

**Naturaleza y alcance jurídico de la representación judicial de entes públicos mediante
poder en Colombia.**

Autor: Wilder Alonso Gil Zapata

Asesora:

Nataly Vargas Ossa

Modalidad

Monografía Jurídica

Trabajo para optar al título en Maestría



Universidad Autónoma Latinoamericana UNAULA

Medellín, Colombia

2020

Contenido

1. Resumen.....	4
2. Planteamiento descriptivo	6
3. Formulación del problema	12
4. Objetivos	12
4.1. Objetivo general	12
4.2. Objetivos específicos.....	12
5. Justificación	12
6. Enfoque metodológico	13
7. Técnicas de recolección de información y datos	14
Capítulo I.....	16
8. Origen, concepto, naturaleza y tipología de la representación	16
8.1. Sumario del capítulo.....	16
8.2. La representación en el derecho Romano.....	16
8.3. La representación en el Derecho Canónico	24
8.4. Consolidación de la representación en el Derecho Moderno	27
8.5. El contexto en que se ha desarrollado la figura de la representación	31
8.6. Concepto de la representación.....	33
8.7. Características de la representación voluntaria como forma de gestión de los negocios	37
jurídicos.....	37
8.8. Clasificación de la Representación.....	37
8.8.1. Representación legal.....	38
8.8.2. Representación voluntaria	39
8.8.3. Representación activa y pasiva.....	42
8.8.4. Representación propia e impropia	42
8.9. Teorías acerca de la naturaleza y esencia de la representación	43
8.10. La representación voluntaria dentro de la teoría del negocio jurídico.....	50
8.11. El representante frente al interés del representado	52

8.12. Obligaciones del representante y el representado en la representación voluntaria	56
8.13. Conclusiones del capítulo I.....	58
Capítulo II.....	59
9. Naturaleza jurídica de la representación mediante apoderamiento.....	59
9.1. Sumario del capítulo.....	59
9.2. Naturaleza del acto de apoderamiento para la representación en los negocios jurídicos	60
9.3. Conclusión del capítulo II.....	62
Capítulo III.....	63
10. Poder y mandato.....	63
10.1. Sumario del capítulo.....	63
10.2. Definiciones del término “poder”	63
10.3. El contrato de mandato y el poder de representación.....	66
10.4. El acto de apoderamiento	70
10.5. Conclusiones del capítulo III.....	71
Capítulo IV	73
11. La representación judicial de entes públicos mediante poder en Colombia	73
11.1. Sumario del capítulo.....	73
11.2. Búsqueda en la legislación colombiana.....	74
11.3. Tratamiento en la doctrina colombiana y la confusión con el contrato de mandato	75
11.4. Características de la representación en Colombia	77
11.5. La representación judicial en Colombia	79
11.5.1. El Código de Procedimiento Civil y el Código General de Proceso	79
11.5.2. La representación judicial de los entes públicos en Colombia según la Ley 1437 de 2011.....	88
11.5.3. Representación judicial de entidades públicas mediante poder frente a la Ley 80 de 1993.....	96
11.5.4. El papel de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado	99
11.5.5. Características de la representación judicial mediante poder en Colombia	102

11.5.6. Características de la representación judicial de los entes públicos mediante poder en Colombia.....	104
11.6. Naturaleza jurídica de la representación judicial de los entes públicos mediante poder en Colombia según el Consejo de Estado	105
11.7. Efectos Jurídicos de la representación judicial de entes públicos mediante poder en Colombia.....	123
11.8. Responsabilidad civil en la representación judicial de los entes públicos en Colombia mediante poder	127
11.9. Aspectos de responsabilidad disciplinaria en el acto de apoderamiento para	130
representación judicial de entidades públicas en Colombia	130
11.10. El enriquecimiento sin causa y la <i>Actio In Rem Verso</i> frente la Representación	133
judicial de los entes públicos en Colombia mediante poder.....	133
11.11. Conclusiones del capítulo IV.....	138
Referencias Generales	142
Referencias legislativas	146
Referencias Jurisprudenciales.....	148

1. Resumen

Este ejercicio académico pretende esclarecer la naturaleza jurídica de la representación judicial de las entidades de derecho público en Colombia mediante poder; cuestionamiento y solución que aparentan ser una labor sencilla pero que ha presentado más duda que certeza en el entorno jurídico Colombiano, incertidumbre que tiene relevancia no solo en el plano teórico sino también en aspectos prácticos de la representación judicial de entes públicos y la responsabilidad de los sujetos que en ella intervienen.

Para lograr lo propuesto, se explorarán diversos aportes de la doctrina nacional y extranjera, así como los criterios jurisprudenciales que han abordado tangencialmente el tema con la intención de encontrar en ellos una tesis dominante que será acogida como posible solución al problema planeado.

En razón de ello, se propone tratar este planteamiento desde una investigación monográfica, la cual, inicia en el capítulo I con el estudio histórico de la institución de la representación, su concepto, su tipología como también del contexto de la misma desde la teoría del negocio jurídico; en el capítulo II se establece la naturaleza jurídica del negocio de la representación mediante apoderamiento; el capítulo III aporta una delimitación conceptual entre dos negocios jurídicos: poder y mandato, y finalmente en el capítulo IV se traslada la discusión al plano de la representación las personas jurídicas de derecho público y así develar la naturaleza jurídica de esta representación.

Una vez resuelta la cuestión de la naturaleza jurídica de la representación judicial de entidades públicas mediante poder, se realizará un estudio de los efectos jurídicos que se originan en la práctica para los involucrados en dicho negocio jurídico; las conclusiones que se generarán tendrán relevancia capital en el campo de responsabilidad de quienes intervienen en el acto jurídico.

2. Planteamiento descriptivo

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe certeza plena acerca de la naturaleza jurídica de la representación judicial de entidades públicas mediante poder. Las referencias jurisprudenciales y doctrinales relacionadas con el tema sólo dan cuenta de aspectos muy generales sobre la representación.

Puntualmente, el Consejo de Estado como máxima autoridad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se evidencia que se ha ocupado principalmente de temas como la declaratoria de existencia de contrato estatal, la regulación de honorarios y la aplicabilidad de la *actio de in rem verso* en la relación entre representante judicial y entidad representada; otras providencias han tenido como escenario el medio de control de nulidad electoral por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades al suscribirse poderes para la representación judicial de entes públicos durante el año inmediatamente anterior a la respectiva elección o nombramiento; sin embargo poco se ha analizado sobre la naturaleza jurídica como tal.

En este escrito se quiere plasmar el resultado de investigar si la representación judicial de entes públicos mediante poder constituye un contrato estatal, un acto administrativo o una operación administrativa etc., pues dependiendo de cuál sea la respuesta, de ella se derivarán importantes conclusiones sobre sus efectos jurídicos y la responsabilidad para los involucrados,

más aun teniendo presente que es factible que las entidades estatales recurran a suscribir poderes para su representación judicial sin que medie un contrato de mandato o un contrato de prestación de servicios, todo ello porque nada impide ejercer la representación sin que exista contrato entre poderdante y apoderado según lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-1178 del 8 de noviembre de 2001, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis. (Corte Constitucional, 2001)

Es pertinente mencionar que en la praxis suele tenerse un concepto erróneo sobre la esencia del acto de apoderamiento y su relación con el contrato de mandato, llegando al punto de asimilar ambos. Dicha aclaración es de suma relevancia pues es claro que si una entidad pública suscribe un contrato de mandato este será contrato estatal en virtud de la aplicación del principio orgánico; pero el escenario propuesto es diferente, se trata del otorgamiento de la facultad de representación mediante poder por parte una entidad pública a un profesional del derecho para que actúe en un proceso judicial en representación de sus intereses ya sea como demandante o demandada en la contienda litigiosa, la naturaleza de dicho acto jurídico no es clara. Como primer intento encaminado a resolver el interrogante se consultaron textos normativos como la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, Ley 57 de 1887 “Código Civil”, Decreto 410 de 1971 “Por el cual se expide el Código de Comercio”, incluso se consultaron normas no vigentes como los Decretos 1400 y 2019 de 1970 “Por los cuales se expide el Código de

Procedimiento Civil”; éste último relevante porque la Corte Constitucional mediante sentencia C-1178 del 8 de noviembre de 2001 con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis revisó la constitucionalidad del su artículo 69 y de paso realizó un análisis sobre la esencia del acto apoderamiento para la representación judicial. Sin embargo en las disposiciones legales anteriormente citadas no se encuentra la definición puntual de la naturaleza jurídica de la representación judicial de entidades públicas mediante poder; no obstante se hace la salvedad que el Código Civil en el artículo 1505 si trae una mención a los efectos de la representación, regulación que es reiterada en el Código de Comercio en el artículos 833.

Artículo 1505. Efectos de la representación. Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.

A su turno, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011- en su artículo 160 dispone que quienes comparezcan al proceso deberán hacerlo por conducto de apoderado inscrito, además contempla que la entidades públicas pueden ser representadas judicialmente “*mediante poder otorgado en la forma ordinaria, o mediante delegación general o particular efectuada en acto administrativo*”, empero no existe allí mención sobre la naturaleza de la representación judicial mediante poder de los entes públicos en Colombia.

Algunas normas nacionales como el derogado Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso también regulan aspectos importantes de la representación en los procesos judiciales sin encontrar que alguna se refiera a la naturaleza del acto jurídico objeto de esta

investigación. Por su parte, el Código de Comercio colombiano es el texto legal más generoso respecto de la representación, así lo podemos ver en sus artículos 832 al 844, empero sin contenido respecto de la naturaleza de la representación.

Agotada la búsqueda en los textos legales nacionales se realiza una revisión exhaustiva a la jurisprudencia del Consejo de Estado para resolver la cuestión, sin embargo ésta última tampoco ha sido clara a la hora de calificar la naturaleza de la representación judicial de los entes públicos.

Para demostrar que el vacío jurídico sobrevive en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de este tema vale relacionar algunas providencias judiciales:

i) Como primer antecedente jurisprudencial (en el marco del Decreto Ley 222 de 1983 “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”) tenemos una providencia del Consejo de Estado del 5 de septiembre del año 1995, Sección Quinta, Sentencia CE-SEC5-EXP1995-N1381, -con ponencia de Miren De La Lombana de Magyaroff- allí se declaró la nulidad de la elección de un Alcalde Popular por considerar que dentro del tiempo de inhabilidad suscribió contrato estatal con el ente público para el cual fue electo, dicho contrato a voces de la Alta Corporación fueron los poderes que se suscribieron para representación judicial del ente territorial. (Consejo de Estado, 1995) ii) El 8 de noviembre del año 2001 la Corte Constitucional mediante sentencia C-1178 con ponencia de Álvaro Tafur Galvis- sostuvo el carácter de acto jurídico unilateral del poder o acto de apoderamiento y lo diferencia del contrato de mandato; esta decisión fue expedida en el marco del análisis de constitucionalidad sobre el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil que

regula la terminación del poder-, sosteniendo que el acto de apoderamiento es un acto jurídico unilateral y que por lo tanto no puede ser considerado un contrato. (Corte Constitucional, 2001).

iii) El Consejo de Estado el 13 de septiembre del año 2002, mediante Sentencia 20001-23-31-000-2001-0146-01(2867) de la Sección Quinta y con ponencia de Reinaldo Chavarro Quintana reiteró que la suscripción de poderes con entes públicos son contratos, además estatales. En dicho proveído, el Consejo de Estado anuló la elección de un personero municipal quien el año inmediatamente anterior a su elección suscribió poder con un ente público dentro del mismo nivel territorial, allí el Consejo de Estado expresó que dicho poder es un “Típico Contrato Estatal”. (Consejo de Estado, 2002) iv) El 30 de enero del año 2013, el Consejo de

Estado en Sentencia 85001-23-31-000-2000-00239-01 (21130) de la Sección Tercera, con ponencia de Carlos Alberto Zambrano Barrera, en medio de control de controversias contractuales, resolvió sobre la solicitud de declaratoria de existencia de contrato estatal promovido por una profesional del derecho que fundaba su solicitud en considerar que dicho contrato estatal lo constituía el poder que le otorgó el Departamento de Casanare para su representación. En esta oportunidad, el Consejo de Estado declaró no probada la existencia de contrato estatal considerando que el poder otorgado por la Gobernación de Casanare a la demandante no implica la existencia de un contrato con la administración pública. (Consejo de Estado, 2013)

v) Pese a la anterior postura adoptada, el 25 de marzo de 2015, el Consejo de Estado en sentencia 25000-23-31-000-2006-00131-01(37726), de la Sección Tercera, con ponencia de Hernán Andrade Rincón asimiló los conceptos de contrato de mandato y poder (o acto de apoderamiento); desde esta óptica el poder para representación judicial es un contrato, por ende un contrato estatal -atendiendo al criterio orgánico. (Consejo de Estado 2015)

vi) En el año 2016, citando la sentencia C-1178 del 8 de noviembre de 2001 de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado en sentencia 25000-23-26-000-2003-01548-01(34562), de la Sección Tercera, con ponencia de Danilo Rojas Betancurth retomó la posición de diferenciar el acto de apoderamiento (o poder) del contrato de mandato, catalogando al primero como un acto jurídico unilateral y al segundo como un acto jurídico bilateral. En esta ocasión, el Consejo de Estado decidió ir más allá, afirmó que el acto de apoderamiento es un acto jurídico que crea meras facultades mas no obligaciones, como si lo hace el contrato de mandato; por lo demás reiteró la posibilidad de concurrencia de estos actos jurídicos con el contrato estatal. (Consejo de Estado, 2016)

vii) Finalmente en el año 2017 el Consejo de Estado conociendo de la solicitud que hiciera un profesional del derecho quien actuó como apoderada del Instituto Nacional de Vías INVÍAS, encaminada a la declaratoria de la existencia de un contrato de prestación de servicios con la entidad demandada y que además declarara el incumplimiento del mismo - sentencia 25000-23-26-000-2001-02906 01 (36943) del 24 de abril de 2017, de la Sección Tercera, con ponencia de Danilo Rojas Betancurth -. Según la parte actora el contrato alegado consistía en los poderes dados por la entidad demandada para su representación judicial, se concluyó por el operador judicial que aquellos poderes suscritos no podían considerarse contratos estatales. (Consejo de Estado, 2017)

Del anterior recuento se puede colegir que en algunas de sus providencias, el Consejo de Estado ha catalogado el acto de apoderamiento para la representación judicial de entes públicos como un acto unilateral, pero en otras lo ha considerado como un contrato estatal, constituyendo una clara divergencia de posiciones dentro del seno del Alto Tribunal de lo Contencioso

Administrativo, lo cual amerita una labor investigativa que resuelva el planteamiento ya señalado.

3. Formulación del problema

¿Cuál es la naturaleza y alcance jurídico de la representación judicial de entes públicos mediante poder en Colombia?

4. Objetivos

4.1. Objetivo general

Establecer la naturaleza y alcance jurídico de la representación judicial de entes públicos mediante poder en Colombia.

4.2. Objetivos específicos

Identificar la naturaleza de la representación judicial mediante poder en las entidades públicas.

Analizar los efectos jurídicos que implica para el profesional del derecho el ejercicio la representación judicial mediante poder a las entidades públicas.

Determinar el impacto sobre la responsabilidad contractual y disciplinaria de los involucrados dentro de la representación judicial de entes públicos mediante poder en Colombia.

5. Justificación

Develar la naturaleza jurídica de la representación judicial de entes públicos mediante poder en Colombia es un asunto de suma importancia por las implicaciones y derivaciones que se

tendrían en plano de la responsabilidad disciplinaria y contractual. Resolviendo el interrogante, se hará claridad sobre la aplicabilidad del régimen de inhabilidades e incompatibilidades frente al acto jurídico estudiado, y además se harán aportes en el estudio de sus efectos jurídicos.

Se justifica la realización de esta monografía respecto de la contribución que la misma hará al derecho administrativo, ante una clara falta de definición por parte de la entidad de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esperando que sirva de antecedente para que se abra la discusión sobre la problemática acá planteada.

6. Enfoque metodológico

El método a utilizar es el genético, en virtud de este se revisará la normativa vigente y la jurisprudencia, se tendrá en cuenta los antecedentes de la institución estudiada por lo que se hará un estudio en un contexto histórico.

Complementariamente se utilizará método dialéctico. Se realizarán planteamientos teóricos que se confrontarán con las fuentes de información consultadas como la doctrina, la jurisprudencia, monografías, entre otras. Se quiere así generar un debate por contraste de ideas referentes al tema objeto de estudio, se evaluarán y someterán a crítica y escrutinio cada una de las tesis identificando sus aciertos y desaciertos formulando preguntas y respuestas acertadas. Al final se defenderá con bases conceptuales y argumentativas sólidas los conceptos y conclusiones adoptadas.

NOTA: En la formulación del proyecto de investigación se propuso como objetivo específico “Determinar el alcance de la responsabilidad disciplinaria y penal de los involucrados dentro de la representación judicial de entes públicos mediante poder en Colombia”, este fue modificado quedando así: “Determinar el impacto sobre la responsabilidad contractual y disciplinaria de los involucrados dentro de la representación judicial de entes públicos mediante poder en Colombia”; la modificación busca limitar los alcances del objetivo de tal manera que no se pretende hacer un análisis profundo y detallado desde la responsabilidad, sino más bien explorar aspectos puntuales e importantes desde el punto de vista de la responsabilidad contractual y disciplinaria.

7. Técnicas de recolección de información y datos.

Rastreo bibliográfico (catálogo en línea y visitas a Biblioteca); el recurso bibliográfico podrá ser físico como digital.

Consulta en Bases de Datos; estas serán las que ha puesto la Universidad a disposición del investigador, sin perjuicio que se pueda acceder a otras con las que no cuente la Institución.

Consulta de otros recursos WEB; se valorará en cada caso la fidelidad y confiabilidad de la información y el respeto por los derechos de autor y propiedad intelectual.

Análisis de antecedentes jurisprudenciales, se tendrá en cuenta las providencias de órganos jurisdiccionales de cierre de cualquier jurisdicción y especialidad que ayuden a dar criterios al problema que se estudia; podrán ser tenidas en cuenta decisiones de jueces y tribunales. Palabras clave: representación judicial, acto de apoderamiento, poder, mandato.

Fichaje de la información, bajo las siguientes categorías:

1. Naturaleza de la representación judicial mediante poder.
2. Naturaleza de la representación judicial mediante poder en las entidades públicas.
3. Efectos jurídicos del ejercicio la representación judicial mediante poder a las entidades públicas.
4. Responsabilidad frente a la representación judicial de los entes públicos en Colombia

Naturaleza y alcance jurídico de la representación judicial de entes públicos mediante

poder en Colombia.

Capítulo I

8. Origen, concepto, naturaleza y tipología de la representación

8.1. Sumario del capítulo

Un estudio histórico de la figura de la representación es de vital importancia para esta investigación, pues como se verá su visión contemporánea y las confusiones que se ha generado en nuestro entorno jurídico actual está en íntima relación con los sistemas jurídicos de los cuales se ha inspirado. Se trata de establecer una especie de taxonomía de la representación, tomando como punto de partida las divergencias jurisprudenciales del Consejo de Estado frente a la figura y valiéndose de los esfuerzos de los teóricos y los doctrinantes que han estudiado la figura desde la teoría del negocio jurídico y de aquellos que han traído el tema al escenario latinoamericano.

Una vez develada la naturaleza jurídica de la representación judicial, se determinará en cuál de los tipos de representación elaboradas por la doctrina puede clasificarse; se estudiarán algunas teorías que pretenden explicar la representación, concepciones que no son del todo concordantes entre sí, pero constituyen pauta importante para el desarrollo de la presente investigación.

8.2. La representación en el derecho Romano

El nacimiento de la representación rompe con la idea generalizada según la cual todas las instituciones jurídicas tuvieron su origen en el Derecho Romano. Esto se advierte por diversos autores, como Ernesto Sánchez Urite – quien consultando a Josep Hupka, Ambrose Colin y Henry Capitant- expresa que la representación, tal como hoy la concebimos, no tuvo cabida en el Derecho Romano, este no admitía que un acto jurídico pudiera crear derechos y obligaciones para otras personas diferentes que aquellas que habían tomado parte de él. (Sánchez, 1971, p. 13 y 14). Aclara que en todo caso esto no implicaba:

...que una persona no pudiese ejecutar, en Roma un acto jurídico por otro; el derecho romano contaba para ello, por ejemplo, con el contrato de mandato con otra, para que realizara por él un acto jurídico. El mandatario realizaba el negocio que se le había encomendado, adquiriendo él los derechos o contrayendo las respectivas obligaciones. Luego por un acto posterior, transmitía al mandante los derechos u obligaciones y éste a su vez lo descargaba de las obligaciones que en su cabeza había contraído...

En el derecho romano, se producía, pues, un desdoblamiento ya que el mandatario realizaba el negocio para sí, y luego por un acto posterior transmitía a su mandante los efectos emergentes del mismo. Los jurisconsultos romanos, admitieron, por fuerza de las necesidades prácticas, que el acto ejecutado por el mandatario producía efectos para él, pero que además engendraba acciones útiles entre el mandante y el tercero que había contratado con el mandatario. A ello se llega luego de una larga evolución. La conveniencia y aún la necesidad de la representación se apreció en Roma como en cualquier otra parte, pero diversas

causas determinaron que no fuera utilizada en la práctica y aún rechazada por los jurisconsultos. En el derecho civil antiguo, la regla de la no posibilidad de la representación se aplicó con todo rigor, no era posible realizar adquisición jurídica alguna a través de un representante, sino que el adquirente debía tomar parte en el acto adquisitivo. (Sánchez, 1971, p. 14 y 15)

Conforme a lo anterior, en el derecho romano existía la figura del contrato de mandato, sin embargo esta no implicaba representación pues los efectos del contrato o acto celebrado por el mandatario con un tercero no se transmitía directamente al mandante, por lo que el mandatario debía por acto jurídico posterior transmitir los efectos del negocio jurídico celebrado al mandante.

Cuando el mandato está ejecutado, el mandatario debe dar cuenta al mandante, es decir, entregarle todo lo que ha adquirido para él. Si ha recibido dinero, debe entregárselo; si se ha hecho propietario de cosas corporales, debe transferirle la propiedad por tradición, mancipación o in jure cessio, según su naturaleza. Si ha adquirido un crédito, debe cederle las acciones.

(...)

En nuestro derecho actual, el mandante está representado por el mandatario. Es considerado como habiendo tratado con los terceros por intermedio del mandatario, y las consecuencias del acto se realizan directamente en su persona.

Pero esta idea de representación no es admitida en el Derecho Romano, en el que la regla general es que una persona sui juris no puede adquirir más que por sí misma y no puede obligar más que así misma. Resulta de esto que el mandatario

no representa al mandante. Las relaciones creadas por el mandato entre las partes le son extrañas a los terceros, que no tiene negocio más que con el mandatario. Él solo es quien se hace propietario, acreedor, o deudor, según la naturaleza del acto realizado. (Petit, 2003, p. 414 y 415)

Las razones por las que el derecho romano no admitía la representación tienen que ver más con el temor a los drásticos efectos o sanciones por incumplimiento de las obligaciones que por algún tipo tesis, teoría o pensamiento del jurisconsulto romano. Oliveros Lara sobre este aspecto señala:

En el derecho romano, la representación no fue conocida como institución, sólo se presentó en casos aislados excepcionalmente. Esto no fue por descuido, falta de imaginación o porque no se hayan dado las circunstancias de hecho para que existiera; fue más bien debido al carácter que tenía la obligación romana, que era de ligar personalmente a quien contraía la obligación y, de esta forma, quien incumplía tenía como sanción la pérdida de la libertad, de la ciudadanía y en algunos casos de la vida.

Como es natural, esto creó temor a contraer obligaciones por la sanción tan grave que traía el incumplirlas, por lo que se trató de restringir el campo lo más posible y que sólo fuera considerado como obligado aquel que había declarado ante los órganos competentes, y conforme las solemnidades que el derecho romano requería, su voluntad de obligarse.

Ante estos dos extremos, ya que por un lado existía la grave sanción por el incumplimiento de la obligación y por otro lado la protección que se daba de que sólo el que había manifestado u otorgado su voluntad personalmente, libremente y sin ninguna cortapisa fuera considerado como obligado, no era factible la creación de una teoría general de la representación. (Oliveros, 2017, p. 125 y 126).

