



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “B”

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 9 de noviembre de 2017

Expediente N°: 110010325000201600478-00

N° interno: 2170-2016

Demandante: Flor de Jesús del Toro Polo

Demandado: Nación - Superintendencia de Sociedades

Instancia: Única – Decreto 01 de 1984

Asunto: La no declaración de un impedimento de forma oportuna en un proceso de liquidación obligatoria genera responsabilidad disciplinaria.

Decisión: Niega las pretensiones de la demanda.

El proceso de la referencia viene con informe de la Secretaría de fecha 22 de julio de 2016¹, con el fin de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala una vez verificado que no hay circunstancias que invaliden la actuación procesal, y previo cumplimiento del trámite previsto en los artículos 207 a 211 del Código Contencioso Administrativo.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y sus fundamentos

La señora Flor de Jesús del Toro Polo, por conducto de apoderado instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación - Superintendencia de Sociedades, con el fin de que se declare la nulidad de los fallos disciplinarios de 2 de marzo² y de 16 de abril de 2010³, expedidos por el Coordinador del Grupo de Control Disciplinario y el Superintendente de la Superintendencia de Sociedades, a través de los cuales se le sancionó con cinco (5) meses de suspensión en el cargo de Profesional Universitario Grado 2044-06 de la Regional de Barranquilla de esa entidad e inhabilidad especial por el mismo término.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, el apoderado de la demandante solicitó se condene a la entidad demandada

¹ Folio 711 del expediente - cuaderno principal.

² Fallo disciplinario de primera instancia, visible a folio 120 del cuaderno único del expediente.

³ Fallo disciplinario de segunda instancia, visible a folio 170 del cuaderno único del expediente.

a: 1) Pagar la suma de \$ 16.222.750,15 por salarios y prestaciones laborales dejados de percibir; 2) Pagar la suma de \$ 7.428.000.00 por concepto de obligaciones financieras que no ha podido cancelar y 3) Pagar la suma de \$ 230.580.000,00 por concepto de perjuicios morales objetivos –*impactos emocionales que repercutieron en su productividad profesional*- y la suma de \$ 142.000.000.00 por concepto de perjuicios morales subjetivos –*la aflicción sentimental y psicológica*-.

La Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado de la parte demandante, así:

Afirmó el apoderado de la demandante que la señora Flor de Jesús del Toro Polo en su calidad de Profesional Universitario Grado 2044-06 con funciones de abogada de procesos liquidatorios de la Superintendencia de Sociedades - Regional Barranquilla, adelantó desde el 15 de enero de año 2001 la sustanciación de la liquidación obligatoria –*luego concordato*- de la sociedad Consultores y Constructores Asociados Ltda., en la cual participó como acreedora la sociedad Corporación de Desarrollo Popular.

Mencionó que el 23 de abril de 2009 el señor Emilio Lebolo Castellanos⁴ presentó ante la Superintendencia de Sociedades queja disciplinaria en contra de la señora Flor de Jesús del Toro Polo por estar adelantando la sustanciación de la liquidación de la sociedad Consultores y Constructores Asociados Ltda., sin declararse impedida, pese a que, su hijo el señor Vladimir Ilinanovic Pedrosa del Toro se desempeñó: 1) desde el año 2004 en

⁴ Apoderado de Emilio Lebolo y Randall Lebolo King y Pedro Gonzalez Llinas, y apoderado de la Cooperación de Desarrollo Popular.

varios procesos judiciales como apoderado de la sociedad Consultores y Constructores Asociados Ltda., y 2) desde el 21 de septiembre de 2005 –*por recomendación e influencia de la ahora demandante*- como apoderado - promotor de la liquidación judicial de la sociedad Corporación de Desarrollo Popular.

Indicó que como consecuencia de lo anterior y luego de agotado el procedimiento disciplinario correspondiente, el Jefe del Grupo de Control Interno Disciplinario de la Superintendencia de Sociedades mediante fallo de 4 de marzo de 2010 sancionó a la demandante con suspensión de cinco (5) meses del ejercicio del cargo de Profesional Universitario Grado 2044-06 adscrito a la Regional Barranquilla de esa entidad e inhabilidad especial por el mismo término, al encontrarla responsable de haber cometido a título de culpa grave las faltas gravísimas consagradas en artículo 48 (numerales 17 y 46) de la Ley 734 de 2002 que su tenor literal reprochan a los servidores públicos “*no declararse oportunamente impedido*” y “*actuar a pesar de estar impedidos*”, en concordancia con los artículos 40 ídem y 150 (numerales 1 y 10) del Código de Procedimiento Civil que consagran para los servidores públicos y los funcionarios con jurisdicción la obligación de declararse impedidos por razón del parentesco con los apoderarse de las partes de un proceso judicial o administrativo o por interés en los mismos.

Señaló que la señora Flor de Jesús del Toro Polo presentó recurso de apelación contra el fallo disciplinario de primera instancia, el cual fue resuelto por el Superintendente de Sociedades a través del fallo de 16 de abril de 2010 en el cual confirmó en su integridad la sanción impuesta.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante citó como violadas las siguientes disposiciones:

- Constitución Política, artículos 6, 29 y 83.
- Código Disciplinario Único, artículos 4, 6, 9, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 27, 28, 32, 90, 92, 97, 101, 128, 129, 141, 142, 143, 162, 163 y 170.
- Código Contencioso Administrativo, artículos 30 (numeral 2 incisos 1 y 2).

Como concepto de violación, el apoderado del demandante señaló lo siguiente:

1 Causa inexistente. Señaló el apoderado de la demandante que los actos disciplinarios acusados no son válidos por cuanto la causa de la sanción es inexistente, en la medida en que, dentro del proceso de liquidación de la sociedad Consultores y Constructores Ltda., el 26 de agosto de 2009 mediante correo electrónico manifestó el impedimento ante su superior, el cual fue aceptado ese mismo día a través acto administrativo enviado a su dirección de correo electrónico, por lo cual fue separada de inmediato del conocimiento del referido proceso de liquidación, tal y como lo dispone el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo.

2 Falta de competencia para adelantar el proceso disciplinario. Señaló el apoderado de la demandante que la autoridad disciplinaria no tenía

competencia para adelantar en su contra procedimiento disciplinario alguno bajo la acusación de no haberse declarado impedida dentro del trámite de la liquidación de la sociedad Consultores y Constructores Ltda., puesto que, de conformidad con el cual artículo 66 del Código Contencioso Administrativo el acto administrativo que le aceptó el impedimento produjo efectos *-al haber sido retirada del conocimiento de la liquidación-*, no ha sido declarado nulo y en todo caso la única autoridad facultada para establecer si el impedimento fue oportuno y si el acto de aceptación del mismo son válidos es el juez contencioso administrativo.

3 Error de hecho en la imputación típica. Señaló que la autoridad disciplinaria incurrió en un error factico al realizar la imputación típica, al considerar que la declaratoria de impedimento de la demandante debía realizarse desde momento en que su hijo asumió la representación de los intereses de las empresas CCA y CDP, pues de conformidad con las normas que rigen la manifestación de impedimento este solo debe ponerse de presente cuando el servidor público tenga conocimiento de la configuración de la causal, lo cual en el caso concreto solo ocurrió en el momento en que a la demandante se enteró de la indagación preliminar disciplinaria abierta en su contra y una vez evaluadas las pruebas de cargo.

