



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**

**Magistrado ponente**

**SC5669-2018**

**Radicación n.º 11001-31-03-001-2012-00150-01**

(Aprobado en sesión de treinta de mayo de dos mil dieciocho)

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

La Corte decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida el 22 de mayo de 2015, en el proceso ordinario de la referencia.

## **I. EL LITIGIO**

### **A. Las pretensiones**

Suescún & de Brigard Abogados Consultores Ltda. demandó a Bancolombia S.A. para que se declare que: *a)* celebraron un contrato para la representación de la última en el proceso arbitral que instauró contra Jaime Gilinski Bacal; *b)* sus términos fueron los pactados en las cartas de 29 de mayo de 2000 y 21 y 22 de septiembre de 2009; *c)* la demandada *«no obró conforme al principio de la buena fe en la*

*ejecución de los contratos... en relación con el acuerdo de honorarios»; d) las condiciones «de las cuales pendía la causación y exigibilidad de los honorarios» se cumplieron el 21 de junio de 2010, cuando se ejecutó el acuerdo de transacción al que llegaron la demandada y su contraparte en el laudo; e) por lo anterior, deberá pagarle \$4.123'823.247, más los intereses de mora, por concepto de honorarios; f) en caso de que no prospere la anterior pretensión, que sea condenada a pagar la suma mencionada, o la que se demuestre, por «el monto integro de los perjuicios derivados del incumplimiento de su deber de obrar conforme al principio de buena fe en la ejecución de los contratos...» más los intereses de mora (folio 889, cuaderno 1).*

## **B. Los hechos**

1. Suescún & de Brigard Abogados Consultores Ltda. se comprometió a representar a Bancolombia S.A. en el tribunal de arbitramento en el que convocó a Jaime Gilinski Bacal, cuyo propósito fue lograr el reconocimiento de unas reclamaciones por contingencias.

2. Bancolombia, por contrapartida, se obligó a remunerar su gestión mediante el pago de «*honorarios fijos*» por US\$ 100.000, y «*honorarios de éxito variables*» que se calcularían sobre la base del valor de las contingencias reconocidas y costas procesales «*efectivamente recuperadas*». Estipularon que si los contendientes llegaban a un acuerdo con anterioridad a los alegatos de conclusión, los honorarios de éxito serían el 2% de tales contingencias, y si el arreglo

era posterior, los honorarios serían el 4%. Ese pacto se materializó mediante un documento de 29 de mayo de 2000 (folio 66, cuaderno 1).

3. La actora, en representación de Bancolombia, presentó la demanda y formuló pretensiones por \$ 51.000'000.000.

4. El tribunal de arbitramento profirió el laudo el 30 de marzo de 2006, y en él condenó al convocado al pago total de \$ 63.580.560.552, correspondientes al valor de unas reclamaciones, con actualización monetaria e intereses. (folio 378, cuaderno 1).

5. Jaime Gilinski Bacal formuló el recurso extraordinario de anulación contra la anterior providencia, con sustento en las causales 2ª y 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

6. El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 26 de febrero de 2008, anuló el laudo arbitral por encontrar acreditada la causal 2ª aludida, porque el tribunal de arbitramento no se constituyó en forma legal. En consecuencia, se abstuvo de estudiar el otro motivo de anulación (folio 479, cuaderno 1).

7. Bancolombia, representada esta vez por el abogado José Fernando Ramírez Gómez, presentó una acción de tutela y alegó que la anterior providencia quebrantó sus derechos fundamentales.

8. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 28 de marzo de 2008, resolvió la acción constitucional y concedió el amparo transitorio por advertir diversos errores «sustantivos», «orgánicos», «incoherencias» y «déficit argumentativo». Ordenó, en consecuencia, que se suspendieran los efectos de la sentencia hasta que se resolviera el recurso de revisión contra la misma, por considerar que esta última vía procesal era la adecuada para resolver de fondo el asunto (folio 530, cuaderno 1).

9. El fallo de tutela fue impugnado.

10. Mientras se tramitaba la aludida impugnación, Bancolombia, representada por el abogado José Fernando Ramírez Gómez, presentó el recurso de revisión contra la sentencia de anulación, con sustento en la causal 8ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil (folio 627, cuaderno 1).

11. La Sala de Casación Laboral de la Corporación, el 13 de mayo de 2008, revocó la decisión censurada, porque el accionante tenía otro medio de defensa judicial, como lo era el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia que anuló el laudo, y, además, no se demostró un perjuicio irremediable, ya que existía una garantía fiduciaria por US\$ 30'000.000 constituida, precisamente, para garantizar el pago de las contingencias.

12. Entretanto, Jaime Gilinski Bacal presentó una acción de tutela contra HSBC Fiduciaria S.A., porque esta se había negado a levantar una garantía fiduciaria que constituyó a favor de Bancolombia S.A.

13. La Juez 16 Civil Municipal de Bogotá le ordenó a HSBC Fiduciaria S.A. que *«liquide el fideicomiso a que se contrae el contrato de fiducia mercantil y restituya la garantía atendiendo el contrato preanotado»* (folio 726, cuaderno 1).

14. La citada decisión fue ratificada por el Juez 26 Civil del Circuito del mismo lugar el 29 de mayo de 2009 (folio 749, cuaderno 1).

15. Luego de algunas conversaciones previas, Suescún & de Brigard formuló a Bancolombia una *«contrapropuesta»* para modificar sus honorarios pactados en el año 2000.

16. El 21 de septiembre de 2009, la demandada presentó una nueva propuesta en los siguientes términos: a) le pagaría \$ 700'000.000 *«como reconocimiento por las labores ejecutadas después del laudo y también como contraprestación a la asesoría permanente, hacía el futuro, en los diversos asuntos que conformaban el que el Banco denominó 'Proceso Institucional — Caso Gilinski'»*, suma deducible de los honorarios de éxito pactados en el año 2000; b) también una comisión de éxito, que se causaría cuando *«se consolide el derecho en cabeza del banco»*, entendido esto como una decisión en firme que permita perseguir su pago, y cuando *«se recupere y efectivamente se recaude el valor que*

se le adeuda...». Se estableció que el monto sería el 4% de lo que *«efectivamente se recaude»*.

17. La anterior propuesta fue aceptada el 22 de septiembre de 2009.

18. En esa época estaban pendientes de decisión el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia que anuló el laudo arbitral; la revisión, por parte de la Corte Constitucional, del fallo de tutela que ordenó levantar la garantía fiduciaria; y varias acciones penales *«instauradas o patrocinadas por Gilinski»*. Las perspectivas judiciales del banco eran buenas.

19. La Corte Constitucional, en fallo de 7 de diciembre de 2009, revocó la sentencia que ordenó levantar la garantía fiduciaria, declaró improcedente el amparo solicitado por Jaime Gilinski Bacal, y le ordenó *«restituir la garantía fiduciaria»* (folio 773, cuaderno 1).

20. En junio de 2010, Bancolombia le solicitó a Suescún & de Brigard, y a todos sus demás abogados externos involucrados en el caso, que revisaran un proyecto *«de acuerdo transaccional con Gilinski»*. Dicho acuerdo *«fue gestado, convenido, perfeccionado y ejecutado»* sin su intervención, y sin que *«conociera sus términos y condiciones finales»*.