El profesor Fernando Hinestrosa da otra explicación acerca del por qué los romanos no aceptaron la representación, Hinestrosa –citando a R. Von Ihering– cimienta esta posición en la indivisibilidad del acto jurídico, la representación implicaba así una separación de la causa y del efecto del acto. “la causa: la acción, concierne a la persona del representante; el efecto: el derecho, concierne al representado. Hay, pues, una separación artificial de lo que, en el estado natural de la relación, es uno” (Hinestrosa, 2008, p. 109); además no debe perderse vista el principio del “exclusivismo en la actuación negocial” según la cual “Cada individuo es el verdadero y único representante natural de sus propios intereses”; donde se concluye que los romanos no conocieron “un concepto general de representación” (Hinestrosa, 2008, p. 85)

El pueblo romano era por esencia materialista y concreto; sus relaciones contractuales se fundaban en el principio *nemo alteri stipulari potest* (nadie puede contratar por otro). Las obligaciones eran personalísimas, de tal manera que el deudor respondía con su persona (a diferencia del Derecho Real que perseguía la cosa) cuando caía en insolvencia, sus acreedores lo encarcelaban o lo llevaban tras el Tíber¹; lo mataban, descuartizaban y se repartían entre ellos el cuerpo, dándose por pagados de su crédito. (Pérez, 2015, p. 7 y 8)

¹ Río Tíber, considerado el tercer río más largo de Italia

El sistema jurídico romano admitió tan sólo la representación actualmente llamada indirecta o impropia, es decir, el derecho de transmitir o declarar la voluntad por medio de otro. Esta representación indirecta es la que tiene el nuncio² o mensajero. Pero la representación propiamente dicha, por la que el representante sustituye u ocupa el lugar del representado en la misma determinación de la voluntad, fue explícitamente rechazada en el derecho romano. La causa de no admitirse en el derecho romano la representación propiamente dicha es porque el pater familias podía realizar el negocio jurídico por medio de los hijos, o de los siervos, lo cual obligaba necesariamente al padre e impedía el recurso a los extraños: *per extraneam personam nihil adquiri potest*. El principio prohibitivo de la representación se mantuvo en vigor incluso en el Derecho de Justiniano, aunque se admitió alguna excepción en lo tocante a la adquisición de derechos reales. (Cabrerros de Anta, 1954, p. 73)

El concepto de representación indirecta es criticado por autores como Ernesto Sánchez Urite y Rafael Manuel Oliveros Lara quienes expresarán que no se trata de representación, de esto se hará mención en capítulos posteriores.

El derecho romano también permitía la comparecencia de las partes al procedimiento “in jure”; al respecto se contempló la existencia de *cognitores* y *procuratores* pues las partes no estaban obligadas a comparecer en persona, como era la regla bajo las acciones de la ley. Podían desde entonces hacerse reemplazar en justicia por mandatarios así lo expone ampliamente Eugéne Petit en su tratado sobre Derecho Romano:

El cognitor era constituido en términos solemnes y en presencia del adversario. Esta solemnidad daba al mandato del que estaba investido un carácter absoluto de certidumbre. Por consiguiente, la acción *judicati*, dada en ejecución de la sentencia, se acordaba por el pretor, al mandante o contra él, pero, *cognita causa*, a título de acción útil.

El procurator, al contrario, era constituido sin ninguna solemnidad de palabras, en ausencia e ignorancia del adversario. Su mandato no tenía la misma certidumbre, y era de temer que la persona que ejercía una acción como procurator no obrase sin mandato, y que la persona interesada no empezase en seguida el proceso por su propia cuenta. De manera que el adversario tenía el derecho de exigir al procurator la caución *ratam rem dominum habiturum*, es decir, la promesa, garantizada por los fiadores, de que la persona de la que se decía mandatario ratificaría el resultado del proceso. Además la acción *judicati* no es dada al mandante ni contra él. (Petit 2003, p. 628)

Ferdinand Walter explica la evolución histórica de los cognitores y procuradores como representantes en los juicios civiles romanos y los efectos de sus actuaciones:

² Encargado de llevar aviso, noticia o encargo de una persona a otra, enviado a esta para tal efecto.
<https://dle.rae.es/nuncio>

Cuando figuraba en el litigio un procurator, se redactaba la fórmula como si fuera un cognitor el encargado del proceso; pero en consideración a que para

asegurar la cualidad de este representante faltaba la manifestación formal del *dominus*, el procurador en rigor de derecho obraba de su cuenta y riesgo; y así mientras el cognitor era reputado durante todo el litigio como simple representante del actor, y estaba siempre *domini loco*, como dice Gayo, el procurador al contrario se hacía por la litiscontestación verdadero dueño del pleito, *dominus litis*, y el *judicatum* producía en pro y en contra de él, y no ya del primitivo demandante, *actio* y *exceptio*. (...) Después se igualó con el cognitor el procurador nombrado apud acta... (Walter, 1847, p. 120-122)

Como se ve y pese a lo expuesto por Cabrereros de Anta, Petít y Walter, en la práctica los romanos si utilizaron la representación, prueba de ello es la existencia de figuras como los *cognitores* y *procuratores* para representar a las personas en juicio, sin embargo esta representación en juicio no estaba enmarcada dentro de la teoría del negocio jurídico y las obligaciones sino más bien en el aspecto de la capacidad para comparecer a un juicio y la necesidad de garantizar que el demandado concurra al mismo. En otras palabras la representación que descartó el derecho romano era aquella posibilidad de que una persona actuara en nombre de otra en un negocio jurídico haciendo que los efectos del negocio celebrado recayeran directamente en cabeza del representado.

Sin embargo, Jorge Adame Goddard aduce que los representantes en el proceso de enjuiciamiento dentro del Derecho Romano “tienen una representación indirecta, lo que significa que el resultado del juicio les perjudicará o beneficiará a los representantes mismos, quienes a su

vez deberán comunicar el beneficio al representado o podrán exigirle el reembolso de lo que hubieran pagado.” (Adame, 2009, p. 71)

La figura del *procurator* fue concebida, a diferencia del mandato, no en términos consensualitas y contractualistas de encargo conferido y libremente aceptado, sino como un “acto unilateral de autorización e investidura” (Hinestrosa, 2008, p. 88) pero los *procuratores* tuvieron génesis no en el derecho sino en la práctica e inicialmente estaba más emparentado por sus efectos al mandato, allí el *mandatarius* se comprometía celebra el negocio jurídico por cuenta de él y luego a transferir sus resultados y efectos al *mandator*, este último a su vez tenía la obligación de liberarlo de dichos efectos y a indemnizar “las cargas y expensas en que hubiera incurrido”; el *procurator* tuvo cabida en el derecho privado romano como especie de mandatario. Finalmente el tenemos en el plano del derecho honorario “cognitor, verdadero representante directo, y el *procurator ad litem*, representante indirecto, mandatario de la parte, llamados a aliviar a esta de la exigencia de estar personalmente en la Litis” (Hinestrosa, 2008, p. 90), con la llegada del medioevo se prohibió la actuación judicial por medio de procurador. Con todo lo expuesto se encuentran diferenciados tanto el *procurator* para la *litis* y el *procurator ad negotia*.

8.3. La representación en el Derecho Canónico

En el Derecho Canónico se dieron los primeros pasos para admitir la representación en la celebración de un determinado negocio jurídico; el derecho canónico acogió la representación prescindiendo de las limitaciones existentes en el derecho romano; esto fue consecuencia de la ética existente en la época, que alimentaba el derecho canónico y que colocaba como valor

supremo la buena fe para contratar, y a la corrección en la celebración de los contratos, permitiendo así la existencia de la representación, aunque no fue estudiada ni tratada como una teoría. (Oliveros, 2017, p. 126)

La razón por la que el derecho canónico aceptó la representación tiene que ver en parte por cuestiones espirituales, respecto de ellos se comienza a dar efectos jurídicos, ya una persona puede actuar en nombre de otra y sus actos afectan directamente el patrimonio de aquella, quien quedaba obligada, en forma directa, con el tercero. Esta figura nació y se desarrolló, gracias al espiritualismo, existente en esa época, el cual valoró y ponderó el mundo interior, dándole fuerza vinculatoria; hecho este que empezó a ser una realidad a través de las disposiciones papales. Un claro ejemplo, referenciado ampliamente en la doctrina es el Libro VI de Bonifacio VIII del Código Canónico, que en el capítulo *De procuratoribus* se declara lícita la celebración de un matrimonio por medio de un mandatario especial. (Pérez, 2015, p. 8 y 9). Este fundamento en el espiritualismo también estuvo de la mano con un viejo sueño griego “de que una persona misma se desdoble en dos o más personas o el anhelado don de la ubicuidad”. (Barrera, 1994, p.65), sobre la apertura del derecho canónico a la representación Sánchez Urite expresa:

Hemos visto, pues, que la representación no tuvo cabida en el derecho romano; para la elaboración de dicha teoría le tocó abrir la brecha al Derecho Canónico, que alrededor de los siglos XIV y XV, permitió que el matrimonio pudiese ser celebrado por medio de representante.

El Derecho Canónico enunció el principio: “potest quis per alium quod potest facere per se ipsum”²; aunque, reiteramos, como los sostiene Negri Pisano; no desarrolló los principios de la representación, los que surgieron recién ya avanzado el siglo XIX, en virtud de las construcciones doctrinarias de los juristas germanos, tales como Laband y Von Ihering hace poco más de un siglo.

En el derecho Canónico, adquiere importancia la representación, la que en época moderna sería desarrollada por los juristas germanos; ahora bien, en el derecho canónico, no se llegó a aceptar la representación sin grandes discusiones, se preguntaban si se aceptaba o no tal figura, y en caso afirmativo, y se la colocó al lado del mandato, del que solo se ha separado en la época moderna. De allí proviene el error tan común de que se considere a la representación como un elemento esencial del mandato, error que no sólo se manifiesta en juristas de siglos pasados, sino que aún hoy, para muchos autores, subsiste el no ver diferenciación alguna entre el mandato y la representación. (Sánchez, 1971, p. 15 y 16)

Marcelino Cabrerós de Anta recoge otros datos históricos para explicar el origen de la representación en el derecho canónico:

El principio de que “puede uno hacer por medio de otro lo que puede hacer por sí mismo” tuvo siempre en Derecho canónico amplísima acogida. La formulación

² Puede uno hacer por medio de otro lo que se puede hacer por sí mismo.

del principio fue general y absoluta, hasta el punto de extenderse más allá de lo que la realidad permite. Sin embargo, esta realidad nunca fue desconocida, solamente careció de molde doctrinal en que ser vaciada y configurada; porque la elaboración científica del instituto de la representación no apareció sino muchos siglos más tarde que su aceptación y su práctica. (...)

En el libro VI de Bonifacio VIII la doctrina sobre el derecho de representación se eleva ya a principio general, convirtiéndose en regla de derecho. La regla 68: “Potest quis per alium quod potest facere per seipsum”⁴

La teoría de la representación, o mejor, su práctica no pasó del Derecho romano al canónico, a diferencia de lo que ha sucedido en tantas otras instituciones jurídicas. (Cabreros de Anta, 1954, p. 72 y 73)

Es claro por todo lo hasta acá dicho y consultado que el derecho canónico aceptó la representación directa, especialmente en la celebración del matrimonio, sin embargo sus principios no se desarrollarían hasta en la época moderna en el derecho alemán del siglo XIX.

8.4. Consolidación de la representación en el Derecho Moderno

En el derecho moderno se dieron las bases conceptuales y dogmáticas de la figura estudiada, pero para llegar a tal punto fue necesario incluso superar cierta resistencia a su aceptación; siendo el derecho alemán el ordenamiento que más aportó al desarrollo de la representación tal como se la conoce hoy.

El derecho civil moderno siguió en esta materia la tradición canónica apartándose de la romana. El principio de representación es modernamente admitido en todos los Códigos, no sólo en lo que se refiere a la representación indirecta, sino también a la representación propiamente dicha. Sin embargo los Códigos Civiles, a excepción del alemán no tienen una legislación propia acerca de la representación, sino que la suponen o la consideran vinculada a otras instituciones jurídicas afines y que sirven de base a la representación, como el contrato de mandato y de sociedad. Lo mismo ocurre en la legislación canónica.

Para suplir la deficiencia en la legislación canónica en esta materia no nos es dado acudir al Derecho Civil de la respectiva nación, ya que la representación de que ahora tratamos, en sí misma considerada, no es un contrato, si bien pocas veces tiene como base u contrato, por ej., el mandato. La representación se otorga mediante un acto simplemente unilateral. (Cabrerós de Anta, 1954, p. 73)

La idea de representación se encuentra en una forma más estructurada entre los pandectistas alemanes. La doctrina alemana considera que el invento jurídico más importante que haya aportado a la doctrina universal, es el “poder representativo (‘vollmacht’); calificado, no hace mucho, como el primero entre ‘los inventos’ de la ciencia jurídica alemana”. (Pérez, 2015, p. 9)

En el derecho alemán es donde nace la teoría de la representación y adquiere sus principios dogmáticos; en gran medida gracias al iusnaturalismo racional. En este aspecto se

⁴ Se puede hacer por otra persona aquello que uno puede hacer por sí mismo.

destaca a Hugo Grocio cuyas ideas están presentes en las primeras codificaciones. El Código Civil Alemán es afín a esta ideología al igual que el código civil italiano, los cuales influyeron en la legislación de América Latina (Hinestrosa, 2008, p. 97), empero al principio en el derecho alemán hubo quienes negaron la posibilidad de la eficacia directa de la representación -que como se sabe es la nota esencial de la representación.

La autonomía de la representación tampoco fue aceptada al comienzo por la doctrina alemana; así las cosas se predicaba que la obligación debía derivarse de un contrato, como el contrato de mandato; la autonomía de la representación –poder representativo, Vollmacht- sería propuesta por Savigny y posteriormente defendida por Laband en 1886 cuando estructuró su “teoría de la separación” (Hinestrosa, 2008, p. 101)

En todo caso, el Código Civil Alemán es precursor de la codificación de la representación; allí se codifican reglas claras, y gracias a éstas pudo enarbolarse una teoría de la representación que permeó también la legislación comercial colombiana.

Es en derecho germano donde proviene la constitución dogmática de la representación, del cual arranca directamente la actual teoría. Esto fue debido a que la doctrina germana, aprovechó el alto nivel científico del Código Civil Alemán, en el que se dio una regulación especial a la representación, aplicable también a los negocios mercantiles.

La representación está conceptuada por ese código como una institución general que engloba tanto los casos de representación legal, como los que derivan de la voluntad de las partes (representación voluntaria). Su campo de aplicación no coincide con el del mandato, ya que el de la representación es más extenso, pues puede descansar sobre la ley o sobre un contrato.

A partir de ese momento se han creado distintas teorías que pretenden explicar a la representación, tales como la teoría del nuncio, la teoría de la ficción, la teoría de la sustitución real de la personalidad, etc. Pero más importante que estudiar estas teorías y pretender dar una explicación a la representación, es el estudiar un concepto de ésta, las formas en que puede darse, fuentes que la originan, así como distinguirla de otros actos jurídicos con los que se le confunde frecuentemente.

Con la influencia del Código napoleónico, prácticamente en la totalidad de los países del derecho latino, y bajo el concepto de que el contrato es la fuente de obligaciones por excelencia, todas las instituciones jurídicas trataron de adecuarse y explicarse mediante la figura de contrato, lo que produjo la confusión reinante aún en nuestra época en muchas legislaciones de las tres figuras que son mandato, poder y representación. Esto fue debido a que el mandato se consideró el contrato ideal para asimilar la representación, desafortunadamente esta influencia trascendió al derecho mexicano y hasta la fecha persiste. (Oliveros, 2017 p. 126 y 127)

La experiencia ya expuesta demuestra que tradicionalmente se han ligado los conceptos de mandato y representación hasta el punto de asimilarlos, esto llevó a que algunos consideraran la representación como un contrato con las consecuentes dificultades prácticas.

El desarrollo de la representación tuvo influencia importante del ius-naturalismo racional; en efecto los iusnaturalistas de la ilustración como Hugo Grocio contribuirían a que la representación de reconociera universalmente; esta corriente de pensamiento jurídico contribuyó a moldear el concepto de eficacia directa de la representación reconociendo finalmente que fueron los Humanistas quienes empezaron a sostener y defender esta idea (Hinestrosa, 2008, p. 96 y 97)

Otra posición es la que asume León Duguit quien no acepta la representación “por considerar que no corresponde a la realidad” (Pérez, 2015, p. 9); no resulta nada extraño esta posición ya que su doctrina es estrictamente realista y objetiva; en ese sentido se sabe que León Duguit defendió el concepto de un derecho libre de conceptos metafísicos o ficciones; tal pudo haber visto la representación como uno de ellos.

8.5. El contexto en que se ha desarrollado la figura de la representación

Definir la representación aparenta una ser una tarea sencilla, sin embargo, el hecho que muchos textos legales contemporáneos no la traten ampliamente ha propiciado que algunos tratadistas caigan en imprecisiones, pese a ello, tales esfuerzos son importantes porque enriquecen poco a poco una figura a la cual no se ha dado la importancia debida dentro de los ordenamientos jurídicos, especialmente en el colombiano.

El tratadista mexicano Rafael Manuel Oliveros Lara expone:

...existe una abundancia relativa de obras dedicadas a la representación, pero que este hecho no debe ilusionarnos sobre el auxilio que podemos recibir al respecto, ya que la representación es uno de los temas más confusos del derecho, casi todo en torno a ella es incertidumbre y vaguedad. Varios de sus problemas sustanciales aún no han merecido soluciones claras, precisas y aceptadas de manera unánime, ninguna legislación sobre este punto satisface a todos, pocos autores han dedicado alguna línea para confirmar lo dicho antes por otros. Por lo general, cada obra significa una nueva teoría que pretende suplantar las expuestas anteriormente. No se conoce caso igual en la ciencia del derecho. (Oliveros, 2017, p. 124)

Oliveros Lara atribuye tal confusión al hecho que por regla general las instituciones que no nacieron en el antiguo derecho romano no alcanzan a consolidarse, dando como resultado que la representación no contara por mucho tiempo con una teoría seriamente elaborada y también debido a que en ella confluyen temas sobre los cuales hay discrepancia tales como la naturaleza del derecho subjetivo, la autonomía de la voluntad, la estructura de la obligación etc., lo que genera múltiples visiones científicas y filosóficas sobre la representación (Oliveros, 2017, p.125)

Desde el punto de vista histórico el hecho que la representación no se hubiera consolidado en la antigua Roma trajo dificultades a futuro para asimilar esta figura; problemas que aún perviven en el derecho latinoamericano que como se supo en el primer capítulo heredó en este

sentido la visión francesa en donde no se desarrolló plenamente la representación en el marco del negocio jurídico y como fuente de obligaciones, como consecuencia de lo expuesto la representación no suele ser vista como una institución tradicional.

8.6. Concepto de la representación

Aclarado el contexto en que se ha desarrollado la figura de la representación pasamos a explorar algunas aproximaciones conceptuales. La representación es una figura del derecho del negocio jurídico, que implica que los sujetos interesados pueden celebrar negocios por intermedio de otra persona; sin embargo, es oportuno indagar cuál es su fundamento y qué es lo esencial para ella, “si solamente la producción de efectos jurídicos del negocio representativo en la esfera del representado, o también la expresión del nombre de éste, o si a estos elementos debe añadirse la presencia en cabeza del representante del llamado poder de representación”. El concepto ha de ser completo y articulado inclusive atendiendo a la inquietud de si es posible reducir las distintas hipótesis o variedades de representación a un sistema unitario y homogéneo, como lo insinúa el legislador en el art. 1505 del Código Civil, y si vale la pena dicho empeño, con proyecciones en los distintos ámbitos y ramas del derecho. (Hinestrosa, 2008, p. 107 y 108)

El concepto de representación se puede construir desde tres perspectivas de análisis: una figura, un medio o una institución. Cada una de ellas presentan complejidades para su conceptualización; considerarla como figura implica darle un tratamiento simplista; calificarla medio hará caer en una gran confusión relacionada con el poder, como el acto por medio del cual se otorga esta facultad de representar, finalmente denominarla como una institución implica

reconocer la complejidad que la representación trae, por ello citando a Oliveros “no es la regla que prescriba alguna forma o método de manifestarse un ente o cierta forma... es el elemento simple que sirve para alterar una esfera jurídica diferente a la del sujeto de actúa.” (Oliveros, 2017, p. 129)

Para salir al paso a la discusión es recurrente considerarla una figura, de esta manera quizás implica menos responsabilidad para quien acoja este calificativo; y mayor libertad a la hora de describirla. En todo caso es indispensable reconocer como lo hace Hinestrosa que la representación implica: “...poder para ante los demás, que le permite a un sujeto (representante) sustituir a otra (representado) en la celebración de un negocio jurídico o contrato y, declarando que obra en nombre y por cuenta ajenos, sin vincularse personalmente, y sí haciendo que todos los efectos de su actuación desemboquen inmediatamente en el dominus” (Hinestrosa, 2008, p. 109)

La visión del autor colombiano, como se ve, enfatiza en dar importancia a la eficacia directa de la representación respecto de la cual identifica sus funciones la posibilidad de prestar una colaboración personal para la estipulación de negocios y aun de la ejecución de meros actos jurídicos, “de manera que los efectos no los reciba quien obra (parte formal), sino el propio interesado (parte material)” (Hinestrosa, 2008, p. 116)

Oliveros Lara citando las definiciones realizadas por Rocco, Sánchez Medal, Messineo, Gutiérrez y González compiló en su obra definiciones sobre la representación. En dichas definiciones se encuentra como común denominador el obrar por cuenta de otro y eficacia

directa, y como puntos de divergencia los siguiente: para Rocco la representación es una situación jurídica, para Sánchez Medal es un acto, para Messineo es un caso se colaboración en los negocios jurídicos y para Gutiérrez y González es un medio. Todas las referencias hacen alusión a la sustitución, intermediación, cooperación o colaboración jurídica, como criterios centrales, hay otros, como Savigny que entienden la representación como una especie de ficción jurídica. Al respecto Oliveros Lara presenta la discusión en los siguientes términos:

El autor Rocco define a la representación como:

Situación jurídica mediante la que se da vida por alguien a una declaración de voluntad para realizar un fin, cuyo destinatario es otro sujeto, haciendo conocer a los terceros a quienes va dirigido la declaración que aquel obra en interés ajeno y, consecuentemente, que todos los efectos jurídicos de esa declaración de voluntad, se producen respecto al sujeto en cuyo interés ha obrado aquel.

EL licenciado Sánchez Medal define la representación como “acción de representar, o sea el acto por virtud del cual una persona dotada de poder, llamada representante, obra a nombre y por cuenta de otra llamada representada o dominus del negocio”

Francisco Messineo dice:

La representación es un caso particular de la colaboración o coperación jurídica de una persona en los negocios de otro. Como tal la representación es un hecho, aun cuando sea un hecho que penetra en el mecanismo del negocio y lo influencia.

La indicada colaboración se realiza de diversos modos, que se diferencian de la representación.

El licenciado Ernesto Gutiérrez y González define a la representación como “El medio de que dispone la ley o una persona capaz, para obtener, utilizando la voluntad de otra persona capaz, los mismo efectos que si hubiera actuado el capaz, o válidamente un incapaz” (Oliveros, 2017, p. 130)

En Colombia la doctrina ha adoptado en líneas generales la caracterización que hacen la doctrina foránea sobre el negocio jurídico de la representación; la representación es un negocio jurídico donde una persona ejecuta a nombre de otra negocios jurídicos, estando debidamente facultada para representarla (Ospina, 2018, p.332), siendo lo esencial que producción de efectos jurídicos en el negocio representativo recaigan directamente en cabeza del representado. (Hinestrosa, 2008, p.108)

A efectos del presente trabajo y bajo lo expuesto, se entenderá el concepto de representación como un negocio jurídico en virtud del cual un sujeto faculta a otro para que celebre un negocio jurídico en su nombre buscando que los efectos del negocio celebrado recaigan exclusivamente en el sujeto representado.

De la definición propuesta se desprenden los siguientes elementos: acto jurídico, facultad de una persona a otras y eficacia directa de los efectos jurídicos sobre el representado, a partir de dichos elementos se pasan a desarrollar sus características.

8.7. Características de la representación voluntaria como forma de gestión de los negocios jurídicos

La representación favorece al representado, independiente del hecho del cual tuvo génesis, se exige un acto previo de apoderamiento, un acto que legitime al representante y que sea la base de las relaciones entre representante y representado. La relación representante y representando puede catalogarse de confianza y riesgo; se precisa la existencia de confianza especial en la persona del representante, y ello supone un riesgo para el representado debido al poder de disposición que tendrá el representante. (Hinestrosa, 2008, p.129)

Así mí mismo la representación es una figura autónoma, pues no precisa de otro acto para su existencia; esto sin perjuicio que pueda existir un negocio jurídico (contrato base) por el cual se regulen las relaciones entre el representante y el representado, sin embargo aquello no implica que la representación deje de ser autónoma por naturaleza, igualmente no se requerirá de otro acto jurídico para transferir los efectos del negocio celebrado al representado, esto es lo que denominamos eficacia directa de la representación.

8.8. Clasificación de la Representación

Existe gran consenso entre la doctrina respecto de la clasificación de la representación, algunos autores se refieren a la representación legal o necesaria y voluntaria –también llamada con el calificativo inconveniente de “convencional” en algunos textos-, otros añaden la

representación orgánica –de la cual no se hablará acá-; lo que sí es claro es que esta clasificación está íntimamente relacionada con su génesis u origen.