Precisó que la demandante solo se enteró de las relaciones jurídicas de su hijo con las sociedades CCA y CDP cuando fue notificada de la apertura de indagación preliminar disciplinaria en su contra, motivo por el cual luego de evaluar la situación y las pruebas que obraban en el expediente procedió de inmediato a declararse impedida para seguir conociendo del proceso de liquidación de la sociedad CDP.

4 Falsa motivación de los actos administrativos acusados. Señaló el apoderado de la demandante que los actos administrativos acusados incurren en falsa motivación por cuanto no es cierto que: 1) El proceso de liquidación de la sociedad CCA hubiera terminado después del 20 de septiembre de 2005 –*fecha de aprobación del acuerdo concordatario*; 2) Los socios de la sociedad CDP fueran acreedores dentro de la liquidación de la sociedad CCA; y 3) El hijo de la demandante hubiera aceptado poder alguno dentro del proceso de liquidación judicial de la sociedad CDP o representara a un apoderado o un acreedor del proceso concursal, pues este no fue aceptado y en consecuencia no dio lugar representación alguna –*su hijo no representó a un apoderado ni a un acreedor del proceso concursal*-.

5 Irregularidades procesales en trámite disciplinario. Señaló el apoderado de la demandante que: 1) La actora no tuvo defensa técnica por cuanto en la audiencia de imputación de cargos no se le reconoció personería jurídica a su abogado de confianza por no llevar poder, luego se le nombró un estudiante de consultorio jurídico que no tenía conocimiento de su caso, posteriormente se le reconoció como apoderado de confianza un apoderado al cual no le había dado poder y el proceso se desarrolló pese a que estaba gravemente incapacitada sin posibilidades de defenderse; 2) Desde el inicio de la investigación disciplinaria y en todas las actuaciones se utilizó lenguaje que prejuizaba sobre su responsabilidad disciplinaria; 3) Solo tuvo a disposición las copias del expediente disciplinario para su defensa en las etapas finales del proceso y a su propia costa; 4) Fue presionada por funcionarios de la autoridad disciplinaria para que se notificara personalmente de la suspensión y posterior continuación de la audiencia de descargos y fallo.

6 Indebida valoración de las pruebas testimoniales. Señaló que: 1) las autoridades disciplinarias no analizaron los testimonios obrantes en el proceso sancionatorio de conformidad con las reglas de la sana crítica, en la medida en que no establecieron las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que los percibieron los hechos –*artículo 277 Ley 600 de 2000*-, ni aspectos como la personalidad, la declaración tardía, la antipatía y las condiciones subjetivas del testigo los habrían permitido establecer que los testimonios⁵ de cargo son falsos⁶ y 2) la autoridad disciplinaria vulneró el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 9 de la Ley 734 de 2002, por los cargos se basaron en presunciones derivadas de testimonios que no permitían de conformidad con el artículo 142 ídem establecer con certeza y más allá de toda duda razonable la responsabilidad en las faltas disciplinarias imputadas.

1.3 Contestación de la demanda⁷

La Superintendencia de Sociedades, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las excepciones “genérica” y de “caducidad”, con los siguientes argumentos:

Señaló que contrario a lo afirmado por la demandante, los socios de la Corporación de Desarrollo Popular si fueron acreedores dentro del proceso

⁵ Preciso que si se hubieran seguido las reglas de la sana critica en la valoración de los testimonios de los señores Emilio Lebolo Castellanos, Ferney Castellanos y Reinaldo Bustos se habría podido establecer que son falsos.

⁶ Dado que solo 4 años después de ocurrida la supuesta recomendación se interpone la queja disciplinaria, que la queja se interpone como consecuencia de la denuncia penal realizada por el hijo de la actora contra los socios de la sociedad Corporación de Desarrollo Popular, así como la incoherencia e inconsistencias de los testimonios.

⁷ Folios 302 del expediente - cuaderno principal.

de liquidación de la sociedad Consultores y Constructores Asociados Ltda., el cual culminó con el auto de N° 630-000441 del 2 de diciembre de 2009 del Intendente Regional de Barranquilla, en consecuencia dado que antes de esa fecha su hijo realizó negocios jurídicos y fue apoderado de las mencionadas esta tenía la obligación de declararse oportunamente impedida para tramitar ese asunto.

Afirmó que la autoridad disciplinaria no incurrió en irregularidades dentro del trámite del proceso sancionatorio puesto que: 1) El auto de apertura de indagación preliminar de 27 de abril de 2009 le fue notificado a la demandante personalmente; 2) No se utilizó dentro de la actuación lenguaje por medio del cual se afirmara anticipadamente su responsabilidad y en todo caso la ley otorga a las actuaciones previas al fallo un carácter provisional y transitorio; 3) El proceso disciplinario fue puesto a disposición de la demandante y de su apoderado desde la apertura de la investigación sin embargo estos solo solicitaron copias en una etapa posterior del trámite disciplinario y 4) La disciplinada no quedó sin defensa técnica⁸, pues si bien el abogado que compareció a agenciar sus intereses no tenía poder a este se le ofreció ser nombrado de oficio lo cual no aceptó, motivo por el cual luego de suspender de la audiencia de cargos y para salvaguardar el derecho de contradicción se le nombró un alumno de consultorio jurídico de una universidad acreditada quien luego fue remplazado por otro abogado que se presentó sin poder pero que acepto ser designado como defensor de oficio.

⁸ Se señala en la contestación de la demanda que la actora fue notificada de todas las actuaciones del proceso disciplinario y compareció personalmente acompañada de apoderado a algunas de ellas.

Expresó que, si bien la demandante mediante correo electrónico de 26 de agosto de 2009 manifestó a su superior jerárquico que “por razones por todos conocidas” se declaraba impedida para seguir conociendo del proceso de liquidación de la sociedad Consultores y Constructores Ltda., esta manifestación no cumplió con los parámetros del artículo 30 del Código Contencioso Administrativo a efectos de exonerarla de responsabilidad disciplinaria, por cuanto no expresó los motivos que daban lugar a la manifestación de impedimento y en todo caso no fue oportuno dado que solo fue manifestado luego de más de 3 años de ocurrido el hecho que generó al causal de impedimento y de más de 5 meses de que se le notificara la providencia que dio inicio de la investigación disciplinaria en la cual se le expuso claramente la conducta que aún estaba cometiendo y que se consideraba reprochable.

Mencionó en cuanto a la acusación de indebida valoración de las pruebas y en especial de los testimonios que, estas fueron valoradas correctamente en conjunto y de conformidad con las reglas de la sana crítica, y precisó que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, los jueces contenciosos administrativos no pueden revisar la valoración de las pruebas realizada por las autoridades disciplinarias por cuanto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es una tercera instancia del proceso disciplinario.

Propuso la excepción genérica y de caducidad, indicando que: 1) deben declararse de oficio todas las excepciones que resulten probadas en el proceso y 2) la actora dejó vencer el término de 4 meses para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho *-artículo 136 del Código Contencioso Administrativo-*, por cuanto el fallo disciplinario de segunda

instancia fue notificado el 26 de mayo de 2010, la Resolución N° 555-6373 de 3 de junio de 2010 que ejecutó la sanción fue comunicada el 4 de junio de 2010, el 24 de septiembre de 2010 se presentó solicitud de conciliación extrajudicial por lo cual el término de caducidad estuvo suspendido hasta el 20 de noviembre de 2010, no obstante **la demanda fue presentada dos (2) años después esto es el 14 de septiembre de 2012.**

1.4. Alegatos de conclusión

Parte demandante⁹. El apoderado de la parte demandante insistió con los mismos argumentos en los cargos de nulidad presentados en la demanda¹⁰ y respecto de la excepción de caducidad de la acción presentada por la parte demandada aclaró que, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho no fue presentada el 14 de septiembre de 2012 sino el 12 de noviembre de 2010, esto es dentro del término establecido por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Parte demandada¹¹. El apoderado de la parte demandada expuso los mismos argumentos señalados en el escrito de contestación de la demanda, insistiendo especialmente en la caducidad de la acción, el incumplimiento de la carga de la prueba por parte de la demandante para desvirtuar esa presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, la falta de competencia del juez contencioso para analizar la valoración probatoria de la autoridad disciplinaria y la inexistencia de irregularidades ocurridas en el

⁹ Folio 436 del expediente - cuaderno principal.

