (Fls 65-74).

Cuando el Banco respondió la demanda allegó con la contestación los comprobantes de pagos mensuales al abogado entre febrero de 2008 y diciembre de 2011 (Fls. 117-139). Los montos son variables, pero se puede constatar que la mayoría de meses (por 28 meses) el Banco consignó al abogado sumas superiores a **$3.000.000 mensuales.** Como soporte de esos pagos, también allegó los extractos de la cuenta de ahorros del demandante, en los que se constata el movimiento de los abonos mensuales entre marzo y diciembre de 2006 (Fls. 140-150) y los trimestrales entre enero de 2007 y diciembre de 2011 (Fl. 141-195).

Así mismo, el Banco allegó copia de 27 depósitos judiciales constituidos a favor del Abogado el 17 de junio de 2011, antes de la presentación de la demanda, que en total suman **$12.257.845**, correspondientes a los supuestos honorarios adeudados sobre procesos ejecutivos en curso (Fls. 196 – 250), cifra que como bien se anotó en la sentencia objeto de salvamento, supera los $3.021.499 que pretendía el actor por los supuestos procesos terminados “sin cancelar”.

Por último, se puede observar entre los folios **251-373** las constancias de las renuncias del apoderado judicial en todos los procesos en los que actuaba como apoderado judicial del Banco, y entre los folios 875 – 890, una larga relación de procesos aportada por el Banco (506 procesos relacionados, 77 renunciados, que corresponden al número histórico de procesos en los que el abogado ha actuado como apoderado judicial del Banco.

**4- DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO**

**Dictamen pericial:** (19 de julio de 2013): Igualmente, en julio 19 de 2013, la perito **LUZ DARY ARANGO LONDOÑO** rindió un primer informe pericial (cuaderno de pruebas, Fl. 1-121) acerca de -como ella misma lo enumera-: 1) documentos, 2) visitas (inspección en juzgados), 3) actuaciones, 4) logística que debió desplegar el demandante para hacer efectivas las medidas cautelares y el avance de los procesos hasta el estado en que se encuentran a la fecha de la inspección. Por cada despacho hace una narración corta omitiendo algunas actuaciones, que, según dice, tienen mejor soporte en la documental aportada con el dictamen.

Sobre este primer informe se observa que la auxiliar de la justicia omite señalar en la relación de procesos ejecutivos: 1) el tipo de producto que el deudor tenía con el Banco, es decir tarjeta de crédito, crédito de consumo, ejecutivo hipotecario etc.; 2) la cuantía del proceso y algunas actuaciones menores al interior de cada uno de los expedientes, por ejemplo: nombramiento de curadores, requerimientos etc.; 3) tampoco indicó el monto del crédito y las fechas de las distintas actuaciones.

También dijo la perito que todos los procesos, un total de 423 inspeccionados, el Banco otorgó poder al demandante y desde la renuncia del demandante, según lo afirma la auxiliar de la justicia, los procesos navegan en solitario, lo que hace que en algunos casos se haya decretado la perención.

Dicho dictamen fue objeto de aclaración y adicción: (Fl. 777-786) por solicitud de la demandante, quien denuncia que la perito sólo se ocupó de revisar 256 procesos que cursan en juzgados civiles de Pereira, de los cuales en 132 de ellos (en el 51%) omitió indicar: fecha de la sentencia, de aprobación de la liquidación del crédito, embargos (de remanentes, por ejemplo), actuaciones en procesos concordatarios, solicitudes de embargos (que lo que verdaderamente refleja la labor investigativa del abogado), presentación de liquidaciones, empeño puesto por el abogado en procura de notificar a los deudores, monitoreo a los secuestres. Adicional a lo anterior, pide claridad respecto de los denominados *“procesos devueltos”*, puesto que la autora del dictamen habla de procesos en los que el abogado presentó renuncia manifestando que el Banco se encontraba a paz y salvo con sus honorarios y otros en los que afirma todo lo contrario. Asimismo, en los casos particulares de los procesos contra la SOCIEDAD TALLER K LIMITADA y ARTURO SALAZAR MARTINEZ, tramitados ante el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Pereira y Primero de Descongestión Civil de Pereira respectivamente, en el cual hubo remate de bienes embargados y no hay detalle del monto del recaudo y en el segundo la reestructuración de la deuda se hizo directamente con el Banco. De otra parte, solicita que se incluyan otros 19 procesos que no aparecen en el dictamen pero si en la relación de procesos activos, Pide igualmente que en todos aquellos procesos en los que hubo subrogación por el Fondo Nacional de Garantías, se indique si dicha subrogación fue parcial o total.