8.8.1. Representación legal

La representación legal está relacionada generalmente con las personas naturales incapaces y con las personas jurídicas o morales, y por otro lado la representación voluntaria se relaciona con las personas físicas capaces.

Sánchez Urite refiriéndose a la representación legal nos previene y afirma: “el adjetivo legal no se utiliza para indicar que la designación del representante sea hecha por la ley, sino que falta en ella la libertad para decidir hacerse representar” (Sánchez, 1971, p. 25) y por otro lado la representación voluntaria se fundamenta en el consentimiento del interesado quien tiene la facultad de escoger al sujeto que lo representará en determinado acto jurídico; finalmente la representación orgánica es la que Sánchez Urite califica de Representación Legal de Personas Jurídicas.

Barrera Zamorategui prefirió llamar a la representación legal como representación legítima o forzosa, que tiene como elemento esencial el hecho que es la ley la que impone sobre la voluntad de los representados y se establece en beneficio de los incapaces, en tanto la representación voluntaria es aquella que se otorga a través del poder o apoderamiento. (Barrera Zamorategui, 1994, p. 67)

Hinestrosa citando a Santoro-Pasarelli a modo de crítica, advierten las inadecuadas interpretaciones del calificativo de legal dado a la representación clasificación, así:

Estos rasgos diferenciales en su origen y funciones se proyectan al tratamiento que merecen en la ley los dos tipos representativos, lo que ha llevado a algunos a negar que la representación legal sea una representación propiamente dicha, y a hablar; entonces de una representación impropia porque “no se funda en un poder derivado del sujeto sustituido, sino en un poder propio del agente, que al mismo tiempo proviene de la ley, le permite obrar con plena independencia de la voluntad de la persona por la que obra” (Hinestrosa, 2008, p. 158)

Se considera que la representación legal atiende al interés público de protección de intereses del incapaz; como se ve este tipo de representación no depende de la voluntad y que además las facultades de actuación del representante no son libres, las mismas serán autorizadas por el ordenamiento jurídico, donde incluso se establece la forma como debe obrar el representante y que le está vedado. (Oliveros, 2017, p. 132 y 133)

8.8.2. Representación voluntaria

Hinestrosa ofrece en su obra una aproximación conceptual de la representación voluntaria en los siguientes términos:

...consiste en la facultad o autorización (poder) que él concede a otra persona, representante, para que a nombre y por cuenta suya celebre uno o varios negocios o actos jurídicos, cuyos efectos, por eso mismo y en la medida en que el agente

obre dentro del marco de sus atribuciones, recibirá él directamente. (Hinestrosa, 2008, p. 175)

El citado autor además enfatiza en aspectos relevantes de la representación voluntaria, los cuales servirán para diferenciarla de otras clases de representación.

Es claro, que acá lo importante es el interés y voluntad de un interesado, pues es un sujeto quien decide voluntariamente realizar un acto o negocio jurídico por medio de otro que lo representa, y que además tendrá plena libertad de escoger al sujeto que lo represente o lo sustituya; así en esta relación tenemos dos personas plenamente capaces –representante y representado-; esto marcará una pauta para establecer una diferencia respecto de la representación legal, pues en esta última el representante legal sustituye a una persona que la ley no ha otorgado capacidad para realizar determinados actos o negocios jurídicos. (Sánchez, 1971, p. 26)

La representación voluntaria, si bien tiene como fundamento la voluntad, debe estar autorizada por la ley, es decir, el ordenamiento jurídico debe contemplar tal posibilidad que una persona que haga sustituir por otra para la realización de determinado negocio jurídico, en el caso colombiano esta autorización está contemplada en el artículo 1505 del Código Civil: “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”. Esta norma establece una definición precisa de la representación voluntaria, sin embargo no existen más referencias dentro del Código Civil Colombiano.

En desarrollo del concepto de representación voluntaria podemos extraer tres características esenciales, para este efecto empezaremos apoyarnos en lo expuesto por el mexicano Rafael Manuel Oliveros Lara quien sostiene que para que pueda hablarse de representación voluntaria se requiere que el representante realice una manifestación de voluntad propia y citando a Pianol y Ripert agrega: “La representación verdadera supone una voluntad propia del representante”; la voluntad es la que le da vida, y concordando con Cariota Ferrara se tiene que el acto realizado por el representante es “negocio propio sobre patrimonio ajeno”, mientras desde el punto de vista de representado es “negocio ajeno sobre patrimonio propio” (Oliveros, 2017, p. 134).

Se exige también que el representante -para serlo- debe actuar en nombre del representado; se hace especial énfasis en este requisito que la facultad representativa del representante debe ser conocida por el tercero con el cual se realiza el negocio jurídico; es indispensable que el representante esté provisto de la facultad para representar, esto implica por demás que la facultad de representar se la indicada para los fines que busca el representado, finalmente debe ser suficiente para actuar a nombre de otro. En la representación voluntaria esta facultad de representación se confiere mediante poder.

Se concluye que la representación judicial encaja dentro de la tipología de representación voluntaria, su fundamento está en la voluntad de quien concede a otra persona una facultad, la facultad de representación.

8.8.3. Representación activa y pasiva

También se han confeccionado otras clasificaciones respecto de la representación como la representación activa y la pasiva, la representación propia (directa) e impropia (indirecta).

La representación es activa cuando se emite una declaración de voluntad por otro y es pasiva cuando el representante recibe la declaración, por el representado; al obrar en nombre ajeno se denomina en derecho común representación directa, inmediata, porque los efectos del negocio jurídico recaen directamente sobre la persona del representado, caso de que el representante tenga poder y actúe dentro del marco del mismo. De este modo de obrar se distingue la actuación negocial en interés ajeno – pero en nombre propio- que se califica como representación indirecta, mediata, porque los efectos del negocio, se producen primero en la persona del representante que obra como parte y se transmiten después, mediante actos jurídicos (transmisión de propiedad, cesión del crédito, asunción de la deuda), a la persona del verdadero titular del negocio. (Sánchez, 1971, p. 26 y 27)

8.8.4. Representación propia e impropia

La categoría de representación impropia ha recibido críticas por autores como Ernesto Sánchez Urite y Rafael Manuel Oliveros Lara tendientes a desconocerla como verdadera expresión de la representación.

Estamos frente a la representación directa (propia) cuando el representante obra en nombre y por cuenta del representado y será indirecta (impropia) si el representante obra por

cuenta suya y en nombre propio. (Sánchez, 1971, p. 28); la presentación impropia implica que los efectos del negocio jurídico realizado por el “representante” no afectan directamente la órbita del representado, es decir allí se desconoce la eficacia directa y le es extraña. La eficacia directa es la cualidad por excelencia de la representación y la que determinará su naturaleza, de manera que el supuesto representante deberá mediante acto jurídico posterior trasladar los efectos y cargas del negocio jurídico celebrado al “representado”; esta última hipótesis nos llevaría al escenario del derecho romano antiguo.

Aceptar la representación impropia –o indirecta- como un concepto jurídico acertado llevaría a una contradicción insalvable, estaríamos en contravía del principio de identidad, si el presupuesto esencial de la representación es la eficacia directa no puede concebirse una representación sin dicha eficacia directa y simplemente hacer la salvedad hasta catalogarla de “impropia”.

8.9. Teorías acerca de la naturaleza y esencia de la representación.

Ernesto Sánchez Urite en su obra “Mandato y Representación” hace una recopilación de siete teorías que se han tejido sobre el tema; y a pesar de que no lo especifica tales teorías se refieren a la representación voluntaria y la legal.

La primera es la *Teoría del Nuncio* de Savigny, la cual considera al representante como un simple mensajero o “un portador de la declaración de voluntad ajena” (Sánchez, 1971, p. 29), desde este punto de vista es más relevante la figura del representado dentro del negocio jurídico,

se da más peso a la voluntad del representado que a la del representante quien en otras palabras es sólo un *emisario*; como crítico de esta tesis Josef Hupka demuestra que:

...su expositor toma como lo único decisivo a la voluntad y al conocimiento del principal, eliminando por completo la voluntad y conocimiento del representante, lo que hace que la misma caiga por su propia fuerza, pues no es cierto que el apoderamiento contenga ya la inmediata voluntad contractual que en la declaración del presentante se pone de manifiesto. (Sánchez, 1971, p. 29)

Esta teoría del Nuncio (o del Bote) ve al representante como el sujeto que tiene “la función de llevar las palabras del representado como un simple mensajero portador de una voluntad ajena”. (Pérez, 2015, p.11)

El acierto de la crítica de Hupka, salta a la vista; en el caso de un poder concebido en términos generales, es imposible concebir a éste como la suma de las declaraciones que el apoderado hará en el futuro, en nombre y por cuenta del poderdante. Podría pensarse, sin embargo que esta teoría podría ser eficaz en el caso de un poder concebido en términos expesos, pero tampoco allí sería posible; así el poder no dejara la más mínima dosis de discrecionalidad del apoderado, ello no es cosa idéntica a la declaración formulada en el acto representativo.

Si se cumpliera lo afirmado por Savigny, la simple comunicación por parte del apoderado a los terceros, de que él se halla facultado para concluir un determinado

contrato, contendrá ya la manifestación formalizada y dispuesta para su inmediata aceptación y podría darse aun el caso de que un tercero, enterado del apoderamiento, si éste fijaba ya todos los detalles, podría hacer nacer el contrato mediante aceptación hecha al apoderado sin que mediara por parte de éste oferta alguna. (Sánchez, 1971, p. 31)

La segunda teoría sobre la naturaleza jurídica de la representación es la *Teoría de la Ficción*. La ficción a la que se refiere es la que considera la declaración del representante como una declaración del representado; sin embargo también recibe críticas ya que de aceptarse implicaría que “si el representante actúa con mala fe y abusa de la confianza del principal, incurriría éste en la mala fe por el solo hecho de tener tal proceder su representante”. (Sánchez, 1971, p. 31); empero se entendería en todo caso que las derivaciones jurídicas provenientes de la mala fe, del abuso o vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo) si tendrían eficacia directa frente al representado.

Esta situación no se regula en la legislación colombiana explícitamente para este tipo de eventos aunque sí de manera general para los negocios jurídicos en general (artículo 1508 del CC), en contrapartida legislaciones como la alemana y la italiana han estipulado que esas circunstancias se tomarán en consideración del representante y no del representado, Hinestroza precisa que la aceptación de esta teoría –citando a Ospina Fernandez y a Ospina Acosta- se inclinan a considerar al representante como “un órgano del representado”. (Hinestroza 2008, p. 116.)

Dentro de las teorías que explican la naturaleza jurídica de la representación también hay aportes del derecho comercial, así aparece la Teoría de Thöl de Johann Heinrich Thöl quien también la llamó teoría del “Doble Negocio” o “Doble contrato” según la cual:

(...) los derechos y obligaciones nacen de la actividad gestora del representante para el principal, pero no brotan solamente del contrato que el representante estipula con el tercero sino de dos contratos distintos: o sea que el representante (sic) estipula con el tercero en relación al acto de apoderamiento, que Thöl llama “*Contrato Base*”, y de un contrato que por efecto de aquella relación con el acto de apoderamiento, estipula el principal con el tercero. El representante no solo comunica al tercero la voluntad del principal, sino que transforma la voluntad general de éste en una voluntad contractual precisa y concreta; el representante puede, pues, considerarse como el generador de la voluntad del principal.

(Sánchez, 1971, p. 34)

El representante es creador de la voluntad del representado (Hinestrosa, 2008, p.115 y ss.) y no simplemente un portador de aquella porque esta misma es inexistente al momento del otorgamiento, “los derechos y obligaciones nacen para el principal no del contrato del apoderado, sino por medio de un contrato propio del principal...Dos contratos con el tercero: uno celebrado por el apoderado con referencia a la voluntad y la declaración del principal, y uno celebrado por el principal por virtud de esa referencia”.

Evidentemente esta teoría no explica profundamente la naturaleza de la relación entre representante y representado, pues se enfoca en las relaciones representante tercero y entre

representado-tercero; y de nuevo colocando el representante respecto del representado como un simple nuncio.

Esta teoría, si bien es original, no se diferencia mucho de la de Savigny, en cuanto desvaloriza la función del representante y además desconoce la diferencia esencial entre la voluntad del principal encaminada al otorgamiento del poder y la voluntad negocial del representante. La teoría tal como la concibió su autor muestra como la voluntad fundamental encaminada a la conclusión del negocio, a la voluntad del principal; la voluntad del representante no haría sino hacer posible el encuentro entre la voluntad del principal y la voluntad del tercero. (Sánchez, 1971, p.35)

Heinrich Mitteis otro jurista alemán formuló la teoría de la cooperación, también desconoció la diferencia entre la voluntad del apoderamiento y la voluntad determinante del negocio jurídico; para él “sólo el representante o sólo el representado son parte, y llega a la conclusión de dividir el acto jurídico de que se trate entre el representante y el representado” (Sánchez, 1971, p. 35); en efecto puede llegar a afirmarse que tanto representado y representante “forman una sola voluntad”, lo que equivale a decir los dos concurren en la formación de la expresión de la voluntad (Pérez, 2015, p.10); esta teoría es llamada teoría de la cooperación. Si se considera a la representación como una especie de intermediación la cual es obra de dos sujetos, se tiene que allí la finalidad es proveer la “colaboración sustituta en la celebración de un negocio o un acto jurídico” (Hinestrosa, 2008, p. 117)

Pasamos a la *teoría de la sustitución real de la personalidad del representante por el representado*, quienes la proponen consideran que el representante “sustituye real y completamente la personalidad jurídica del representado, por eso los efectos jurídicos surten en la esfera patrimonial del representado y no del representante” (Pérez, 2015, p. 11), esta teoría se asimila mucho a la *teoría de la representación*.

Otros como Laband resaltaron importancia del concepto autonomía de la representación para poner de relieve su independencia frente al mandato, por tal motivo se le llamó como la *teoría de la separación*; era importante la separación entre la razón de ser y efectos pues son “asignables solamente al representado, y del negocio de procura frente a la relación interna y el encargo-mandato”, todo para lograr un “paradigma” dentro del derecho mercantil en la conceptualización de la representación. Esta autonomía permitió a los teóricos expresar que: hay mandato sin poder, como también hay poderes sin mandato... pueden darse hipótesis en que el poder rebasa al mandato” (Hinestrosa, 2008, p. 101); la causa define el actuar del representante y el efecto es el derecho del representado, se trata entonces de una separación entre “supuesto de hecho y efectos jurídicos, originada porque el supuesto total del negocio es constituido por una persona (el representante) mientras que los efectos jurídicos correspondientes se produce todos, exclusivamente, con respecto a una persona distinta” (Sánchez, 1971, p. 39)

Se presenta finalmente la *Teoría de la Representación*, cuyos máximos exponentes según el profesor Sánchez son: Bucka, Von Ihering, Hupka, Von Tuhr, etc; es en su concepto la teoría más aceptada en Europa al momento de publicación de la obra de Sánchez Urite en 1971. Como rasgos generales y muy relevantes se sintetizan en que “reconoce que es el representante quien concluye el negocio, considera al apoderamiento “un acto jurídico independiente situado por

fuera del negocio principal.” pero va más allá y precisa que tal acto jurídico –apoderamiento- implica una declaración de voluntad unilateral y descarta de plano que se le considere un contrato. Esta teoría de la representación es la más aceptada por las legislaciones modernas. “El apoderamiento es un negocio jurídico unilateral, no es un contrato como se creyó durante algún tiempo en la doctrina... El representante obra, entre él y quien con él contrata ha de haber un acuerdo de voluntades. El efecto de dicho acuerdo pasa al representado, y este es idéntico a si el que ha obrado hubiera sido el representado”

El representante obra y el representado no es parte, es tercero frente en cuanto al acto, sólo es parte en cuanto a los efectos. Representar –dice Miñana- “es obrar con la voluntad de que el efecto sea para el representado. Pero para que esto ocurra, es necesario que el representante posea la facultad de representar. No basta la voluntad, es preciso tener expresada la facultad de poder obligar al representado, como ya lo dijimos anteriormente” (Sánchez, 1971, p. 37)

En otras palabras, y concluyendo este acápite, es característica esencial de la representación el obrar en nombre de otro y con expresa autorización de este último con la finalidad de que los efectos de ese obrar tengan eficacia directa frente a la órbita jurídica del representado sin necesidad de acudir a otro acto jurídico para transferir los efectos jurídicos al representado, además se concluye que, “la representación es una técnica de formación de los contratos y, más genéricamente, de todo acto jurídico, por intermedio de otro” (Hinestrosa, 2008, p. 117)

8.10. La representación voluntaria dentro de la teoría del negocio jurídico

No es viable desligar la representación del mundo del negocio jurídico, la visión de este último concepto nos aportará bases muy importantes en su comprensión, puesto que la representación voluntaria es por excelencia un negocio jurídico.

De entrada se acoge la crítica que hace Emilio Betti a la definición tradicional que se hace de *Negocio Jurídico*, esa definición corriente define el negocio jurídico como “una manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos”; -esta última definición fue desarrollada ampliamente por la doctrina alemana del siglo XIX especialmente por los pandectistas-; agrega el pensador y jurista italiano que esta tradicional concepción está inspirada en el famoso “dogma de la voluntad”, esta no recoge la esencia del negocio jurídico. En efecto la verdadera esencia del negocio jurídico es la “autorregulación de intereses en las relaciones privadas; autorregulación que el individuo no debe limitarse a “querer”, a desear, sino más bien a disponer, o sea, actuar objetivamente. Con el negocio el individuo no viene a declarar que quiere algo, sino que expresa directamente el objeto de su querer, y éste es una regulación vinculante de sus intereses en las relaciones con otros”, la voluntad es fuente generatriz, pero no el contenido del acto. (Betti, 1943, p. 53 y 54); también Hinestrosa sigue esta línea a la hora de definir el negocio jurídico, en efecto la figura desde su punto de vista es un medio por medio del cual los sujetos negociales disponen de sus intereses. “El negocio jurídico es la autorregulación de intereses por parte de un sujeto” (Hinestrosa, 2008, p. 23.)

Dentro de la teoría del negocio jurídico se ha advertido la existencia en una concepción individualista que imperó en la doctrina del derecho natural de los siglos XVII y XVIII, eso se manifiesta como resultado de aquella mentalidad abstracta y anti-histórica que buscó en un “contrato” la génesis de la sociedad humana (Betti, 1943, p. 54). Este pensamiento también perdura hoy en algunos tratadistas y profesionales del derecho quienes se esfuerzan más por explicar el negocio jurídico desde una perspectiva predominantemente contractual, se reitera el excesivo culto al contractualismo, situación que a la postre también va a contribuir a la confusión de la naturaleza jurídica que la representación voluntaria.

La doctrina del negocio jurídico ha buscado algunas veces identificar contratos en todos lados, e incluso edificaron sus tesis respecto del negocio jurídico con la finalidad de explicar el contrato dejando de lado muchas otras figuras de gran interés teórico y práctico, entre estas figuras relegadas esta la representación, se ató en muchos casos irreflexivamente de autonomía de la voluntad al contrato y no al negocio jurídico; pasó que gran parte de la doctrina latinoamericana e incluso la colombiana no vieron en la representación una figura del negocio jurídico que mereciera un estudio profundo.

Afortunadamente otros por el contrario lograron identificar la importancia de la representación dentro del negocio jurídico, tanto así que dedican un capítulo de sus obras a la representación haciendo énfasis en la representación voluntaria, vale la pena mencionar a Emilio Betti, Giuseppe Stolfi y en Colombia a Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta.

La representación no es más que la posibilidad que una persona realice un negocio jurídico en interés de otra; los negocios jurídicos son esencialmente actos con los cuales los individuos proveen a regular por sí los intereses propios en sus relaciones con otros, en algún momento surgió para el derecho el problema práctico de reconocer, dentro de márgenes compatibles con la idea de la autonomía privada, la posibilidad de que el negocio se realice, para el interesado, por otros que disfruten de la capacidad o la oportunidad para ello. Y es precisamente la tutela jurídica del negocio la que reconoce su justificación fundamental en la idea de que uno debe ser dueño de mandar en casa propia y regir sus propios asuntos como mejor crea, así las cosas, sólo dentro de ciertos límites y bajo determinados presupuestos puede el Derecho admitir una sustitución de persona en la celebración del negocio, sin que desaparezca el objeto de la tutela que le es concedida. (Betti, 1943, p. 419-420).

Es trascendental reconocer la representación como un negocio jurídico donde un sujeto obra en nombre de otro en la celebración de otro negocio jurídico que interesa al representado; pero la representación no se agota en obrar en nombre de otro, sino que se requiere que el representado este autorizado o investido por el *dominus* o representado para ejercer la representación.

8.11. El representante frente al interés del representado.

Giuseppe Stolfi se ha preocupado por estudiar las condiciones para que opere la representación en los negocios jurídicos, estas condiciones tienen directa relación con las relaciones representante – representado.

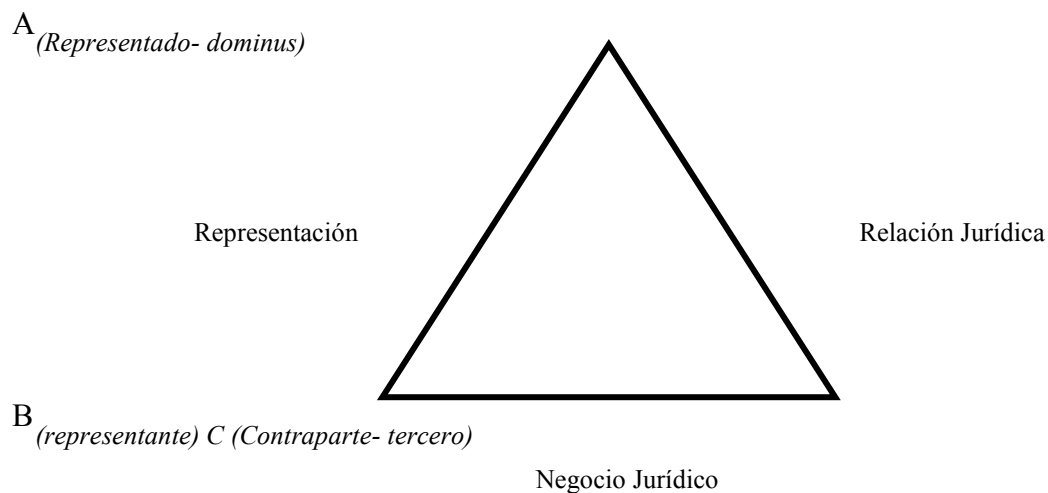
Lo primeramente relevante para el italiano es que el representante manifieste su propia voluntad en sustitución de la del “dominus” o representado, puesto que de otra forma faltaría el elemento esencial para la formación de cualquier negocio jurídico, el consentimiento; en consecuencia se dirá que la causa del negocio representativo es la voluntad del representante quien es el sujeto que le da vida. Todo esto implica que la voluntad deberá estar libre de vicios del consentimiento –error, fuerza y dolo-, de lo contrario se generará la nulidad.

Por otro lado, el representante deberá actuar en nombre del representado, o lo que se denomina la “contemplatio domini”; este sujeto tendrá el deber de hacer saber a la contraparte que tradicionalmente se denomina el tercero contratante- que su declaración se refiere a otra persona y que obra por cuenta de la misma, y en defecto de ello el negocio carecería de efectos para él. (Stolfi, 1959, p. 232 y ss), esto nos ayuda a diferenciar la figura de la representación con otras como la simple interposición de persona, el mandato sin representación, etc. En efecto de lo dicho mientras la representación deriva la eficacia del negocio al representado sin afectar en nada al representante, en la interposición de persona hace surgir en cambio el vínculo solo respecto del mandatario sin tocar en nada al mandante, y este último por medio de un contrato u otro negocio jurídico adquirirá después las cosas que adquirió el mandatario en virtud del contrato de mandato.