¹⁰ Argumentos referidos a: 1) la vulneración del debido proceso y presunción de inocencia, 2) los móviles de la queja disciplinaria; 3) valoración de los testimonios, 4) falta de defensa técnica y 5) la inexistencia de la falta disciplinaria por la que fue sancionada.

¹¹ Folio 431 del expediente - cuaderno principal.

trámite disciplinario que pidieron afectar el derecho al debido proceso de la disciplinada.

1.5. Concepto del Ministerio Público. El Ministerio Público no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

Atendiendo a los argumentos planteados por las partes demandante y demandada, la Sala debe establecer si la Superintendencia de Sociedades en la actuación disciplinaria y en los actos administrativos acusados incurrió en vulneración del debido proceso, falsa motivación e indebida valoración de las pruebas.

A continuación la Sala resolverá la excepción de caducidad de la acción presentada por la entidad demandada y de no prosperar ésta analizará los cargos de la demanda.

2.1 Sobre la excepción de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La entidad demandada propuso la excepción de caducidad de la acción afirmando que la demanda fue presentada luego de vencido el plazo de 4 meses establecido en el artículo 136 numeral 2 del Código Contencioso

Administrativo, en la medida en que la demanda fue presentada luego de más de 2 años de expedido el acto disciplinario de segunda instancia e incluso de expedida la certificación que declaró fracasada la audiencia de conciliación extrajudicial.

La caducidad es un fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado.

El tiempo determinado para el ejercicio de las acciones depende del tipo de acción y del origen que la provoca, en el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es de 4 meses según el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término no se interrumpe ni se prorroga y es la ley la que señala y determina el momento de su iniciación.

Ahora bien el Consejo de Estado, en auto de 25 de febrero de 2016, M.P. Dr. Gerardo Arena Monsalve, unificó la línea interpretativa frente a la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según lo dispuesto por el artículo 136 del C.C.A. al expresar que:

“En primer lugar se tiene que por regla general y a la luz de lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A., el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho comienza a contabilizarse a partir del acto de ejecución de la sanción disciplinaria.

Sin embargo, debe precisarse que este criterio no es absoluto ni resulta aplicable a todos los casos, toda vez que en los eventos en que la sanción no es ejecutada en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 172 de la Ley 734 de 2002, o cuando dicho acto no implica la materialización de la sanción, **el cómputo del término de caducidad debe realizarse a partir de la ejecutoria del acto que resolvió la situación jurídica particular, esto es, del fallo mediante el cual se dio por concluida la actuación administrativa disciplinaria.**” (Negrillas fuera de texto)

Así las cosas, en el presente caso dado que la sanción impuesta a la actora fue la suspensión en el ejercicio del cargo –*fallos disciplinarios de 2 de marzo¹² y de 16 de abril de 2010*- ésta debía ejecutarse por el nominador, lo cual tuvo lugar a través de la Resolución 555-6373 de 3 de junio de 2010¹³ del Superintendente de Sociedades que fue comunicada a la demandante el 4 de junio de 2010¹⁴.

En ese orden, el término de 4 meses empezó a correr al día siguiente de la ejecución de la sanción, esto es desde el 5 de junio de 2010 hasta el 5 de octubre de 2010, sin embargo la actora presentó solicitud de conciliación el 24 de septiembre de 2010¹⁵, esto es faltando 12 días calendario para el vencimiento del plazo inicial de caducidad y la Procuraduría 118 Judicial II para Asuntos Administrativos del Atlántico el 11 de noviembre de 2010 realizó la audiencia de conciliación que resultó fracasada¹⁶ y expidió la constancia correspondiente¹⁷.

¹² Fallo disciplinario de primera instancia, visible a folio 120 del cuaderno único del expediente.

¹³ Folio 199 del expediente – cuaderno principal.

¹⁴ Folio 204 del expediente – cuaderno principal.

¹⁵ Folio 250 del expediente – cuaderno principal.

¹⁶ Folio 254 del expediente – cuaderno principal.

¹⁷ Folio 256 del expediente – cuaderno principal.

Ahora bien dado que, el trámite de la conciliación –*el cual suspende el término de la caducidad*- culminó el 11 de noviembre de 2010 debe adicionarse a esa fecha los 12 días calendario que le restaban a la demandante para el vencimiento del plazo de caducidad inicial, dando como resultado que el 23 de noviembre de 2010 como fecha para el vencimiento definitivo de la oportunidad legal para demandar los actos administrativos disciplinarios y toda vez que la actora presentó la demanda el 10 de noviembre de 2010¹⁸, es claro que no se configuró la caducidad de la acción. Por las anteriores razones la excepción no tiene vocación de prosperidad.

A continuación la Sala procederá a analizar los cargos presentados por la demandante los cuales serán agrupados teniendo presente que algunos comparten se refieren a un mismo tema.

2.4. RESOLUCIÓN DEL PRIMER GRUPO DE CARGOS - RELACIONADOS CON LA INEXISTENCIA DE CAUSA PARA SANCIONAR (CARGO 1), LA FALTA DE COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DISCIPLINARIA PARA CUESTIONAR LA ACEPTACIÓN DE UN IMPEDIMENTO (CARGO 2), EL ERROR EN LA IMPUTACIÓN DE HECHO (CARGO 3) Y LA FALSA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ACUSADOS (4).

Dado que los cargos enunciados se relacionan expresamente con la imputación disciplinaria realizada a la demandante por la autoridad demandada y el trámite para la declaratoria de impedimento serán analizados en conjunto bajo la siguiente estructura argumentativa: 1) La

¹⁸ Folio 24 del expediente – cuaderno principal.

oportunidad para la presentación de los impedimentos en general y de los servidores con jurisdicción y 2) el análisis de los cargos en concreto.

2.4.1. El proceso de liquidación obligatoria ante la superintendencia de sociedades y la oportunidad para la presentación de impedimento.

La liquidación obligatoria es un proceso de proceso de naturaleza judicial regulado por la Ley 222 de 1995, cuyo objetivo es realizar los bienes del deudor, para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo.

En relación con la regulación de la liquidación judicial dentro de los procesos concursales, a la luz de la Ley 222 de 1995, cuyo Título II¹⁹, se aplica a la negociación de acuerdos de reestructuración, los concordatos y liquidaciones obligatorias de personas naturales y jurídicas iniciados durante la vigencia de dicha ley, por otra parte la Ley 1116 de 2006, *“Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”*, regula dos medidas a adoptar frente a la insolvencia: i) un proceso de reorganización y ii) un proceso de liquidación judicial; respecto de éste último los artículos 47 y 49 señalan las circunstancias en las cuales procede de manera inmediata la liquidación judicial.