21. El 22 de junio de 2010, el banco le remitió una comunicación en la que le informó sobre el acuerdo de

transacción, con el cual zanjó todas sus diferencias con Gilinski y produjo el desistimiento del recurso extraordinario de revisión y la cesación de las acciones tendientes a obtener la restitución de la garantía fiduciaria, así mismo, la terminación de las acciones penales y demás causas judiciales.

22. La Corte Suprema de Justicia aceptó el desistimiento del recurso extraordinario de revisión el 7 de julio de 2010 (folio 699, cuaderno 1).

23. La transacción aludida implicó que los honorarios de éxito ya no pudieran *«de manera cierta y definitiva, acaecer en el futuro...»*, pues se requería la decisión favorable del recurso de revisión contra la sentencia de anulación.

24. Sin embargo, en tal momento la obligación de pago de los honorarios se hizo exigible, al existir una decisión en firme y un efectivo recaudo de las condenas.

25. Por lo anterior, remitió a Bancolombia una comunicación en la que le formuló *«algunos planteamientos en relación con el tema de la causación de los honorarios»*, cuyos términos fueron rechazados de plano por la destinataria.

### **C. El trámite de las instancias**

1. Admitida la demanda, el 27 de marzo de 2012, se dispuso su traslado a la demandada (folio 890).

2. Bancolombia S.A. se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones que llamó: *«el acuerdo de honorarios de septiembre de 2009 no modificó el acuerdo de honorarios de mayo de 2000, son dos acuerdos distintos», «la condición a la que se sujetó la condición de éxito era ‘mixta’, «la buena fe de Bancolombia y la mala fe de Suescún & de Brigard», «incumplimiento del deber de Suescún & de Brigard de advertirle a Bancolombia que la transacción era un ‘medio ilícito’, «la condición suspensiva a la que se sujetó la comisión de éxito no se cumplió», «inexistencia de cumplimiento ficto de la condición. Bajo la legislación colombiana la única razón para que una condición suspensiva tenga por cumplida es que el deudor haya empleado medios ilícitos para impedirla», «nadie puede alegar su propia culpa ni ir contra sus propios actos: Suescún & de Brigard conocía la posible celebración del contrato de transacción que afectaría el reconocimiento y pago de la comisión de éxito», «la decisión favorable del recurso de revisión no implicaba el cumplimiento de la condición suspensiva», e «incumplimiento de la obligación de mitigar los daños» (folio 958, cuaderno 1).*

3. El juzgador de primera instancia, en providencia de 25 de octubre de 2013, negó las pretensiones (folio 1381, cuaderno 1).

Adujo que las condiciones pactadas en relación con los honorarios variables no se dieron, pues nunca se recaudaron efectivamente las sumas perseguidas. Además, Bancolombia actuó siempre con diligencia, prudencia y pericia, y era



legítimo que buscara un acuerdo de transacción para terminar todos sus litigios.

4. La demandante apeló.

#### **D. La sentencia impugnada**

El Tribunal Superior de Bogotá, el 22 de mayo de 2015, modificó la decisión apelada para declarar que las partes celebraron un contrato con el fin de que la demandante representara a la demandada en un proceso arbitral. En lo demás, la confirmó.

Consideró que se acreditó la existencia del acuerdo para la representación judicial aludido en las pretensiones, lo que reconoció la citada.

Las partes, el 29 de mayo de 2000, pactaron sobre la representación de Bancolombia en un proceso arbitral, y luego, el 21 de diciembre de 2009, convinieron sobre *«la asistencia jurídica prestada a la entidad crediticia»* a continuación del laudo. Es decir, existieron dos acuerdos diferentes en los que establecieron, en cada uno, *«honorarios fijos y de éxito»*.

La demandante, en virtud de tales contratos, recibió por honorarios fijos US\$ 100.000 y \$ 700'000.000.

Los honorarios de éxito, que se pactaron a *«cuota litis»*, quedaron supeditados a la existencia de una decisión

ejecutoriada y al recaudo de la condena, es decir, a una condición suspensiva que no se cumplió.

La demandante podía disponer libremente del litigio mediante la transacción, figura jurídica que faculta a los contendientes a abdicar de sus pretensiones mediante concesiones recíprocas, acto que no es ilícito.

## **II. LA DEMANDA DE CASACIÓN**

La demandante formuló cinco cargos, los cuatro primeros con sustento en la causal primera, y el quinto en la segunda.

Como lo ordena el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, los cargos se estudiarán en orden lógico. En primer lugar, el «quinto», en el que se alegó un defecto de procedimiento, y luego, de manera conjunta, los restantes, sustentados en la infracción directa e indirecta de la ley.

### **CARGO QUINTO**

Con sustento en la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, alegó que el juzgador *«a la hora de sentenciar fue omisivo y dejó de lado, sin razón conocida, cierta pretensión»*.

En su demanda, de forma subsidiaria, solicitó que se condenara a Bancolombia a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de su deber de obrar de buena fe.

El Tribunal, sin embargo, estudió y desestimó las pretensiones sustentadas en el cumplimiento de las condiciones pactadas, pero desdeñó el estudio del resarcimiento antes aludido. Su sentencia fue *«mínima petita»*.

### **CONSIDERACIONES**

1. El vicio de procedimiento denunciado, en la categoría de *«mínima petita»*, se manifiesta cuando la sentencia no resuelve los temas que eran objeto del proceso, teniendo en cuenta los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades establecidas por el legislador, o cuando el fallador no resuelve sobre *«circunstancias extintivas del derecho reclamado que ameriten pronunciamiento oficioso»* (CSJ. SC. 20 de septiembre de 2016).

Tal defecto comporta una desatención de los preceptos adjetivos que enmarcan la actividad del juzgador, que establece el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos:

*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

*No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por*

*objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.*

*Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.*

*En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.*

La falta de congruencia no se configura, en principio, en aquellas determinaciones completamente adversas a los intereses del accionante, o por su simple inconformidad con el resultado del proceso:

*... el referido error de procedimiento, como regla general, no puede edificarse frente a sentencias absolutorias, las cuales, como es obvio, traducen la negación del derecho pretendido, sin que interesen a esta causal los motivos que haya tenido el juzgador para arribar a esa decisión. "Siempre que el sentenciador resuelva sobre la totalidad del litigio -ha precisado la Sala-, no existe ninguna transgresión al principio de la congruencia entre lo pedido y lo resuelto, como quiera que, en tal caso, se cumple a plenitud con la función jurisdiccional en ese proceso, sin que para ello tenga trascendencia si al decidir se acogen o se deniegan las pretensiones de la demanda, pues, en el evento de que el fallo sea adverso al actor, éste no resulta incongruente, ya que 'distinto de no decidir un extremo de la litis es resolverlo en forma adversa al peticionario. En el primer caso el fallo sería incongruente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la*

*causal segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que sólo podría ser impugnado a través de la causal primera si con él se violó directa o indirectamente la ley sustancial. De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones del demandante, lo que a todas luces es inaceptable' (LII, 21; CXXXVIII, 396 y 397)" (CCXLIX, Vol. I, 748). (Citada en CSJ SC 19 ene. 2005, rad. 7854).*

Esa regla general se quiebra cuando el fracaso de las pretensiones es producto de un abuso en las potestades del fallador, porque se separa de los límites trazados por los litigantes. En efecto:

*... el criterio atinente a que la sentencia totalmente absolutoria no es susceptible de ser cuestionada por la vía de la inconsonancia se atempera en algunos casos, como cuando el fallador se aparta sustancialmente de la relación fáctica expuesta por las partes en la demanda o en su contestación para acoger sin fundamento alguno, su personal visión de la controversia, esto es, "al considerar la causa aducida, no hace cosa distinta que despreocuparse de su contenido para tener en cuenta únicamente el que de acuerdo con su personal criterio resulta digno de ser valorado", o expresado de otra manera, corresponde a "un yerro por invención o imaginación judicial, producto de la desatención o prescindencia de los hechos de la demanda" (Sent. 225 de 27 de noviembre de 2000, expediente 5529); y, en segundo término, cuando, en tratándose de excepciones de fondo, declara probada alguna de las que por mandato legal deben ser invocadas expresamente por la demandada, como son la prescripción, la nulidad relativa y la compensación, ya que "no es factible descartar que un fallo de ese linaje sea el producto de haberse declarado una excepción respecto de la cual no operaba el*

*principio inquisitivo, como la prescripción, la compensación o la nulidad relativa, excepciones estas que, como se sabe, para su estudio y reconocimiento deben 'alegarse en la contestación de la demanda' (artículo 306 del Código de Procedimiento Civil)", sentencia de casación N° 007 de 7 de febrero de 2000, reiterada en la N° 166 de 24 de noviembre de 2006, expediente 9188). (CSJ 29 jul. 2009, rad. 2001-00770).*

2. En este caso no se produjo ninguna omisión por parte del Tribunal.

El juez de primera instancia negó la totalidad de las pretensiones, y tal decisión fue apelada por la demandante.

El *ad quem*, en su sentencia, modificó la providencia impugnada para declarar probada, únicamente, la pretensión «primera» de la demanda, en la que actora solicitó que se declarara que entre las partes «se celebró un contrato para la representación judicial de Bancolombia S.A. en el proceso arbitral instaurado por esa entidad contra Jaime Gilinski Bacal ('Gilinski')». En lo demás, confirmó la decisión desestimatoria del *petitum*.

Tal decisión comprendió, entonces, la totalidad de lo pedido por la demandante, tanto de forma principal como subsidiaria, razón por la que el yerro denunciado no se produjo.

Además, la pretensión «subsidiaria de la pretensión Quinta», que el recurrente adujo no haber sido resuelta, consistente en que se condenara a la demandada a pagar «los

*perjuicios del incumplimiento de su deber de obrar conforme al principio de la buena fe en la ejecución de los contratos...»,* sí fue objeto de análisis y resolución.

En efecto, la demandante, cuando sustentó su recurso de apelación *«en relación con el rechazo de las pretensiones tercera y quinta subsidiaria de la demanda»*, alegó que Bancolombia quebrantó los deberes que imponía la buena fe contractual por celebrar el contrato de transacción con Gilinski, porque no reparó *«en los efectos de sus actos frente a los abogados, o siendo consiente de tales efectos... frustró los intereses legítimos de Suescún & de Brigard al amparo del acuerdo de honorarios convenido entre estas partes»* (folio 30, cuaderno 7).

Esa pretensión sí fue materia de pronunciamiento, tanto en la parte resolutive —que la solucionó de forma negativa—, como en la considerativa, en donde el Tribunal consideró:

*... era perfectamente viable el arreglo mediante el cual Bancolombia S.A., le puso fin al pleito promovido contra los Gilinski, a pesar de haber pactado una 'cuota litis', si llegaban a prosperar las súplicas impetradas en ese juicio, por estar avalada, en el artículo 2469 del Código Civil, la posibilidad de que las partes mediante un contrato terminen extrajudicialmente un litigio pendiente.*

*Así las cosas, encontrándose amparada en el ordenamiento patrio, la facultad de transigir las pretensiones de un pleito en curso,*

*ninguna ilicitud puede atribuírsele al convenio efectuado por el banco accionado con los Gilinski, y tampoco puede pregonarse que tal negociación tuvo un propósito fraudulento, pues ninguna prueba hay de ello en el juicio.*

Es decir, el Tribunal consideró que la conducta que la demandante le recriminó a su contraparte, la que calificó como un incumplimiento de su deber de obrar de buena fe, estuvo conforme al ordenamiento, y descartó la ilicitud y el ánimo de defraudar de la misma, con lo que dirimió de forma completa dicha discusión.

La acusación, por lo visto, no prospera.

### **CARGO PRIMERO**

Alegó la violación de los artículos 1530, 1531, 1536, 1540, 1541, 1542, 2142, 2143, 2144 y 2184 del Código Civil, por errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

El juzgador sostuvo que los acuerdos de honorarios concretados en los años 2000 y 2009 fueron distintos, pese a que, aunque existían algunas variables, versaron sobre la misma controversia y en ellos intervinieron las mismas partes.

Dejó de ver que la utilidad del contrato para la demandante radicaba en los honorarios variables, de magnitud económica superior a los honorarios fijos.



No tuvo en cuenta la duración inesperada del trámite arbitral —más de nueve años—, razón por la que la demandante, en comunicación de 7 de mayo de 2009, sugirió reconsiderar el asunto y pretendió *«un acoplamiento contractual»*, que aceptó Bancolombia, lo que también quedó en evidencia en el documento de 21 de septiembre de 2009, y en el visible a folios 82 a 84 del cuaderno principal. No fue, por ende, un nuevo pacto.

Fue inexacta la afirmación según la cual las partes llegaron a un segundo acuerdo porque las circunstancias del primero no se dieron. El ajuste de honorarios fue consecuencia del largo tiempo transcurrido.

Si el Tribunal no se hubiera equivocado de tal forma, su conclusión hubiese sido que *«siempre operó la cláusula de que los honorarios de éxito se causaban si el pleito finalizaba por un acuerdo entre las partes, y en consecuencia habría reconocido tales honorarios a los abogados»*.

## **CARGO SEGUNDO**

Denunció la violación directa de los artículos 1500, 1501, 1602, 1603, 2142, 2143, 2184, 2469, 2483 del Código Civil y 1264 del Código de Comercio.

Aunque se admitiera que se trató de dos acuerdos distintos, jurídicamente son de recibo *«los honorarios pactados quota litis en caso de transacción»*.

Es de la naturaleza del mandato su remuneración, aún en caso de que no se estipule. Este derecho no se desvirtúa porque las partes transijan sus diferencias en el juicio, razón por la que no cabe distinguir, para establecer el derecho al pago, si el proceso terminó con sentencia o por acuerdo entre los litigantes.

Con el acuerdo de transacción, que equivale a un fallo, se dieron las condiciones establecidas para la *«causación de los honorarios de éxito»*, pues el banco consiguió las acreencias que perseguía.

El pacto *«quota litis da lugar a que el abogado sea cotitular eventual de la cosa que se litiga»*, ya que el mandante consiente en ceder al mandatario una porción de la cosa que disputa. Existen, entonces, intereses mancomunados.