En este negocio jurídico de la representación también es indispensable que el representante se halle facultado para declarar su propia voluntad en lugar de la del interesado, en otras palabras se precisa de la existencia del llamado “poder de representación” sin el cual el negocio por él concertado no vincula ni a él ni al “dominus”; esta autorización representativa puede ser anterior, simultánea o posterior a la conclusión del negocio jurídico, es precedente al negocio cuando tenga su fuente en la voluntad por la parte al conferir la representación, es simultánea cuando el negocio sea concertado por gestor, y es posterior cuando el negocio concertado por representante sin facultad para ello sea ratificado por el dominus. (Stolfi, 1959, p. 237)

Betti respecto de las dinámicas en las relaciones representante-representado explica que la representación tiene lugar cuando la nueva situación jurídica que acompaña al negocio efectuado por el sustituto se produce directa y exclusivamente en relación al interesado en nombre del cual la celebró. Característica de la representación es este “destino al tercero interesado del contenido preceptivo del negocio”; destino a la esfera jurídica ajena que debe hacerse patente por el hecho de que el sustituto obra en nombre ajeno y no en el propio. A lo que corresponde, precisamente, una separación entre supuesto de hecho y efectos jurídicos del negocio, originada porque el supuesto total del negocio es construido por una persona (el representante), mientras que los efectos jurídicos correspondientes se producen todos, exclusivamente, con respecto a una persona distinta (el representado). Esta explicación parece en principio contra intuitiva, sin embargo es la explicación más acertada en el plano práctico (Betti, 1943, p. 427 y 428)

Betti además, recurre a un gráfico para explicar las relaciones que se dan en la representación, a esta figura geométrica también recurre Ernesto Sánchez Urite. Una relación jurídica corriente, puede ser representada geoméricamente por una recta, en uno de cuyos extremos se halla la parte A y en el otro extremo la parte B, en el caso de la representación nos hallamos en una figura triangular (Sánchez, 1971, p. 22); así las cosas, conviene describir las relaciones que unes al representado (A) y representante (B). Entre el representante y la parte contraria (C) se da vida al contenido y, en general, al supuesto total del negocio. Entre dicha parte contraria y el representado se producen los efectos jurídicos, es decir, se constituye, modifica o extingue la relación jurídica de que se trata. Entre representado y representante prescindiendo de la naturaleza de la relación interna, que puede variar- debe existir una relación jurídica eficaz frente a la parte contraria, caracterizada por el poder conferido al representante de imponer un orden vinculante a determinados intereses del representado en relación en relación a la mencionada contraparte. (Betti, 1943, p. 428).



Nota: Gráfica (Betti, 1943, p. 428).

8.12. Obligaciones del representante y el representado en la representación voluntaria

La representación cumple una función instrumental y de ella surgen deberes u obligaciones; nos encontramos con “la obligación del apoderado de poner al servicio del poderdante los medios prometidos”, la actividad del representante ha de desarrollarse en esa dirección (Hinestrosa, 2008, p. 287)

Respecto al representante diremos que deberá actuar con esmero, diligencia y lealtad para con el representado; se le exigirá acuciosidad y cuidado en su desempeño y competencia, la cual tiene especial relevancia en las actividades que demandan conocimientos, destrezas, habilidades especiales; en lo atinente a la lealtad esta implica un encarecimiento acentuado del deber de fidelidad de quienquiera que recibe una autorización para obrar por otro.

La diligencia es una calidad del comportamiento debido cuyos caracteres se remiten al contenido del negocio de gestión y ha de apreciarse con referencia a la índole de la gestión, a la relación entre las partes y a las circunstancias singulares del acto, esto es importante -como se dijo- en los negocios representativos que presuponen una calificación y un desempeño profesionales de alta calidad y también una especial transparencia. El representante ha de obrar de acuerdo con los términos del poder y ciñéndose a las disposiciones legales que regulan su oficio y cargo o a las estatutarias de la persona jurídica o en las estipulaciones del contrato de gestión. A todo esto se agrega que el representante deberá abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sea manifiestamente pernicioso al representado, deberá también de comunicar

oportunamente, de manera veraz y completa el desarrollo de su actividad y la ejecución de su encargo (Hinestrosa, 2008, p. 289 y 290).

Si bien es claro que contrato de mandato es una figura diferente a la representación, se ha recurrido a la regulación contenida en el código civil respecto del mandato para establecer reglas aplicables en cuanto a las responsabilidades de representante y representado, también es importante lo regulado en el Código de Comercio. Se menciona así frente al representante la obligación de consultar con el poderdante cómo proceder en caso de lagunas del apoderamiento o dudas específicas, y de obrar con la mayor prudencia (arts. 2150, 2151, 2174 C.C. y 1276 C. Co., además el representante ha de mantener al tanto al representado de la marcha del negocio e informarle de la ejecución completa del “mandato” y rendir cuenta de su desempeño (art. 1269 C. Co.).

El representante tiene la obligación de custodia y protección de todos los bienes del dominus que estén en su poder, recibidos de él para el ejercicio de la misión o en razón de esta, inclusive la de aquellos recibidos para enajenarlos (art. 1273 C. Co.), de entregarle a su poderdante lo recibido en razón de sus gestiones, dentro de los tres días siguientes a la terminación del mandato (art. 1268 C. Co), y de pagarle intereses por los dineros que morosamente haya retenido en su poder (arts. 2181 a 2183 C. C y 1268 a 1269, 1273 C. Co) (Hinestrosa, 2008, p. 290 y 291).

El deber de reserva va de la mano con el deber de lealtad, esto implica comportarse con discreción, el apoderado no puede divulgar las instrucciones recibidas por el poderdante, como tampoco sus gestiones y su culminación; más exigente aun es el secreto profesional, el cual

abarca la reserva de la información obtenida en razón del desempeño del oficio, como la recibida del poderdante, incluyendo documentos y archivos.

Por su lado, el representado o dominus, tiene como deber principal garantizar plena indemnidad a su representante, está obligado a proveer a su apoderado los medios necesarios para el desempeño de su gestión, a retribuirle el valor de su trabajo en caso de que su gestión no fuera gratuita y si no se hubiere acordado el precio, este será determinado por la ley o por el juez (art. 2143 C.C.) o será el usual (art. 1264 del C.Co.) a resarcirle los daños que, sin culpa suya, hubiere padecido por la ejecución de su tarea (art. 2184 C.C.), otro estos eventos aplican en la representación así están contempladas para regular el contrato de mandato, se excluye el pago de expensas incurridas en actos que excedan los límites del poder. Además el representado debe procurar a su representante toda la información y darle las orientaciones e instrucciones para que éste pueda desenvolverse con propiedad y fidelidad. (Hinestrosa, 2008, p. 298 y 299).

8.13. Conclusiones del capítulo I

En el derecho romano antiguo no se admitió la posibilidad que una persona representara a otra en la celebración de un negocio jurídico, pero si existió la figura del contrato de mandato, ésta aunque diferente fue la máxima aproximación a la representación. En todo caso vale expresar que aunque los antiguos romanos no la reconocieran como representación, implícitamente la practicaron a la hora permitir la comparecencia de personas al juicio por intermedio de otra, pero esta representación no fue abordada en su momento dentro de la teoría del negocio jurídico. Fue en el derecho canónico donde la figura de la representación tiene sus

primeros pasos aplicándose en la práctica a determinados negocios y sentándose unos principios primigenios, no obstante no estableció una teoría jurídica sólida, para ello hubo que esperar al derecho moderno donde los esfuerzos de los alemanes permitieron incluir la figura en la codificación civil.

Si bien existen varias teorías que explican la representación sus rasgos fundamentales son: el interés y voluntad del interesado, la eficacia directa y su autonomía respecto otros negocios jurídicos, un concepto preciso de la representación voluntaria en los negocios jurídicos deberá incluir el aspecto de la eficacia directa, pues sin aquella se desnaturalizaría la representación.

La representación es un negocio jurídico y es también una herramienta para la gestión de otros negocios jurídicos, de ahí que se hable que existen obligaciones entre representante y representado.

Capítulo II

9. Naturaleza jurídica de la representación mediante apoderamiento

9.1. Sumario del capítulo

En este punto se dará un paso importante en la tarea principal de esta investigación, establecer la naturaleza jurídica del apoderamiento para representación judicial; afortunadamente existe variada doctrina al respecto que predica la unilateralidad del acto de apoderamiento, todo esto enmarcado dentro de los estudios que se hacen sobre el negocio jurídico.

9.2. Naturaleza del acto de apoderamiento para la representación en los negocios jurídicos

Ha sido insistente la doctrina en resaltar la unilateralidad como elemento de la esencia de la representación; Cabrerros de Anta afirma de entrada que la representación no es un contrato y que la misma se otorga mediante un acto unilateral, haciendo la salvedad que la misma puede tener como base un contrato, que puede darse sin ningún tipo de solemnidad o forma (Cabrerros de Anta, 1954, p. 73 y 74).

La representación se vale de un medio para concretarse y tal medio lo conocemos como poder, éste se considera como:

Un acto de manifestación unilateral de voluntad de una persona y por lo tanto no requiere, para su perfeccionamiento y existencia, ni de la comparecencia del apoderado en el acta de otorgamiento de facultades, ni de la aceptación de la facultades por éste (Oliveros, 2017, p.143)

La idea de considerar este otorgamiento de facultades como un acto unilateral se ve sustentada en el hecho que tal acto jurídico no genera obligaciones entre las partes y solo autoriza al representante a realizar actos jurídicos en nombre del representado, no hay obligaciones para el apoderado y el poderdante, y las obligaciones que puedan surgir entre ellos lo serán en virtud de un contrato que le sirva de base a la representación, o un negocio jurídico previo donde las partes regulen sus relaciones sin que esto implique mutación de la naturaleza unilateral de la representación, en otras palabras el simple otorgamiento del poder no genera obligaciones aun si

las partes recurren a otro negocio jurídico donde se regulen sus relaciones (Oliveros, 2017, p. 144-146), esto último es concordante con la característica de la autonomía de la representación respecto de otros negocios jurídicos.

Sin embargo Oliveros también hace una importante aclaración en aras de evitar confusiones:

Si el apoderado acepta realizar el encargo que supone el otorgamiento de facultades en un poder, quedará obligado hacia su poderdante, no en virtud del poder, sino en los términos de su aceptación, y por lo tanto desde un punto de vista jurídico se entiende celebrado un contrato de mandato o prestación de servicios, aunque no sea sino en forma puramente verbal entre apoderado y poderdante, y es en los términos de ese contrato en que van a quedar obligadas las partes, pero no por el simple poder (Oliveros, 2017, p. 147)

Las consideraciones conceptuales referentes ya vistas son similares a los aportes de la doctrina italiana; Betti y Stolfi aceptan la unilateralidad como de la esencia de la representación, Emilio Betti la cataloga como una “declaración unilateral recepticia” dirigida a autorizar a otra persona para que ésta ejecute un acto de disposición obligación o adquisición, “recabando anticipadamente para sí las consecuencias que hayan de derivarse de ello” (Betti, 1943, p. 436); por su parte Guissepe Stolfi sostiene:

La procura, es decir, la autorización representativa concebida por el interesado, constituye una manifestación unilateral de voluntad por la cual aquel confiere a

otro el poder de obrar en su nombre al efecto de llegar a ser exclusiva y directamente titular de los derechos y obligaciones que surjan del negocio que ha de concluirse con el tercero (Stolfi, 1959, p. 240).

Finalmente Barrera Zamorategui descarta de plano que la representación pueda considerarse un contrato o un acto jurídico bilateral, por lo tanto la considera un acto esencialmente unilateral en razón, según él, a que únicamente se requiere la voluntad del poderdante en su otorgamiento para ser válido y existente (Barrera, 1994, p. 106).

Lo dicho hasta acá no impide afirmar que con la aceptación del representante nacen obligaciones para él, pero ello no convierte a la representación en contrato o acto jurídico bilateral; así las cosas las obligaciones nacen por virtud de la ley y no por la existencia de un negocio bilateral que regule las relaciones entre representante y representado; en otras palabras, las obligaciones del representante “nacen directamente de la ley y no por el solo hecho del otorgamiento del poder” (Oliveros, 2017, p. 147)

9.3. Conclusión del capítulo II

Hay consenso en la doctrina sobre la naturaleza unilateral de la representación, la cual se concreta por medio del acto de apoderamiento, este último también es catalogado como acto jurídico unilateral, como se estudiará en el próximo capítulo.

Capítulo III

10. Poder y mandato

10.1. Sumario del capítulo

Asunto importante en esta investigación es establecer los límites conceptuales de poder y contrato de mandato; allí es donde se han presentado las mayores dificultades, en este aspecto se ha advertido la existencia de una confusión entre ambas categorías, figuras diferentes con alcances diversos pero que a la postre pueden concurrir en la gestión de los negocios jurídicos; lo que se va a exponer es este capítulo pretende ser un avance y será la base para desarrollar los objetivos de la presente investigación.

Para efectos de este capítulo y los siguientes cuando se haga alusión a “representación” se entenderá como representación voluntaria, según la definición ya abordada.

10.2. Definiciones del término “poder”

Capital importancia tiene hacer claridad conceptual sobre el “poder” en el marco de la teoría del negocio jurídico de la representación, se parte de la premisa que una adecuada conceptualización nos evitará confusiones e imprecisiones que se presentan incluso en la actualidad, confusiones que incluso afectan el concepto de naturaleza jurídica del negocio de la representación mediante poder.

El término “poder” lo usaremos con el significado y alcance precisos, ya que es común en la vida diaria, que se use esta palabra para designar el instrumento en que el mismo consta, ya para designar el acto que una persona realiza por otra, lo que es inexacto.

El poder nos lo define Von Tuhr como “la facultad de representación otorgada por negocio jurídico”. Pasemos ahora a definir el acto de apoderamiento, apoderamiento, o procura, que el ya citado autor nos define como el “otorgamiento del poder de representación”, y que Hupka nos define como la concesión de poder necesario para una representación eficaz” (Sánchez, 1971, p. 18)

El valor de la cita de Sánchez Urite radica en que destaca el poder como facultad y porque lo relaciona con el concepto de “apoderamiento” que no es más que la acción de otorgar el poder o facultad de representación; no se pierde vista que la definición es de gran relevancia pues liga el concepto poder con la representación, puede deducirse desde esta óptica que no habrá representación sin poder o facultad otorgada para tal efecto, resultando entonces el poder un requisito indispensable para la perfección del acto de apoderamiento; Hineirosa expresa en este aspecto que “para actuar a nombre ajeno y obtener que los efectos del negocio así celebrado se radiquen en la persona por quien obra, es indispensable contar con un poder”, tan importante es el poder que se dice que es el fundamento y requisito legal de eficacia del negocio representativo. (Hineirosa, 2008, p. 203), “En términos generales se dice que el poder es la facultad jurídica, de naturaleza singular, en virtud de la cual, obrando por cuenta de una persona, se la hace destinataria de los efectos del contrato”.

Se ha recurrido también a tres conceptos básicos de lo que debe entenderse por poder en materia de representación jurídica:

- a) Como apoderamiento, o sea el acto jurídico unilateral a través del cual se confiere la representación jurídica voluntaria por el poderdante o representado a su representante o apoderado. (...)
- b) Como las facultades de representación voluntaria conferidas al representante o apoderado, o sea, la medida legal de la representación: los casos y supuestos en que el representante puede obligar válidamente a su representado.
- c) La tercera acepción del término poder, es quizás la menos técnica, pues coincide con el documento en que consta el apoderamiento, o sea, el objeto en donde materialmente ha quedado constante la declaración unilateral de voluntad del representado o poderdante para conferir su representación voluntaria a su representante o apoderado. (Barrera, 1994, p. 72 y 73)

Para Barrera Zamorategui la definición de poder más adecuada es la primera, es decir aquella que lo define como el acto jurídico unilateral por medio del cual el poderdante confiere su representación al apoderado; este autor es enfático en resaltar el carácter de *acto jurídico unilateral*, entendiéndolo que únicamente se necesita de la voluntad del poderdante para que este exista y tenga validez. (Barrera, 1994, p. 106).

Si se retoma la definición de poder dada líneas atrás por Sánchez Urite la misma encuadra perfectamente en la segunda concepción que ofrece Barrera Zamorategui; tanto la primera como

la segunda de Barrera Zamorategui son acertadas pero la segunda es la más precisa puesto que el poder se catalogue como acto jurídico unilateral atiende más a su naturaleza o característica en el marco del negocio jurídico y no una definición propiamente dicha de lo que se entiende por poder, esto sin restarle importancia a tal característica; no obstante el carácter de unilateralidad propio del poder será más importante cuando se traslade la figura al escenario del derecho público, por lo tanto es suficiente con que se defina el poder como la facultad de representación conferida por el poderdante al apoderado.

Lo claro es que deben desecharse aquellas acepciones que definan el poder desde una perspectiva meramente instrumental o documental, definición por demás simplista y que no aporta elementos al estudio que se hace.

10.3. El contrato de mandato y el poder de representación.

Estudiar el contrato de mandato en esta investigación es ineludible porque es con esta figura frente a la cual se ha generado la mayor confusión respecto del poder, llegando al punto de asimilarlos; sin embargo se reconoce que tanto contrato de mandato y poder pueden concurrir en la celebración de negocios jurídicos, todo sin perjuicio de la autonomía que le asiste al poder.

En Colombia la figura está contemplada en el artículo 2142 del Código Civil: “El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”, de aquí que se deduzca fácilmente la naturaleza contractual del mandato.

Obviamente, expresar que el mandato es un contrato tiene una serie de implicaciones importantes, en él surgen derechos y obligaciones entre mandante y mandatario mientras que en el apoderamiento se da un negocio unilateral el cual nace del poder o facultad de representación otorgado, en todo caso es válido aclarar que contrato de mandato y apoderamiento son negocios jurídicos. (Zinny, 2010, p.16)

Tanto en el contrato de mandato como en el poder se faculta a otro para obrar en nombre del mandante o poderdante según el caso, sin embargo en el contrato de mandato los actos ejecutados por el mandatario no están revestidos de la eficacia directa que poseen los actos jurídicos desplegados por el apoderado, eficacia directa que es atributo propio de la representación, si el mandato se acompaña de poder si existe eficacia directa pero esta eficacia será en virtud del poder y no del contrato de mandato.

Es claro por lo consultado, que la facultad de representación no puede nacer en virtud del contrato mandato –ni de ningún tipo de contrato- sino solamente en virtud del otorgamiento de poder; el hecho de suscribir contrato de mandato no hace presumir tampoco la existencia de la representación, ésta última tendrá su génesis siempre en el otorgamiento de un poder.

De tal manera que el poder y el mandato no se implican necesariamente. Así, existen: mandatos sin poder, en los mandatos no representativos; mandatos con poder, si se trata de mandatos representativos; y, existen poderes sin mandato, cuando aquellos tienen otros negocios subyacentes. (Barrera, 1994, p. 108).

Sobre las diferencias entre contrato de mandato, poder y acto de apoderamiento ha expresado José Alejandro Bonivento Fernandez:

Para distinguir los tres fenómenos con toda nitidez basta pensar en la esencia de cada cual. Por ejemplo, la procuración o acto de apoderamiento es un negocio jurídico unilateral del poderdante que solo crea facultades; mientras que el poder es una mera facultad; y el mandato un negocio bilateral, un contrato, que no crea simples facultades sino obligaciones, en especial las del mandatario de obrar por cuenta y riesgo (pero no necesariamente en nombre del mandante). Puede existir el mandato sin poder (“mandato no representativo”, lo ha llamado la Corte), que sirve de base a la mediación reservada, o el mandato con poder (“representativo” según el léxico de la Corte), que sirve de base a la representación pero no por ser un mandato sino por envolver dos negocios, el mandato y la procuración. Si se quiere ver gráficamente la diferencia, piénsese en el ejercicio judicial de la profesión de abogado: la procuración, el negocio unilateral del cliente por el cual confiere al abogado el poder para un proceso, lo otorga aquél presentando personalmente al juzgado un memorial que se incorpora al expediente; mientras que el negocio fundamental, el contrato por el cual el abogado se obliga a representar a su cliente y éste a pagar los honorarios, se hace constar en un documento privado (ad-probationem) que el abogado conserva discretamente en su oficina. La distinción es tan radical que pueden existir procuración y poder desprovistos de todo negocio fundamental: Así ocurre cuando el representado se limita a conferir la facultad de celebrar en nombre suyo algún negocio al

representante sin que éste se obligue a hacerlo ni entre los dos medie contrato alguno que defina sus relaciones. En suma, la procuración y el poder son fenómenos diferentes del negocio fundamental y en buen grado autónomo frente a él.” (Bonivento, 2008, p. 598)

Valga insistir que tampoco puede deducirse que una figura dependa de la otra:

El mandato no comporta de suyo la representación, pero esta puede resultar de un apoderamiento conferido a propósito en desarrollo del contrato, o insertado o engastado en él, llamado a prolongarse en el tiempo, o simplemente ocasional. La diferenciación entre aquel y esta es fundamental, pero la simbiosis, o mejor la confusión se mantiene. (Hinestrosa, 2008, p. 68)

Mario A. Zinny utilizando un enfoque histórico ilustra que la confusión que se presenta en la actualidad entre mandato y poder fue un “tema ignorado en el Derecho Romano, advertido primero por Ihering, luego en la misma Alemania por Laband...y no por los franceses, a quienes hemos venido siguiendo en Argentina” (Zinny, 2010, p.18) continua este autor resaltando la labor de los comercialistas que han estudiado la doctrina italiana. La confusión se vio propiciada por el uso de un lenguaje poco técnico de tal manera que “si hemos escrito derecho en un reglón y tenemos que volver a citarlo en el siguiente, recurrimos a otras palabras creyendo que cuentan con el mismo significado” (Zinny, 2010, p.19) haciendo alusión al uso indistinto de los términos mandato y poder.

En el caso colombiano la confusión se ve alimentada –además de lo anterior- por la no existencia de una regulación autónoma e independiente para el poder o del acto de apoderamiento; tradicionalmente se ha recurrido a las normas de la codificación civil que regulan el contrato mandato para suplir tal carencia, hecho a todas luces anti técnico y que genera evidentes confusiones y contradicciones, a esto hay que adicionarle la equivocada tendencia en ver contratos en los negocios jurídicos donde intervienen más de una personas.

10.4. El acto de apoderamiento

Para Sánchez Urite el apoderamiento es el otorgamiento de poder de representación; este es unilateral porque cuenta con una única parte, tal como ocurre por ejemplo en el caso del testamento o el pagaré (Zinny, 2010, p.22).

La mera declaración unilateral de voluntad del poderdante basta para que el apoderamiento surta sus efectos en cuanto acto unilateral y, por tanto, para que el designado apoderado tenga el carácter de representante voluntario del poderdante y pueda ejercer válidamente las facultades de representación conferida, sin que sea necesaria aceptación alguna del representación (sic) para que tales efectos jurídicos se produzcan. Pues la declaración unilateral de voluntad es una fuente especial de obligaciones y derechos.

(...)

Por otra parte, en virtud del apoderamiento o poder, el poderdante al conferir su representación voluntaria al apoderado, se convierte en representado, y, por lo

tanto autor o parte contratante... Así, los efectos jurídicos derivados de los actos que en ejercicio del poder realice el representante o apoderado, repercutirán directamente en la esfera jurídica del poderdante y no en la del apoderado o representante (Barrera, 1994, p. 75 y 76).

Finalmente, el acto de apoderamiento cuenta con una estructura jurídica, en la que se identifican como principales elementos:

- 1) Un elemento personal, el poderdante;
- 2) La mención del sujeto a quien se otorgan (sic) la representación: el apoderado;
- 3) Las facultades de representación; y
- 4) Además, generalmente tiene una razón o causa lógico-jurídica para su otorgamiento o cuando menos una expectativa fundada en su futura existencia: el negocio subyacente.
- 5) En ocasiones, otros elementos adicionales. (Barrera, 1994, p. 75).

Los elementos adicionales que a los que hace alusión el autor referenciado son relativas a aquellas que eventualmente se pueden dar por voluntad de poderdante y apoderado, como por ejemplo facultades expresas dadas al apoderado para que éste pueda delegar o sustituir el poder, o la mención de plazos o condiciones etc. (Barrera, 1994, p. 92).

10.5. Conclusiones del capítulo III

Finalmente se llega a una clara delimitación conceptual entre poder y contrato de mandato. El poder en el marco de la teoría del negocio jurídico ha de entenderse como la simple

facultad de representar otorgada por una persona denominada poderdante o representado a otra denominada apoderado o representante, en tanto el acto de apoderamiento es el otorgamiento del poder. Por su parte, el contrato de mandato corresponde a un acto jurídico bilateral en donde el mandante encarga al mandatario la realización de uno o varios negocios jurídicos que interesan al mandante, sin embargo los efectos de los negocios realizados por el mandatario no gozan eficacia directa frente al mandante.

Aunque contrato de mandato y poder son claramente diferenciables, ambos pueden concurrir en la celebración de los negocios jurídicos, pero tal circunstancia no desvirtúa el carácter autónomo del poder y por tanto no altera su naturaleza unilateral, el contrato de mandato o negocio jurídico de gestión que concurre solo tiene como finalidad regular las relaciones entre apoderado y poderdante; pero esto no implica que el poder requiera de la preexistencia de contrato de mandato u otro para su existencia y validez.

La unilateralidad también es una característica del poder, esta cualidad determina igualmente la naturaleza jurídica de la representación voluntaria, entendiendo que es claro que la representación para su existencia requiere ineludiblemente del poder; pero el poder no hace presumir la existencia de un contrato de mandato entre poderdante y apoderado.