La Ley 1116 de 2006 establece como autoridades competentes para su aplicación a la Superintendencia de Sociedades y a los jueces civiles del

¹⁹ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, la Ley 222 de 1995 por la cual se expidió el régimen de liquidación obligatoria, rigió hasta el 28 de junio de 2007, fecha en la que cobró vigencia la ley 1116 de 2006.

circuito, quienes tienen las atribuciones necesarias para dirigir el proceso y lograr el cumplimiento de las finalidades del mismo, incluida la potestad de definir derechos en discusión e imponer sanciones y multas a quienes no atiendan los mandatos del juez, la ley o los estatutos.

Las etapas del proceso de liquidación judicial son las siguientes: i) Apertura del proceso de liquidación judicial, mediante la providencia que no admite ningún recurso; ii) Nombramiento de un liquidador, quien tendrá la representación legal del deudor concursado; iii) Fijación de un aviso por parte del juez del concurso, en un lugar visible al público y por un término de diez (10) días, que informa acerca del inicio del mismo, el nombre del liquidador y el lugar donde los acreedores deberán presentar sus créditos; iv) Presentación de créditos; v) el Proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto; vi) traslado por parte del Juez del concurso (Superintendencia o Juez del Circuito) de las objeciones para que los acreedores objetados se pronuncien y conciliación de las objeciones -Las objeciones que no sean conciliadas serán decididas por el juez del concurso en la audiencia de que trata el artículo siguiente-; v) Resolución de objeciones por parte del juez del concurso en la cual se asignan los derechos de voto y se fija un plazo para la celebración del acuerdo; vi) Enajenación de activos; vii) el acuerdo de adjudicación -requiere aprobación de los acreedores, confirmación del juez del concurso en audiencia, viii) Terminación de proceso liquidatorio, lo cual tiene lugar cuando a) esté ejecutoriada la providencia de adjudicación o b) se haya celebrado de reorganización, luego de lo cual debe disponerse el archivo del expediente y ordenar la inscripción de la respectiva providencia en el registro mercantil.

Por otra parte en cuanto a los impedimentos que rigen para quienes como en este caso ejercen una función de naturaleza judicial *-funcionarios de la superintendencia de sociedades en la en el proceso de liquidación judicial-*, para la época de los hechos del presente caso es necesario remitirse a las normas del código de procedimiento civil –*artículos 149²⁰ y 150²¹ del C.P.C.-*,

²⁰ Código de procedimiento civil. Artículo 149. Declaración de impedimentos. Los magistrados, jueces y conjuces en quienes concurra alguna causal de recusación, deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta.

El juez impedido pasará el expediente al que deba reemplazarlo, quien si encuentra la causal configurada y procedente asumirá por auto su conocimiento; en caso contrario, remitirá el expediente al superior para que resuelva sobre la legalidad del impedimento.

Si el superior encuentra fundado el impedimento, enviará el expediente al juez que debe reemplazar al impedido si lo considera infundado, lo devolverá al juez que venía conociendo de él.

El magistrado o conjuce que se considere impedido pondrá los hechos en conocimiento del magistrado que le sigue en turno en la respectiva sala, con expresión de la causal invocada y de los hechos en que se funda, para que ésta resuelva sobre el impedimento y en caso de aceptarlo pase el negocio al magistrado que deba reemplazarlo, o fije fecha y hora para el sorteo de conjuce si hubiere lugar a ello.

El auto en que se manifieste el impedimento, el que lo decida y el que disponga el envío del expediente, no son susceptibles de recurso alguno.

²¹ Código de procedimiento civil. Artículo 150. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil interés directo o indirecto en el proceso.

2. Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.

3. Ser el juez cónyuge o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

4. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados, guardador de cualquiera de las partes.

5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.

6. Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3º, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.

7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal contra el juez, su cónyuge, o pariente en primer grado de consanguinidad, antes de iniciarse el proceso, o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal. *Expresiones subrayadas declaradas Exequibles por los cargos examinados, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-600 de 2011*

8. Haber formulado el juez, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad, denuncia penal contra una de las partes o su representante o apoderado, o estar aquéllos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal. *Expresión subrayada declarada Exequible por los cargos examinados, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-600 de 2011*

9. Existir enemistad grave por hechos ajenos al proceso, o a la ejecución de la sentencia, o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado.

10. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.

11. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las partes o su representante o apoderado en sociedad de personas.

12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.

de acuerdo con las cuales cuando un juez se encuentre incurso en cualquiera de las causales de impedimento deberá manifestarlo expresando las circunstancias de hecho que fundamentan la causal alegada, si es juez único enviara el expediente al superior, lo cual debe hacerse cuando se advierta la existencia de dicho impedimento, es decir, que no existe un término determinado para declararse impedido, sino una circunstancia de hecho la cual consiste en que el juez se percate de la causal de impedimento.

2.4.2. Análisis en concreto del primer grupo de cargos

En síntesis del grupo de cargos bajo análisis se puede establecer que el apoderado de la demandante esencialmente manifiesta que: 1) dentro del proceso de liquidación de la sociedad Constructores y Consultores Asociados Ltda., ninguno de los acreedores otorgó poder a su hijo para realizar negocios jurídicos, 2) que ese proceso de liquidación culminó el 20 de septiembre de 2005, por lo tanto la relación jurídica contractual de su hijo con alguno de los presuntos acreedores -*Corporación de Desarrollo Popular*- no era relevante y 3) que en todo caso éste si bien recibió poderes de la sociedad Constructores y Consultores Asociados Ltda., y de la *Corporación de Desarrollo Popular* no los aceptó ni realizó gestión alguna referidos a tales mandatos. También señala que manifestó el impedimento para seguir conociendo del proceso de liquidación de la sociedad Constructores y

13. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso.

14. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.

Consultores Asociados Ltda., el 26 de agosto de 2009 siendo aceptado en esa misma fecha y en consecuencia no había lugar a reproche disciplinario.

En primer lugar debe señalarse que del acta de la visita especial de 14 de mayo de 2009 *–inspección–* realizada por la autoridad disciplinaria a la sociedad Consultores Constructores Asociados Ltda., se desprende que: 1) La sociedad Consultores Constructores Asociados tenía como socio al señor Emilio Lebolo King quien cedió sus créditos laborales al señor Adalgiso Macino el cual a su vez le otorgó poder al hijo de la demandante para que interpusiera demanda de concordato de la Corporación de Desarrollo Popular ante los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla y 2) que el señor Ferney Simancas Camargo era el representante legal de la entidad liquidada por la demandante, siendo éste quien a su vez le entregó al hijo de aquella la documentación para que se encargara del concordato de la mencionada corporación.

Lo anterior implica que siendo el señor Adalgiso Macino acreedor de la sociedad Consultores Constructores Ltda., y al mismo tiempo socio y representante legal de la Corporación de Desarrollo Popular entabló una relación negocial de prestación de servicios y el otorgó poder al hijo de la demandante, poder que efectivamente se ejerció en la medida en que, como lo demuestran las declaraciones que obran en el proceso entre ellas la del hijo de la demandante, fue del ejercicio de este mandato que se desprendió una denuncia penal en contra del hijo de la demandante presentada por su poderdante por supuestamente haber falsificado una providencia judicial dentro del proceso adelantado ante el Juez 14 Civil del Circuito de

Barranquilla donde se tramitaba la liquidación de la Sociedad Corporación de Desarrollo Popular.