**respuesta de la perito** (Fl. 822-834): señaló la autora del dictamen que en los procesos denominados *“procesos devueltos”* en el expediente aparecen dos renuncias suscritas por el mandatario, una donde renuncia y manifiesta que el Banco se encuentra a paz y salvo y otra, radicada ente enero y finales de febrero de 2013, con posterioridad a la presentación de la demanda, en la que manifiesta, aún en procesos activos, que renunciaba y que el Banco se encontraba en mora del pago de sus honorarios. Igualmente dio respuesta a los demás cuestionamientos de la demandante.

**Nueva solicitud de aclaración** (Fl. 848-849); la apoderada judicial de la demandante solicitó que se rindiera informe sobre los procesos concordatarios (OSCAR FERNANDO ORTÍZ SAAD, que se tramitó en el Juzgado Sexto Civil Municipal de Pereira; RICARDO PEREZ, Juzgado Tercero Municipal; MANUEL AUGUSTO BOTERO BAENA, Juzgado Quinto Municipal y OSCAR FERNANDO ESCOBAR SANZ, Juzgado Segundo Civil del Circuito). **Solicitud de aclaración por parte del juzgado** (Fl. 850 y s.s.); la jueza también requirió a la auxiliar para que rindiera informe sobre los procesos en los que hubo subrogación, al igual que sobre la reestructuración de la deuda de CARLOS ARTURO SALAZAR MARTÍNEZ. En respuesta a este último requerimiento, la auxiliar señaló que la subrogación al FNG en la mayoría de casos fue parcial (Fl. 859-863).

**INTERROGATORIO DE PARTE:** Jesi Joaquín Díaz Perrilla, representante legal del Banco de Bogotá (gerente jurídico) indicó que el contrato de mandato que milita en el proceso es el mismo que se usa para todos los eventos en que el Banco contrata el recaudo de cartera.

**TESTIMONIOS:** de la testimonial recaudada se escucharon las siguientes declaraciones: el señor **GERMAN FUENTES OSORIO**, quien manifestó que funge como abogado externo del banco de Bogotá desde el año 1993, en razón de lo cual conoció al demandante, hace unos 10 años, según él, en una reunión que tuvieron con la Dra. Payares, donde les indicaron que podían devolver unos negocios irrecuperables con el fin de alivianar la carga de mala cartera, pero el Dr. Gregorio no lo vio de “buena forma” porque no les reconocerían honorarios por los mismos, y cree que desde entonces no le volvieron a dar buenos negocios. Manifestó que tiene un contrato de prestación de servicios para recaudar cartera, cuyos honorarios se pagan sobre recaudos efectivos sobre las tarifas que señala el banco que oscilan entre el 10 y el 18%. Dijo igualmente que en algunas ocasiones se hacen acuerdos de pago con el deudor y el banco, e incluso el banco hace condonaciones a clientes. Manifiesta que el banco hace corte mensualmente, que actualmente no se le adeudan honorarios y que le reconocen gastos de procesos, por cada mandamiento de pago una determinada suma, y cuando hay sentencia, otra suma, dependiendo de las tarifas establecidas por la gerencia nacional de cobranzas.