Capítulo IV

11. La representación judicial de entes públicos mediante poder en Colombia

11.1. Sumario del capítulo

Paso a seguir será orientar lo estudiado al derecho doméstico y revisar el tratamiento en la legislación y doctrina colombiana, se analizará la regulación de la representación en el derecho colombiano, luego se hará un rastreo en las normativas procesales colombianas con el objetivo de hallar en ellas referencias sobre naturaleza de la representación judicial de los entes en Colombia; no obstante se tratarán también aspectos relativos a la representación judicial en general, y esto implicará la revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

La representación judicial de entidades públicas mediante poder requiere de un análisis desde la óptica de sus efectos jurídicos a fin de identificarlos y cotejarlos con los efectos jurídicos de la representación judicial mediante delegación general o particular. La responsabilidad es un aspecto relevante en la presente investigación, el objetivo es indagar sobre la procedencia de pregonar responsabilidad contractual en los involucrados en el acto de apoderamiento para la representación judicial de entidades públicas, de igual forma se exploran aspectos puntuales sobre responsabilidad disciplinaria de los funcionarios que intervienen en el negocio jurídico objeto de estudio. Finalmente se hace un análisis de procedencia del reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa en los eventos de realización de actividades de representación judicial sin que medie contrato estatal.

11.2. Búsqueda en la legislación colombiana

La primera e ineludible referencia legal sobre la representación en la ley es la contenida en el Código Civil, al respecto el artículo 1505 prescribe:

Artículo 1505. Efectos de la representación. Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.

La norma trae el supuesto de la representación y se puede afirmar que se refiere tanto a la representación legal como a la representación voluntaria; pero además se resalta que le incorpora acertadamente la característica de eficacia directa, no obstante el término contratado no puede interpretarse como que la representación solo pueda ejercerse para facultar a otro la celebración de contratos solamente sino que se puede dar la representación para la realización de otros negocios jurídicos diferentes del contrato. En el resto del texto del Código Civil no se encontrarán más referencias sobre la representación, lo que implica una completa ausencia de una regulación al respecto.

Por su parte el Código de Comercio trae consigo una definición de representación voluntaria, el artículo 832 añade que el acto de otorgar la facultad de representación de llama apoderar, y que este acto puede ir acompañado de otros negocios jurídicos, piénsese en los negocios jurídicos de gestión donde representado y representante regulan sus relaciones internas como el contrato de mandato y el contrato de prestación de servicios; el artículo 833 contempla el concepto de eficacia directa al disponer que los efectos de los negocios jurídicos realizados por

el representante producen efectos en la esfera jurídica del representante; también aparece allí el término “poderes”, palabra que ha de entenderse como las facultades otorgadas; finalmente el inciso segundo de este artículo trae un supuesto de hecho que no es más que el caso de la llamada representación indirecta que como ya se dijo no es representación, por ello se dice que la eficacia directa no aplicará cuando no se cuente con la facultad para representar es decir con el poder.

Nota característica de esta legislación comercial es que resalta la exigencia que los actos desplegados por el representante en virtud del poder otorgado se realicen dentro de los límites de las facultades otorgadas, vale decir que esta clase de actos no tendrán eficacia directa frente al representado, sin perjuicio de posterior ratificación.

11.3. Tratamiento en la doctrina colombiana y la confusión con el contrato de mandato.

La representación ha merecido que algunos autores como José Alejandro Bonivento Fernández, Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta y Fernando Hinestrosa resaltarán su importancia y dedicaran algunos razonamientos y precisiones al respecto, y por ellos son completamente pertinentes los estudios sobre el negocio jurídico en general donde se trate la representación.

Bonivento Fernández luego de reconocer que los mayores esfuerzos por comprender la representación provienen de la doctrina extranjera Rey afirma:

Es un complemento al principio según el cual las manifestaciones de voluntad solo producen efectos para quien las emite o recibe personalmente. La

representación consiste en que los negocios celebrados por un intermediario (llamado representante) y de manera general las manifestaciones de voluntad emitidas o recibidas por éste en nombre de otra persona (llamada representado), producen sus efectos directamente sobre ésta y no sobre el intermediario (Bonivento, 2008, p. 595 y 596)

Hinestrosa refiriéndose a los textos normativos colombianos de derecho privado que contemplan la representación resalta que no existe allí propiamente una definición de la figura, lo que si hay es una descripción de la actuación e identificación de sus efectos:

La norma del código civil es un modelo de plenitud, como quiera que con precisión señala los tres factores básicos de la representación: la actuación de alguien, a nombre de otra persona, estando facultado para ello por esta o por la ley al efecto, implica que los efectos de su comportamiento van directamente al representado. (Hinestrosa, 2008, p. 113)

Lo que queda claro es que la pocas referencias normativas respecto de la representación han obligado a los tratadistas colombianos a consultar la doctrina universal, lo cual nos pone frente a una realidad inevitable, nuestro sistema no heredó la representación como figura plenamente desarrollada legalmente y por virtud de ello se ha recurrido a la integración normativa con otra figuras como el contrato de mandato para solventar los vacíos regulatorios, hecho que a la postre derivó en la confusión entre representación y mandato, entre poder y contrato de mandato; sin embargo se reconoce que la inspiración alemana e italiana sobre la

representación propició que en los ordenamientos latinoamericanos se la tratara como figura autónoma pese a la confusión que líneas atrás se advirtió.

De esta forma la normatividad resultó, sin que esa mezcla se haya podido liquidar satisfactoriamente, no distribuida, sino diseminada aceptando sí la diferencia entre el apoderamiento y la relación de gestión, pero con insuficiencias y hasta contradicciones en la regulación de uno y otra.
(Hinestrosa, 2008, p. 122)

Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta también realizan aportes sobre la representación en Colombia pero estas serán útiles cuanto se traten las características de la representación en Colombia.

11.4. Características de la representación en Colombia

De la normativa citada y las consideraciones doctrinales domésticas se puede extraer que las características de la representación en Colombia son:

- 1) La intervención del representante: hecho explícitamente recalado por el artículo 1505 del Código Civil donde se contempla que una persona llamada representante “se convierte en el órgano de expresión jurídica del representado, para lo cual le presta su propia actividad” (Ospina, 2018, p. 334)

- 2) La intervención del representante debe ser de índole jurídica: para nada importa en el plano de la representación que una persona ejecute actos meramente materiales en nombre de otra, lo que interesa es la ejecución de actos jurídicos y esto es apenas obvio cuando se tiene presente que la representación tiene pleno desarrollo dentro del marco de la teoría del negocio jurídico, y lo importante es cómo los sujetos pueden modificar su esfera jurídica por medio ciertos actos autorizados por la ley. El texto del artículo 1505 del Código Civil no especifica que la representación se dé para la ejecución de actos jurídicos pero si se deduce esto cuando expresa "...produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo" (Ospina, 2018, p. 334 y 335) el término "contratado" debe conducir a la idea de acto jurídico y no solamente de contrato, esto hace parte de las imprecisiones del texto legal.

- 3) La intervención del representante debe ser a nombre del representado: indispensable es que el representante actúe en nombre de otro que es el representado, primera exigencia del artículo 1505 del Código Civil, es aquí donde la representación suele confundirse con el contrato de mandato, pues allí el mandatario también obra en nombre del mandante, solo que a diferencia de la representación, los efectos del acto jurídico ejecutado recaen directamente sobre el reemplazante o mandatario. (Ospina, 2018, p. 336)

- 4) El poder del representante: para el nacimiento de la facultad representativa se hace imperioso el otorgamiento del poder al representante, por lo tanto la expresión "...estando facultado por ella" contenida en el artículo 1505 del Código Civil se refiere al

acto de apoderamiento u otorgamiento de poder, entendiéndose este último como la facultad representativa que posee el representante. (Ospina, 2018, p. 337)

11.5. La representación judicial en Colombia

11.5.1. El Código de Procedimiento Civil y el Código General de Proceso.

Es importante anotar que la figura de la representación judicial está contenida en las normas procesales civiles, pues en ella se regulan las relaciones entre poderdante y apoderados, así las cosas, es conveniente hacer citación al Código de Procedimiento Civil y al Código General del Proceso. En primer lugar, el Código de Procedimiento Civil–Decreto 1400 de 1970- disponía:

Artículo 63. Derecho de postulación. Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permite su intervención directa.

Artículo 64. Apoderados de las entidades de derecho público. La Nación y demás entidades de derecho público podrán constituir apoderados especiales para los procesos en que sean parte, siempre que sus representantes administrativos lo consideren conveniente por razón de distancia, importancia del negocio u otras circunstancias análogas.

Constituirán apoderado especial, el representante de la entidad que no sea abogado, salvo el caso del personero municipal, y aquél que deba representar a otra entidad con interés opuesto.

Los gobernadores, intendentes y comisarios, aunque sean abogados inscritos, deberán actuar por medio de apoderado, si el proceso se adelanta fuera de su sede.

Artículo 65. Poderes. Los poderes generales para toda clase de procesos y los especiales para varios procesos separados, sólo podrán conferirse por escritura pública. En los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros.

El poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigido al juez del conocimiento, presentado como se dispone para la demanda.

Los poderes o las sustituciones de éstos podrán extenderse en el exterior, ante cónsul colombiano o el funcionario que la ley local autorice para ello; en este último caso su autenticación se hará en la forma establecida en el artículo 259.

(...)

Artículo 66. Designación de apoderados. En ningún proceso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona; si en el poder se mencionan varios, se considerará como principal el primero y los demás como sustitutos en su orden. Para recursos, diligencias o audiencias que se determinen, podrá designarse un apoderado diferente de quien actúa en el proceso.

La sustitución a distinto abogado sólo podrá hacerla el apoderado principal, cuando los sustitutos estén ausentes o falten por otro motivo o no quieran ejercer el poder; circunstancias que el principal deberá afirmar bajo juramento que se considerará prestado con la presentación del escrito.

El poder especial para un proceso prevalece sobre el general conferido por la misma parte.

Si se trata de procesos acumulados y una parte tiene en ellos distintos apoderados, continuará con dicho carácter el que ejercía el poder en el negocio más antiguo, mientras el poderdante no disponga otra cosa.

Artículo 67. Reconocimiento del apoderado. Para que se reconozca la personería de un apoderado es necesario que éste sea abogado inscrito y que haya aceptado el poder expresamente o por su ejercicio.

El Código de Procedimiento Civil regulaba específicamente lo atinente a los apoderados de las entidades de derecho público, allí se contemplaban algunas reglas especiales pero ninguna que nos revele la solución al problema que se plantea, el legislador solo regula quiénes pueden representar judicialmente a las entidades de derecho público, el contenido de los poderes y los requisitos para el reconocimiento del apoderado judicial. Por su parte el Código General de Proceso –Ley 1564 de 2012- contempla las siguientes normas:

Artículo 73. Derecho de postulación. Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa.

Artículo 74. Poderes. Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados.

El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas.

(...)

Los poderes podrán ser aceptados expresamente o por su ejercicio.

Artículo 75. Designación y sustitución de apoderados. Podrá conferirse poder a uno o varios abogados.

Igualmente 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. Las Cámaras de Comercio deberán proceder al registro de que trata este inciso.

En ningún caso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona.

El poder especial para un proceso prevalece sobre el general conferido por la misma parte.

Si se trata de procesos acumulados y una parte tiene en ellos distintos apoderados, continuará con dicho carácter el que ejercía el poder en el proceso más antiguo, mientras el poderdante no disponga otra cosa.

Podrá sustituirse el poder siempre que no esté prohibido expresamente.

El poder conferido por escritura pública, puede sustituirse para un negocio determinado, por medio de memorial.

Quien sustituya un poder podrá reasumirlo en cualquier momento, con lo cual quedará revocada la sustitución.

Artículo 76. Terminación del poder. El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso.

(...)

Artículo 77. Facultades del apoderado. Salvo estipulación en contrario, el poder para litigar se entiende conferido para solicitar medidas cautelares extraprocerales, pruebas extraprocerales y demás actos preparatorios del proceso, adelantar todo el trámite de este, solicitar medidas cautelares, interponer recursos ordinarios, de

casación y de anulación y realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente las condenas impuestas en aquella.

El apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante.

El poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, prestar juramento estimatorio y confesar espontáneamente. Cualquier restricción sobre tales facultades se tendrá por no escrita. El poder también habilita al apoderado para reconvenir y representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvención y la intervención de otras partes o de terceros.

El apoderado no podrá realizar actos reservados por la ley a la parte misma; tampoco recibir, allanarse, ni disponer del derecho en litigio, salvo que el poderdante lo haya autorizado de manera expresa.

Cuando se confiera poder a una persona jurídica para que designe o reemplace apoderados judiciales, aquella indicará las facultades que tendrá el apoderado sin exceder las otorgadas por el poderdante a la persona jurídica.

Se aprecia que el Código General del Proceso tampoco ofrece pistas sobre la naturaleza jurídica de la representación judicial de las entidades públicas.

Mejores resultados se tendrán al revisar la jurisprudencia sobre la representación judicial, para tales efectos se consultaron providencias entre los años 1991 y 2018 de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Como primer antecedente se cita la sentencia C-1178 de 2001 expedida por la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis allí se sostuvo el carácter de acto jurídico unilateral del poder o acto de apoderamiento, y realiza una diferenciación respecto del contrato de mandato; esta providencia se da en el marco del juicio de constitucionalidad del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, en este entender la suscripción de poderes para representación judicial no son contratos, sino actos jurídicos unilaterales.

Como es sabido el contrato de mandato es uno entre los diversos negocios jurídicos de gestión y consiste, de conformidad con los artículos 2142 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio, en que el mandatario se encarga de adelantar negocios jurídicos o actos de comercio, por cuenta del mandante, con representación o sin ella. En tanto el apoderamiento es un acto unilateral, que puede ser aceptado o no, en virtud del cual una persona autoriza a otra para actuar a su nombre y representación.

Ahora bien, lo que ordinariamente ocurre es que el contrato de gestión precede y genera el acto de apoderamiento, pero esta íntima relación no permite confundir los efectos de uno y otro, porque mientras el acto de apoderamiento es oponible a

quienes por causa del mismo se relacionan con el poderdante y con el apoderado, el contrato de gestión rige las relaciones internas entre estos de manera preferente al acto de apoderamiento, pero sin trascender a quienes se vinculan con el apoderado y el poderdante por razón de la representación, porque con respecto de aquellos el contrato de gestión viene a ser *res inter alios acta*.

Además, el contrato de mandato, aunque de ordinario regula las relaciones internas entre poderdante y apoderado, no es el único idóneo para el efecto, porque el apoderado bien puede estar vinculado con el poderdante mediante un contrato de trabajo, de prestación de servicios, a causa de una situación legal o reglamentaria o solo en razón del acto de apoderamiento -es el caso, por ejemplo, de quien otorga el poder a aquel que le indica la firma de abogados, con la cual tiene vigente un contrato de asesoría, inclusive sin conocerlo.

Así las cosas, el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil no regula el contrato de mandato que eventualmente puede existir entre el abogado y su cliente, sino el acto de apoderamiento que le permite a un sujeto procesal o a un interviniente en juicio, ser técnicamente representado. Representación que requiere de una especial regulación, dada sus particularidades.

De otra parte, los negocios de gestión, en cuanto regulan internamente las relaciones entre poderdante y apoderado, están desprovistos del interés público que conlleva el ejercicio del derecho de defensa en juicio -bajo la modalidad de la

autodefensa, o de la asistencia de un tercero-, toda vez, que con prescindencia del convenio que puede dar lugar al acto de apoderamiento, lo esencial de la intervención del letrado consiste en que el vinculado al juicio sea asistido en la proyección de su defensa en juicio, para que el debido proceso se realice efectivamente –artículo 29 C.P. (Colombia, Corte Constitucional, 2001).

En términos generales, la Corte Constitucional, al diferenciar el acto de apoderamiento y el contrato de mandato, resalta el carácter unilateral del primero y la bilateralidad del segundo, destacando la independencia del acto de apoderamiento. Por otro lado es claro para la Corte que este acto es la manera como se materializa la representación judicial y no por virtud del contrato de mandato que pueda existir o no para la regulación de las relaciones internas entre mandante y mandatario.

Además se expresa en la mencionada providencia que la representación requiere de una especial regulación, dada sus particularidades, regulación que no existe por lo que tradicionalmente se ha acudido a la normativa del Código Civil referente del mandato para regular algunos aspectos de la representación, allí ha nacido la confusión entre las figuras; pese a que la Corte no define qué es la representación judicial si puede inferirse su naturaleza como negocio jurídico unilateral por virtud de la misma naturaleza unilateral del acto de apoderamiento; finalmente se concluye que el acto de apoderamiento es el que permite a un “sujeto procesal o a un interviniente en juicio” ser “técnicamente representado”.

Este pronunciamiento de la Corte es el único que se ha dado en su seno acerca de la naturaleza de la representación judicial, acoge la teoría de la representación que expusieron como lo ilustró Ernesto Sánchez Uribe- tratadistas como Bucka; Von Ihering, Hupka y Von Tuhr; por lo que puede decirse que la sentencia C 1178 de 2001 acepta la visión alemana de la representación y además admite el tratamiento de la representación judicial desde la órbita del negocio jurídico, en consecuencia la representación es un negocio jurídico; conclusión que es importante en esta investigación.

11.5.2. La representación judicial de los entes públicos en Colombia según la Ley 1437 de 2011.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula la capacidad y representación de las entidades públicas en los procesos judiciales en que son parte y el derecho de postulación:

Artículo 159. Capacidad y representación. Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo,

Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

(...)

Artículo 160. Derecho de postulación. Quienes comparezcan al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa.

Los abogados vinculados a las entidades públicas pueden representarlas en los procesos contenciosos administrativos mediante poder otorgado en la forma ordinaria, o mediante delegación general o particular efectuada en acto administrativo.

Así, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla el derecho de postulación para efectos de la representación judicial de los entes públicos en Colombia, la cual deberá hacerse mediante abogado inscrito – representante precalificado-, además menciona que la entidades públicas pueden ser representadas judicialmente *“mediante poder otorgado en la forma ordinaria, o mediante delegación general o particular efectuada en acto administrativo”*.

Es importante mencionar que la representación judicial de las entidades públicas tiene relación con el concepto de capacidad para ser parte dentro del proceso, y es el legislador quien dotó a las personas jurídicas de derecho público de tal capacidad. La capacidad para ser parte tiene sus notas características en el campo del contencioso administrativo, debido a la complejidad de la estructura del Estado y la administración pública. (Rojas, 2012, p.18)

La capacidad para ser parte de las entidades públicas ha sido explicada tradicionalmente discriminando aquellas que tienen personalidad jurídica de las que no (Fernández, 2015 p. 33). Tal posición es cuestionada por Silvio Harold Rosero Arce quien ilustra que tal discriminación – que tiene fuente en la Constitución y la ley- de a poco ha perdido importancia práctica, que corresponde a un tecnicismo instrumental que va en contravía de la prevalencia del principio de prevalencia del derecho sustancial contenido en el artículo 228 constitucional (Rosero, 2015, p 73 y 118), por todo ello en autor citado concluye:

Con base en lo anterior, ya no es novedoso el hecho de que entidades públicas sin personería, sean capaces de contratar y ser parte procesal. Por consiguiente, esta clase de reconocimientos ha permitido que el acceso a la justicia de ciudadanos y de dichas entidades sea real y dinámico, porque a unos u otros les interesa que esté presente quien produjo el acto o el hecho motivo de controversia. (Rosero, 2015, p 167)

No menos importante es el tema de la capacidad para comparecer al proceso de las entidades públicas, este concepto es sustancialmente diferente a la capacidad para ser parte, mientras la primera recae sobre la persona natural o jurídica, la segunda se predica de quienes se encuentren habilitados legalmente para obrar válidamente dentro del proceso jurisdiccional. (Rojas, 2012, p.24). En el caso de las entidades públicas, la capacidad para ser parte se predica de las personas por medio de las cuales aquellas personas que sean sus representantes.

Juan Gabriel Rojas López explica el cambio que se dio con la ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- frente al derogado Decreto 01 de 1984 -Código Contencioso Administrativo-, respecto de lo que debe entenderse como parte y quien corresponde efectuar su representación, así el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011 establece que pueden obrar como partes no sólo las entidades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas, sino, los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley, tengan capacidad para comparecer al proceso, lo que a la postre resultó en el reconocimiento de la capacidad para comparecer al proceso a entidades públicas sin personería jurídica, dándose en la práctica que el ente sin personería jurídica este llamado a ejercer su defensa judicial, lo que implicaría la defensa judicial del ente central. No obstante, el atributo de personalidad jurídica seguirá siendo fundamento para definir el concepto de parte en el campo procesal. (Rojas, 2012, p.25-28).

Lo inobjetable en este punto es que el legislador –artículo 160 de la Ley 1437 de 2011- ha condicionado la comparecencia al proceso a que se haga mediante abogado inscrito –con algunas excepciones-, salvo que la ley autorice para hacerlo directamente. Así, la postulación es garantía para la comparecencia al proceso– como explica Juan Ángel Palacio Hincapié-:

...la facultad que se tiene para actuar en los procesos en causa propia o como apoderado de otra persona, facultad que sólo la poseen los abogados titulados. La figura del apoderado no limita, ni disminuye la capacidad para comparecer al proceso a la persona, sino que, por el contrario, garantiza su derecho a la defensa adecuada de la persona y al debido proceso. (Palacio, 2013, p. 234)

Representación judicial y capacidad para ser parte son conceptos disímiles. El Consejo de Estado en Sala Plena, Sección Tercera, Subsección A, en sentencia de unificación de jurisprudencia 25000-23-26-000-1997-05033-01(20420) del 25 de septiembre de 2013 y con ponencia de Enrique Gil Botero, ha dejado claro que son conceptos disímiles y de ellos se predicen consecuencias jurídicas diversas:

Ahora bien, según se hable de la legitimación del demandante o del demandado, estamos en presencia de la falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva, respectivamente. La legitimación en la causa por pasiva, en el proceso contencioso administrativo, necesariamente debe entenderse a la luz del concepto de capacidad para ser parte. En otros términos, la falta de legitimación por pasiva sólo puede predicarse de las personas que tienen capacidad para ser parte en el proceso, y no de los órganos o de los representantes de éstos que acuden al proceso en nombre de la persona jurídica de derecho público. Así, es claro que en los casos en los que se demanda a la Nación, pero ésta no estuvo representada por el órgano que profirió el acto o produjo el hecho, sino por otra entidad carente de personería jurídica, no se está en presencia de falta de legitimación en la causa, sino de un problema de representación judicial.

(...)

Y es importante delimitar estos campos porque las consecuencias son diferentes, pues mientras que la falta de legitimación en la causa, conlleva, en la práctica, a la negación de lo deprecado, la indebida representación configura una nulidad saneable. (Consejo de Estado, 2013)

Conforme a la sentencia de unificación, los funcionarios de las entidades públicas que tienen la representación judicial de las entidades públicas son aquellos que tendrán la función de otorgar el respectivo poder al profesional del derecho en caso que ellos no ostenten la calidad de abogado inscrito o que siendo abogados no deseen comparecer al proceso directamente, pero tanto la capacidad para ser parte de las entidades públicas como su debida representación judicial constituyen presupuestos procesales, así, el numeral 4 del artículo 133 del Código General del Proceso, al cual hace remisión expresa el artículo 208 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece como causal de nulidad “Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder”.

Se advierte que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no da luces sobre la naturaleza jurídica de la representación judicial de entidades públicas mediante poder, sin embargo tal situación no es extraña pues tratándose de una norma de carácter procesal interés del legislador fue contemplar el medio cómo las entidades comparecen al proceso y no entrar a definir la naturaleza de tal acto jurídico, la visión allí es meramente formalista; en otros términos, al legislador procesal le es indiferente la esencia del acto jurídico representativo entre la entidad pública representada y el abogado representante.

Ahora, en la representación judicial de entidades públicas están involucrados unos aspectos que en plano de la teoría del negocio jurídico no son advertidos, así, la asistencia jurídica al Estado implica la defensa del interés general; menciona Juan Felipe Solórzano

Quintero que esta actividad se realiza con respecto a los intereses de todos los ciudadanos, frente a los reclamos particulares de un presunto menoscabo, y, “en virtud del interés general de todos los individuos, no es dable pagar por una reclamación indebida”; y la labor del abogado del estado es hacer prevalecer ese interés general sobre el interés particular ante los jueces y es esto lo que finalmente legitima la defensa judicial del Estado (Solórzano, 2016, p. 315 y 316).