### **CARGO TERCERO**

Acusó el quebranto de los artículos 1497, 1501, 1530, 1531, 1539, 1540, 1541, 1602, 2142, 2143, 2144, 2184, 2469, 2482 y 2483 del Código Civil, y 1264 del Código de Comercio, por errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

El *ad quem* entendió que los honorarios de éxito dependían de una decisión judicial, mediante la cual la demandada recuperara efectivamente el valor que se le adeudaba. En tal razonamiento no tuvo en cuenta que era necesaria una decisión en firme, judicial o no, y la

transacción lo era.

Desfiguró el contenido de lo que las partes acordaron en el año 2009, cuando refirieron que era necesaria, para el pago de los honorarios, una decisión en firme, mas no judicial; dejó de lado lo que expresó la demandada en su contestación, en el mismo sentido; no advirtió que la contienda fue de contenido eminentemente económico, razón por la que ese fue el objeto de la transacción, y ello se desprende de los testimonios de Ricardo Calvete Rangel y Jorge Londoño Saldarriaga; no tuvo en cuenta los estados financieros de Bancolombia, en los que se reportó como *«derechos contingentes a favor de Gilinski»* la suma de \$ 375'000.000, y como derechos contingentes a su favor, avaluados para la fecha del laudo, \$ 63.216'000.000, *«lo cual lo hizo notar también el peritaje del experto financiero...»*.

Se comprobó que la parte demandada *«sacrificó su contingencia favorable a cambio de exonerarse de la contingencia favorable a Gilinski, con notoria ventaja patrimonial...»*.

### **CARGO CUARTO**

Denunció la transgresión de los artículos 1500, 1501, 1530, 1534, 1538, 1539, 1540, 1602, 1603, 1618, 1624, 2142, 2143, 2144, 2184, 2469, 2482 y 2483 del Código Civil, y 871 y 1264 del Código de Comercio, por errores *«unas veces enteramente jurídicos, y en otras de tipo fáctico»* al apreciar las pruebas.

El inciso 3.º del artículo 1538 del Código Civil establece que si el deudor condicional se vale de medios ilícitos para que la condición no se cumpla, esta se tendrá por cumplida.

El contratante debe obrar de buena fe, que consiste en un actuar diligente y acucioso, y no puede frustrar que se cumpla una condición. El Tribunal consideró que la transacción era un negocio autorizado por la ley, y por tal causa no podía ser ilícito, sin atender que el contratante debe *«recordar qué leyes contractuales, asumidas con anterioridad, debe respetar»*. La transacción no puede aniquilar los derechos ajenos.

El juzgador no se percató de que el móvil para replantear los honorarios en el año 2009 fue el perjuicio que padecieron los abogados por la duración del arbitramento y su impugnación; se equivocó al considerar que los abogados declinaron de sus honorarios en caso de transacción, lo que era un *«imposible lógico»*, atendiendo a que los *«honorarios verdaderamente importantes»* eran los de éxito, y que las últimas decisiones en el asunto fueron favorables para los intereses de Bancolombia; dicha parte, además, reconoció, en la comunicación de 31 de agosto de 2010, que no tomó sus decisiones pensando en los intereses de sus abogados, con lo que confesó su deslealtad; la expresión *«medios ilícitos»* debe interpretarse dentro del marco de las fuentes de las obligaciones, sin que se equipare, simplemente, con el dolo.

El proceder del banco no se justifica, estaban en juego

intereses económicos, y ningún interés superior impedía que atendiera los intereses de sus abogados. Su actuar fue negligente, imprudente, desleal. Transigió en su propio interés, pero en desmedro de otros.

### **CONSIDERACIONES**

1. La Sala resolverá conjuntamente los cuatro cargos, que comprenden un ataque íntegro a los fundamentos de la sentencia.

2. De acuerdo con el artículo 2144 del Código Civil, *«los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato»*.

En la definición del contrato de mandato, a la que hace mención esa disposición, contenida en el artículo 2142 *ejusdem*, está explícita la condición consistente en que la gestión del mandatario se haga *«por cuenta y riesgo»* de su mandante o comitente.

Esa característica es propia del contrato de mandato. Lo diferencia del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, o del de confección de una obra, de que tratan los artículos 2053 a 2069 de la citada codificación, que aunque comparten una regulación similar en algunos aspectos, poseen marcadas diferencias, siendo una de ellas,

que en estos últimos el deudor carece de la facultad de representar a su contratante.

Para que haya mandato, entonces, *«no basta que una persona confíe a otra y ésta se encargue de la gestión de uno o más negocios, no basta que una persona se obligue a hacer una cosa para otra, porque esta obligación se encuentra en todos los contratos que tienen por objeto un hecho; es necesario que el que se hace cargo de los negocios, los haga por cuenta y riesgo del que se los confía, o en su nombre...»* (CSJ. 6 de diciembre de 1899 G XV-1).

La labor de un profesional del derecho, y en general los servicios que prestan quienes estudian *«las profesiones y carreras que suponen largos estudios»*, puede reunir los requisitos propios del mandato o derivar en contrato diferente. Es necesario establecer, para determinar en cuál de tales contratos se enmarca su gestión, si el obligado adquiere la obligación de representar judicialmente *«a otra persona»*, llamado comitente o mandante, o si, por el contrario, dicha condición no hace parte del acuerdo.

Así, en la simple elaboración de una minuta o la emisión de un concepto jurídico no existe aquella *«facultad de representar y obligar a otra persona»*, y, por ende, en tales casos la gestión no se sujeta a las reglas del mandato, sino a las que regulan los contratos para la confección de una obra material o de arrendamiento de servicios inmateriales.

La remuneración de uno y otro caso está prevista en los artículos 2054 y 2143 del Código Civil, normas que facultan a las partes para que señalen *mutu proprio*, el valor de la gestión y, supletoriamente, establecen las reglas para su definición.

La primera disposición, aplicable al contrato de confección de una obra material, y también al arrendamiento de servicios inmateriales por la remisión del artículo 2063 *ejusdem*, establece que «*si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de este, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos*», y el segundo precepto, sobre el mandato, indica que éste «*... puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez*».

3. En este caso, el litigio versó sobre el cumplimiento de lo pactado por Bancolombia S.A. y Suescún & de Brigard Abogados Consultores Ltda. en los documentos de fecha 29 de mayo de 2000, y 21 y 22 de septiembre de 2009, según se alegó en la demanda y lo admitió la citada en su contestación.

En el primero de esos escritos, se expresó que las partes convinieron los honorarios «*para la representación del Banco en el proceso arbitral que habrá de instaurarse para resolver las diferencias surgidas con los señores Gilinski*».

Tal tipo de servicio se encuentra contemplado en el inciso segundo del artículo 75 del Código General del Proceso, que establece:

*... podrá otorgarse poder a una persona jurídica cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios jurídicos. En este evento podrá actuar en el proceso cualquier profesional del derecho inscrito en su certificado de existencia y representación legal. Lo anterior, sin perjuicio de que la persona jurídica pueda otorgar o sustituir el poder a otros abogados ajenos a la firma.*

Para las fechas en que las partes contrataron, esto es, en los años 2000 y 2009, dicha norma no estaba vigente. Sin embargo, tal acuerdo, consistente en la celebración de un contrato con una persona jurídica para que esta represente al contratante en una contienda judicial, mediante la designación de un abogado, no estuvo proscrito por la ley, ni contraviene el orden público. Además, la labor de la demandante en virtud del mencionado vínculo no fue puesta en duda por su contraparte, que solo se opuso a la remuneración en la forma que pretende.