El Dr. **JORGE AUGUSTO CADAVID**, abogado litigante, declaró que fue abogado externo del banco de Bogotá, en cobro de cartera y algo de estudio de títulos. Dijo que cuando ya llevaba un tiempo trabajando con el banco, ingresó el Dr. Gregorio también como abogado externo atendiendo procesos en diferentes municipios al igual que el testigo. Asimismo señaló que todos los abogados externos tienen contrato escrito, menos él, que nunca quiso suscribir contrato; pero sí estuvo sometido a las mismas condiciones señalando consistir éstas principalmente en el recaudo de dineros permitiéndosele al abogado recibir eventualmente dineros en su oficina como cuando el cliente quería pagar y no se encontraba el banco abierto, caso en el que se debía reintegrar el dinero al banco en las siguientes horas hábiles o de disponibilidad de dicha entidad bancaria y pasar la respectiva cuenta de cobro para que se les pagaran los honorarios; que si los gerentes recibían los dineros y no cobraban los honorarios del abogado era imposible recuperar dicho monto, y no se les reconocía gasolina, peajes etc. Asegura que cambiaban el formato del informe que los abogados debían rendir. Que el banco tiene tarifas de honorarios dependiendo el avance del proceso, y cuando no se hacían recaudos efectivos o no había medidas previas no se reconocían honorarios. Agrega que el banco tiene una circular con las tarifas que se les aplica para el pago de honorarios, y cuando los deudores pagaban había que pasar una cuenta de cobro al banco, el cual realizaba la consignación en su caso o un cheque de gerencia, no recordando que les reconocieran gastos de procesos. Dijo que los recaudos los verificaba el banco a través de los informes que presentaban los abogados. Dice que era eventual que los abogados recibieran dinero de los deudores, por ejemplo, un sábado, que no generalmente no se abre el Banco, pero dicho monto debía consignarse al banco y después este pagaba los honorarios al apoderado. Finalmente, dijo que había que rendir informes a muchos gerentes, y el banco, además de esos informes, revisaba los procesos en los juzgados y después les pasaban a los abogados litigantes las inconsistencias lo que estos debían responder explicando. Recuerda que el Dr. Gregorio estuvo en el banco como desde el año 1996 o 1997. Dice que bajo ningún motivo tenían permitido realizar acuerdos, ni siquiera el gerente de oficina puede aprobarlo, éste debe pedir permiso al nivel regional. Por último, señaló que el banco acostumbra pedir devolución de procesos de cartera irrecuperable y que a él le toco devolver algunos sin percibir honorarios. Que el banco convoca a sus deudores en campañas para presentar fórmulas de refinanciación, restructuración sin la presencia del abogado, quien en caso de acuerdo sólo recibe sumas mínimas por concepto de honorarios.

El Dr. **JOSE JOAQUIN LIZCANO**, testificó que también trabajó como abogado externo del banco de Bogotá hasta el año 2004, siendo vinculado mediante contrato de prestación de servicios – formato general para todos los abogados externos-. No le consta que el Dr. Gregorio hubiese suscrito un contrato, pero en razón a la regla general consistente en que todos los abogados externos suscribían uno, supone que el demandante también lo hizo. Dijo que solo reconocían gastos procesales si estos superaban más de medio salario mínimo y sólo pagaban honorarios sobre la cartera efectivamente recaudada, esto es, sobre los resultados. Igualmente dijo que excepcionalmente había recaudo de cartera por parte del banco, caso en el cual se hacía muy dispendiosa la recuperación de los honorarios, señalando que los honorarios los pagaba el deudor y cuando había restructuración generalmente se perdían los honorarios. Cuando el cliente pagaba al abogado se debía consignar al banco y se le entregaba un documento al deudor de dicha cancelación. Nunca devolvió ningún proceso porque todos se recaudaron o se fueron con sentencia a cartera irrecuperable, pero nunca recibió honorarios de procesos donde no hubo recaudo efectivo. Dice que debía presentar informes por escrito o por teléfono como cada 3 meses en la de reunión de análisis de cartera o una vez cada seis meses.

Por su parte, la deponente **MARTHA CECILIA DIAZ MENENDEZ** cuya declaración se rindió en el Juzgado comisionado Primero de Bogotá, señaló que actualmente labora en el banco de Bogotá en el área de cobranzas como gerente de gestión avanzada, debiendo adelantar la cobranza de cartera de moras altas y de cartera castigada, la cual se hace utilizando abogados externos o agencias externas de cobranza, según sea el caso; aseguró conocer al demandante como abogado externo de cobranza judicial del banco de Bogotá, en Pereira y municipios aledaños; siendo vinculado con las mismas condiciones que los demás abogados externos del banco de Bogotá, es decir, mediante contrato de mandato haciéndose cargo de la gestión con sus propios recursos, y que sabe, con conocimiento de causa, que el pago que reciben de honorarios es de los deudores por recaudo en esa gestión de cobranza, pues el banco no paga honorarios. Al ser preguntada sobre el desempeño del actor, manifestó que vienen recibiendo telegramas de diversos juzgados en los cuales se les informa de la renuncia de los poderes por parte del Dr. Gregorio Jaramillo, lo que considera una grave falla y otra en un proceso en el cual el actor realizó un acuerdo de pago con el deudor a 5 años suspendiendo el proceso por ese plazo sin pactar la posibilidad de reanudarlo en caso de incumplimiento, cuya reanudación sólo se podía llevar a cabo en febrero de 2014 y en esos 5 años el deudor no ha realizado ni un solo pago, lo único que realizó fue el pago de honorarios directamente al abogado, y todo sin la autorización del banco, señalando que el proceso es contra GERMAN HINCAPIE. Dijo que en ningún momento presionó al actor para que renunciara a procesos y por el contrario éste solicitó mayor entrega de cartera y así se hizo pero el Dr. Gregorio no presentó las demandas y devolvió los pagarés prescritos. Por último, que el banco respondió uno a uno los interrogantes al Dr. Gregorio y en el caso de Germán Hincapié se le aclaró que el Banco tenía información soportada de que había recibido el pago de sus honorarios directamente del cliente moroso.