Asimismo de la mencionada documental se puede establecer que la sociedad Consultores Constructores Asociados Ltda. *-Sociedad que estaba siendo liquidada por la demandante-* durante el curso del proceso de liquidación, a saber en el año 2004 y el 14 de septiembre de 2005, le otorgó poder al hijo de la demandante para que realizara diferentes gestiones judiciales jurídicas en su nombre, como fueron contestar una demanda de pertenencia y presentar una demanda de desalojo de un predio de propiedad de aquella.

Por otra parte, debe señalarse que en el proceso de liquidación de la sociedad Consultores Constructores Asociados Ltda. *-el cual derivó en un acuerdo concursal-*, el 20 de septiembre de 2005 se aprobó un acuerdo concordatario, el 20 de octubre de 2005 se adicionó el auto que aprobó el acuerdo concordatario, el 28 de noviembre de 2005 se rechazó una sesión de bienes y a la fecha del inicio de la investigación disciplinaria en contra de la demandante *-27 de abril de 2009-* dicho acuerdo no se había declarado cumplido ni se había aprobado la liquidación de la referida sociedad.

De acuerdo con lo anterior es claro que, no es acertado el argumento presentado por el apoderado de la demandante referido a que el hijo de ésta no había realizado negocios jurídicos que derivaron en mandatos para el ejercicio de la profesión de abogado otorgados por la sociedad Constructores Consultores Ltda. y por quienes eran acreedores dentro del proceso

concurzal de aquella. Por el contrario tales negocios jurídicos –*contratos de prestación de servicios*- no solo si existieron sino que los poderes que como consecuencia de estos se otorgaron fueron ejercidos ante las autoridades competentes mientras estaba en curso el referido proceso concurzal, esto dado que, atendiendo a lo descrito en el acápite previo de esta providencia sobre las etapas del proceso de liquidación judicial éste no termina con el auto de aprobación del acuerdo concordatario sino con los autos que decretan el cumplimiento –*y en el caso de la liquidación con el auto que decreta el pago y el archivo del proceso*-, es más, en el caso concreto incluso se desprende que luego de proferido el mencionado acto de aprobación del acuerdo concordatario se continuaron realizando por la demandante diligencias relacionadas con la materialización del mismo. En consecuencia dicho proceso concurzal sólo terminaba cuando el mencionado acuerdo fuera cumplido a través de los pagos relacionados en éste, lo cual ni siquiera para la fecha de la iniciación del proceso disciplinario –27 de abril de 2009- adelantado contra la ahora actora se había materializado.

Por otra parte, si bien obra en el expediente el correo electrónico de 26 de agosto de 2009 dirigido por la demandante a su superior jerárquico indicando que *“por razones conocidas me permito manifestarle que debo declararme impedida para seguir tramitando como ponente los procesos concursales referentes a la SOCIEDADES CONSULTORES CONSTRUCTORES LIMITADA y edificio WSIMO LTDA”*²² y el correo electrónico de la misma fecha proferido por el superior jerárquico en el que se lee *“Aceptado su impedimento le trasladamos la ponencia de dichos negocios al doctor*

²² Folio 165 del expediente –Cuaderno Principal.

*Roberto Emilio mozo Sánchez*²³, lo cierto es que esta manifestación no fue oportuna.

Lo anterior por cuanto, las relaciones jurídicas civiles –*contrato de prestación de servicios*- que dieron lugar a los mandatos judiciales en favor del hijo de la actora con la sociedad Constructores Consultores Ltda., y con la Corporación de Desarrollo Popular, tuvieron lugar en los años 2004 y 2005, y aún más, estos hechos constitutivos de impedimento –*las relaciones civiles y los mandatos*- fueron puestos en conocimiento de la demandante en las providencias de apertura de indagación preliminar e investigación disciplinaria proferidas el 27 de abril de 2009, sin embargo pese a ello la ahora demandante solo manifestó su impedimento el 26 de agosto de 2009.

La anterior situación deja claro que, aun cuando se aceptara que la demandante antes de la notificación del auto de indagación preliminar del proceso disciplinario -*27 de abril de 2009*- desconocía las relaciones civiles y mandatarias de su hijo con la sociedad liquidada y los acreedores de la liquidación -*que la obligaban a declararse impedida para el desarrollo del mencionado proceso de liquidación*-, tal argumento no es aceptable luego del conocimiento del inicio de la investigación disciplinaria pues allí se le puso de presente tales hechos, de manera que, de conformidad con las normas que rigen los impedimentos -*mencionadas en el acápite previo de esta providencia*- la actora estaba en la obligación de declarar de inmediato su impedimento y no lo hizo incurriendo de esta forma en la falta disciplinaria consagrada en el numeral 30 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 que

²³ Folio 166 del expediente –Cuaderno Principal.

reprocha actuar a pesar de estar incurso en causal de impedimento, disposición que fue imputada por la autoridad disciplinaria y que sustentó su sanción.

Además debe señalarse que contrario a lo manifestado por la demandante, la autoridad disciplinaria no anuló o dejó sin efectos la aceptación del impedimento de 26 de agosto de 2009, y en todo caso dicha aceptación como acaba de expresarse en líneas anteriores de manera alguna impedía al operador disciplinario analizar si el impedimento manifestado por la actora había sido oportuno, motivo por el cual, no es acertado el argumento de falta de competencia del operador disciplinario para analizar su conducta.

En este orden de ideas, la Sala considera que el cargo bajo análisis no tiene vocación de prosperidad.

2.5. RESOLUCIÓN DEL SEGUNDO GRUPO DE CARGOS - RELACIONADOS CON IRREGULARIDADES EN EL TRÁMITE DEL PROCESO DISCIPLINARIO (cargo 5).

Dado que los cargos enunciados se relacionan expresamente con la falta de defensa técnica a través de apoderado en el proceso disciplinario adelantado contra la demandante los cargos serán analizados bajo la siguiente estructura argumentativa: 1) La defensa técnica en los procesos disciplinarios y 2) el análisis de los cargos en concreto.

2.5.1. La defensa técnica en los procesos disciplinarios.

La Ley 734 de 2002 en sus artículos 17, 92 y 93 regula lo concerniente a la defensa material y técnica en cuanto a los derechos del investigado como sujeto procesal en los siguientes términos:

“Artículo 17. Derecho a la Defensa. Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

Artículo 92. Derechos al investigado. Como sujeto procesal, el investigado tiene los siguientes derechos:

1. Acceder a la investigación.
2. Designar defensor.
3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia.
4. Solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica.
5. Rendir descargos.
6. Impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello.
7. Obtener copias de la actuación.
8. Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia.

Artículo 93. Estudiantes de consultorios jurídicos y facultades del defensor. Los estudiantes de los consultorios jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la Ley 583 de 2000. Como sujeto procesal, el defensor tiene las mismas facultades del investigado; cuando existan criterios contradictorios prevalecerá el del primero.”.

De las anteriores disposiciones se puede establecer claramente que:

i) El investigado es un sujeto procesal²⁴ y como tal puede ejercer de manera directa todos los derechos procesales y sustanciales reconocidos en los numerales 1° a 8° del artículo 92 ídem²⁵, entre ellos el de designar defensor²⁶; ii) el investigado puede afrontar la investigación disciplinaria asumiendo su propia defensa²⁷; iii) existen dos únicos eventos en dónde es obligatorio que al procesado se le designe apoderado, a saber: a) cuando el investigado lo solicite²⁸ y b) cuando esté siendo investigado como persona ausente²⁹; iii) el apoderado del investigado en cualquiera de los eventos antes mencionados, puede ser un profesional del derecho³⁰ o un estudiante de consultorio jurídico de una universidad³¹.