Allí, las partes estipularon el pago de honorarios «fijos» por US\$ 100.000, y otros «variables» por tal gestión.

Estos últimos, que también llamaron «de éxito», acordaron calcularlos sobre la base del valor de «las contingencias reconocidas a favor de los demandantes, incluyendo costas procesales, y efectivamente recuperadas mediante la ejecución de la garantía constituida por los



*vendedores del Banco de Colombia o por cualquier otro medio...», y precisaron que si las partes llegaban a un acuerdo antes de la presentación de los alegatos de conclusión, los honorarios variables corresponderían al 2% de las «contingencias recuperadas», en cambio, si se profería el laudo, o los litigantes llegaban a un acuerdo con posterioridad a los alegatos, los honorarios serían el 4% de dichas contingencias recuperadas.*

La actora asumió la representación judicial de Bancolombia en el trámite arbitral. El laudo respectivo, proferido el 30 de marzo de 2006, fue favorable a los intereses de la citada entidad (folio 376, cuaderno 1).

No obstante, el convocado formuló el recurso extraordinario de anulación contra esa providencia, y en razón del mismo el Tribunal Superior de Bogotá, el 26 de febrero de 2008, la anuló (folio 479, cuaderno 1).

Bancolombia, esta vez representada por un profesional sin relación con Suescún & de Brigard Abogados Consultores Ltda., presentó una acción de tutela, porque consideró quebrantadas sus garantías. La Sala de Casación Civil de la Corte amparó transitoriamente sus derechos, pero la Sala de Casación Laboral, por vía de impugnación, revocó el fallo y negó la protección solicitada. En conclusión, la providencia que anuló el laudo quedó en firme (folio 552, cuaderno 1).

La entidad bancaria, representada por un abogado distinto a la demandante, el 30 de abril de 2008 presentó un

recurso extraordinario de revisión contra la sentencia que anuló el laudo arbitral (folio 502, cuaderno de copias).

Luego se produjo el acuerdo de fecha 21 de septiembre de 2009, en el que Bancolombia propuso pagar a Suescún & de Brigard Abogados Consultores Ltda. \$ 700'000.000, por *«honorarios profesionales no solo de las gestiones ejecutadas en los últimos años y con posterioridad a la fecha del laudo arbitral... pero como complemento de ellas»*, y también como *«remuneración por las actividades que en la actualidad y a futuro demande el caso denominado en el Banco como 'institucional'»*, en las que se incluyó la asesoría permanente, la emisión de conceptos, el diseño e implementación de estrategias, asistencia y atención a reuniones, y, en general, *«actividades que en el campo legal demande el mencionado caso»*.

En cuanto a la *«comisión de éxito»*, se indicó que *«el tema de recuperación es fundamental para el Banco»*, y por ello, pactaron que la misma se causaría en dos etapas, siempre que se dieran dos condiciones concurrentes, la primera consistente en que *«se consolide el derecho en cabeza del banco, entiéndase que se debe tener una decisión en firme que le permita... perseguir el pago de las acreencias que por contingencias ocultas se le adeudan»*, y la segunda *«que se recupere y efectivamente se recaude el valor que se le adeuda al banco por las mencionadas contingencias ocultas»*.

También se afirmó, en el acápite titulado *«forma de pago»*, que *«el día en que efectivamente se recaude el dinero*

*que se le adeuda al banco por contingencias ocultas, se determina el monto de la comisión para ese momento...» (folio 75, cuaderno 1).*

4. El anterior resumen permite concluir lo siguiente:

4.1. Las partes establecieron, en uso de su libertad de contratar, las reglas para la remuneración de la gestión de Suescún & de Brigard Abogados Consultores Ltda.

4.2. Los contratantes inicialmente celebraron un contrato al que le son aplicables las reglas del mandato, según el artículo 2144 del Código Civil. Mediante él la actora se comprometió a representar judicialmente a la demandada en un trámite arbitral.

La remuneración fue la especificada en el documento de 29 de mayo de 2000, en el que estipularon unos honorarios fijos (US\$ 100.000), y otros *«variables»*.

Para que estos últimos se causaran debía verificarse la ocurrencia de dos sucesos futuros e inciertos, consistentes, el primero, en un laudo favorable a los intereses de Bancolombia o de un arreglo entre los litigantes, y, el segundo, el recaudo efectivo de las *«contingencias reconocidas»*.

4.3. Ante la demora de la decisión definitiva en el trámite arbitral, como consecuencia del recurso de anulación que propuso el convocado, la interposición de una acción de

tutela que inicialmente amparó los derechos del banco pero que fue revocada en segunda instancia, y de la dilación en la resolución del recurso extraordinario de revisión contra la sentencia que anuló el laudo, las partes adicionaron y modificaron el pacto inicial en el año 2009.

Lo adicionaron, porque incluyeron en su acuerdo nuevas gestiones, no contempladas inicialmente, que no implicaban una representación de Bancolombia, tales como *«asesoría permanente», «emisión de conceptos» y «apoyo en el diseño e implementación de estrategias»*.

Pero también lo modificaron en el tema específico de la remuneración inicialmente acordada. Así, refirieron que dicho cambio era consecuencia de la *«precisión que demanda el tema de los honorarios... definidos con el Banco en años anteriores»*; como honorarios fijos pactaron \$ 700'000.000, por las gestiones adelantadas con posterioridad al laudo, y las que se necesitaran a futuro, pago que se haría *«de manera inmediata»*.

En cuanto a la comisión de éxito *«la cual en su momento fue convenida con ustedes»*, acordaron que su *«causación»* dependería de las dos condiciones atrás explicadas, consistentes en la existencia de una decisión en firme que le permita al banco perseguir las contingencias, y que estas últimas sean recuperadas de forma efectiva.

4.4. El pago de los honorarios fijos no fue materia de discusión en este proceso.

El de los honorarios variables, también llamados por las partes de éxito, y sobre los que versó la controversia, lo fijaron en un 4% de lo efectivamente recaudado, con lo que *«se mantiene lo definido en comunicación del 29 de mayo de 2000»*, y señalaron que el pago de la comisión se haría en dos etapas. La primera, cuando se consolidara *«el derecho en cabeza del banco, es decir que se tenga una decisión en firme que le permita perseguir el pago»*, momento en el que se haría una liquidación y a su resultado *«se le aplicaría el 25% y a ello se le restarían los US\$ 100.000 dólares (ya pagados por el Banco)...»*. Y la segunda, el día que *«efectivamente se recaude el dinero que se le adeuda al banco por contingencias ocultas»* se determina el monto de la comisión, y a dicho valor *«le aplicaría el 75% y a este se le restarían los \$ 700 millones que se pagaría ahora...»*.

4.5. De acuerdo a lo estipulado, el pago de los honorarios dependía del recaudo efectivo de las *«obligaciones contingentes»*.

Las partes fueron enfáticas en relación con esa condición. No dejaron espacio a duda en cuanto a que los honorarios de éxito estribaban en la recuperación efectiva de esos dineros, pues así lo indicaron expresamente en los documentos en que patentizaron su acuerdo, en donde manifestaron, con hincapié, que los mismos se calcularían sobre *«la base del valor de las contingencias reconocidas... y efectivamente recuperadas»* (año 2000), y luego, previo a indicar que *«el tema de la recuperación es fundamental para*

*el Banco y por ellos creemos que esta consideración no se puede dejar de lado...»,* indicaron que la «comisión de éxito» se pagaría —se reitera— cuando *«se recupere y efectivamente se recaude el valor que se le adeuda el banco por las mencionadas contingencias ocultas...»* (año 2009).