**DEPOSITOS JUDICIALES:** Para finalizar el repaso enumerativo de las distintas pruebas que obran válidamente en el expediente y así dar paso al apartado valorativo de estas, conviene señalar que capítulo aparte merece el análisis de los 27 depósitos judiciales que el Banco constituyó a favor del demandante, los mismos que obran entre los folios 196 y 250, de cuyo contenido se concluye:

1. Aquellos títulos de depósito judicial atañen al pago de los honorarios profesionales causados en igual número de procesos judiciales en los que hubo recaudo efectivo, es decir, abonos al crédito.
2. Recordemos que además de los procesos judiciales a los que hizo referencia el actor en la queja presentada al Banco el 26 de junio de 2009 (Fl. 38), a la ya se hizo referencia, también allegó como anexo de la demanda un listado de 32 procesos judiciales en los que supuestamente hubo recaudo efectivo y el Banco le no giró lo correspondiente a sus honorarios profesionales.
3. En este último listado figuran también esos 27 procesos en los que el Banco constituyó depósito judicial.
4. El demandante afirma que los honorarios causados en los 32 procesos enumerados en el predicho documento suman en total **$13.737.788** que supuestamente le adeuda el Banco por concepto de honorarios en procesos con recaudo efectivo.
5. Los 27 depósitos judiciales constituidos el 17 de junio de 2011, 6 meses antes de la presentación de la demanda, suman en total **$12.257.845.** Es decir, la diferencia entre lo reclamado por recaudo efectivo y lo reconocido por el Banco a través de los depósitos judiciales a los que se viene haciendo referencia, es de tan sólo **$1.479.943.**
6. Por último, se puede apreciar que cinco (5) de aquellos treinta y un (31) procesos relacionados por el demandante, no figuran como procesos activos en la relación de procesos incorporada al dictamen pericial rendido en primera instancia, por lo que no es posible verificar si en efecto, tal como lo denuncia el abogado, hubo recaudo efectivo, entre otras, porque ni siquiera en ese listado que presentado con la demanda se indica el monto de tales abonos.

Estas breves impresiones se pueden apreciar al dedillo en el siguiente cuadro, cuyo contenido es el resultado del cotejo de tres documentos: 1) depósitos judiciales, 2) dictamen pericial, y 3) el listado de procesos en mora del pago de honorarios allegado con la demanda.