Adicionalmente otras normas de la Ley 734 de 2002 corroboran lo anterior, al señalar que la asistencia de un apoderado en materia disciplinaria es potestativa del disciplinado, pues puede actuar directamente en el proceso y

²⁴ Ley 734 de 2002, art. 92, inciso primero.

²⁵ Ley 734 de 2002, arts. 92, -inciso primero- y 93.

²⁶ Ley 734 de 2002, arts. 17 -inciso primero- y 92 –numeral 2°.

²⁷ Ley 734 de 2002, arts. 17 - inciso primero- y 92 –numerales 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 8

²⁸ Ley 734 de 2002, art. 17 incisos 2°

²⁹ Ley 734 de 2002, art. 17 incisos 3°

³⁰ Ley 734 de 2002, art. 17 inciso 1°

³¹ Ley 734 de 2002, arts. 17 -inciso 2°- y art. 93

ejercer todos los medios de defensa que le otorga la ley. Para los efectos los artículos 155, 165, 166 de la Ley 734 de 2002, expresan lo siguiente:

“Artículo 155. Notificación de la iniciación de la investigación. Iniciada la investigación disciplinaria se notificará al investigado y se dejará constancia en el expediente respectivo. En la comunicación se debe informar al investigado que tiene derecho a designar defensor.

(...).”

“Artículo 165. Notificación del pliego de cargos y oportunidad de variación. El pliego de cargos se notificará personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere. Para el efecto inmediatamente se librá comunicación y se surtirá con el primero que se presente. Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

(...).”

“Artículo 166. Término para presentar descargos. Notificado el pliego de cargos, el expediente quedará en la Secretaría de la oficina de conocimiento, por el término de diez días, a disposición de los sujetos procesales, quienes podrán aportar y solicitar pruebas. Dentro del mismo término, el investigado o su defensor, podrán presentar sus descargos.”.

De las normas en mención se observa que: i) la iniciación de la investigación disciplinaria se puede notificar al procesado, es decir desde el comienzo de la investigación no es necesario que esté asistido por un apoderado, sino que en ésta se le pueda indicar la opción que tiene de designar uno si así lo tiene a bien; ii) el pliego de cargos puede notificarse al procesado o a su abogado si tiene uno lo cual indica que no es obligatorio que esta actuación cuente con la presencia de un apoderado; iii) el procesado puede o no presentar descargos o alegatos -lo cual es facultativo-, y la misma opción la tiene su apoderado si lo tiene.

En concordancia con lo anterior la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, antes transcrito, declaró la exequibilidad de esa norma e indicó que en materia disciplinaria a diferencia del ámbito penal, la asistencia de apoderado no es obligatoria.

“Pasa la Corte a estudiar la constitucionalidad de la expresión “si lo tuviere” contenida en el inciso 1º del artículo 165 del Código Disciplinario Único, a la luz del siguiente problema jurídico: ¿Es contrario al debido proceso, específicamente al derecho a la defensa técnica, que la ley prevea situaciones en las cuales un servidor público procesado disciplinariamente no sea representado por un abogado?”

Para resolver esta cuestión es necesario determinar si cuando el artículo 29 de la Constitución dijo que “quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio” estableció una garantía que se ha de extender obligatoriamente a ámbitos diferentes al penal. La jurisprudencia constitucional ya se ha pronunciado acerca del problema planteado. La exigencia constitucional de la defensa técnica ha sido circunscrita al proceso penal y no se tiene siempre que extender a otro tipo de procesos, aunque el legislador puede en ejercicio de su potestad de configuración extenderla. (...)”.³²

En este mismo sentido la Corte Constitucional en otra providencia³³ abordó esta misma cuestión cuando declaró exequible una norma que decía que el procesado disciplinariamente podría designar un apoderado “si lo estima

³² Corte Constitucional. Sentencia C-328 de 2003.

³³Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 1996 (MP Alejandro Martínez Caballero). Declaró exequible la expresión “designar apoderado, si lo considera necesario” contenida en el literal e) del artículo 73 del anterior Código Disciplinario Único. En palabras de la Corte, “la asistencia de un apoderado escogido por el disciplinado es una expresión del derecho a la defensa técnica, que no podía ser ignorado por el régimen disciplinario, por cuanto hace parte del debido proceso en este campo, sin perjuicio de que el disciplinado también pueda ser asesorado, en forma extra procesal, por diversas organizaciones sociales.”

necesario”. De dicho fallo se deduce que el derecho a la defensa técnica no está constitucionalmente ordenado en el campo del derecho sancionatorio disciplinario, pues es el disciplinado el que en primer lugar está llamado a ejercer su defensa y es el responsable del resultado de la misma en atención a los derechos y facultades que como sujeto procesal le otorga el artículo 92 de la ley 734 de 2002, previamente transcrito y analizado.

Ahora bien, la legislación también regula la situación de inasistencias del procesado o de su abogado si no tiene abogado a las diligencias, a efectos de que no se vulnere el principio de efectividad de la ley disciplinaria, para tales efectos los artículos 167, 168 y 201 de la Ley 734 de 2002, señalan:

“**Artículo 167.** Renuencia. La renuencia del investigado o de su defensor a presentar descargos no interrumpe el trámite de la actuación.” (Subrayado fuera de texto).

Artículo 186. Notificación y declaración de ausencia. La decisión que cita a audiencia se notificará personalmente al servidor público investigado, dentro de los dos días siguientes.

Si no se lograre realizar la notificación personal en el término indicado, se fijará edicto por dos días para notificar la providencia. Vencido este término, si no compareciere el investigado, se le designará defensor de oficio, a quien se le notificará la decisión y con quien se continuará el procedimiento, sin perjuicio de que el investigado comparezca o designe defensor. Contra la decisión que cita a audiencia no procede recurso alguno.” (Subrayado fuera de texto).

“**Artículo 201.** Notificaciones. Se notificarán por estado los autos susceptibles de recursos y por edicto la sentencia.

Se notificarán personalmente al disciplinado y/o su defensor el pliego de cargos y la sentencia. Si no fuere posible la notificación personal del pliego de cargos al investigado, vencidos los términos previstos en esta ley, se le designará defensor de oficio con quien se surtirá la notificación y continuará el trámite de la actuación.” (Subrayado fuera de texto).

Parágrafo. Podrán ser designados defensores de oficio los miembros de los consultorios jurídicos a que se refiere el artículo 1° de la Ley 583 de 2000 y/o defensores públicos. (...)” (Subrayado fuera de texto).

De la transcripción de estas normas, se desprende que: i) en el caso de renuencia del investigado o su apoderado a presentar actuaciones en su defensa como son los descargos, la ley tiene previsto que el proceso debe continuar su curso; ii) que en el evento de que el procesado no concurra a la audiencia de fallo y decisión de que trata el artículo 186 de la Ley 734 de 2002 -aplicable al proceso verbal por remisión del artículo 181 de la Ley 734 de 2002-, la autoridad disciplinaria puede continuar la diligencia siempre que le asigne un defensor de oficio el cual puede ser un estudiante de un consultorio jurídico.