No obstante lo anterior, el cumplimiento de dicha condición no se probó, pues ninguna de las evidencias recaudadas permitió establecer que Bancolombia hubiese recuperado y efectivamente recaudado *«el valor que se le adeuda... por las mencionadas contingencias ocultas»*.

En efecto, las partes reconocieron que entre la demandada y Gilinski existió una pugna que se desarrolló en varios frentes. El tribunal de arbitramento fue uno de ellos, en el que Suescún & de Brigard Abogados Consultores Ltda. actuó en representación de su cliente, pero la contienda se extendió al campo penal, a raíz de las denuncias presentadas en contra de algunos funcionarios de la entidad bancaria, e incluso versó sobre la vigencia de una garantía fiduciaria y una acción popular, litigios en los que el banco estuvo representado por otros profesionales.

Así lo refirió la actora en su demanda, pero también se comprobó con los documentos aportados, y con los testimonios de Ricardo Calvete Rangel, Jorge Londoño Saldarriaga, Juan Carlos Prias Bernal y Leonardo Uribe Correa, que en sus declaraciones se pronunciaron sobre la existencia de *«diversas acciones de carácter penal, de carácter administrativo, de orden arbitral, acciones de grupo, o sea fue*

*un conflicto que dio lugar a diferentes acciones, unas adelantadas por el Banco y otras adelantadas por diversas personas contra el Banco» (Folio 997), que «surgieron diferencias entre las partes que desencadenaron un proceso complejo con muchos capítulos» y «existieron variedad de demandas entre las partes, la primera de ellas fue una demanda presentada en la ciudad de Nueva York, pero rápidamente y ante la falta de avance del proceso... se presentaron demandas penales y civiles...» (folio 1011), «diferentes litigios entre las partes» (folio 1016), y refirieron un «caso complejo y difícil... integrado por multitud de procesos, se realizaron tres arbitrajes, hubo dos denuncias penales, hubo una acción popular... varias actuaciones ante la Superintendencia Financiera de Colombia... ante la Superintendencia de Industria y Comercio, ante el Ministerio del Interior y de Justicia, además de varias tutelas y un recurso de revisión...» (folio 1084).*

Esas disputas finalizaron cuando la demandada y Gilinski celebraron un acuerdo de transacción *«para terminar con todas las diferencias existentes...»,* en virtud del cual, según el anuncio que hizo la primera el 21 de junio de 2010, las partes *«acuerdan dar por finalizadas las diferencias que han tenido alrededor del proceso de adquisición de la mayoría accionaria del Banco de Colombia... El acuerdo de transacción implica la cesación de todas las acciones civiles y comerciales entre las partes y el desistimiento de toda acción civil de las partes en los procesos penales»* (folio 695).

Los términos específicos en que se sustentó dicho pacto, sin embargo, no fueron demostrados en el proceso.

Los documentos aportados, los testimonios de Ricardo Calvete Rangel, Jorge Londoño Saldarriaga, Juan Carlos Prias Bernal, Leonardo Uribe Correa, y el interrogatorio de parte de la demandada, no ofrecieron información sobre las cláusulas de la transacción. Con esas evidencias no se probó, en forma alguna, cuáles fueron las palabras con las que Bancolombia y Gilinski pusieron fin a sus variadas disputas, sus concesiones mutuas, ni mucho menos si de tal arreglo la demandada obtuvo el reconocimiento de las «contingencias» perseguidas, o su cuantía. Al respecto existió absoluta orfandad probatoria.

El peritaje que trajo la actora tampoco sirvió para dicho propósito.

Si bien el experto afirmó que el valor de las «*contingencias recuperadas*» a la fecha del Laudo era de \$ 63.580'560.552, y que su total, con intereses al 21 de junio de 2010, era \$ 125.759'708.347, declaró, al momento de sustentar sus cálculos, que «no indagué el alcance del monto de las cifras recaudadas, puesto que no es competencia como perito financiero y por la forma en que se elaboró la pregunta llevar a cabo ese tipo de indagación», que «no tuve ninguna información diferente de la que está contenida en el cuestionario y de la requerida para llevar a cabo los cálculos solicitados» y también que «la única información es la de los cuestionarios» (folio 1023).



Es decir, elaboró su trabajo con apoyo exclusivo de los datos que la actora le entregó, aun cuando ésta tampoco conoció las sumas que efectivamente recuperó su cliente. El experto reconoció, por lo tanto, no tener ninguna certeza sobre la existencia y monto de las aludidas «*contingencias recuperadas*».

El peritaje, entonces, no se sustentó en bases sólidas, objetivas, dignas de crédito. Sus conclusiones fueron deficientes y de ellas no se puede extraer la certeza requerida, esto es, si la demandada recaudó efectivamente, o no, esas «*contingencias*», o lo que es lo mismo, si las condiciones necesarias para el pago de los «*honorarios de éxito*» se cumplieron.

El «*informe 2009 gestión empresarial*» de la citada tampoco fue útil para ese fin, pues allí la entidad relacionó, en el acápite «*contingencias*», la demanda «*parte civil de Jaime Gilinski y otros*», y la «*contingencia a favor —Tribunal de Arbitramento de Bancolombia contra Isaac Gilinski y otros*». Tales anotaciones, no obstante, solo hicieron referencia, según el mismo escrito, a obligaciones «*cuyo surgimiento está condicionado a que un hecho se produzca o no, dependiendo de factores futuros, eventuales o remotos*» (folio 35, cuaderno «*anexos*»), mas no a un recaudo efectivo de las mismas.

La supuesta «*notoria ventaja patrimonial*» de Bancolombia, alegada en el cargo tercero, no fue demostrada.

En conclusión, ninguna de las pruebas permitía inferir que se cumplieron los requisitos acordados por las partes para que se produjera el pago de los honorarios o comisión de éxito pactada. No se desvirtuó la negación de la demandada, que sostuvo que *«no se recuperó ni se recaudó ningún valor para el Banco por las mencionadas contingencias ocultas»* (folio 923, cuaderno 1).

4.6. La demandante acusó a Bancolombia de no obrar *«conforme al principio de la buena fe en la ejecución de los contratos»*. Solicitó que se declarara que las condiciones para el pago de los honorarios de éxito *«se cumplieron o se tienen por cumplidas el 21 de junio de 2010, como consecuencia de la ejecución del Acuerdo de Transacción»*, y que se la condene al pago de la comisión, o de los perjuicios que le ocasionó tal conducta.

Para la actora, su contraparte no obró de buena fe en la ejecución del vínculo que las ligaba, porque transigió con Gilinski, y ello significó que desistiera *«de las acciones tendientes a la recuperación de las condenas impuestas»*, lo que impidió el recaudo efectivo de las contingencias sobre las que versó el pacto de honorarios. Por lo anterior, debió tenerse por cumplida la condición, en los términos del inciso final del artículo 1538 del Código Civil.

La buena fe se encuentra instituida como un mandato constitucional en los siguientes términos: *«Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá*

*en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas» (artículo 83). Por su parte, el artículo 1603 del Código Civil establece que «los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella».*

¿Cómo determinar la buena, o mala fe de la demandada? Al respecto, la Corte ha sostenido:

*Si la buena fe hace relación a una conciencia honesta, es decir, a un sentimiento de honradez —tener conciencia de que se obra decorosamente, la confianza legítima de que los demás obran honestamente en sus negocios—, no obstante, es un sentimiento que tiene la virtud de objetivarse, de darse a conocer mediante ciertos módulos de conducta establecidos en una agrupación de hombres.*

*Obrar con lealtad, es decir, con buena fe, indica que la persona que se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, vale decir, con un determinado Standard de usos sociales y buenas costumbres.*

*Los usos sociales y las buenas costumbres que imperan en una sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella. La buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad.*

*Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor*

*comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero estas se encuentran autorizadas por la buena costumbre. (CSJ. SC 23 de junio de 1958. GJ. LXXXVIII -222)*

La falta de lealtad en la conducta de la demandada, atendiendo los anteriores criterios, no fue demostrada por la actora, y, por el contrario, su accionar no es reprochable.

Dicha parte terminó su disputa con Gilinski mediante un contrato de transacción, contrato que no está proscrito en nuestro ordenamiento, sino que, por el contrario, fue consagrado por el legislador en el artículo 2469 del Código Civil como el vínculo mediante el cual «... las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o prevén un litigio eventual», y tiene «el efecto de cosa juzgada en última instancia...», según el artículo 2483 de la misma codificación.

La ley no solo ampara, sino que alienta la terminación de los pleitos en curso y de los eventuales mediante mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tanto así que tiene establecido como requisito de procedibilidad de la demanda el agotamiento de la conciliación prejudicial, según lo normado en la Ley 640 de 2001, y en el artículo 90 del Código General del Proceso. Incluso, el artículo 38 de la

Ley 1123 de 2007, establece como una falta disciplinaria del abogado *«entorpecer los mecanismos de solución alternativa de conflictos con el propósito de obtener un lucro mayor o fomentarlos en su propio beneficio»*, con lo que pone de relieve la importancia de tal conducta.

Impedir que una disputa termine de tal forma, como lo ha sostenido esta Corporación, *«conllevaría la eventual violación de las normas sustanciales que rigen la transacción o de la especie de acuerdo o conciliación que cupiese, es evidente que paralelamente hiere de modo grave principios superiores»* (CSJ. SC. 26 de mayo de 2006. Exp. 7992-01).

De otra parte, las controversias que existían entre la demandada y Gilinski, *contrario sensu* a lo alegado por la recurrente, aún no tenían un final claro, ni su resultado se preveía indiscutiblemente beneficioso para el banco.

Si bien en la acción de tutela que profirió la Sala de Casación Civil de la Corte —posteriormente revocada por la Sala de Casación Laboral—, se expusieron diversas razones que dejaron en evidencia que la sentencia que anuló el laudo fue construida con argumentos inconsistentes, lo cierto es que aún quedaba por agotarse el procedimiento correspondiente al recurso extraordinario de revisión formulado contra dicha decisión, que a la fecha de la transacción ni siquiera había sido admitido a trámite.

La hipotética prosperidad de dicho recurso extraordinario, en todo caso, tampoco garantizaba el triunfo

de Bancolombia, porque aún quedaba pendiente por decidir la causal segunda de anulación, que el Tribunal Superior de Bogotá no falló ante la prosperidad de la primera causal (folio 312, cuaderno «copias auténticas»).

Los procesos penales en contra de funcionarios de Bancolombia suponían, también, un desgaste de importancia, por su duración indefinida y su resultado incierto, como toda disputa judicial, y que podían derivar en consecuencias de gravedad.

Tal cúmulo de problemas, que solo permitía augurar una pelea larga, desgastante y de resultados inciertos, impide censurar su decisión de transar con su contendiente, tildarla de mala fe, acusarla de faltar a sus deberes de rectitud y lealtad, o imputarle un actuar fraudulento.

La consecución de la terminación definitiva de su altercado, antes de someterse a la posibilidad de perder, e incluso, tener que soportar resultados más gravosos, justificó plenamente su accionar.

Ninguna de las pruebas permitía establecer que sus motivos para transigir no hubiesen estado guiados por la lealtad debida, o que su conducta no hubiese estado ajustada a los usos sociales, o a lo que se esperaba de ella en el contrato.

En el proceso se demostró, por el contrario, que la eventual terminación de la disputa mediante un mecanismo

alternativo fue conocida por la demandante, y esa posibilidad estuvo siempre latente, con alta probabilidad de concretarse, tal y como lo afirmaron los testigos Ricardo Calvete Rangel (folio 999), Jorge Londoño Saldarriaga (folio 1011), y Juan Carlos Prias Bernal (folio 1017), así como el representante legal de la actora en su interrogatorio (folio 1093).

Además, Bancolombia no obró a espaldas de Suescún & de Brigard, pues la transacción fue conocida por su representante antes de que se suscribiera, tanto así que éste ayudó a elaborar el respectivo documento, pues hizo *«comentarios manuscritos... al margen del proyecto del contrato de transacción»* (folio 1093).

El banco tampoco irrespetó los términos que acuerdo que tenía con la actora, a los que se ciñó estrictamente.

La forma de pago acordada en cuanto a los *«honorarios de éxito»*, fue la que se denomina *«quota litis»*, modalidad que por su misma naturaleza contiene un factor aleatorio y contingente, que depende del éxito de la gestión y del monto que obtenga el cliente por la misma.

En efecto, la Corte ha considerado que:

*...la peculiaridad de esta convención consiste en que la remuneración correspondiente al ejercicio del mandato no tiene carácter cierto y determinado sino que es contingente y aleatoria, pues tanto su existencia como su cuantía dependen de los resultados de la gestión del negocio y de la suma líquida o liquidable en que el litigio se traduzca para las personas que en el*

*pacto intervienen. Esta modalidad de la remuneración es jurídica, ya que el contrato de mandato no es en la legislación colombiana gratuito en esencia, pues según el artículo 2143 citado la remuneración se determina por las partes, por la ley o por el Juez. De donde resulta, como consecuencia, que éstas tienen capacidad legal para fijar la forma en que debe cubrirse. (CSJ. SC. 29. Sep. 1947, G.J. t. LXIII, pág. 466).*

Tanto la demandada, como Suescún & de Brigard conocieron desde el inicio de su relación que no habría lugar a ninguna remuneración por los honorarios variables si la primera perdía, y, también, si no recuperaba de manera efectiva las contingencias.

Ambas partes fueron cautelosas ante dicha posibilidad, y para precaver los efectos adversos de la misma, y no dejar sin remuneración la gestión, pactaron unos honorarios fijos, inicialmente de US\$ 100.000, y luego de \$ 700'000.000, suma de considerable envergadura, cuyo pago no fue puesto en duda.

Según lo que se demostró en el proceso, acorde con los términos de los documentos elaborados en los años 2000 y 2009, que rigieron la relación entre las partes, no fue cierto que la demandante se hubiese convertido en «cotitular» del derecho reclamado por Bancolombia, pues su contenido literal no deja entrever tal circunstancia.

El amplio alcance que quiso darle el recurrente a dicho pacto, según el cual se convirtió en titular del derecho disputado por la estipulación de honorarios de éxito, no



estuvo sustentado probatoriamente, pues de los términos empleados en la redacción de su acuerdo no se deduce que esa hubiese sido su intención, ya que la actora solo asumió la facultad de representar a su cliente en el proceso arbitral, y luego brindarle asesoría y asistencia, lo que no implicó la restricción de su capacidad dispositiva.

Tampoco, al momento de la transacción, Bancolombia le pidió autorización a Suescún & de Brigard para zanjar sus diferencias con Gilinski, tan solo requirió su asesoría, sin queja alguna de la demandada, y siempre se entendió que dicho caso era asunto exclusivo del banco, en todos sus frentes, según se deduce de los testimonios aludidos.

Pero además de lo anterior, no puede concebirse como sobreentendida una situación diversa, pues ello reñiría abiertamente con la ley, que establece, en el literal g) del artículo 34 del Decreto 1123 de 2007, como falta de lealtad del abogado *«adquirir del cliente directa o indirectamente todo o parte de su interés en causa, a título distinto de la equitativa retribución de los servicios y gastos profesionales»*. Y desatendería la naturaleza propia de la remuneración mediante cuota litis, que consiste, como ya se explicó, en una forma de fijar los honorarios que se generan a favor de quien ha puesto al servicio del mandante su gestión, condicionada o la eventualidad de un resultado exitoso, por lo que no implica la transferencia automática de los derechos objeto del pleito.

En conclusión, las partes, en uso de su libertad contractual, establecieron como retribución equitativa los honorarios fijos, pagados efectivamente, y los variables, que solo surgirían si la condición futura y aleatoria, la eventualidad a la que se sometieron, se cumplía.

En el proceso no se demostró que dicha condición, consistente en la recuperación y efectivo recaudo de las «contingencias», se hubiese cumplido, tal y como ya se analizó, y por tal razón, tampoco se acreditó que la demandada hubiese contravenido el contrato por no pagar la comisión de éxito de la que pendía la misma.

No probó, tampoco, que la transacción hubiese sido producto de una conducta desleal de la actora, y está claro que *«los titulares del derecho controvertido están facultados para transigir la litis, y disponer de los derechos controvertidos, sin que tal circunstancia, por sí, de suyo y ante sí comporte un fraude, el cual debe acreditarse a plenitud con elementos probatorios idóneos»* (CSJ. SC. 14 de octubre de 2010, Rad. 2001-00855-01).

De las pruebas no se deduce la existencia de un fraude, o un comportamiento que pueda recriminarse a la luz de los postulados de la buena fe, de los términos contractuales, y de la ley, y, por ende, no se acreditó que hubiese concurrido el presupuesto consagrado en el inciso final del artículo 1538 del Código Civil para dar por cumplida la condición.

Por lo tanto, tal y como lo concluyeron los juzgadores de ambas instancias, las pretensiones «segunda» a «subsidiaria de la pretensión séptima», no podían prosperar.

5. Según lo expuesto, la violación directa de la ley no se configuró, porque la interpretación que de la misma hizo el Tribunal no fue desacertada. En ningún aparte de su fallo afirmó —como se le acusó en el cargo segundo—, que no fuesen de recibo los honorarios pactados «*quota litis*» en caso de transacción. Por el contrario, lo que sostuvo fue que un acto dispositivo, como lo es la transacción, «*no puede verse frustrado por el pacto de una 'cuota litis'*», así que no distinguió, para efectos de tal remuneración «*entre la sentencia propiamente dicha, y la transacción*».

En su labor de valoración de las pruebas no incurrió en ninguna arbitrariedad o confusión, sino que se ubicó «*en el terreno de la lógica y lo razonable*» (CSJ. SC. 11 de marzo de 1999).

Como se precisó, en el acuerdo de honorarios, documentado el 29 de mayo de 2000, y luego adicionado y modificado el de 21 de septiembre de 2009, se acordó que el pago de los honorarios variables, o de éxito, dependía del recaudo efectivo de las «contingencias» a las que allí hicieron mención. En consecuencia, la afirmación de la censura, contenida en el cargo primero, según la cual «*siempre operó la cláusula de que los honorarios de éxito se causaban si el pleito finalizaba por un acuerdo entre las partes, y en consecuencia habría reconocido tales honorarios a los*

*abogados*», no es acertada, pues aunque las partes contemplaron la posibilidad de un acuerdo entre Bancolombia y Gilinski, la causación de tales honorarios solo se producía, se reitera, ante el recaudo efectivo de las sumas cuyo reconocimiento persiguió la citada.

La duración de la contienda, o la alta expectativa de Suescún & de Brigard en recibir esos honorarios variables no eran óbice para derogar de los términos contractuales, que por demás fueron honrados por la demandada, y su conducta no se apartó de la lealtad, rectitud y honestidad que se esperaban de su parte. Ninguna evidencia contradujo la anterior conclusión.

Ninguna de las pruebas dejó ver que la demandada *«no obró conforme al principio de buena fe»*, o se valió de *«medios ilícitos»*, ni permitió establecer que hubiese recibido efectivamente sumas correspondientes a las contingencias perseguidas, ni mucho menos su cuantía, como para deducir de allí su incumplimiento.

Téngase en cuenta que el error de hecho es aquel *«tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o en otros términos, de tal magnitud que resulte contrario a la evidencia del proceso. No es, por lo tanto, error de hecho aquél a cuya demostración solo se llega mediante un esforzado razonamiento»* (CSJ. G.J. Tomo LXXVII, pág. 972), y que *«no por existir, pues, la posibilidad de que una de las partes traiga del acervo probatorio conclusiones diversas a la del sentenciador, esta*

*última deviene sin más contraevidente, y de ahí que, cual lo ha puntualizado con insistencia la Corte, sea necesario que la labor del recurrente se encamine a demostrar el error visiblemente grave del juzgador. (CSJ. SC. Sep. 24 de 1998)*

Por ende, cualquier razonamiento dirigido a que se vuelva a examinar la situación fáctica, por mostrar el casacionista una simple discordancia frente a la evaluación crítica del fallador, resulta estéril si no se deja al descubierto la magnitud y trascendencia del desacierto que se produjo al apreciar las pruebas en las que se apoyó la decisión. Luego, en tal evento, la Corte no tiene alternativa distinta a la de atender la valoración del juzgador, en virtud de la doble presunción de legalidad y acierto de que está revestida su sentencia, lo que impone que sus conclusiones en torno del examen de los elementos fácticos son, en principio, intocables, salvo la demostración plena del inocultable yerro apreciativo.

Como quiera que, según lo discurrido, no se acreditó el yerro manifiesto de valoración, ni el quebranto directo de la ley, los cargos no prosperan.

6. No se casará la sentencia, y se condenará en costas a la recurrente.

#### **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil,

**RESUELVE:**

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida el 22 de mayo de 2014, dentro del asunto referenciado.

Se condena en costas del recurso extraordinario al impugnante. Líquidense por Secretaría, incluyendo la suma de \$6.000.000,00, como agencias en derecho a favor del no recurrente, en atención a que formuló oposición en esta sede.

**Notifíquese.**



**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

(Presidente de la Sala)



**MARGARITA CABELLO BLANCO**



**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**



**LUIS ALONSO RICO PUERTA**



**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**



**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**



**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**