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **EJE.** | **NNo. Folio.**  **Depost** | **Rad.** | **Juzgado** | **VALOR/ DEPSITO** | **OBSER.** |
| **Luis Octavio Jaramillo Ríos** | 196 | 2006-0389 | 2° Civil Mpal. Santa Rosa | $46.335 | Depósito – Este es uno de los procesos con recaudo efectivo y mora del pago de honorarios, según lo aduce el demandante en el memorial remitido en el 2010 al Banco. |
| **ESTHER DAMARIS ARANGO SALDARRIAGA** | 204 | 2004-0230 | Promiscuo Mpal. Virginia | $62.177 | Depósito – Este es uno de los procesos con recaudo efectivo y mora del pago de honorarios, según lo aduce el demandante en el memorial remitido en el 2010 al Banco. Establece la perito en su experticia que hubo abonos pero no hay prueba de los mismos ni mucho menos de sus montos, (suspendido por abonos) |
| **CESAR LONDOÑO** | 222 | 2001-724 | 1° Civil Mpal. de Pereira | $86.260 | Depósito Se encuentra terminado por pago total de la obligación y reposa oficio del demandante negándose a recibir un título por concepto de honorarios obrando. No se observa las copias del auto que dispuso la terminación por pago ni hay evidencia del valor del recaudo efectivo que se hubiese conseguido. |
| **ALEJANDRO DE JESÚS ARREDONDO** | 234 | 2006-855 | 5° Civil Mpal. Pereira | $59.439 | DEPÓSITO Se reportaron abonos pero no hay evidencia del monto recaudado ni siquiera en los anexos del dictamen; |
| **SOFONIAS CORREA LARGO** | 242 | 2006-0810 | 8° Civil Mpal. Pereira | $648.00 | DEPÓSITO (no se encuentra relacionado dentro de ninguno de los listados de procesos activos, pero el demandante, en un listado anexo a la demanda, lo refiere como uno de los procesos en mora del pago de honorarios. |
| **GERMAN FLOREZ MONSALVE** | 245 | 2006-0793 | 6° Civil Mpal. Pereira | $10.678 | DEPÓSITO Señala la auxiliar que hubo recaudo de algunos dineros producto del embargo de salarios en “calzado Jeny” pero no hay prueba del monto de tales recaudos, y tampoco constancia de terminación del proceso. Nota: Proceso enumerado dentro del listado de procesos activos. |
| **LUCILA RAMIREZ RODRIGUEZ** | 227 | 2006-0010 | 2° Civil Mpal. Dos/das | $76.272 | DEPÓSITO No hay prueba de recaudo efectivo. El Banco consignó los honorarios en un juzgado distinto al que tramita el proceso, tal como se puede apreciar a folio 227. |
| **PABLO FERRER PINEDA TORO** | 228 | 2008-0984 | 2° Civil Mpal. Pereira | $730.656 | No hay prueba de recaudo efectivo (con embargos) |
| **GUILLERMO LEON JIMENEZ SERNA** | 206 | 2003-525 | 2° Civil Mpal. D/das. | $4.937.351 | No hay prueba de recaudo efectivo. |
| **SANDRA RAMIREZ** | 202 | 2008-001 | 1° Civil Mpal D/das. | $62.852 | No hay prueba de recaudo efectivo |
| **JAIRO OSSA OSORIO** | 216 | 2006-0791 | 3° Civil Mpal. Pereira | $29.242 | No hay prueba de recaudo efectivo |
| **RAMON BERMUDEZ GIRALDO** | 214 | 2009-0169 | 1° Civil Mpal D/das. | $280.600 | No hay prueba de recaudo efectivo |
| **MICROTON LTDA** | 230 | 2007-0813 | 3° Civil Mpal. Pereira | $2.386.260 | No hay prueba de recaudo efectivo |
| **CUATRO TIEMPOS LTDA** | 238 | 2008-0082 | 5° Civil Cir. Pereira | $358.890 | No hay prueba de recaudo efectivo |
| **JAIME ALBERTO MUÑOZ GONZALEZ** | 248 | 1998-0420 | 6° Civil Mpal. Pereira | $24.154 | No hay prueba de recaudo efectivo |
| **OSCAR A. JARAMILLO A.** | 196 | 2006-0193 | 2° Civil Mpal. Santa Rosa | $54.375 | No hay prueba de recaudo efectivo |
| **J. FREDY PIEDRAHITA G.** | 246 | 2005-0516 | 6° Civil Mpal. Pereira | $256.184 | No hay prueba de recaudo efectivo |
| **GLORIA INES TOBON TRUJILLO** | 210 | 2008-0350 | 2° Civil Mpal. D/das. | $39.237 | No hay prueba de recaudo efectivo |
| **VIDRIERA UNIÓN LTDA.** | 200 | 2008-0277 | Civil. Cir. D/das. | $887.696 | No hay prueba de recaudo efectivo |
| **MARIA ROMELIA ROJO POSADA** | 208 | 2006-0170 | 2° Civil Mpal. D/das | $82.712 | No se encuentran relacionados en el dictamen y no hay prueba de recaudo efectivo. Sin embargo se puede ver en los folios 208, 212, 219, 220, 224, 236, 240 y 232 las copias de las consignaciones que por concepto de honorarios realizó el banco Bogotá (el valor del depósito se puede apreciar en la columna contigua izquierda) |
| **H. WILSON ÁLVAREZ CARVAJAL** | 212 | 2008-0089 | 2° Civil Mpal. D/das. | $35.100 |
| **ADALBERTO SANCHEZ RAMIREZ** | 219 | 2006-0791 | 1° Civil Mpal. Pereira | $216.337 |
| **ANTONIO VIGOYA CASTAÑO** | 220 | 2004-0853 | 1° Civil Mpal. Pereira | $84.437 |
| **CLARA M HINCAPIE** | 224 | 2007-0697 | 1° Civil Mpal. Pereira | $54.000 |
| **JORGE HUGO MONSALVE ARROYAVE** | 236 | 2006-0043 | 4° Civil Mpal. Pereira | $385.080 |
| **CARLOS ANDRÉS GÓMEZ LÓPEZ** | 240 | 2006-0478 | 7° Civil Mpal. Pereira | $201.588 |
| **JHON FREDY CANO CASTAÑEDA** | 232 | 2006-0800 | 5° Civil Mpal. Pereira | $854.914 |