Lo referido da pie para poner de relieve que pese al interés general que implica la representación judicial del Estado en juicio, es una costumbre arraigada analizarla desde una arista meramente formal, Sebastián Martín-Retortillo nos alerta sobre ello:

La defensa de los Poderes públicos, defensa en Derecho, defensa en juicio de las Administraciones públicas, constituye un tema que acostumbra a plantearse desde una perspectiva formal, de carácter eminentemente adjetivo –excepciones, plazos, requisitos de quienes hayan de ejercer su postulación, sistema de notificaciones, etc. Y no porque tal perspectiva procesal carezca de significado, resulta evidente, sin embargo, que es notoriamente insuficiente para abordar el tema que refiero.
(MartínRetortillo, 1990, p.7)

Este interés general en la defensa judicial del Estado puede verse afectado cuando se considera la práctica administrativa de acudir a la figura del contrato de prestación de servicios para contar con los servicios profesionales de abogados para la representación judicial –abogados externos-, contratos que generalmente no exceden el año como plazo lo que afecta la adecuada defensa de los intereses de la entidad pública representada, así se tiene un tiempo insuficiente

para analizar el estado y estrategia en los procesos por la falta de continuidad del abogado (Solórzano, 2016, p. 336 y 407).

Ante este panorama se avizora como una posible solución la inclusión de cláusulas de pervivencia en los respectivos contratos en aras de garantizar la continuidad del abogado como representante judicial de la entidad pública sin importar que el plazo del contrato se haya cumplido, el Consejo de Estado ha contemplado como viable jurídicamente que se pacten dichas cláusulas dejando claro que su estipulación no van en contra de normas de orden público- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia 25000-23-26-000-2006-0173501(38854) del 16 de julio de 2015, con ponencia de Hernán Andrade Rincón-.

Un caso de ejemplo sobre el asunto que se acaba de mencionar es el de los contratos celebrados para la defensa jurídica del Estado, los cuales usualmente requieren de la confluencia de actos de apoderamiento o de mandatos especiales para comprometer la disponibilidad del abogado y la continuidad de la gestión frente a las vicisitudes del proceso y atender los trámite en el momento en que ellos surgen, con independencia de los plazos de vigencia del contrato y las etapas de definición y ejecución del gasto al interior del respectivo acuerdo contractual. En ese escenario, con apoyo en la libertad de configuración establecida al amparo del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pueden ocurrir actos de apoderamiento o contratos de mandato otorgados sin fijación del plazo, es decir con vigencia por el término de la gestión o también, contratos de prestación de servicios en los cuales se contempla la pervivencia de algunas obligaciones que deban ser cumplidas en etapas

poscontractuales, como por ejemplo para atender una gestión en curso o cubrir el caso de sustitución de apoderados, con el propósito de que el Estado no se quede sin representación. (Consejo de Estado, 2015)

Finalmente, la teoría de la representación en el marco del negocio jurídico resulta plenamente aplicable a la representación judicial en general y a la representación judicial de entes públicos en Colombia, la Corte Constitucional analizó la representación judicial en la sentencia C-1178 del 8 de noviembre de 2001 y la catalogó como negocio jurídico unilateral, posición recogida posteriormente en decisiones del Consejo de Estado, haciendo salvedad de un período donde se consideró el poder para representación judicial de entes públicos como un contrato estatal, de esto se análisis profundo en los siguientes títulos.

11.5.3. Representación judicial de entidades públicas mediante poder frente a la Ley 80 de 1993.

Es pertinente la consulta del texto de la ley 80 de 1993 -Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública- en aras de revisar si en dicha normativa existen elementos para considerar la representación judicial mediante poder de entidades públicas como un contrato estatal, por lo tanto se acudió a los apartes normativos de la mencionada que regulan aspectos atinente a la forma y perfeccionamiento del contrato estatal.

El artículo 39 cataloga como imperativo respecto de la forma del contrato estatal que este conste por escrito, y a continuación el artículo 41 expresa sobre su perfeccionamiento que “los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la

contraprestación y éste se eleve a escrito”; aun prescindiendo de todo lo ya expuesto en esta investigación por la doctrina –sobre la naturaleza unilateral del acto de apoderamiento- se pone de manifiesto que la representación judicial de las entidades públicas mediante poder no puede ser considerado contrato estatal, por un lado en la representación judicial mediante poder no existe pacto sobre la contraprestación por la actividad desplegada por el representante judicial así lo puso de manifiesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (30 de enero de 2013) Sentencia 85001-23-31-000-2000-00239-01 (21130), MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera, el argumento del Consejo de Estado para negar la existencia de contrato estatal, que según la demandante lo constituía el poder otorgado por la Gobernación de Casanare, es que este no suple la solemnidad contempla en los artículo 39 y 41 de la ley 80 de 1993, y por ello existió ausencia total de los trámites legales necesarios para la formalización escrita del contrato, concluye que el contrato estatal es inexistente. (Consejo de Estado, 2013)

No obstante, con anterioridad, la sección quinta del Consejo de Estado, falló de dos medios de control de Nulidad Electoral contra el acto de elección de Alcalde Popular y Personero Municipal - Sentencias CE-SEC5-EXP1995-N1381 del 15 de septiembre de 1995, MP. Miren De La Lombana De Magyaroff y 20001-23-31-000-2001-0146-01(2867) del 13 de septiembre 2002, MP. Reinaldo Chavarro Buriticá- en estas ocasiones el Consejo de Estado declaro nula la elección de dichos funcionarios en razón de que en el año inmediata anterior suscribieron contrato con la entidad estatal en la cual luego fueron nombrados o electos, desconociendo la prohibición contemplada en los artículos 95 y 174 literal g) de la ley 136 de 1994 respectivamente; no obstante el análisis del Consejo de Estado es poco profundo a la hora de justificar por qué consideró los poderes de representación de entes públicos como contratos

estatales, solo se apoyó el criterio orgánico atinente a la naturaleza pública de la entidad poderdante. (Consejo de Estado, 1995 y 2002)

11.5.3.1. Acto de apoderamiento para representación judicial de entidades públicas con regímenes especiales de contratación.

Se cuestiona además si el acto de apoderamiento judicial otorgado por una entidad exceptuada de la aplicación ley 80 de 1993 puede ser considerado contrato estatal habida cuenta la preponderancia de la consensualidad en materia contractual en dichos regímenes exceptuados. La respuesta seguirá siendo negativa; en principio podría pensarse que superada la obligatoriedad de la solemnidad (escrito) ello habilitaría para considerar ese acto de apoderamiento de entidad pública como contrato estatal, pese a ello la hipótesis no es defendible al traer al análisis lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-1178 de 2001 –con ponencia de Álvaro Tafur Galvis-; donde consideró que el acto de apoderamiento judicial es esencialmente unilateral (Corte Constitucional, 2001), y por ello, independiente de la calidad del poderdante, sea éste una persona natural, persona jurídica de derecho público o privado, e independiente de su régimen contractual en el caso de las entidades públicas –aun si esta exceptuada del régimen de la Ley 80 de 1993-, la naturaleza del acto según la sentencia de constitucionalidad relacionada siempre será la de un acto jurídico unilateral, lo que descarta de plano que sea considerado un contrato.

Se concluye, que no se desconoce que en los regímenes contractuales de las entidades exceptuadas de la aplicación de la ley 80 de 1993 tiene cabida la consensualidad, lo que ocurre es que el acto jurídico estudiado (apoderamiento para la representación judicial y aun de entidades públicas) es esencialmente unilateral y su naturaleza no correspondería a un contrato. Es claro

que la revisión de las normas de la ley 80 de 1993 permiten concluir la imposibilidad de considerar los actos de apoderamiento judicial de entidades públicas como contratos estatales y de esto se ampliará cuando se analice la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Y finalmente nada influye el hecho que el acto de apoderamiento sea susceptible de aceptación o no, pues tanto la Corte Constitucional –sentencia C 1178 de 2011- como la doctrina ampliamente mencionada en este esfuerzo investigativo han coincidido en que tal hecho no desvirtúa la unilateralidad del acto de apoderamiento para la representación, “el apoderamiento es un acto unilateral, que puede ser aceptado o no.” (Corte Constitucional, 2001)

11.5.4. El papel de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

El Decreto 4085 del 1° de noviembre de 2011 -Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado- en su artículo estableció como objetivo de esta agencia el diseño de estrategias, planes y acciones dirigidos a dar cumplimiento a las políticas de defensa jurídica de la Nación y del Estado definidas por el Gobierno Nacional; la formulación, evaluación y difusión de las políticas en materia de prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos, y la dirección, coordinación y ejecución de las acciones que aseguren la adecuada implementación de las mismas, para la defensa de los intereses litigiosos de la Nación.

El artículo 610 del Código General del Proceso –Ley 1564 de 2012- estatuyó que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado puede intervenir como interviniente o como

apoderado judicial de las entidades públicas. El párrafo 2° agrega que cuando la Agencia intervenga como apoderado judicial de una entidad pública, ésta le otorgará poder a aquella.

La Actuación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en todos los eventos, se ejercerá a través de abogado o abogados que designe bajo las reglas del otorgamiento de poderes. (Inciso 2° del párrafo 2°)

Quiere decir lo anterior que desde la expedición de la Ley 1564 de 2012 la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado será sujeto procesal en el proceso contencioso administrativo ya sea en calidad de interviniente o de apoderado; Juan Gabriel Rojas López advierte que el Código General del Proceso excedió el objeto de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado pues su misión es defender los intereses litigiosos de la nación, el mismo artículo 2 del Decreto 4085 de 2011 delimitó su campo de acción al definir qué se entiende por “intereses litigiosos de la Nación”, el párrafo de dicha norma trae cinco literales las cuales son todas hipótesis donde se comprometen intereses de la Nación y las entidades a las que se refiere son entidades del orden nacional, situación que es más clara con la lectura del literal iv) del artículo 3 del Decreto 4085 de 2011 que define el alcance de la defensa jurídica del Estado. Se entiende que el objetivo de la creación de la Agencia frente al tema de la participación en los procesos judiciales era que se tratase para salvaguardar los intereses litigiosos de las entidades del orden nacional y no todo tipo de entidades, discriminación que no realizó el Código General del Proceso (Rojas, 2012, p. 34-37)

Incluso el mismo Decreto 4085 de 2011 –con contravía de su alcance- dispuso en el numeral 3 párrafo 1º artículo 6 –modificado por el artículo 1º del Decreto 915 de 2017 - Por el cual se modifica parcialmente las funciones y estructura de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado-: “Cuando a ello hubiere lugar, la Agencia podrá ejercer la representación judicial de las entidades territoriales mediante la suscripción de convenios interadministrativos y el correspondiente otorgamiento de poder”

Así las cosas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es un nuevo sujeto procesal dentro del proceso Contencioso Administrativo y la misma puede actuar como apoderado de cualquier entidad incluso de las entidades territoriales.

Para materializar el ejercicio la representación judicial de entidades territoriales la aludida Agencia expidió el documento denominado “La Representación Judicial de Municipios de 4ª a 6ª Categoría por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado” en la cual define el acto de apoderamiento:

Es un acto unilateral voluntario, que puede ser aceptado o no, en virtud del cual una persona autoriza a otra para actuar a su nombre y representación mediante un poder general o especial. (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2014, p. 14)

En el documento, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado aclara que en los procesos donde intervenga como representante judicial –de municipios de cuarta a sexta

categoría- la Agencia no es parte del proceso y que los efectos de la actuación en juicio del representante recaen sobre el representado (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2014, p. 18) –eficacia directa-.

11.5.5. Características de la representación judicial mediante poder en Colombia.

Lo que si dejan claro los textos legales procesales colombianos es que la existencia del poder o facultad de representación judicial, constituye un requisito indispensable para su existencia; a su vez con los aportes dados por Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta se precisa la concurrencia de otros elementos veamos:

- 1) La intervención del representante judicial: plenamente aplicable al caso de la representación judicial es lo estipulado por el artículo 1505 del Código Civil, las actuaciones procesales desplegadas por el representante judicial se consideran expresión procesal del representado.
- 2) La intervención del representante debe ser de carácter jurídico: y en este evento tal intervención es de índole judicial o procesal, el representante judicial no ejecuta actos materiales; en virtud de esta representación ejecuta actos procesales en el escenario de la Litis.
- 3) La intervención del representante debe ser a nombre del representado: no cabe duda que las actuaciones realizadas por el representante se hacen a nombre del representado judicialmente.
- 4) El poder del representante: este requisito también es contemplado en las normas procesales, la facultad representativa judicial requiere de acto de apoderamiento.

- 5) Se requiere adicionalmente “precalificación del representante”, “la representación judicial es entendida como el poder de realizar los actos de parte en el proceso reservados a quien tiene la investidura profesional de abogado” (Hinestrosa 2008, p. 145 y 146), al respecto el Código de Procedimiento Civil contemplaba en su artículo 63 “las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito”.

Se ha constatado dentro de la representación judicial además una diferencia entre representación procesal y representación sustancial, frente a esto Hinestrosa cita textualmente a Cesare Massimo Bianca:

La representación procesal tiene por objeto la ejecución o la recepción de aquellos actos mediante los cuales se practica el derecho de defensa, la representación procesal es una representación técnica ejercida exclusivamente por el procurador legal inscrito en el registro profesional y tiene por objeto los actos del proceso. Esta representación no atribuye al procurador el poder de ejecutar actos que comporten disposición de la pretensión controvertida. Para dicho fin es necesaria la atribución de un poder de representación sustancial (Hinestrosa 2008, p. 145 y 146)

En el contexto acabado de exponer se suele identificar representante judicial como procurador, tal hecho tuvo su génesis desde del derecho romano donde las personas acudían al proceso judicial mediante cognitores y procutatores (Petit 2003, p. 628 y ss), por otro lado se

debe adicionar que también se ha denominado el acto de apoderamiento como procura entendida esta todo acto de autorización (Hinestrosa 2008, p. 207) entre ellos el acto de apoderamiento.

La diferenciación entre representación judicial sustancial y representación judicial procesal resulta importante a luz de las facultades que pueden ser concedidas en el poder, dándose en la práctica que puedan confluir estos dos tipos de representaciones, pues por un lado se requiere ejecutar actos procesales como contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar medidas cautelares, solicitar pruebas etc; también se requiere eventualmente de actos de disposición del derecho en litigio como la conciliación judicial, la transacción, el desistimiento etc.

11.5.6. Características de la representación judicial de los entes públicos mediante poder en Colombia.

Las fuentes jurisprudenciales no hacen alusión a las características de la representación judicial de entes públicos mediante poder no obstante se logran construir con lo consultado hasta acá, tales características, son:

- 1) La intervención del representante judicial.
- 2) La intervención del representante debe ser de índole jurídica- específicamente judicial-.

- 3) La intervención del representante debe ser a nombre del representado: y éste último representado siempre será una persona jurídica de derecho público.
- 4) El poder del representante: este requisito también es contemplado en las normas procesales, la facultad representativa judicial requiere de acto de apoderamiento.
- 5) “Precalificación del representante”, calidad de abogado inscrito.

No se requerirá entonces de contrato de mandato ni de contrato de prestación de servicios ni de alguna figura contractual para la existencia de la representación judicial de entes públicos, pues la teoría de la representación ampliamente aceptada –incluso en Colombia- ha caracterizado el poder de representación como autónomo, en consecuencia no requiere de contratos de gestión previos para su existencia; este panorama no cambia si estamos frente a la representación judicial de entidades públicas, en tal sentido es discrecional de la administración pública suscribir contrato que regule las relaciones entre representante y representado (entidad) en virtud del poder otorgado (plazo, honorarios etc); y en caso de hacerse esta circunstancia hace no hace mutar el carácter de acto jurídico unilateral del acto de apoderamiento judicial. La sola lectura a la sentencia de constitucionalidad C-1178 de 2001 basta para llegar a esta conclusión, sin embargo es objetivo de esta investigación hacer una revisión a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

11.6. Naturaleza jurídica de la representación judicial de los entes públicos mediante poder en Colombia según el Consejo de Estado.

Ya se afirmó preliminarmente que la naturaleza jurídica de la representación judicial mediante poder es la de un acto jurídico unilateral (sentencia C-1178-2011), en el escenario de la representación judicial de entes públicos también conservará dicha naturaleza, sin embargo

queda especificar a qué forma de manifestación de la voluntad de la administración corresponde: acto administrativo, contrato, operación administrativa, hechos; para esta labor se escudriñará la jurisprudencia del Consejo del Estado.

i) Como primer antecedente jurisprudencial -en el marco del Decreto-Ley 222 de 1983, Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones- tenemos una providencia donde el Consejo de Estado –Sección Quinta, Expediente 1995-N1381 del 15 de septiembre de 1995 con ponencia de Miren de la Lombana de la Magyaroff- en trámite de medio de control de nulidad electoral, anuló la elección de un Alcalde Popular por considerar que dentro del tiempo de inhabilidad –año anterior a su elección- suscribió contrato de mandato con un ente público, Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, dicho contrato a voces del Consejo de Estado fueron los poderes para representación judicial que se suscribieron -o contratos de mandato según se consignó en el fallo (Consejo de Estado, 1995). Se enfatiza allí que las demandas que presentó en calidad de apoderado se dieron en el tiempo de la inhabilidad.

No cabe duda que acá se adopta la posición de considerar los poderes para representación judicial como contratos estatales y con base en ello se anula la elección del burgomaestre, finalmente es válido concluir que se aplicó allí criterio orgánico, se tuvo en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad representada y no la naturaleza del acto de apoderamiento.

ii) En el año 2002 el Consejo de Estado –Sección Quinta, sentencia 20001-23-31-0002001-0146-01(2867) del 13 de septiembre de 2002 con ponencia de Reinaldo Chavarro Buriticá- reiteró que la suscripción de poderes con entes públicos son contratos; en esta ocasión – en virtud de medio de control electoral- declaró la nulidad de la elección de un personero municipal quien en el año inmediatamente anterior a su elección suscribió poder con ente público dentro del mismo nivel territorial. (Colombia, Consejo de Estado, 2002).

En esta oportunidad el Consejo de Estado se mostró aún más contundente y explícito a la hora de caracterizar los poderes de representación judicial de entes públicos como contratos al tenor del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en efecto se estudió el caso de un profesional del derecho al cual se le otorgó poder para la representación judicial de hospital público en el año inmediatamente anterior a su elección como personero de la misma municipalidad, consideró el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo que se incurrió en la inhabilidad prevista en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994. La celebración del contrato -deja claro la sentencia- se manifiesta en la suscripción de poder para la representación judicial del hospital público; allí se acoge de nuevo el criterio orgánico del contrato estatal: *“y aun aquellos que no corresponden a un tipo específico de contrato previsto en la ley”* todo esto para identificar el poder de representación judicial como un contrato de mandato; en otras palabras el Consejo de Estado ha dicho que contrato de mandato y poder son la misma figura, y consecuencia ello concluye que tal poder es “un típico contrato estatal”, en este caso no se está expresando que existió concurrencia de un contrato de mandato con un poder, no, claramente se está solo frente a un poder de representación judicial el cual es asimilado por el Consejo de Estado como contrato de mandato y a su vez un contrato estatal. En la sentencia incluso se hace un análisis de los

“Presupuestos para que se configure por celebración de contrato”.

iii) Para el año 2013, el Consejo de Estado –Sección Tercera, Subsección A, sentencia 85001-23-31-000-2000-00239-01(21130) del 30 de enero de 2015 con ponencia de Carlos Alberto Zambrano Barrera- en asunto sometido bajo el medio de control de controversias contractuales resolvió sobre la existencia de un contrato estatal; la accionante -profesional de derecho- solicitó que se declarara la existencia de un contrato estatal que según su entender lo constituía el poder que le otorgó el Departamento de Casanare para su representación judicial. En esta oportunidad, el Consejo de Estado resolvió no acceder a la solicitud de declaratoria de existencia de contrato estatal, argumentando que el poder otorgado por la Gobernación de Casanare no implicaba la existencia de un contrato con la administración pública, (Colombia, Consejo de Estado, 2013).

El Consejo de Estado consideró que no existió contrato estatal entre la demandante y la entidad demandada y que el poder otorgado no demuestra la existencia de contrato de prestación de servicios con la administración, sin embargo no se realizó un mayor análisis fuera de expresar que no se cumplieron los trámites para la formalización escrita del contrato pretendido conforme exige la Ley 80 de 1993, esto es la solemnidad del contrato estatal.

iv) El 30 de octubre de 2013 el Consejo de Estado –Sección Tercera, Subsección A, sentencia 25000-23-31-000-2000-01696-01(32720) con ponencia de Mauricio Fajardo Gómez- acepta la concurrencia del contrato de prestación de servicios previsto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, con el contrato de mandato establecido en el artículo 2142 del Código Civil y el acto de apoderamiento referido para efectos de su terminación en el artículo 69

del Código de Procedimiento Civil y además cita la sentencia C 1178 de 2001 de la Corte Constitucional reiterando que el apoderamiento es un acto unilateral.(Colombia, Consejo de Estado, 2013).

v) En el año 2015 el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera, Subsección C, sentencia 25000-23-26-000-2001-01069-01(26452) del 16 de marzo de 2015 con ponencia de Olga Mérida Valle de la Hoz- reconoció la posibilidad de concurrencia de tres actos jurídicos en los eventos de defensa judicial de los entes públicos: 1) contrato de prestación de servicios, 2) Contrato de mandato y, 3) acto de apoderamiento. En dicha providencia solo separó los conceptos, sin profundizar en los aspectos esenciales de cada uno.(Colombia, Consejo de Estado, 2015).

vi) Pese a la anterior postura adoptada, poco después, el Consejo de Estado –Sección Tercera, Subsección A, sentencia 25000-23-31-000-2006-00131-01(37726) del 25 de marzo de 2015 con ponencia de Hernán Andrade Rincón- asimiló los conceptos de contrato de mandato y poder (o acto de apoderamiento); desde esta óptica el poder para representación judicial es un contrato, por ende un contrato estatal. (Colombia, Consejo de Estado, 2015).

vii) En el año 2016, citando la sentencia C-1178 de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado retomó –Sección Tercera, Subsección B, sentencia 25000-23-26-000-2003-0154801(34562) del 1 de agosto de 2016 con ponencia de Danilo Rojas Betancourth- la posición de diferenciar el acto de apoderamiento (o poder) del contrato de mandato, catalogando al primero como un acto jurídico unilateral y al segundo como un acto jurídico bilateral. En esta

ocasión, el Consejo de Estado afirmó que el acto de apoderamiento es un acto jurídico que crea meras facultades mas no obligaciones como si lo hace el contrato de mandato; por lo demás reiteró la posibilidad de concurrencia de estos actos jurídicos con un contrato estatal. (Colombia, Consejo de Estado, 2016).

viii) Finalmente en el año 2017 el Consejo de Estado –Sección Tercera, Subsección B, sentencia 25000-23-26-000-2001-02906-01(36943) del 24 de abril de 2017 con ponencia de Danilo Rojas Betancourth- conoció del medio de control de controversias contractuales, donde un profesional del derecho solicitó se declarara la existencia de un contrato de prestación de servicios con la entidad demandada (INVIAS) y además, la declaratoria de incumplimiento del mismo más el pago de perjuicios causados. Según la parte actora el contrato alegado consistía en los poderes otorgados por la entidad demandada para la representación judicial.

Concluye el Consejo de Estado que aquellos poderes suscritos con el INVIAS no podían considerarse contratos estatales, reiterando la obligación de cumplir con los parámetros de la Ley 80 de 1993 para que se entienda perfeccionado el contrato estatal. También separó conceptualmente el contrato del acto de apoderamiento judicial destacando a su vez los efectos de cada uno; por ello negó todas las pretensiones de la actora incluso la pretensión subsidiaria de reconocimiento de compensación con base en supuesto enriquecimiento sin causa, (Colombia, Consejo de Estado, 2017).

Esta decisión cita apartes de las sentencias de constitucionalidad C-1178 de 2001 y del Consejo de estado -25000-23-26-000-2003-01548-01(34562)-, lo que se da por sentado es una

clara separación entre las figuras de contrato de mandato (o cualquier otro de gestión) y acto de apoderamiento, reiterando además la unilateralidad y autonomía de este último respecto a los contratos que le pueden preceder y que regulan las relaciones entre poderdante y apoderado.

En lo analizado sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado entre los años 1995 y 2017 llama la atención que para efectos de tratamiento del tema de inhabilidades e incompatibilidades y en el marco del medio de control de nulidad electoral el Consejo de Estado en su Sección Quinta haya planteado que los poderes para la presentación judicial son Contratos Estatales, pero en la Sección Tercera cuando el escenario es la discusión judicial en el marco del medio de control de controversias contractuales haya expresado que este acto jurídico no puede considerarse un contrato estatal teniendo como sustento la Sentencia C1178 de 2001.

En algunas de las providencias relacionadas del Consejo de Estado -expedientes: 34562 del 1 de agosto de 2016 y 36943 del 24 de abril de 2017- se ha catalogado el acto de apoderamiento para la representación judicial de entes públicos como un acto jurídico unilateral y a su vez acoge la teoría de la representación de raigambre alemán; pero concluir que se está frente a un acto jurídico unilateral solo nos deja a medio camino de dar respuesta de fondo al interrogante que se investiga sobre la naturaleza del acto en el escenario de la administración pública, la actuación bajo estudio podría ser un acto administrativo, un contrato, una operación administrativa, etc.