2.5.2. El análisis de los cargos en concreto.

El apoderado de la demandante manifiesta que en el curso del proceso disciplinario esta no tuvo defensa técnica y no pudo conocer el proceso de manera oportuna.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente se observa que el Coordinador del Grupo de Control Disciplinario de la Superintendencia de Sociedades - Regional Barranquilla, profirió: 1) El auto de 27 de abril de 2009 por medio del cual ordenó la apertura de indagación preliminar en contra de la señora Flor de Jesús del Toro Polo y la práctica de pruebas, decisión que fue notificada personalmente a la demandante y 2) El auto de 5 de mayo de

2009 en el cual ordenó la recepción de las declaraciones de los señores Emilio Leboló Villamizar, Freddy Simancas, Reinaldo Bustos y Pedro González, así como visita especial ordenada al Juzgado 14 Civil del Circuito de Barranquilla, decisión que fue comunicada a la demandante.

Así mismo se observa que: 3) En la diligencia celebrada el 13 de mayo de 2009 se hizo presente la demandante acompañada de su apoderado el Dr. Samir José Oñate Rojas quien fue reconocido como apoderado judicial de la disciplinada; 4) Mediante auto de 18 de febrero de 2010 se dispuso adoptar el procedimiento verbal y citar a la investigada con el fin de que rindiera versión sobre los hechos, aportara y solicitara pruebas, decisión que fue debidamente notificada a ésta el 22 de febrero de 2010.

También se desprende del acervo probatorio que: 5) a la fecha y hora de llevar a cabo la audiencia citada en el mencionado auto -de 18 de febrero de 2010- la demandante ni su apoderado comparecieron, motivo por el cual fue necesaria la suspensión de la diligencia para ser reanudada el 25 de febrero de 2010 decisión que también fue comunicada a la demandante; 6) una vez iniciada la audiencia de 25 de febrero de 2010 no se hizo presente la demandante ni su apoderado pero se presentó el Dr. Carlos Paternostro aduciendo ser apoderado de aquélla sin poder que sustentará su dicho, motivo por el cual la autoridad disciplinaria le ofreció designarlo como defensor de oficio lo cual rehusó, situación que dio lugar el nombramiento de un estudiante de consultorio jurídico para lo cual se suspendió la audiencia a efectos de ser reanudada en las horas de la tarde el mismo día; 6) una vez reanudada la audiencia en horas de la tarde del 25 de febrero de 2010 se hicieron presente el estudiante designado por el consultorio jurídico y el

abogado William Cardoso López quien manifestó que representaría a la señora Flor de Jesús del Toro sin embargo tampoco tenía poder para actuar pero aceptó ser designado como abogado de oficio y 7) el abogado William Cardoso López presentó descargos, solicitó pruebas *-las cuales fueron decretadas y practicadas-* y presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia.

De lo anterior se desprende que, contrario a lo manifestado por la actora en la demanda, la autoridad disciplinaria en múltiples ocasiones salvaguardó el derecho a la defensa técnica pese a que de conformidad con las normas que rigen el procedimiento disciplinario *-señaladas en el acápite previo de esta providencia-* el acompañamiento de apoderado no es requisito indispensable para el desarrollo del proceso, y en todo caso, la autoridad disciplinaria puede designar para tales efectos estudiantes de consultorio jurídico de universidades acreditadas e incluso abogados de oficio.

En este orden de ideas, se observa que la demandante intervino personalmente las diligencias del proceso disciplinario y en aquellas en las cuales no participó directamente lo hizo a través de apoderado y, la circunstancia referida a que no se le hubiera aceptado como apoderado de confianza al Dr. Carlos Paternostro derivó de la falta de poder de éste así como de la no aceptación de su designación como apoderado de oficio, sin embargo pese a ello la autoridad disciplinaria obró de conformidad con las normas del Código Disciplinario Único *-descritas y analizadas en el acápite previo de esta providencia-* nombrando defensor de oficio a efectos de que la investigada pudiera contar con defensa técnica, y en todo caso, no se

observa situación alguna que le hubiera impedido el ejercicio de todos los mecanismos de defensa consagrados dentro del proceso disciplinario.

Por otra parte debe señalarse que, no se observa evidencia alguna que permita acreditar que a la actora o a su apoderado se le impidió el conocimiento del expediente disciplinario a efectos de que pudiera ejercer de manera eficaz su defensa, por el contrario, es claro que desde la notificación del inicio de la investigación disciplinaria se le puso de presente a la demandante los derechos consagrados en el artículo 92 del Código Único Disciplinario entre ellos la posibilidad de solicitar copias del expediente, garantía cuyo ejercicio depende única y exclusivamente de la voluntad de la investigada y su defensor.

En ese orden de ideas para la Sala es claro que el cargo bajo análisis no tiene vocación de prosperidad.

2.6. RESOLUCIÓN DEL TERCER GRUPO DE CARGOS - RELACIONADOS CON LA VALORACIÓN PROBATORIA (Cargo 6).

Dado que los cargos enunciados se relacionan expresamente con la aparente indebida valoración de las pruebas dentro del proceso disciplinario estos serán analizados bajo la siguiente estructura argumentativa: 1) el régimen de la valoración de la prueba en el proceso disciplinario y 2) el análisis de los cargos en concreto.

2.6.1 El régimen de la valoración de la prueba en el proceso disciplinario.

El artículo 6³⁴ de la Ley 734 de 2002 –*en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política*- consagra el derecho al debido proceso, el cual involucra todos los aspectos sustanciales y procesales de la actuación disciplinaria, así:

Ley 734 de 2002. Artículo 6°. Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público. (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con la jurisprudencia de esta Subsección³⁵, el respeto a las reglas sustanciales disciplinarias en materia probatoria –*con las cuales en el caso concreto se determina si la conducta es típica, antijurídica y culpable*-, implica el cumplimiento de tres (3) requisitos fundamentales, en estricto orden: 1) los elementos probatorios permitidos, 2) el régimen de análisis y 3) los niveles de certeza establecidos por el legislador, para acreditar los factores que constituyen la responsabilidad.

Los medios de prueba permitidos. En materia de medios de prueba permitidos el legislador en el artículo 130 ídem, estableció lo siguiente:

Artículo 130. Medios de Prueba. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, y cualquier otro medio técnico científico que no viole el ordenamiento jurídico, los cuales se practicarán de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 600 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario.

³⁴ Ley 734 de 2002. Artículo 6°. Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público.

³⁵ Consejo de Estado, *Sección Segunda*, Subsección “B”. *Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez*, *sentencia de 6 de octubre de 2016*, Radicación 2012-00681-00, Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica.

Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales.

En atención a la norma trascrita, son considerados como medios de prueba válidos: 1) la confesión, 2) el testimonio, 3) la peritación, 4) la inspección o visita especial, 5) los documentos, y 6) cualquier otro medio técnico científico que no viole el ordenamiento jurídico, y expresamente hizo referencia a los indicios para excluirlos de esta lista y darles la connotación de simples herramientas a tener “*en cuenta al momento de apreciar las pruebas*”.

El sistema de análisis probatorio. El artículo 141 de la Ley 734 de 2002 en relación con la apreciación de las pruebas, estableció lo siguiente:

Artículo 141. Apreciación integral de las pruebas. Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁶ el sistema de la sana crítica o persuasión racional –*a diferencia de otros sistemas de valoración probatoria*³⁷, obliga al juzgador a establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

³⁶ Corte constitucional, sentencia C-202 de 2005.

³⁷ El sistema de íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos o el sistema de la tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él. Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

Estas reglas son las que debe tener en cuenta el operador disciplinario y contribuyen para que las conclusiones a las cuales arribe sobre el valor o contenido de la prueba sean legalmente válidas, pues impiden que aquel razone a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente, de manera contra evidente o dé un alcance y extensión a la prueba que no se desprenda de ella.