|  |  |
| --- | --- |
| **TOTAL CONSIGNACIONES** | **$12.257.845** |

**PROCESOS NO RELACIONADOS EN EL DICTAMEN**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **MARIA CONSUELO RAMOS R** |  | Promiscuo Mpal. Virginia | 0 | El proceso no se encuentra relacionado en el estudio pericial ni hay copias en los anexos de dicha experticia y tampoco hay copia del depósito judicial |
| **SANDRA PATRICIA MONTOYA** |  | 1° Civil Mpal. S. Rosa | 0 | El proceso no se encuentra relacionado en el estudio pericial ni hay copias en los anexos de dicha experticia y tampoco hay copia del depósito judicial |
| **JAIRO ANTONIO ROBLEDO** | 2005-056 | Promiscuo Mpal. Viterbo | 0 | (RELACIONADO EN MORA POR EL DEMANDANTE) (Fl. 54) El proceso no se encuentra relacionado en el estudio pericial ni hay copias en los anexos de dicha experticia y tampoco hay copia del depósito judicial |
| **CONSTANTINO BLANDON** |  | 1° Civil Cir. D/das | 0 | El proceso no se encuentra relacionado en el estudio pericial ni hay copias en los anexos de dicha experticia y tampoco hay copia del depósito judicial |
| **SANDRA RAMIREZ H** | 2008-001 | 1° Civil Mpal. Pereira | 0 | Figura como proceso devuelto |

**4- VALORACIÓN PROBATORIA Y CONCLUSIONES**

En relación al contrato con el contrato mandato, contrastado con el interrogatorio de parte, la prueba testimonial y el dictamen pericial, la suscrita puede arribar a la siguiente conclusión:

1. No hay duda de que el contrato de mandato objeto de estudio en esta instancia es un modelo estándar que le sirve al Banco para fijar las pautas generales a las que se someten los abogados externos que cumplen con la labor de recuperar la cartera de las sucursales bancarias distribuidas a los largo del país, pues como el mismo Banco lo reconoce a través de su representante legal, tal documento es el mismo que se usa para todos los eventos en que el Banco contrata el recaudo de cartera, esto quiere decir que el contrato es diseñado por una sola de las partes suscribientes, que por consiguiente asume la posición dominante que se deriva de la condición de forjador de los términos del acuerdo.
2. En ese orden de ideas, aunque esto ya se habló más atrás, conviene recordar que la fuerza normativa del contrato y el deber legal de su cumplimiento por las partes, es el principio y la regla. Siendo ello así, es de suponer que al pactar obligaciones correlativas, los sujetos contractuales actúan como verdaderos legisladores y preestablecen, sin más límites que los fijados por la ley y las buenas costumbres, las pautas definitorias que rigen las condiciones generales y específicas de tiempo, modo y lugar para el cumplimiento de las consensuadas obligaciones o deberes que emanan directamente del convenio, en el cual aparece enunciado la epítome del acuerdo o pacto forjado a partir del consentimiento libre emitido entre iguales.
3. El contrato estandarizado, que guarda similitudes con el denominado contrato de adhesión, ejemplifica la prototípica excepción a la regla general antes planteada, pues el autor de aquella estandarizada minuta, emerge en la escena contractual asumiendo el rol decisivo de exclusivo legislador, es decir, sin consultar la voluntad de su opuesto (o contraparte) contractual, diseña, redacta y define los términos o el esquema general del contrato, que si bien exhibe como el reflejo de la voluntad de los contratantes, en realidad corresponde al anticipado compendio de cláusulas, no pactadas, sino trazadas de manera unilateral por el singular forjador de dichas estipulaciones contractuales.
4. Así, el contrato de marras no fue el producto final de un consensuado convenio entre quienes lo suscribieron, sino todo lo contrario, es una minuta o modelo estándar, en esencia un producto ofertado en el mercado, el cual es ofrecido al gremio de abogados y/o las oficinas de cobranza.
5. De otro lado cabe precisar, que la gestión desarrollada por los *“procuradores judiciales”*, al interior de los pleitos judiciales se sustenta en el “poder” que se les haya otorgado en la forma autorizada en el precepto 65 del estatuto procesal civil y, generalmente lo concerniente a su remuneración está soportada en un “contrato de mandato”, al que se refiere el canon 2144 del Código Civil, indicando que *los “servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a la que está unida la facultad de responder y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”.*
6. El negocio que el Banco describe en el contrato estándar, es uno en el cual el **contratante (Banco)** otorga una suerte de permiso al contratista (Abogado) para que adelante el cobro de sus créditos, es decir, para que persiga judicial y extrajudicialmente el pago de obligaciones bancarias insolutas. Todo ello a cambio de la posibilidad de cobrar sus honorarios profesionales, no al Banco, como sería lo lógico, sino al deudor, como regla general, en quien no solo recae el pago del importe de la obligación -capital e intereses-, sino de los honorarios profesionales que el abogado estime justificados, cuyo tasación no puede superar las tarifas establecidas por el Colegio de Abogados. +
7. El monto de la remuneración que corresponde al negocio contratado, en el caso que ocupa la atención de esta Sala, no tiene carácter cierto y determinado, sino que es contingente y aleatorio, como quiera que su exigencia y cuantía dependen del resultado económico exitoso del proceso. Eso en principio nos permite colegir que la representación judicial del Banco, en algunos procesos en los que no es posible obtener el pretendido recaudo del valor del crédito (o préstamo en mora), la ejercía el mandatario de manera gratuita, lo que *prima facie* no es contrario a la Ley, pues recordemos que el artículo 2143 del C.C. señala que el contrato de mandato podrá ser gratuito o remunerado. No obstante, ello en modo alguno puede interpretarse en el sentido de que es dable que el mandatario asuma por completo los riesgos del negocio.
8. La determinación del monto a cobrar por los profesionales del derecho con ocasión de la prestación de servicios especializados, en principio, se libra al acuerdo de voluntades entre el cliente y el respectivo abogado. Con todo, aunque el problema de la fijación de honorarios parece librado a la autonomía privada y, en ese sentido, irrelevante en términos de derechos fundamentales, esta perspectiva se modifica cuando el pacto genera un extravagante desequilibrio que pone a una de las partes en desventaja con respecto a la otra.
9. Al imponerle el pago de los gastos procesales no excluidos al abogado (mandatario), el Banco desatendió la expresa prohibición de cargar las pérdidas del mandato al mandatario, pues de conformidad con el artículo 2184 del C.C., el mandante está en la obligación de proveer al mandatario lo necesario para la ejecución del mandato, reembolsarle los gastos razonables causados por la ejecución del contrato e indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, o por causa del mandato. 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 menos costo; salvo que le pruebe culpa.
10. Tal como lo advierte la jueza de primera instancia, no se avizora prueba alguna de que el Banco adeude honorarios sobre procesos con recaudo efectivo, con lo cual coincide en la sentencia objeto de salvamento, pero tampoco hay prueba de que el mandante (banco) haya asumido los gastos inherentes a los proceso en los cuales, pese a la diligencia del abogado, no hubo pago de la obligación.

Hasta aquí es muy claro que el clausulado del contrato de mandato en modo alguno crea obligaciones reciprocas, pues la remuneración del mandato no recae sobre el Banco que acude a los servicios del abogado, sino sobre un tercero al que denominaremos “deudor bancario”, con quien el mandatario no tiene una relación directa sino contingente, la cual surge en virtud del alcance del mandato emanado del contrato base de la obligación.

Lo anterior implica que en aquellos casos en los cuales no haya recaudo, el abogado no obtiene ganancia o remuneración alguna, pero en cambio sí tiene la obligación de asumir la mayoría de los gastos del proceso, pues tiene a su cargo el buen destino del proceso ejecutivo, lo que no se muestra fácil para un solo abogado a cargo de casi 500 procesos -si tenemos en cuenta aquellos 160 en los que renunció- pues el negocio debe administrarlo por su cuenta y riesgo, lo cual es impropio del contrato de mandato.

Incluso puede darse el caso en el que el Banco directamente obtenga el pago de la obligación perseguida y el abogado no obtenga nada a pesar de existir un proceso judicial en curso, pues como ya se dijo, la contraprestación por su trabajo la debe obtener directamente del deudor bancario, no del mandante, lo cual desdibuja la naturaleza legal del contrato de mandato.

Es que este tipo de contratación ni siquiera puede denominarse de “cuota litis” o sujeta al resultado, ya que bajo dichas modalidades del mandato la remuneración del abogado debe ser descontada del producto obtenido. Tampoco podría hablarse de cesión de derechos litigiosos, pues en esta modalidad contractual el cedente transfiere un derecho aleatorio y el adquirente se hace a las resultas del juicio en curso, pudiendo exigir éste a aquel tan solo responsabilidad por la existencia misma del litigio.

En cambio, bajo la figura de un supuesto contrato de mandato, el banco contrató los servicios del abogado, quien se comprometió no solo a impulsar el cobro coactivo de la cartera castigada del banco, sino también a la presentación de informes, la administración jurídica y logística de los procesos y a la canalización del recaudo a favor del Banco; y este último, a su vez, se comprometió a descontar del recaudo el pago del porcentaje que el deudor destine a los honorarios del abogado, bajo las reglas tarifarías impuestas por el Banco mismo.

La conclusión es que el Banco no podía dejar la remuneración del mandatario en manos de un tercero, pues esto en la práctica vuelve gratuito el mandato en aquellos procesos ejecutivos sin recaudo, lo cual no es prohibido según los preceptos civiles que regulan la materia, pero la gratuidad debe pactarse, lo cual no ocurrió ateniéndonos al contenido mismo del contrato de mandato adosado al proceso. Lo cierto es que el contrato de mandato objeto de análisis en esta instancia, simplemente no regula lo atinente a la remuneración a cargo del Banco, pues excluye la posibilidad de pagarlos con sus propios recursos en aquellos procesos en los cuales no haya sido posible el recaudo, y en los que sí lo hubo, los pone a cargo del deudor bancario (tercero), lo cual, se itera, desnaturaliza la modalidad contractual bilateral del mandato. A falta de esa regulación, sobre procesos sin recaudo, se debió imponer al banco el pago de los honorarios del abogado, pues el contrato de mandato pactado (el allegado al proceso) no es gratuito sino oneroso.

Bajo tal presupuesto, considero que la cláusula de no remuneración en caso de falta de recaudo efectivo es abusiva y va en contravía de la preceptiva legal imperante, puesto que en la práctica socava el equilibrio prestacional, abusa de su derecho y de su específica posición, de ordinario dominante o prevalente, en franca contravía del derecho a la remuneración del prestador del servicio profesional

Ello así, considero que para lograr el equilibrio contractual, la Sala debía condenar al pago de la suma calculada sobre aquellos procesos sin recaudo en los que el mandatario actuó hasta más allá de la etapa de liquidación del crédito en los procesos ejecutivos cuyo ejecutante es el banco demandado.

De esta manera dejo planteados los argumentos de mi desacuerdo con la decisión de la referencia.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**Magistrada**

1. ***.****La primera ley en Colombia de este tipo es la Ley 142 de 1994, ley de servicios domiciliarios, que en su artículo 133 establece un listado de cláusulas que serán consideradas como abuso de la posición dominante. La Ley 1328 de 2009 también contempla un listado de prácticas que se consideran abusivas y que están prohibidas para las entidades vigiladas por la Superintendencia de Industria y Comercio.* [↑](#footnote-ref-1)
2. ***.*** *También denominado "interpretatio contra stipulatorem (interpretación contra estipulación)", establece que cuando no es posible hacer una interpretación literal de un contrato por causa de cláusulas ambiguas o contradictorias, la interpretación no deberá beneficiar a la parte que redactó esas cláusulas, ocasionando la oscuridad.* [↑](#footnote-ref-2)