Como se ilustró líneas atrás existe un pronunciamiento del Consejo de Estado–expediente (26452) 16 de marzo de 2015- donde se asimila poder y contrato de mandato, en ese entender, se reitera, el poder de representación judicial de entes públicos es un contrato estatal con contraposición a los demás pronunciamientos; pero esta posición no ha sido reiterada ni es sólida, además es contraria a la doctrina sobre la representación. En el expediente (21130) del 30 de enero de 2013-, el Consejo de Estado hizo más énfasis en los requisitos del perfeccionamiento del contrato estatal para negar la pretensión de declaratoria de existencia del contrato estatal según poder que se aportó en la demanda, en otras palabras, el otorgamiento de poder para la representación judicial de entidades públicas no es contrato estatal porque no cumple con los requisitos que contempla la Ley 80 de 1993.

El análisis dinámico de la jurisprudencia del Consejo de Estado puede verse en el siguiente cuadro:

¿Cuál es la naturaleza jurídica de los poderes para representación judicial de entidades públicas en Colombia según el Consejo de Estado?		
		<p style="text-align: center;">●</p> <p style="text-align: center;">Sección Quinta Sentencia del 15 de septiembre de 1995, Exp. CE-SEC5-EXP1995-N1381 MP Miren De La Lombana De Magyaroff</p> <p style="text-align: center;">●</p> <p style="text-align: center;">Sección Quinta Sentencia del 13 de septiembre 2002, Exp. 20001-23-31-000-2001-0146-01(2867) MP Reinaldo Chavarro Buritica</p>

<p>Los poderes de representación judicial de entes públicos NO pueden ser considerados contratos estatales</p>	<p>●</p> <p>Sección Tercera Sentencia del 30 de enero de 2013, Exp. 85001-23-31-000-2000-00239-01 (21130) MP Carlos Alberto Zambrano</p> <p>●</p> <p>Sección Quinta Sentencia del 25 de marzo de 2015, Exp. 25000-23-31-000-2006-00131-01(37726) MP Hernán Andrade Rincón</p> <p>●</p> <p>Sección Tercera Sentencia del 1 de agosto de 2016, Exp. 25000-23-26-000-2003-01548-01(34562) MP Danilo Rojas Betancourth</p> <p>●</p> <p>Sección Tercera, Sentencia 24 de abril de 2017, Exp. 25000-23-26-000-2001-02906 01 (36943) MP Danilo Rojas Betancourth</p>	<p>Los poderes de representación judicial de entes públicos son contratos estatales</p>
--	---	---

Fuente: elaboración del autor.

Después de analizado lo esbozado por el Consejo de Estado, se descarta que la representación judicial de entes públicos mediante poder constituya un contrato estatal, y el hecho que este acto pueda estar acompañado de un contrato previo o posterior que regule las relaciones entre poderdante y apoderado no desvirtúa su unilateralidad.

Llegado este momento, conviene precisar qué se entiende por “acto jurídico unilateral”; respecto de “acto jurídico” se puede expresar:

Se entiende por acto jurídico toda clase de comportamiento humano que sea ejercicio de un poder jurídico y al cual el ordenamiento jurídico refiere, en cuanto a tal, una modificación jurídica. Se define el poder jurídico como toda fuerza activa, atribuida por el ordenamiento jurídico, a un sujeto capaz de producir o concurrir a producir una modificación jurídica mediante su propio comportamiento voluntario. Por modificación jurídica se entiende todo efecto jurídico que se produzca como consecuencia del ejercicio del poder y que antes no existía (Diez, 1961, p. 113 y 114)

La unilateralidad del acto implica que existe una sola declaración voluntad en cuando a la formación del acto; que esa declaración eventualmente pueda ser objeto de aceptación no descalifica la mencionada unilateralidad. En consecuencia y para que sirva como precedente, habrá de descartarse igualmente que la representación judicial de entes públicos mediante poder se trate de un hecho administrativo, puesto que el acto de apoderamiento implica en si la voluntad; así mismo tampoco es viable catalogarla de operación administrativa, porque no es un acto de ejecución de otra actuación administrativa.

Es pertinente cuestionar si ese acto jurídico unilateral - acto de apoderamiento para representación judicial de entidades públicas – puede considerarse un acto administrativo o si es un acto civil o privado de la administración. Respecto de la categoría de actos civiles de la administración, esta no ha sido desarrollada con amplitud en Colombia; sin embargo se indaga si por lo menos en teoría ese concepto puede ser aplicado en el contexto jurídico interno.

Acudiendo de nuevo a los avances de la doctrina foránea es pertinente exponer el caso argentino, Agustín Gordillo ha puntualizado: “A mayor abundamiento, es de hacer notar que si se habla de un acto civil de la administración, distinto del acto administrativo, debe suponerse que el primero no se dicta en ejercicio de la función administrativa” (Gordillo 2011, p.II-30), agrega que aceptar tal concepto implica reconocer la existencia de una doble personalidad del Estado, crítica aceptada por la doctrina argentina.

Para el caso colombiano, la referencia de actos civiles o privados de la administración no ha sido estudiada con amplitud, la jurisprudencia ha hecho alguna tímida referencia al respecto, el Consejo de Estado –Sección Tercera, Subsección C, Auto 25000-23-26-000-2017-0197401(61132) del 19 de junio de 2018 con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa- alguna vez se refirió a actos jurídicos privados (Consejo de Estado, 2018), sin embargo esto resulta inconveniente y la aplicabilidad de dicha categoría conceptual resulta ser entonces improcedente en Colombia, la posibilidad de caracterizar el acto de apoderamiento de entidades públicas para su representación judicial como un acto civil o privado de la administración está descartada.

Muy por el contrario, puede expresarse categóricamente que el apoderamiento para representación judicial de entes públicos está enmarcada dentro de la actividad administrativa del Estado, aspecto diferente es que el objeto dicho acto jurídico tenga también su génesis y fundamento en normas de derecho privado como el Código Civil y Código de Comercio:

El derecho privado se aplica sólo con referencia al objeto del acto dictado por la administración; y que en todos los casos es invariable la aplicación del derecho público en cuanto a la competencia, voluntad y forma... no por ello dejan estos actos de ser administrativos para transformarse en actos de derecho privado de la administración...En otras palabras, el acto será básicamente administrativo, aunque sus efectos puedan de alguna manera estar comprendidos en el marco del derecho privado, de la misma manera que la personalidad del Estado es pública aunque en parte serle de aplicación el derecho privado (Gordillo 2011, p. II-31 y II-35).

La representación judicial de entes públicos es manifestación de una potestad administrativa, y para nada importará la aplicabilidad de normas de derecho privado respecto de su objeto; la pregunta consecuente es si ¿es ese poder de representación judicial otorgado por la administración un acto administrativo?; a primera vista el interrogante planteado parece ser contra intuitivo, además no existe texto jurisprudencial o doctrinario en Colombia que respalde tal tesis; sin embargo, si partimos del hecho que la actividad administrativa es plenamente caracterizable y clasificable, entonces la representación judicial de entes públicos debe encajar en una de la formas de actuar de la administración pública; y se sostendrá que tal forma es el acto administrativo, esta conclusión es forzosa por lo que se dirá de aquí en adelante.

La consecuente tarea es adoptar para los efectos de la investigación una definición del acto administrativo; frente a este esfuerzo se consultó a Manuel María Diez quien ilustra que “el acto administrativo puro es una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa en ejercicio de la potestad administrativa” (Diez, 2011, p. 108 y 109). Más precisa es la noción que trae Agustín Gordillo: “declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata”; en cuanto a sus características enfatiza que la unilateralidad excluye el concepto de contrato –por esencia bilateral- y que esa declaración debe ser apta para producir efectos jurídicos. (Gordillo, 2011, p. IV-31)

En Colombia, el Consejo de Estado –Sección Segunda, Subsección A, Auto 68001-2333-000-2017-00669-01(4446-17) del 6 de diciembre de 2018 con ponencia de Rafael Suárez Vargas- ha definido el acto administrativo como “toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos” (Consejo de Estado, 2018); acá lo relevante e imprescindible es que el acto de la administración tenga vocación e idoneidad de producir efectos jurídicos –sin que sea necesario que efectivamente se produzcan-; lo que permite concluir que no existe impedimento para catalogar el acto de apoderamiento de entes públicos con miras a su representación judicial como acto administrativo, pues evidente es que dicho acto es apto para generar efectos jurídicos y además se hace en virtud de la función administrativa. Sin embargo se precisa recordar que el acto de apoderamiento puede ser aceptado o no por el destinatario; por lo que se cuestiona si el acto administrativo que otorga poder de representación judicial al ser objeto de aceptación pierde su

naturaleza unilateral, o si es preciso entonces catalogarlo como un acto administrativo complejo; sobre la aceptación de actos administrativos Agustín Gordillo nos aclara que:

Por ello compartimos la opinión de la doctrina que estima que el acto administrativo no deja de ser unilateral en su formación, para transformarse en bilateral, porque sea necesaria su aceptación o solicitud por parte del interesado.

(...)

En conclusión: Ni la solicitud del interesado, aceptada por la administración, consentido por el particular, dan lugar de por sí a la formación de actos bilaterales, sin que ello signifique, por cierto, que pueda prescindirse en el primer caso de la voluntad del interesado, ni que ella carezca de relevancia en el segundo. (Gordillo, 2011, p. IV-29 y IV-30)

Nótese a más de lo ya expresado, como los actos administrativos guardan estrecha relación con la teoría del negocio jurídico, y es que debe ser así puesto que los actos administrativos son expresión de la voluntad administrativa, y a través de ellos la administración pública autorregula sus intereses, dicha voluntad está dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas en el marco la función administrativa, son el medio para materializar los actos jurídicos de derecho público; en otras palabras el acto administrativo no es más que un acto jurídico que nace en el marco de la función administrativa; finalmente el acto administrativo es una expresión del negocio jurídico público.

Los actos administrativos, negocios jurídicos, son declaraciones de voluntad de la autoridad administrativa dirigida a producir un efecto jurídico, y que se

caracteriza porque el órgano administrativo quiere el acto en sí, y quiere el efecto jurídico que el acto está destinado a producir.

Los efectos tienen su fuente en el acto, vale decir, en la voluntad de la administración; tienen lugar en cuanto son queridos por el autor del negocio jurídico. El agente, autor del negocio jurídico, quiere que produzca sus efectos en cuanto son reconocidos y tutelados por el derecho, ya que un particular no puede, por sí mismo crear derecho.

(...)

Los negocios jurídicos públicos son, en general, manifestaciones de voluntad de un solo sujeto, la administración pública. Son actos simples, unilaterales en general; algunas veces actos complejos (Diez, 1969, p. 128-129)

Frente a la estrecha relación entre acto administrativo y acto jurídico se concluye que el acto administrativo es un acto jurídico calificado atendiendo a la calidad del agente que lo expide:

La teoría del acto administrativo se desarrolló a partir de la teoría general del acto jurídico entendiéndose como acto jurídico la manifestación de la voluntad con efectos jurídicos y para el caso del derecho o de la teoría del acto administrativo lo que se logró fue calificar esta actividad en cabeza de la administración Pública. (Rolón, 2010)

Ya se dijo que aunque el acto de apoderamiento de entidades públicas sea susceptible de ser aceptado, ello no desvirtúa su esencia unilateral y por ende su calidad acto administrativo, se indaga ahora si puede ser catalogado como un acto administrativo simple o si es complejo, esto último dada la eventual aceptación del poder de representación de entidades públicas por parte del profesional de derecho.

El Consejo de Estado define el acto administrativo complejo “es aquel que para su formación requiere la reunión de varias voluntades de la misma entidad o de varias entidades que se integran con unidad de objeto y fin” –Sección Cuarta, Sentencia 76001-23-31-000-200800510-01(22380) del 19 de abril de 2018 con ponencia de Milton Chaves García-. (Consejo de Estado, 2018).

Manuel María Díez clasifica los actos administrativos como simples, complejos y colectivos; serán actos administrativos simples si ellos se concretan en la declaración de voluntad de una sola entidad, de un órgano de la misma entidad ya sea en forma individual o colegiada. En tanto los actos administrativos complejos resultan del concurso de voluntades de varias entidades -acto administrativo complejo externo- o de varios órganos dentro de una misma entidad unidas en una voluntad –acto administrativo complejo interno- y es necesario que exista unidad de contenido y de fin, lo que hay es una fusión de voluntades de los órganos o entidades que concurren a formarla. El acto administrativo colectivo resulta de la conjunción de varias voluntades con igual contenido y finalidad, pero allí dichas voluntades no se funden ni se unifican sino que se unen pero permaneciendo diferentes existiendo así múltiples intereses con objetos iguales y paralelos. (Díez, 1969, p. 123-125)

El Consejo de Estado también recoge la clasificación del acto administrativo según el número de órganos que participan en su elaboración, catalogándolos como simples, complejos y colectivos -Sección Quinta, sentencia 11001-03-28-000-2013-00017-00 del 28 de agosto de 2013, con ponencia de Alberto Yepes Barreiro-:

Los primeros son dictados por un solo órgano, sea individual o colegiado, que funge como unidad estructural. A su turno, los actos complejos, que se configuran por los siguientes elementos: i) concurrencia de dos o más órganos o autoridades en la formación del acto; ii) pluralidad de voluntades manifestadas en distintos momentos y de manera sucesiva; iii) unidad o igualdad de finalidad y contenido en cada acto administrativo; y iv) interdependencia entre las distintas manifestaciones de voluntad para poder existir. En el acto colectivo también intervienen distintos órganos, pero las voluntades se unen solamente en una única declaración permaneciendo jurídicamente autónomas. (Consejo de Estado, 2013)

Se aprecia que lo que permite que un acto administrativo sea clasificable como complejo es la concurrencia de órganos, autoridades o entidades **en la formación del mismo**. En el acto administrativo donde se otorga poder para la representación judicial a un profesional del derecho, la aceptación no es necesaria para su formación, es la sola voluntad de la administración de otorgar el poder la que forma el acto administrativo, que la facultad otorgada por medio del acto administrativo sea aceptada o no, en nada influye en el acto ya se ha formado con la

manifestación de apoderamiento. La aceptación del poder no es una manifestación de voluntad necesaria para la formación del acto administrativo.

Además, el acto administrativo complejo se refiere a la concurrencia de voluntades de órganos, entidades o autoridades, en los cuales no encuadra el abogado externo ni el abogado vinculado de la entidad pública que acepta el poder.

Igual sucede con el acto administrativo colectivo, tal categoría no recoge a hipótesis del apoderamiento judicial de entidades públicas mediante poder, también requiere la concurrencia de voluntades de órganos, entidades o autoridades, pero con un objetivo e interés diferente; el interés de apoderado no es diferente al de la entidad pública solo que aquel no es un órgano, entidad ni autoridad.

Por todo lo expuesto, se concluye que el acto de apoderamiento para la representación de entidades pública es un acto administrativo simple.

Pertinente salvedad hace Díez al expresar que tanto los actos administrativos simples como los complejos son unilaterales cuando producen sus efectos de manera independiente, sin la aquiescencia de otros sujetos que tengan un interés jurídico distinto, por tanto los actos administrativos bilaterales resultan del concurso de un acto administrativo simple o complejo con el que produzca otro sujeto **con un fin distinto**. (Díez, 1969, p. 127), esto reitera la imposibilidad teórica de catalogar acto jurídico estudiado como acto administrativo bilateral.

Consecuencia de lo anterior, el profesional del derecho puede aceptar o no el apoderamiento judicial que le hace la entidad pública, salvo que medie contrato –cuyo objeto incluya la representación judicial de la entidad- o que sea abogado vinculado mediante relación legal y reglamentaria con la administración y que dentro de sus funciones este el ejercicio de la representación judicial del ente público.

11.7. Efectos Jurídicos de la representación judicial de entes públicos mediante poder en Colombia.

Otorgado el poder nace para el apoderado o representante la facultad o derecho para representar judicialmente a la entidad pública poderdante, teniendo como consecuencia jurídica la eficacia directa de los actos procesales que realice el representante en nombre de la entidad judicialmente representada, así, tales efectos recaerán en cabeza de la entidad pública.

El derecho en cabeza del representante judicial es catalogado como *ius postulandi*, cuya titularidad es exclusiva de los abogados, derecho que en todo caso posee ciertos requisitos para su cabal ejercicio ante los jueces de la república:

Con anterioridad la Corte Suprema ya había sostenido en casos con puntos comunes al ahora estudiado que el *ius postulandi* debe estar plenamente probado por parte de quien dice actuar como abogado. En anteriores ocasiones, se determinó que para esto se necesita allegar un poder al proceso donde se consagre la existencia de un mandato a cargo de quien dice ser abogado, pero no basta con

eso, sino que se hace necesaria la diligencia de presentación personal donde se acredite la condición de abogado. Dijo la Corte Suprema:

Insístese en que el mero hecho de elaborarse el poder dirigido al juez que conoce del proceso carece de virtualidad para convertir al abogado, persé, en apoderado judicial de la parte correspondiente, pues es de *sindéresis* pensar que sin su debida presentación sea un hecho ignorado dentro del expediente. Con el agregado de que no es suficiente que alguien, *motu proprio*, se diga apoderado judicial, porque es menester que demuestre ante el funcionario respectivo que se está habilitado para serlo.” (Corte Constitucional, 2002)

El ejercicio del derecho a representar judicialmente una entidad pública no implica el ejercicio de función administrativa, las labores desplegadas por el representante judicial corresponden a actos procesales, el poder no genera traslado de funciones o prerrogativas públicas en cabeza de los particulares ni es expresión de descentralización por colaboración. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, (4 de noviembre de 2004) Radicado 11001-03-06-000-2004-01592-01. [MP. Enrique José Arboleda Perdomo, Gustavo Aponte Santos]:

La realización de un contrato de mandato u otorgamiento de poder a un abogado, para que suscriba en nombre de la entidad estatal, documentos privados (títulos valores, por ejemplo) o escrituras públicas, o sea su apoderado en actuaciones extrajudiciales o procesos judiciales es diferente también del ejercicio de funciones administrativas por particulares. El mandato se sujeta a las normas

de los artículos 2142 y siguientes del Código Civil, 65 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 13, 32 primer inciso y 40 primer inciso, de la ley 80 de 1993, y no constituye tampoco, ejercicio de funciones administrativas por un particular, pues el mandatario actúa siempre en nombre y representación de la entidad mandante, la cual conserva sus funciones. Si bien el mandatario se puede relacionar con terceras personas, lo hace en calidad de representante, pero no en ejercicio de funciones de la entidad.
(Consejo de Estado, 2004)

En este estado del análisis resulta adecuado alinderar los dos supuestos que trae el artículo 160 de la Ley 1437 de 2011, norma que paralelo a la regulación de representación judicial de entidades públicas mediante poder, contempla la representación vía delegación general o particular; para una mayor comprensión de sus diferencias y efectos, se contrastan en el siguiente cuadro comparativo:

Representación judicial entidades públicas según Art. 160 de la Ley 1437 de 2011	
Delegación general o particular	Poder otorgado en forma ordinaria
Delega función administrativa	Otorga facultad de representación
Delegante traslada al delegatario el ejercicio y disposición del derecho litigioso (dominus litis); el titular del derecho litigioso sigue siendo la entidad pública.	Apoderamiento no implica delegación; por tanto el poderdante (entidad representada) conserva el ejercicio del derecho litigioso; sin perjuicio que pueda ser facultado o autorizado en el poder para conciliar, transigir o desistir; cuyos efectos recaen sobre la entidad representada.

Delegatario debe ser funcionario público del nivel directivo o asesor de la entidad pública (artículo 9 de la ley 489 de 1998; artículo 92 ley 1551 de 2012); debe ostentar la calidad de abogado y sus funciones ser afines y complementarias a las del delegante.	Apoderado es abogado vinculado a la entidad, sin importar nivel jerárquico.
Delegatario no puede delegar la representación delegada, #2 artículo 11 Ley 489 de 1998.	Apoderado puede sustituir el poder otorgado a otro abogado, siempre que la entidad representada le hubiese conferido la facultad de sustituir en el respectivo poder.
Delegatario puede otorgar poder de representación judicial a otros abogados vinculados o ajenos a la entidad estatal o puede ejercer directamente actos procesales y acudir personalmente al proceso.	
Delegante puede reasumir la función delegada	Poder es susceptible ser revocado por el poderdante (entidad)

Fuente: elaboración del autor.

El artículo 160 de la Ley 1437 de 2011 contempla que los abogados **vinculados** a las entidades públicas –situación que implica una relación laboral con la entidad pública- pueden representarlas en los procesos contenciosos, sin embargo debe precisarse que su real alcance va más allá de la literalidad; es necesario que se armonice con las normas generales sobre la delegación en Colombia; aplicando los artículos 9 a 11 de la Ley 489 de 1998 - Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones- y el artículo 9 de la Ley 1551 de 2012 - Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios- se deduce que los abogados a los cuales se le delega la función del artículo 160 de la ley 1437 de 2011 deben pertenecer al

nivel directivo o asesor de la entidad y además sus funciones deben ser afines o complementarias a las del delegante; así, no se trata de cualquier abogado vinculado a la entidad estatal.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no contempla explícitamente la hipótesis respecto de los **abogados ajenos** a la entidad pública que eventualmente la puedan representar judicialmente, pero aplica la regla contenida en la norma respecto del requisito de contar con poder otorgado en la forma ordinaria. Tanto el poder otorgado como la delegación para representación son actos administrativos, la diferencia radica en el contenido del acto jurídico; en el primero el contenido es el otorgamiento de la facultad representativa judicial; y en el segundo es la transferencia de una función y con ello el traslado de la disposición del derecho litigioso.

11.8. Responsabilidad civil en la representación judicial de los entes públicos en Colombia mediante poder.

De acuerdo a lo planteado en los objetivos de esta investigación y como quiera que en la representación judicial de entes públicos mediante poder intervienen servidores públicos, es relevante hacer un análisis de la responsabilidad contractual en el marco de ejecución de ese negocio jurídico al cual, ya se le ha caracterizado en su naturaleza como un acto administrativo complejo.

Se propone abordar este estudio desde un análisis de aspectos puntuales desde la responsabilidad contractual, aclarando que no se pretende dar conceptualizaciones al respecto.

En concordancia con lo ya analizado se descarta predicar responsabilidad contractual en el negocio jurídico de la representación judicial de entes públicos mediante poder, no hay contrato, allí no se ejecutan prestaciones contractuales, sin embargo, vale preguntar si es deber del representante legal de la entidad pública suscribir contrato de gestión previo –contrato de prestación de servicios o contrato de mandato- que regule las relaciones entre poderdante y apoderado.

El representante legal –o su delegado en materia contractual- de la entidad pública no tiene deber de suscribir contrato previo alguno con el representante judicial si su intención es solo otorgar poder para la representación procesal de la entidad; sin embargo, si la intención del representante judicial y entidad representada es regular sus relaciones internas (establecer plazo, pago de honorarios, forma de pago etc.) deberán adelantar los trámites administrativos tendientes a que se suscriba el respectivo contrato de prestación de servicios profesionales conforme a la regulaciones de la ley 80 de 1993. En todo caso vale aclarar que si las partes aun queriendo regular sus relaciones internas omiten o descuidan suscribir el respectivo contrato y solo se suscribe el poder de representación judicial, la inexistencia del primero no hace que el poder otorgado adolezca de algún vicio, o que no exista; por el contrario, el acto de apoderamiento judicial existirá sin ningún vicio ya que es autónomo frente a otros negocios internos entre la partes; el Código de Comercio en su artículo 832 contempla: “El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos”, la norma citada enfatiza en la autonomía del acto de apoderamiento para la representación respecto de la posible concurrencia con otros negocios jurídicos.

Así, cuando la entidad pública otorga poder sin que medie contrato de prestación de servicios con el apoderado ello no constituye falta disciplinaria del representante legal, existe allí discrecionalidad de la administración y el abogado en celebrar tal contrato previo al apoderamiento, si este no se celebra se entenderá que la entidad poderdante y el representante apoderado no pretendieron regular sus relaciones internas ni pactar plazo ni contraprestación económica por las gestiones representativas; esto tiene su apoyo en lo esbozado por el Consejo de Estado respecto del no reconocimiento del enriquecimiento cuando se ejecutan prestaciones en favor de la administración sin el respectivo contrato estatal.

Sin embargo, lo precedente no desconoce la existencia de deberes y obligaciones de los sujetos que participan en el negocio de representación judicial de entidades públicas, en el capítulo II se expuso que el representante debe actuar con esmero, diligencia y lealtad para con el representado; debe actuar con cuidado en su desempeño y competencia (Hinestrosa, 2008, págs. 289 y 290); el numeral 8 de la Ley 1123 de 2007 - Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado- estatuyó que es deber del profesional del derecho, -para este caso: representante judicial de entidad pública-: “...*fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto*”

Según la norma en cita, el apoderado judicial de la entidad pública -en virtud del principio de lealtad y honradez-, deberá establecer con el representante legal de la entidad el monto de los honorarios, plazo y prestaciones recíprocas si así lo requieren; y aquello solo se materializará mediante la suscripción del respectivo contrato de prestación de servicios profesionales bajo los

requisitos de existencia del contrato estatal –artículos 39 y 42 de la Ley 80 de 1993); la omisión de tales requisitos impide el reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa bajo la postura jurisprudencial actual del Consejo de Estado, por ello la no suscripción contractual no podrá ser subsanada solicitando a la jurisdicción la declaratoria de existencia de contrato estatal en virtud de la existencia de los poderes otorgados; este tipo de solicitudes han sido negadas en la sección tercera del Consejo de Estado según se plasmó en las providencias: sentencia 85001-23-31-000-2000-00239-01 (21130) de 2013, sentencia 25000-23-26-000-200301548-01(34562) de 2016; sentencia 25000-23-26-000-2001-02906 01 (36943) de 2017.

Son deberes del representante legal de la entidad representada judicialmente proveer al apoderado judicial de la información y los medios necesarios para el buen desempeño de su labor representativa, a que le sea remunerada su labor si se pactaron honorarios en contrato de prestación de servicios o de mandato, y a que se le resarza por los perjuicios que sufre en la ejecución de la representación, etc.

11.9. Aspectos de responsabilidad disciplinaria en el acto de apoderamiento para representación judicial de entidades públicas en Colombia

Se quiere establecer algunos aspectos prácticos sobre la responsabilidad disciplinaria del funcionario público que interviene en el acto de apoderamiento para la representación judicial de entes públicos, se analizará la aplicabilidad de las normas de inhabilidades para contratar y otros casos puntuales.

Primeramente, interesa saber si las inhabilidades para contratar establecidas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, son aplicables frente al otorgamiento de poder para la representación judicial de entes públicos; se parte del presupuesto que la ley citada contiene una regulación para determinado negocio jurídico del Estado: el contrato estatal; en este momento la cuestión va encaminada a determinar si las inhabilidades para contratar con el estado pueden extenderse en su aplicación a la realización de otros negocios jurídicos con el Estado diferentes del contrato; sobre la característica de bilateralidad el negocio jurídico objeto de regulación por dicha ley se ha expresado por parte del Consejo de Estado en Auto de la Sección Tercera 80-CE-SEC3EXP1998-N14202 del 20 de agosto de 1998, con ponencia del magistrado Juan de Dios Montes Hernández) que:

... el contrato estatal es en esencia una institución que se inscribe dentro de los negocios jurídicos bilaterales: estos se constituyen en fuentes generadoras de derechos y obligaciones, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes para obligarse recíprocamente. (Consejo de Estado, 1998)

Dávila Vinuesa quien fuera miembro de la comisión redactora de la Ley 80 de 1993 respecto de la configuración de las inhabilidades para contratar con el Estado puntualiza:

...quiere decir que cuando una situación determinada, por lógica que parezca no encaja perfectamente con la premisa mayor de la disposición, no es dado al intérprete aplicarla a la situación determinada, significa que la analogía no es

permitida y taxativas son las causales legales de inhabilidad e incompatibilidad.
(Dávila, 2016, p. 148)

Armonizando el concepto de Consejo de Estado con la taxatividad de las inhabilidades para contratar se plantea así una aplicación restrictiva de tales inhabilidades, consecuencia de ello es que su aplicación solo se restringe a los casos en que se está presente frente a un contrato estatal – y no frente a negocios jurídicos diversos-, no en vano el artículo 8 de la ley 80 encabeza: “son inhábiles... para celebrar contratos con las entidades estatales...”; en consecuencia al ser la representación judicial de entes públicos mediante poder un negocio jurídico unilateral –acto administrativo simple- no es viable hacérsele extensiva la aplicación de las normas relativas a las inhabilidades para contratar.

Sin perjuicio de la conclusión acabada de mencionar, es inevitable plantear ciertos eventos que parecen escapar a la regulación del legislador en materia de inhabilidades para celebrar contratos con el Estado. Un primer evento tiene que ver con la hipótesis de profesional del derecho que estando inhabilitado para contratar con el Estado en virtud de sanción disciplinaria pero al cual una entidad pública le otorga poder de representación judicial en su calidad de abogado; piénsese también en el caso de un representante legal de Municipio o Departamento otorgando poder de representación judicial a su hijo(a) o a su cónyuge abogado(a) ¿existe allí una violación a la régimen legal de inhabilidades para contratar? Vale recordar que inicialmente la Sección Quinta Consejo de Estado en los expedientes CE-SEC5-EXP1995N1381 y 2001-0146-01(2867), consideraron el poder de representación judicial de entidades públicas como un contrato estatal y se declaró la vulneración del régimen de inhabilidades para ejercer un

cargo público por parte del abogado que dentro del año siguiente a la suscripción del poder de representación fue electo Alcalde o Personero Municipal, sin embargo tal tesis quedó superada, y actualmente tal poder de representación judicial de entidades públicas según la Sección Tercera del Consejo de Estado no es un contrato estatal, postura fundamentada en los requisitos que exige la ley 80 de 1993 en los artículos 39 y 41, requisitos que no cumple el negocio jurídico estudiado. Se considera pues, que el principio de taxatividad de las inhabilidades para contratar no puede pasarse por alto, y ante un eventual juicio de responsabilidad disciplinaria e incluso penal debe pregonarse la atipicidad de las conductas propuestas como ejemplo por no adecuarse totalmente a la hipótesis normativa de inhabilidades para contratar, se prohíbe así la aplicación extensiva; tales conductas no fueron reguladas ni contempladas por el legislador.

No obstante lo precedente, pueden estar en juego principios de la función pública; el artículo 209 constitucional establece como tales la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; para el caso del representante legal de entidad pública que otorga poder a consanguíneos hasta el segundo grado o a su cónyuge o compañero permanente puede configurarse allí un conflicto de interés; la ley 1437 de 2011 en su artículo 11 contempla los conflictos de interés, en su numeral 10 se expone que existe conflicto de interés cuando el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, representante o apoderado de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativas representante.

11.10. El enriquecimiento sin causa y la *Actio In Rem Verso* frente la Representación judicial de los entes públicos en Colombia mediante poder

En este punto la intención no es hacer un estudio profundo del enriquecimiento sin causa y de la *Actio in Rem Verso* en materia contencioso administrativa, pues ello daría lugar a otro proceso de investigación, sino tratar su aplicabilidad en los eventos de representación judicial de entidades públicas mediante acto de apoderamiento. El Consejo de Estado ha analizado tanto el enriquecimiento sin causa en general, ha estudiado si les asiste el derecho de compensación a los particulares que ejecutan prestaciones a favor de la administración sin el respectivo soporte contractual. Para esta investigación la cuestión analizada es si los profesionales del derecho tienen derecho a que se les compense cuando adelantan gestiones judiciales y procesales cuando hay de por medio un poder de representación pero sin contar con un contrato suscrito con la entidad representada que regulara los honorarios.

No está por demás poner en contexto el hecho que se ha aceptado judicialmente que el medio de control para solicitar la declaración del enriquecimiento sin causa en la jurisdicción contencioso administrativa es la reparación directa no obstante que ésta busca la indemnización y la *actio in rem verso* es una pretensión compensatoria (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia 25000-23-26-000-2001-02906 01 (36943), con ponencia Danilo Rojas Betancourth) (Consejo de Estado, 2017), allí el Consejo de Estado también se hizo un recuento histórico del tratamiento del enriquecimiento sin causa en la jurisdicción contencioso administrativa. Lo relevante para esta investigación es la posición que recientemente se ha adoptado.

Al finalizar el año 2012 se depuraron aspectos primordiales que en su momento hicieron posible dar aplicación a la figura del enriquecimiento sin causa a los

conflictos de naturaleza contenciosa administrativa, sólo que esta vez el ejercicio jurisprudencial por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que comenzó por reiterar el criterio de asignar a las entidades estatales el deber primordial de acatar las reglas de la contratación pública, hizo más severo el enfoque de la *actio in rem verso*. (Bohórquez, 2018, p. 229)

En razón de la sentencia de unificación del año 2012 -Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, sentencia 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897) del 19 de noviembre de 2012 con ponencia Jaime Orlando Santofimio Gamboa- se restringió en gran medida la posibilidad que por medio de la acción de enriquecimiento sin causa particulares accedan a compensación por las prestaciones ejecutadas a favor de la administración sin que mediara contrato estatal, en efecto, se estableció la regla según la cual debe respetarse la normativa relativa a las solemnidades del contrato estatal; así, con la *actio in rem verso* no se puede pretender “desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente” (Consejo de Estado, 2012); recuerda la providencia de unificación que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 estableció que los contratos estatales se entienden perfeccionados “cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”; concluye finalmente que es posible reconocer la *actio in rem verso* en tres situaciones específicas:

- a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el

suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4° de la Ley 80 de 1993. (Consejo de Estado, 2012)

Sin embargo en algunos casos –Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia 85001-23-31-000-2000-00239-01(21130) del 30 de enero de 2015 con ponencia de Carlos Alberto Zambrano- el demandante ejerció la *actio in rem verso* como subsidiaria a la pretensión declaratoria de contrato estatal, en efecto allí se negó la declaratoria de existencia del contrato estatal tanto en primera como en segunda instancia, no obstante el A Quo sí reconoció el derecho al pago de reconocimiento económico por las gestiones adelantadas por la abogada en representación de la Gobernación de Casanare hecho que la segunda instancia – Consejo de Estado- censuró pero que no podía modificar en virtud del principio *no reformatio in pejus* pues la actora, única apelante, no debatió tal aspecto en su recurso (Consejo de Estado, 2013)

También en el expediente 36943 de 2017 -Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia 25000-23-26-000-2001-02906-01(36943), con ponencia de Danilo Rojas Betancourth- la parte actora pretendió la declaratoria de contrato estatal que en su criterio lo eran poderes otorgados por el INVIAS y subsidiariamente solicita que se declare el enriquecimiento sin causa a su favor (Consejo de Estado, 2017); de igual manera la primera instancia negó la declaratoria de existencia de contrato estatal pero declaró que existió enriquecimiento sin causa por parte de la entidad pública representada (INVIAS), sin embargo el Consejo de Estado fundamentándose en la sentencia de unificación del año 2012 -Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897) del 19 de noviembre de 2012 con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa- negó todas las pretensiones incluso la solicitud de compensación; esta providencia – como ya se dijo- hace una recopilación del tratamiento histórico del enriquecimiento sin causa hasta llegar a la tesis actual.

Conforme a lo ya ilustrado, hoy tiene prevalencia el respeto por las formalidades que la ley exige en la formación y perfeccionamiento del contrato estatal y se reafirmado como principio de la *actio in rem verso* que con ella no se pretenda desconocer o eludir el cumplimiento de normas imperativas, las cuales exigen elevar el contrato a escrito donde se pacte la contraprestación correspondiente previo agotamiento de los mecanismos selección objetiva; la omisión de tales requisitos lleva a estimar que el empobrecimiento que se alegue en juicio se produjo por la propia culpa del particular, circunstancia que no es viable “legalizar” vía judicial. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, 24 de abril de 2017, Sentencia 25000-23-26-000-2001-02906 01 (36943), magistrado ponente Danilo Rojas Betancourth) (Consejo de Estado, 2017)

La visión que adopta el Consejo de Estado permite concluir que en los eventos en que los profesionales del derecho ejecuten actos procesales o de representación judicial en virtud de poder otorgado por la entidad pero sin contrato suscrito, en estos casos no procede por regla general la *actio in rem verso*, excepto en las tres excepciones ya citadas.

11.11. Conclusiones del capítulo IV

El marco legal sobre la representación en Colombia resulta incipiente e insuficiente, razón por la cual se ha acudido a elementos de regulatorios del contrato del mandato para llenar vacíos, lo que termina dando génesis a las confusiones prácticas entre representación y contrato de mandato, sin desconocer que ambas figuras pueden concurrir.

Pese a lo anterior se pueden extraer las características de la representación en Colombia: La intervención del representante, la intervención del representante debe ser de índole jurídica, la intervención del representante debe ser a nombre del representado, el poder del representante y la cualificación del representante –Abogado Inscrito–

El acto de apoderamiento para la representación judicial de entes públicos es un negocio jurídico de la administración pública, el cual busca autorregular sus intereses y producir efectos jurídicos en ejercicio de la función pública y en el marco de la autonomía de la voluntad aplicable a la administración. También es un acto administrativo, y dentro de la clasificación del acto administrativo es un acto administrativo simple.

No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha presentado cierta contradicción respecto a la naturaleza del negocio jurídico de apoderamiento judicial de entidades públicas mediante poder, para la sección quinta en conocimiento de medio de control de nulidad electoral ha considerado dicho negocio jurídico como un típico contrato estatal; como contraparte de ello, la sección tercera en conocimiento de medio de control de controversias contractuales ha pregonado que el negocio jurídico en cuestión corresponde a un acto jurídico unilateral y no a un contrato estatal.

Las entidades públicas no requieren suscribir contratos de mandato, ni contratos de prestación de servicios ni de otra figura contractual para su representación judicial, bastará con que otorguen poder de representación judicial, esto en virtud de la autonomía del acto de

apoderamiento y lo expuesto desde la teoría de la representación, el contrato de prestación de servicios o de mandato será necesario si se requiere regular las relaciones internas entre entidad pública poderdante y representante judicial.

Perfeccionado el acto de apoderamiento para la representación judicial, el representante adquiere el derecho y facultad de representar a la entidad pública, de realizar actos procesales en nombre del ente representado e incluso actos de disposición del derecho en litigio previa autorización expresa en el poder; este derecho o facultad representativa no implica el ejercicio de funciones públicas ni es expresión de descentralización por colaboración.

No es viable predicar responsabilidad contractual en el marco del acto de apoderamiento para la representación judicial de ente públicos en Colombia, por ello no le son aplicables las inhabilidades para contratar contenidas en el artículo 8 de la ley 80 de 1993, no obstante le son aplicables las causales de conflictos de interés, de impedimento y recusación contenidas en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 por tratarse de una típica actuación administrativa.

La omisión de suscripción de contrato estatal que regule las relaciones entre abogado representante y entidad representada judicialmente, no constituye en sí una irregularidad que interese al derecho disciplinario; si tal contrato no se suscribe se entiende que las partes no pretenden regular sus relaciones internas y el poder otorgado existe, es válido y genera deberes para el representante judicial y la entidad poderdante.

La procedencia del reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa por la realización de prestaciones en favor de la entidad estatal sin el respectivo soporte contractual está limitada a precisos eventos establecidos por el Consejo de Estado, reglas plenamente aplicables a los eventos de apoderamiento judicial para la representación de la entidad sin el respectivo contrato entre las partes, aclarando que con la pretensión del enriquecimiento sin causa no es posible propiciar el desconocimiento de normas de orden público y de obligatoria observancia como el caso de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993; tales reglas son:

- 1) Cuando se acredite que fue exclusivamente la entidad pública y sin culpa del particular afectado, la que en virtud su autoridad constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.
- 2) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos.
- 3) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno,

en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4° de la Ley 80 de 1993.

Referencias Generales

Adame Goodard, J. (2009). *Curso de Derecho Romano Clásico I, Introducción e Historia, Acciones, Bienes y Familia*; publicación electrónica en http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/; Huixquilucan, México. Recuperado de: https://www.academia.edu/38291979/LIBRO_8_Curso_de_Derecho_Romano_Clasico?email_work_card=title. Fecha Consulta: 30/jun/2020.

Barrera Zamorategui, F. (1994). *Sobre la Distinción entre el Mandato y el Poder*. Artículo de Revista, Ciudad de México, México: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Nro. 197-198, p. 63-119.

Betti, E. (1943) *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.

Bohórquez Yepes, C.A. (2018). *El Enriquecimiento sin Causa*. Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Bonivento Fernández, J.A. (2008). *Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los Comerciales*. Bogotá D.C., Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda, Décimo séptima edición.

Cabrerros De Anta, M. (1954). *El Derecho de la Representación*. Artículo de Revista. Salamanca, España: Revista Salmanticensis; Universidad Pontificia de Salamanca, Paginas 72-86.

Dávila Vinuesa, L.G. (2016). *Régimen jurídico de la Contratación Estatal*; Editorial Legis, Tercera Edición, Bogotá DC.

Diez, M.M. (1961). *El acto Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Tipografía Editora Argentina S.A, Segunda Edición.

Fernández Arbeláez, I.M. (2015). *Manual de Derecho Procesal Administrativo y Contencioso Administrativo – Tomo I, Volumen I*. Armenia, Colombia: Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, segunda edición.

Gordillo, A. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III “El acto Administrativo”. Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, Décima Edición.

Hinestrosa, F. (2008). *La Representación*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia 1ra Edición.

Retortillo-Baquer, S.M. (1990). *La Defensa en Derecho de las Administraciones Públicas*. Artículo de revista. Madrid, Colombia: Revista de Administración Pública Número 121 págs.7-51, enero-abril 1990.

Oliveros Lara, R.M. (2017). *Poder, Representación y Mandato*. Artículo de Revista. Ciudad de México, México: Homenaje a Miguel Ángel Zamora y Valencia por el Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho – UNAM; págs. 123-152.

Ospina Fernández, G. Ospina Acosta, E. (2018). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis, Séptima Edición.

Palacio Hincapié, J.A. (2013). *Derecho Procesal Administrativo*. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 8va Edición.

Pérez Fernández Del Castillo; B. (2015). *Representación, Poder y Mandato, Prestación de Servicios Profesionales*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa, Décimo Sexta Edición.

Petit, E. (2003); *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa, 19ª edición.

Rojas, López, J.G. (2012). *Los Presupuestos Procesales en el Derecho Procesal Administrativo*. Estudio Comparativo de los Presupuestos procesales en el Derecho Procesal Administrativo a la luz del Decreto 01 de 1984 y de la Ley 1437 de 2011. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, Segunda edición ampliada y actualizada con el Código General del Proceso.

Rolón Díaz, E. (2010). *Actos Administrativos*. Artículo de Blog “Derecho Público

Colombiano”, Recuperado de:

<http://rolondiaz.blogspot.com/2010/07/actos-administrativos.html/>. Fecha de consulta:

14/ene/2020.

Rosero Arce, S.H. (2015). *La personalidad jurídica de las entidades públicas: una simple denominación técnica dada desde el derecho positivo*. Tesis de Maestría, Director: Doctor César Antonio Cohecha León. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia, Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/51890/1/98400182.2015.pdf>

Sánchez Urite, E.A. (1971). *Mandato y Representación*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, Primera Edición.

Solórzano Quintero, J.F. (2016). *La Asistencia Jurídica Pública al Estado y su Influencia en la Actuación del Poder Ejecutivo*. Tesis Doctoral dirigida por Marta León Alonso y Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno. Salamanca, México: Universidad de Salamanca.

Stolfi, G. (1959). *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.

Walter, F. (1847), *Historia del Enjuiciamiento Civil Entre los Romanos* (1847). Madrid, España: Librería de los Señores Viuda e Hijos de D. Antonio Calleja, Traducido al Castellano por Eduardo Gómez Santa María; Kessinger Legacy Reprints, Lima, Perú.

Zinny, M.A. (2010). *Mandato, Apoderamiento y Poder de Representación*. Artículo de

Revista. Buenos Aires, Argentina; Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Publicado en “Libro Homenaje al Profesor doctor Luis Moisset de Espanés” y en “Nulidades e instrumentos públicos”.

Referencias legislativas

República de Colombia, Congreso de la República. Ley 57 de 1887, Diario Oficial No. 7.019 del 20 de abril de 1887, “Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional”. Recuperado de:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html.

Fecha de consulta: 3/ene/2020.

República de Colombia, Presidencia de la República. (6 de agosto y octubre 26 de 1970,). Decretos 1400 y 2019 de 1970, Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970, “Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil”. Recuperado de:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil.html/. Fecha de

consulta: 3/ene/2020.

República de Colombia, Presidencia de la República. (27 de marzo de 1971) Decreto 410 de 1971, Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971, “Por el cual se expide el Código de Comercio”. Recuperado de:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html/. Fecha de consulta:

3/ene/2020.

República de Colombia, Congreso de la República. (28 de octubre 1993). Ley 80 de 1993, Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#8/ Fecha de consulta: 19/feb/2020.

República de Colombia, Congreso de la República. (22 de enero 2007). Ley 1123 de 2007, Diario Oficial No. 46.519 de 22 de enero de 2007, “Por la cual se establece el código disciplinario del abogado”. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1123_2007.html/ Fecha de consulta: 7/feb/2020.

República de Colombia, Congreso de la República. (18 de enero de 2011). Ley 1437 de 2011, Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html/. Fecha de consulta: 3/ene/2020.

República de Colombia, Presidencia de la República. (1 de noviembre de 2011). Decreto 4085 de 2011, Diario Oficial No. 48.240 de 1 de noviembre de 2011, “Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado”. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4085_2011.html#1. Fecha de consulta: 11/jul/2020.

República de Colombia, Congreso de la República. (12 de julio de 2012). Ley 1564 de 2012, Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html/. Fecha de consulta: 3/ene/2020.

República de Colombia, Presidencia de la República. (30 de mayo de 2017). Decreto 915 de 2017, Diario Oficial No. 50.249 de 30 de mayo de 2017, “Por el cual se modifica parcialmente las funciones y estructura de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado”. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0915_2017.html. Fecha de consulta: 11/jul/2020.

República de Colombia, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (Noviembre de 2014). “La Representación Judicial de Municipios de 4° A 6° Categoría por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica Del Estado”. Recuperado de: http://defensajuridica.gov.co/servicios-alcidudadano/asesoria_territorial/Documents/la_representacion_judicial_de_municipios.pdf. Fecha de consulta: 11/jul/2020.

Referencias Jurisprudenciales

República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, (8 de noviembre de 2001) Sentencia C-1178. [MP Álvaro Tafur Galvis]. Recuperado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1178-01.htm/>. Fecha de consulta:
3/ene/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,
Sección Quinta, (15 de septiembre de 1995) Sentencia CE-SEC5-EXP1995-N1381. [MP. Miren
De La Lombana De Magyaroff]. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta:
3/ene/2020.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Sexta, (2 de mayo de 2002) Sentencia
T-328. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]. Recuperado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-328-02.htm/>. Fecha de consulta:
20/feb/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección
Quinta. (13 de septiembre 2002) Sentencia 20001-23-31-000-2001-0146-01(2867). [MP.
Reinaldo Chavarro Buriticá]. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta:
3/ene/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo
Sección Tercera. (20 de agosto de 1998) Auto 80-CE-SEC3-EXP1998-N14202. [MP. Juan de
Dios Montes Hernández]. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta:

19/feb/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil,. (4 de noviembre de 2004) Radicado 11001-03-06-000-2004-01592-01. [MP. Enrique José Arboleda Perdomo, Gustavo Aponte Santos]. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta:

20/feb/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera. (19 de noviembre de 2012) Sentencia73001-23-31-000-2000-03075-01(24897). [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta:

3/feb/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (30 de enero de 2013) Sentencia 85001-23-31-000-2000-0023901 (21130). [MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera]. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta:

3/ene/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, (28 de agosto de 2013) Sentencia 11001-03-28-000-2013-00017-00. [MP. Alberto Yepes Barreiro]. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta:

10/jul/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, Subsección A. (25 de septiembre de 2013) Sentencia 25000-23-26-000-1997-05033-01(20420). [MP. Enrique Gil Botero]. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta:

8/jul/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (30 de octubre de 2013) Sentencia 25000-23-31-000-2000-01696-01(32720). [MP. Mauricio Fajardo Gomez]. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta:

22/feb/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (16 de marzo de 2015) Sentencia 25000-23-26-000-2001-01069-01(26452). [MP. Olga Mélida Valle De La Hoz]. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta:

20/feb/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (25 de marzo de 2015) Sentencia 25000-23-31-000-2006-00131-01(37726). [MP. Hernán Andrade Rincón]. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta:

3/ene/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (16 de julio de 2015) Sentencia 25000-23-26-000-2006-0173501(38854). [MP. Hernán Andrade Rincón]. Recuperado de:
<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta: 9/jul/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. (1 de agosto de 2016) Sentencia 25000-23-26-000-2003-0154801(34562). [MP. Danilo Rojas Betancourth]. Recuperado de:
<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta: 3/ene/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. (24 de abril de 2017) Sentencia 25000-23-26-000-2001-02906 01 (36943). [MP. Danilo Rojas Betancourth]. Recuperado de:
<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta: 3/ene/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (19 de junio de 2018) Auto 25000-23-36-000-2017-01974 01 (61132). [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]. Recuperado de:
<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta:

15/ene/2020.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,
Sección Segunda, Subsección A. (6 de diciembre de 2018) Auto 68001-23-33-000-2017-00669
01 (4446-17). [MP. Rafael Francisco Suárez Vargas]. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>. Fecha de consulta:

15/ene/2020.