Los niveles de certeza para imputar responsabilidad. La Ley 734 de 2002 contempla un nivel de certeza especial para que el operador disciplinario pueda establecer responsabilidad y proferir fallo sancionatorio, el cual puede observarse claramente de la lectura coordinada y conjunta de las siguientes normas.

El artículo 9 ídem establece que a quien se le atribuya el cometimiento de una falta disciplinaria (tipicidad) se le debe presumir inocente hasta que esta presunción sea desvirtuada mediante la declaratoria de responsabilidad y la cual solo se puede declarar cuando se haya eliminado “*toda duda razonable*”, desde luego, sobre los elementos que determinan la responsabilidad (tipicidad, antijuridicidad o ilicitud material y culpabilidad). La norma en comento señala lo siguiente:

Artículo 9. Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado.

Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.

En los artículos 162 y 142 de la Ley 734 de 2002 el legislador estableció el grado de convencimiento que el material probatorio, aportado a través de los medios de prueba válidos, debe dar al operador disciplinario para proferir dos de las providencias más importantes del proceso disciplinario, esto es el pliego de cargos y el fallo. Las normas en comento establecen lo siguiente.

Artículo 162. Procedencia de la decisión de cargos. El funcionario de conocimiento formulará pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Artículo 142. Prueba para sancionar. No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.

De acuerdo con las disposiciones anteriores, para que el operador disciplinario pueda proferir pliego de cargos solo debe estar objetivamente probada la falta y existir prueba de la responsabilidad del investigado, sin embargo como esta decisión no es definitiva y por tal no atribuye responsabilidad, el nivel de convencimiento que se requiere no es cualificado de manera que no está sujeta al postulado señalado en el artículo 9 de la Ley 734 de 2002 que exige la eliminación de toda “duda razonable”.

Por el contrario, el fallo disciplinario al ser definitivo y atribuir responsabilidad si le es aplicable el artículo 9 ídem así como las demás normas relacionadas con este asunto³⁸ y le exige a la autoridad disciplinaria en caso de establecer responsabilidad un nivel de más alto de convencimiento, esto es, el de la certeza.

Ahora bien, atendiendo a los factores de la responsabilidad disciplinaria – *tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*- y las reglas sustanciales probatorias – *elementos de prueba permitidos, régimen de análisis y niveles de certeza*-, la Sala procederá a analizar el caso en concreto.

2.6.2. El análisis del cargo en concreto.

³⁸ A saber los artículos 20, 128 y 129 de la Ley 734 de 2002.

El apoderado de la demandante manifiesta que las autoridades disciplinarias no analizaron las pruebas obrantes en el proceso sancionatorio – *especialmente las testimoniales*- de conformidad con las reglas de la sana crítica y en consecuencia presumieron la responsabilidad disciplinaria.

De conformidad con el fallo disciplinario de primera instancia y las pruebas que obran en el expediente se observa que en su declaración el señor José Vicente Marín Perea, hermano de la señora Algermira Marín Perea - *inicialmente liquidadora de la sociedad Consultores y Constructores Ltda.*-, manifiesta que siempre acompañó a su hermana como contador en las reuniones de la liquidación y señaló que la actora recomendó a su hijo para que prestará sus servicios profesionales como abogado de la Corporación de Desarrollo Popular destacando su amistad con el señor Vladimir Pedrosa del Toro –*hijo de la demandante*- de lo cual el fallador disciplinario concluye que era lógico que aquel supiera quien era el hijo de la demandante.

Así mismo se observa que de estas situaciones, permitieron a la autoridad disciplinaria darle credibilidad a las declaraciones de Emilio Lebolo Castellanos, Ferney Simancas y Reinaldo Bustos -*socios de la Corporación Desarrollo Popular y de la Sociedad Constructores y Consultores Ltda.*-, cuando expresaron que por recomendación de la señora Flor de Jesús del Toro Polo fue que aceptaron como apoderado en el proceso de liquidación ante los Jueces Civiles al hijo de aquella el señor Vladimir Pedrosa del Toro.

De lo anterior también se desprende -*sin que obre prueba en el expediente que acredite lo contrario*-, que la conclusión a la cual llegó la autoridad disciplinaria es válida en el sentido de entender que el señor Emilio Lebolo Castellanos -*en su calidad de apoderado de Randal Leboló*- dentro del proceso de liquidación de la sociedad Consultores y Constructores Ltda., y

directivo de la sociedad Corporación de Desarrollo Popular, conoció a la señora Flor de Jesús del Toro quien realizaba la actividad procesal de liquidación en representación de la Superintendencia de Sociedades, al punto que en varias oportunidades le consultó sobre la posibilidad de que esa superintendencia también adelantara la liquidación de la sociedad Corporación Desarrollo Popular, siendo allí donde la actora le indicó que ese procedimiento debía realizarse ante los juzgados civiles del circuito recomendando a su hijo para adelantar el mismo.

Lo anterior concuerda con la declaración del hijo de la demandante Vladimir Pedrosa del Toro *-quien manifiesta que si presentó propuesta por \$40,000,000 para asesorar en el mencionado proceso de liquidación-* así como con la declaración de Ferney Simancas y Reinaldo Bustos quienes señalan que esta propuesta fue aceptada bajo el entendido de que dicho proceso de liquidación *-el de la sociedad Corporación de Desarrollo Popular-* en verdad sería asesorado por la mencionada funcionaria de la Superintendencia de Sociedades *-Flor de Jesús del Toro Polo-*.

En consecuencia no se observa que el análisis, de las pruebas documentales en concordancia con las testimoniales, realizado por la autoridad disciplinaria sea ajeno a las reglas de la sana crítica *-que se expresan en la lógica y la experiencia,* pues era válido concluir como lo hizo la mencionada autoridad que por lo menos ocurrieron tres (3) eventos en los cuales dentro del proceso concursal adelantado contra la sociedad Constructores y Consultores Ltda., la señora Flor de Jesús del Toro Polo estaba obligada a declarar de inmediato su impedimento, a saber: 1) en el año 2004 cuando su hijo *-quien de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente para esa época convivía con ella en la misma vivienda y con quien tenía por obvias razones relaciones cercanas-* empezó a ser apoderado de la empresa Constructores

y Consultores Ltda., en distintas actividades judiciales; 2) en el año 2005 cuando su hijo suscribió contrato de prestación de servicios, recibió poder e inició actuaciones judiciales para la liquidación judicial de la sociedad Corporación de Desarrollo Popular *-de la cual era directivo uno de los apoderados judiciales de la sociedad constructores y consultores Ltda.-* y en relación con lo cual obran testimonios de la influencia de la demandante para que su hijo tuviera el mencionado contrato, y 3) el 27 de abril de 2009 cuando la actora conoció los hechos por los cuales se le estaba investigando, sin que en ninguno de estos eventos declarara su impedimento, siendo en consecuencia que por cualquiera de estos *-en especial por el último-* estaba incurso en las faltas disciplinarias que le fueron imputadas y por las que era merecedora por lo menos de la sanción que se le impuso. En ese orden de ideas, para la Sala el cargo bajo análisis no tiene vocación de prosperidad.

Atendiendo a lo previamente expuesto, la Sala considera que los cargos de nulidad presentados por la demandante no están llamados a prosperar y en consecuencia negará las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA

PRIMERO: Declarar no probada la excepción de caducidad de la acción, planteada en la contestación de la demanda por el apoderado de la Superintendencia de Sociedades.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y, una vez ejecutoriada esta Sentencia, archívense las diligencias. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS