



DEBER DE DILIGENCIA HONRADEZ DEL ABOGADO / 4. No entregar a quien corresponda y a la menor brevedad posible dineros, bienes o documentos recibidos en virtud de la gestión profesional, o demorar la comunicación de este recibido.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA

Cartagena de Indias D.T. y C., seis (6) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Magistrada Ponente: Doctora **JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ**

Radicación No. **110011102000201601745 01 (16479-37)**

Aprobado según Acta de Sala No. 83

ASUNTO

Procede la Sala a conocer en grado Jurisdiccional de Consulta la decisión proferida el 31 de octubre de 2018, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá¹, mediante la cual sancionó al abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, como responsable de la falta descrita en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 1123 de 2007, a título de **DOLO**, imponiéndole como **SANCIÓN** la **SUSPENSIÓN** en el ejercicio de la profesión por el termino de **CUATRO (4)** meses.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- En oficio del 29 de julio de 2015, el **Personero Municipal de Caldas** remitió al Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, escrito de queja radicada ante su despacho por la señora **LIGIA GARCIA BERMÚDEZ**, en contra del doctor **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, donde manifestaba su inconformidad respecto al actuar del togado de la siguiente manera:

El 11 de mayo de 2015 la señora **LIGIA GARCIA BERMÚDEZ**, ante la Personería Municipal de Caldas mencionó que en el año 2011 le otorgó poder al abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, para

¹ Sala conformada por los doctores ALBERTO VERGARA MOLANO (M.P) y ELKA VENEGAS AHUMADA.

que le “sacara” un dinero correspondiente al IPC que le debía la **POLICIA NACIONAL** a su esposo el Sargento Viceprimero Roberto Hurtado, fallecido el 7 de enero de 1990, añadiendo que cuando le firmó poder al abogado, éste le dijo que le adelantara la suma de **\$1`500.000**, para poder hacer las diligencias correspondientes.

Reseñando que el abogado le mandaba papeles para firmar, y le decía que ya iba a salir el dinero, cuando efectivamente “salio” no le informó acerca de ello, enterándose cuando llamó a la Caja de Retiros de la Policía en Bogotá, del desembolso al togado. Agregó que el 11 de junio de 2014 se firmó con el abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** contrato de prestación de servicios, donde se dejó consignado que se cancelarían como honorarios, la suma equivalente al 25% de total reajustado y pagado, porcentaje que debería ser girado por la Caja de Sueldos de Retiro a la cuenta de ahorros de Bancolombia a nombre de **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** y el restante a la cuenta de ahorros del banco **BBVA** a nombre de **LIGIA GARCIA BERMÚDEZ**.

El **25 %** de los honorarios, que le correspondían al abogado era la cantidad de **\$2`550.000** y debía darle por ese dinero **\$7`650.000**, mencionando no entender por que fueron reclamados los **\$10`200.000**, en su totalidad por el abogado.

Posteriormente refirió que en enero de 2015, se comunicó via telefonica con **CASUR**, para solicitar información sobre el dinero que el abogado

le estaba “*sacando*”, a lo cual le manifestaron que desde el 16 de diciembre de 2014 se había entregado el dinero al señor **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** por la suma de **\$10.200.000**, agregó que a finales de ese mismo mes, el togado le consignó a su cuenta la suma de **\$5.000.000**, debiendo la suma de **\$2.650.000**, finalizó mencionando que se dirigió a Bogotá a la oficina donde supuestamente laboraba y le mencionaron que no conocían a tal abogado. (Fl. 2-3 del c.o. 1ª instancia).

2.- En certificado No. 301712 del 13 de agosto de 2015, la Secretaría de esta Corporación, certificó que no aparecen sanciones disciplinarias registradas en contra del doctor **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** (Fl.6 del c.o de 1ª instancia), igualmente la Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia, mediante certificado No. 08812-2015 que el doctor **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** identificado con Cédula de ciudadanía número 79945980, aparece inscrito como abogado, con tarjeta profesional número 111523 documento vigente para la fecha de expedición del certificado. (Fl.5 del c.o de 1ª instancia)

3.- El Magistrado **GUSTAVO ADOLFO HERNÁNDEZ QUIÓNEZ** de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, señaló que acreditada la calidad de abogado del doctor **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, avocaría el conocimiento de la queja disciplinaria, fijando fecha para celebrar

audiencia de pruebas y calificación provisional en contra del togado (Fl. 7 del c.o.).

4.- Mediante auto del 2 de febrero de 2016, el Magistrado de instancia, señaló que los hechos puestos en conocimiento tienen que ver con actuaciones realizadas en la ciudad de Bogotá, por parte del abogado, doctor **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, relacionadas con el retiro de un dinero del IPC de la Policía Nacional en Bogotá en favor de la quejosa, razón por la cual concluyó que esa Sala no era la competente para conocer de las diligencias, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 1123 de 2007, ordenando remitir las diligencias a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la judicatura de Bogotá para lo de su cargo. (Fl. 16 del c.o de 1ª instancia)

5.- Mediante auto del 18 de mayo de 2016, el Magistrado de instancia del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá Sala Jurisdiccional Disciplinaria, avocó conocimiento de las diligencias, ordenando la apertura de investigación disciplinaria en contra del abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, conforme a lo señalado en el artículo 104 de la Ley 1123 de 2007, fijando así fecha para celebrar audiencia de pruebas y calificación provisional. (Fl. 22 del c.o de 1ª instancia)

6.- Mediante auto del 26 de agosto de 2016, el Operador disciplinario señaló *“Como el disciplinable no ha concurrido al proceso se **DECLARA PERSONA AUSENTE** y se le designa de la lista de Registro Nacional*

de Abogados, visible a folio 30 del c.o.:", al doctor **DANIEL ALBERTO VILLA SCHOTBORGH**. (Fl. 31 del c.o de 1ª instancia)

7.- El 2 de febrero de 2017, el *a quo* instaló audiencia de pruebas y calificación provisional, en contra del abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, contando con la presencia únicamente del defensor de oficio del disciplinable, doctor **DANIEL ALBERTO VILLA SCHOTBORGH**.

Acto seguido, el Operador Disciplinario decretó pruebas de oficio, suspendiendo la diligencia para poder insistir en la recepción de la ampliación de la queja. (Cd de audiencia de pruebas y calificación provisional del 2 de febrero de 2017 y Fls. 44 y 45 del c.o de 1ª instancia)

8.- El 23 de mayo de 2017, el Magistrado de instancia instaló la continuación de la audiencia de pruebas y calificación provisional, contando con la presencia de la señora quejosa **LIGIA GARCIA BERMÚDEZ**, el defensor de oficio del encartado, doctor **DANIEL ALBERTO VILLA SCHOTBORGH**, la representante del Ministerio Público, estando ausente el disciplinable, doctor **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**.

Consecuentemente procedió el Operador Disciplinario a recepcionar la ampliación de la queja de la siguiente manera:

8.1.- Ampliación de la queja de la señora LIGIA GARCIA BERMÚDEZ: Inició su relato reseñando que el abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** abuso de su confianza, toda vez que ella le otorgó poder para que la representara en un proceso contra **CASUR**, señalando que el abogado le mencionó que para iniciar el proceso necesitaba **\$1'500.000**, dinero que fue efectivamente desembolsado, mencionando que ella le solicitó recibos y el togado se negó, argumentando que era para solventar sus viaticos, una vez el abogado culminó el proceso y le desembolsaron el dinero, por la cantidad de **\$10'200.000**, el 4 de noviembre de 2014, el abogado se apropió de una cantidad de dinero mayor a la que habían pactado, mencionando que solamente le correspondía el porcentaje de 25% de lo recepcionado, es decir le debía regresar el 75% restante, tal y como consta en el contrato de prestación de servicios profesionales que suscribieron los dos.

Añadió que que el togado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** solamente le consiguió la cantidad de **\$5'000.000**, apoderándose así del dinero que por derecho le correspondía, finalizó resaltando que el togado no le volvió a contestar el celular.

Finalmente el *a quo* suspendió la diligencia y fijó nueva fecha para continuar con la misma. (Cd. de audiencia de 23 de mayo de 2017 y Fl. 71 y 72)

9.- El 11 de agosto de 2017, el Magistrado de instancia dio continuidad a la audiencia de pruebas y calificación provisional, contando con la presencia del representante del encartado, el representante del Ministerio Público, estando ausente el quejoso, sin embargo de acuerdo a un error en el decreto de pruebas por parte del instructor, se suspendió nuevamente la diligencia y se fijó nueva fecha para continuar con la misma. (Cd. Del 11 de agosto de 2017 y Fl 88 del c.o de 1ª instancia)

10.- Contando únicamente con la presencia del abogado defensor del doctor **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, se instaló audiencia de pruebas y calificación provisional el 12 de marzo 2018, en ella, se llevó a cabo decreto de pruebas de oficio correspondiente, luego de esto, el Magistrado de instancia suspendió la audiencia y fijó nueva fecha para continuar con la diligencia. (Cd. del 12 de marzo de 2018 y Fl. 150 del c.o de 1ª instancia)

11.- El 29 de mayo 2018, el Operador Disciplinario instaló audiencia de pruebas y calificación provisional, contando con la presencia del abogado disciplinable, doctor **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, su defensor de oficio, estando ausentes la señora quejosa y el representante del Ministerio Público, una vez acreditada la asistencia de las partes, el Instructor de instancia, corrió traslado al togado encartado para que señalara si era su deseo rendir versión libre, a lo cual señaló que no. Por ello suspendió la audiencia y fijó nueva fecha para continuar con la audiencia de pruebas y calificación provisional. (Cd. 29 de mayo de 2018 y Fl. 182 del c.o de 1ª instancia)

12.- El 13 de agosto de 2018, el Magistrado Instructor dio continuidad a la audiencia de pruebas y calificación provisional, contando con la presencia únicamente del defensor de oficio del doctor **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, luego de verificar la asistencia del defensor, procedió a formular el pliego de cargos de la siguiente manera en contra del abogado encartado:

12.1.- Calificación jurídica:

Indicó el Magistrado que se observó de los folios obrantes en el paginario, que las inconformidades expuestas por la señora **LIGIA GARCIA BERMÚDEZ**, respecto de las conductas desplegadas por el profesional del derecho **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, reseñan las siguientes situaciones, (i) No entregar en su totalidad el dinero pagado por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional previa deducción de lo convenido por concepto de honorarios, (ii) No expedir recibo correspondiente al pago del anticipo efectuado por concepto de honorarios.

Concluyó así ese Despacho que el disciplinable incurrió en conducta irregular en lo que respecta a los **\$3`084.670**, que no ha procedido a entregarle a su cliente, en tanto no se puede perder de referencia que los honorarios fueron pactados a *cuota litis* por el 25% de lo que efectivamente se obtuviera y que el abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** consignó a la cuenta de la quejosa un valor

inferior al 75% restante de lo pagado por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, luego de haber efectuado la deducción del 25% correspondiente al pago de honorarios, con fundamento a ello encontró viable el Operador Disciplinario llamar a responder al abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, por considerar que pudo haber violado el deber contemplado en la primera parte del numeral 8 del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007 que al tenor reza:

“ARTÍCULO 28. DEBERES PROFESIONALES DEL ABOGADO. *Son deberes del abogado:*

(...)

8. Obrar con lealtad y honradez en sus relaciones profesionales.”

Y por haber incurrido posiblemente en la falta contemplada en el artículo 35 numeral 4 de la misma normatividad que dice:

“ARTÍCULO 35. *Constituyen faltas a la honradez del abogado:*

(...)

4. No entregar a quien corresponda y a la menor brevedad posible dineros, bienes o documentos recibidos en virtud de la gestión profesional, o demorar la comunicación de este recibo.”

La forma de realización de la conducta, es omisiva y permanente, encontrándose determinada por el verbo rector de no entregar, en el entendido de no dar algo a alguien o no hacer que pase a tenerlo, debido a que desde el 16 de diciembre de 2014 fue realizada la consignación respectiva a la cuenta bancaria del abogado querellado por valor de **\$10´230.713**, respecto del cual, el doctor **MARIO ALEJANDRO OSPINA**

ARISTIZABAL no entregó el porcentaje equivalente al 75% en su totalidad y a la mayor brevedad posible, ya que transcurrió un lapso superior a 3 años y siete meses, sin que el disciplinable hubiere procedido aun a entregarle a la señora **LIGIA GARCIA BERMÚDEZ** la suma de **\$3´084.670**, para completar el equivalente del 75% de lo que fue pagado a favor de la quejosa por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Resaltó que el abogado tenía la misión de obtener el pago de lo ordenado por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito de Cali, en sentencia proferida el 19 de diciembre de 2013, a lo que consecuentemente conllevaba a la entrega a su poderdante de los dineros pagados por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a favor de su poderdante y a la mayor brevedad posible, señalando que esta última frase determinaba el carácter permanente de la falta que cesa solamente con el acto de entregar estos dineros.

Dicha conducta se formuló a título de dolo, habida cuenta que el abogado con plena consciencia, se abstuvo de hacer entrega de su totalidad y a la mayor brevedad posible a su poderdante de los dineros que fueron consignados a su cuenta bancaria desde el 16 de diciembre de 2014 por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, ya que aún le resta por entregar la suma de **\$3´084.670**.

En cuanto al cargo de no expedir recibo correspondiente al pago del anticipo efectuado por concepto de honorarios, reseñó el Operador Disciplinario que de la ratificación y ampliación de la queja fue explicado

por la señora **LIGIA GARCIA BERMÚDEZ**, que al momento en que acordó con el disciplinable la realización de la gestión, éste le pidió la suma de **\$1'500.000**, sin proceder a expedir el recibo correspondiente aduciendo que no había necesidad, por cuanto los destinaría para viáticos, teniendo en cuenta que de la queja se desprendía que la quejosa le otorgó poder al encartado en el año 2011 al igual que la cantidad de dinero antes mencionada, acorde a este análisis, mencionó el *a quo*, que de conformidad con lo normado en el artículo 23 de la Ley 1123 de 2007 contempla la muerte del disciplinable y la prescripción como causales de extinción de la acción disciplinaria, y de acuerdo al artículo 24 *ibidem*, la acción disciplinaria estaría prescrita, toda vez que el dinero lo recibió el encartado en el año 2011, y contando esta fecha como punto de partida para contabilizar el término prescriptivo, concluyó que operó, en efecto, este fenómeno, ordenando terminar anticipadamente, en favor al togado encartado al tenor del artículo 103 de la Ley 1123 de 2007.

12.2.- Finalmente el Magistrado de instancia dio por terminada la audiencia de pruebas y calificación provisiona, fijando fecha para llevar a cabo audiencia de juzgamiento en contra del abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**. (Cd. 23 de mayo de 2017 y Fls. 188-189 del c.o de 1ª instancia)

13.- El 10 de octubre de 2018, el Operador Disciplinario dio inicio a la audiencia de juzgamiento, contando con la presencia del abogado encartado, su defensor de oficio y la señora quejosa **LIGIA GARCIA**

BERMÚDEZ, sin embargo, luego de la solicitud de aplazamiento de la audiencia elevada por el abogado encartado, el instructor de instancia reprogramó la fecha para llevar a cabo la misma. (Cd. del 10 de octubre de 2018 y Fl. 202 del c.o de 1ª instancia)

14.- El Magistrado instructor llevó a cabo la continuación de la audiencia de juzgamiento, el 22 de octubre de 2018, contando con la presencia del abogado defensor de oficio del doctor **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, el representante del Ministerio Público, estando ausente tanto el abogado encartado como la señora quejosa.

Luego de verificada la asistencia, el Magistrado de instancia corrió traslado al representante del Ministerio Público, quien se manifestó de la siguiente manera:

14.1.- Alegatos de conclusión del representante del Ministerio Público: Hizo un breve resumen de los hechos motivos de investigación disciplinaria, mencionando que los mismos se remontaban al año 2011 donde la quejosa le otorgó poder al encartado, para efectos de que recuperar un dinero que le debían a su difunto esposo, en la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, pactando las partes por la labor que se iba a relizar, un 25% de lo que se obtuviera, para el abogado, y un 75% restante para la señora **LIGIA GARCIA BERMÚDEZ**, dicho dinero fue obtenido efectivamente, siendo consignado directamente en una cuenta del abogado, quien debía descontar su porcentaje acordado, y consignarle a su cliente el 75% del dinero restante, sin embargo, el

togado descontó más dinero del que le correspondía.

Agregó que en efecto existía prueba concluyente, que daba fe de la realización de la falta disciplinaria, descrita en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 1123 de 2007, agregando que si bien no aparecían registradas sanciones disciplinarias contra el abogado disciplinable, ello no implicaba partir de la sanción más leve, toda vez que la falta en que incurrió el abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, va en contra de la honradez del abogado, solicitando se le impusiera una sanción contundente contra el togado encartado.

14.2.- Alegatos de conclusión del defensor de oficio: Inició su relato, resaltando que la función para la cual fue encargado el doctor **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, fue cumplida en su totalidad como consta en la Resolución emitida por parte del Juzgado Once Administrativo Oral de la ciudad de Cali, en la cual se reconoció un monto de dinero a la señora **LIGIA GARCIA BERMÚDEZ**, un total de **\$10´230.713**, de los cuales por medio de un contrato de prestación de servicios el doctor **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** debía acceder al 25% constituyendo sus honorarios por prestación de servicios, y correspondiéndole el 75% restante a su cliente por tanto, teniendo en cuenta que el togado consignó a la cuenta de la quejosa la suma de **\$5´000.000**, según las pruebas allegadas al disciplinario, se evidenció que el doctor no entregó la totalidad del dinero que le correspondía a la señora **LIGIA GARCIA BERMÚDEZ**.

Así mismo, indicó que en efecto en consideración a que el doctor **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** no posee antecedentes disciplinarios, solicitó para que se determinara una falta leve, a la hora de emitir sentencia, considerando además que cumplió en su totalidad la labor en comendada. (Cd. 22 de octubre de 2018 y Fl. 205 del c.o de 1ª instancia)

DE LA SENTENCIA CONSULTADA

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, en sentencia del 31 de octubre de 2018, sancionó al abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, como responsable de la falta descrita en el numeral 4 del artículo 35 de la Ley 1123 de 2007, a título de **DOLO**, con **SUSPENSIÓN DE 4 MESES**.

El *a quo* señaló que obraba en el paginario escrito de queja donde la señora **LIGIA GARCIA BERMÚDEZ**, refirió que el disciplinable se comprometió a obtener el dinero del IPC que la Policía Nacional le adeudaba a su difunto esposo, añadiendo que llamó a **CASUR** y se enteró que desde el 16 de diciembre del 2014, le habían consignado dineros al togado, producto de la gestión, por la suma de **\$10´200.000**, de los cuales debía tomar el 25% pactado, empero sólo le consignó **\$5´000.000**.

Asimismo, resaltó que reposaba en el disciplinario Resolución No. 9729

de (04/11/14), por la cual se daba cumplimiento a una sentencia emitida por el Juzgado Once Administrativo Oral de Cali (Fls.64-65) donde se reconoce a la señora **LIGIA GARCIA BERMÚDEZ**, la suma de **\$10´000.000**; Copia del contrato de Prestación de servicios profesionales suscrito entre la quejosa y el abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** (Fl. 67), al igual que poder que la quejosa le confirió al togado (Fl.69).

Copia de la cuenta de cobro efectuada por el abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, para el cumplimiento de la sentencia emitida por el Juzgado Once Administrativo Oral de Cali; solicitud radicada con ID Control No. 15468 de 20/06/14; copia de la liquidación y de la Resolución No. 9729 de 04/11/14. (Fls. 97-123)

Comprobante de orden de pago realizada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, a favor del abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, a quien le fue girado el monto de **10´230.713**, el 10 de diciembre de 2014. (Fl.123)

Extractos de la cuenta de ahorros de Bancolombia No. 266-755270-87, titular **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** correspondientes a los años 2014 y 2015, remitidos por la Gerencia de Requerimientos Legales de la entidad bancaria en mención. (Fls. 187-207)

Quedando claro así el elemento material, respecto a la responsabilidad

del togado encartado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, asimismo, señaló el *a quo* que, las pruebas referidas para la demostración de la conducta, permitían encontrar comprobaba la incursión del abogado encartado, en la falta a la honradez que se le reprocha, pues era cierto que se encontraba demostrado que el abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, suscribió contrato de prestación de servicios profesionales con la quejosa, el 11 de junio de 2014, asimismo mencionó que quedó demostrado que el profesional en ejercicio de tal mandato radicó aludida sentencia para su cobro, pidió se actualizaran las sumas a las que alude y solicitó el pago de intereses, encontrando evidenciado, mediante comprobante de orden de pago realizada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, que a favor del abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, fue girada la suma de **\$10´230.713**, el 10 de diciembre de 2014 (pago interbancario). Valor que aparece ingresado al número de cuenta de Bancolombia, que el profesional reportó en el trámite administrativo, el día 16 de diciembre y del cual, según refiere la quejosa recibió el monto de **\$5´000.000**, que aparece retirados el 28 de enero de 2015.

Asimismo Mencionó que de la prueba documental reseñada en precedencia, confirman los hechos de la queja, ratificados bajo la gravedad del juramento, permitiendo encontrar demostrada la conducta y la responsabilidad del abogado encartado, al constituirse en elemento de juicio que en grado de certeza sustenta su incursión, en la falta a la honradez que se le reprocha.

Añadiendo que si bien el profesional encartado cumplió con la gestión confiada, no por ello, desaparece su deber de obrar con lealtad y honradez en sus relaciones profesionales, que le imponía la entrega del porcentaje equivalente al 75%, en su totalidad y a la mayor brevedad, a la quejosa en el entendido que recibió el monto total de **DIEZ MILLONES DOSCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS TRECE PESOS (\$10´230.713)**, por la labor pactada, de la que devolvió **CINCO MILLONES DE PESOS (\$5´000.000)**, que no correspondían a ese 75% que debió entregar.

Por ello, resaltó el Magistrado de instancia que al no aparecer la existencia de una causal de exclusión de la responsabilidad, resultaba procedente hablar de un reproche disciplinario en contra del abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, pues pudo predicarse que la no devolución de los pluricitados dineros a la quejosa, lo hacía incurso como autor responsable de la falta a la honradez del abogado, tipificada en el artículo 35 numeral 4 de la ley 1123 de 2007, cometida a título de **DOLO**.

De conformidad con lo previsto por los literales b y c del artículo 45, consideró el Magistrado de instancia que no se perfecciona algún criterio de atenuación, pero tampoco se configuró causal de agravación, ni aun la contemplada en el numeral 6º del literal c), pues el disciplinado no registró antecedentes disciplinarios en su contra, por lo que no se dio el presupuesto establecido en la Ley para ello, por esto resolvió sancionar al abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** con

SUSPENSIÓN DE CUATRO MESES (4) EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN. (Fls. 205-218 del c.o 1ª instancia)

ACTUACIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

1.- Con fecha 12 de diciembre de 2018 quién aquí funge como Magistrada Sustanciadora, avocó conocimiento del presente proceso, ordenando comunicar a las partes de la presente actuación, requerir los antecedentes disciplinarios del encartado a la Secretaría Judicial de esta Corporación y por último si contra el disciplinado cursan otras investigaciones por los mismos hechos en esta Corporación. (Fl. 5 c.o. segunda instancia).

2.- La Secretaria Judicial de esta Corporación mediante certificación N° 130108 de fecha 5 de febrero de 2019, informó que el investigado no registra sanción alguna. (Fl.14 c.o segunda instancia). De la misma manera, informó mediante constancia secretarial que revisado en sistema de gestión "SIGLO XXI", contra el abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** no cursa ni ha cursado investigación disciplinaria por los mismos hechos (Fl. 15 c.o. segunda instancia)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 256 numeral 3 de la Constitución Política y 112 numeral 4 de la Ley 270 de 1996, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, es competente para conocer en segunda instancia de las sentencias proferidas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura.

Y si bien, en razón a la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 02 de 2015, se adoptó una reforma a la Rama Judicial, denominada “equilibrio de poderes”, en lo atinente al Consejo Superior de la Judicatura, literalmente en el párrafo transitorio primero del artículo 19 de la referida reforma constitucional, enunció: “(...) *Los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial*”.

En el mismo sentido, la Sala Plena de la Corte Constitucional en Auto 278 del 9 de julio y 372 del 26 de agosto de 2015, al pronunciarse respecto a la competencia para conocer conflictos de jurisdicciones, decantó el alcance e interpretación de la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo No. 02 de 2015, concluyendo que con relación a las funciones que se encontraban a cargo de esta Sala, las modificaciones introducidas quedaron distribuidas de la siguiente manera: (i) la

relacionada con el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria, pasó a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y a las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, órganos creados en dicha reforma (artículo 19), y (ii) la relacionada con dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones, fue asignada a la Corte Constitucional (artículo 14). En cuanto al conocimiento de las acciones de tutela, como ya se mencionó, el párrafo del artículo 19 dispuso expresamente que: ***“la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las 5 Comisiones Seccionales de Disciplina Judiciales no serán competentes para conocer de acciones de tutela”***.

Reiteró la Corte Constitucional que con relación a las funciones jurisdiccionales del Consejo Superior de la Judicatura, lo decidido en el Acto legislativo 02 de 2015, así: “los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial”, en consecuencia, conforme las medidas transitorias previstas en el Acto Legislativo 002 de 2015, estimó la Guardiana de la Constitución que hasta tanto los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no se posesionen, los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura deben continuar en el ejercicio de sus funciones, lo cual significa que actualmente esta Colegiatura conserva sus competencias, es decir, se encuentra plenamente habilitada para ejercer, no sólo la función jurisdiccional disciplinaria, sino también, para dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones y

para conocer de acciones de tutela.

2.- De la calidad de abogado de la investigado

La Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia allegó el certificado No. 08812-2015 del 14 de agosto de 2015, en el cual se constató la calidad de abogado del doctor **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía N° 79945980 y cuenta con tarjeta profesional vigente N° 111523 (Fl. 5 c.o 1ª instancia)

3.- Requisitos para sancionar

Al tenor de lo previsto en el artículo 97 de la Ley 1123 de 2007, para proferir fallo sancionatorio se requiere de prueba que conduzca a la certeza de la existencia de la falta atribuida y de la responsabilidad del disciplinable.

4.- De la Nulidad

Según se mencionó en precedencia, sería del caso proceder al conocimiento del asunto, no obstante, la Sala evidencia circunstancias que afectan el debido proceso y derecho de defensa que deben declararse y corregirse dentro del trámite impartido por la primera instancia, como se procede a señalarse a continuación.

Como primera medida observa esta Colegiatura que conforme a lo reglado en el artículo 98 de la Ley 1123 de 2007, la declaratoria de nulidad de la actuación procede por i) la falta de competencia, ii) La violación del derecho de defensa del disciplinable, y iii) La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

Ha de señalarse que las nulidades se encuentran regidas por los siguientes principios que orientan su declaratoria y convalidación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 101 del C.D.A.:

“Artículo 101. Principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación.

1- No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.

2.- Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los intervinientes, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

3.- No puede invocar la nulidad el interviniente que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica.

4.- Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.

5.- Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

6.- No podrá declararse ninguna nulidad distinta de las señaladas en este capítulo.”

Ahora bien, destaca la Sala que, al realizar el estudio del presente asunto, se advierte una circunstancia procesal que invalida la actuación

desplegada por el Seccional de Instancia, por lo cual esta Colegiatura debe ordenar su restablecimiento de conformidad con las normas constitucionales y procesales que deben imperar en las actuaciones disciplinarias.

Así las cosas, avizora esta Colegiatura que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, en la sentencia proferida el 31 de octubre de 2018, sancionó con **CUATRO (4) MESES DE SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN** al abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, al hallarlo responsable de infringir el artículo 35 numeral 4° de la Ley 1123 de 2007.

Advirtió el fallador de instancia, que el profesional del derecho encartado representaba los intereses de la señora **LIGIA GARCIA BERMÚDEZ** frente a la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL** con el objeto de conseguir la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio Nro. 4496/OAJ de junio de 2008, por medio del cual la entidad demandada, le negó el reconocimiento y pago del reajuste pensional de acuerdo al IPC.

Frente a estos fácticos, observa la Sala que el Magistrado de Instancia incurrió en un yerro jurídico al dosificar la sanción a imponérsele al letrado encartado, lo cual afectó el debido proceso de cara a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 1123 de 2007, pues la sanción en el ejercicio de la profesión debió oscilar entre 6 meses y 5 años, en la medida que al jurista se le otorgó poder para actuar ante una entidad

pública, en este caso en concreto contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía –CASUR-.

Así pues, la sanción de **suspensión** impuesta al togado investigado en la sentencia objeto de esta consulta, suspensión de CUATRO (4) meses en el ejercicio de la profesión, debió oscilar entre **seis (6) meses y cinco (5) años**, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 43 de la Ley 1123 de 2007, al derivar el reproche disciplinario en el trámite administrativo ante CASUR; en el texto de la norma se lee:

*“ARTÍCULO 43. **SUSPENSIÓN.** Consiste en la prohibición de ejercer la profesión por el término señalado en el fallo. Esta sanción oscilará entre dos (2) meses y (3) tres años.*

PARÁGRAFO. La suspensión oscilará entre seis (6) meses y cinco (5) años, cuando los hechos que originen la imposición de la sanción tengan lugar en actuaciones judiciales del abogado que se desempeñe o se haya desempeñado como apoderado o contraparte de una entidad pública. (Subraya y Negrilla de la Sala).

Así las cosas, según se explicó líneas atrás, en procura de garantizar el derecho al debido proceso y de defensa al abogado, se torna imperativo para la Sala decretar la nulidad de la actuación disciplinaria, a partir de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2018, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, (inclusive).

Esta Corporación encuentra que la nulidad es la máxima sanción establecida en el ordenamiento jurídico, para la tramitación irregular de

una actuación procesal, en la medida en que esa situación desviada quebrante de alguna forma la estructura del proceso o se desconozcan los lineamientos y pautas fijadas tanto por el derecho sustancial como el procedimental, en detrimento de los sujetos procesales. Y es así como podemos afirmar cómo las nulidades son una medida extrema que puede subsanar la irregularidad, están taxativamente enumeradas en el ordenamiento jurídico y requieren obviamente de un pronunciamiento expreso.

Basta con que se socaven las bases fundamentales del juzgamiento para que sea procedente la declaratoria de nulidad, sin exigir un perjuicio en concreto para los sujetos procesales, al punto que la ley separa cada causal (falta de competencia, violación del debido proceso, y violación al derecho de defensa), determinándolas como autónomas.

Bajo los anteriores presupuestos, se quebranta el mandato superior contenido en el artículo 29 de la Carta Política al preceptuar que *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”* principio democrático que exige definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas disciplinariamente, así como el señalamiento anticipado de las respectivas sanciones, y la posibilidad de presentar y controvertir pruebas, lo contrario vulnera los principios del debido proceso y derecho de defensa.

Aunado a lo ya expuesto, el artículo 3 de la Ley 1123 de 2007, expone el **principio de legalidad**, para que el abogado sea sancionado por comportamientos descritos en la ley vigente al momento de su realización y conforme a las reglas fijadas en el Código o las que en su defecto sean modificadas, asimismo lo explicó el doctor Miguel Ángel Barrera Núñez, en su Código Disciplinario del Abogado comentado:

“El debido proceso, pilar fundamental de los Estados de derecho, cuenta dentro de sus elementos constitutivos con el principio de legalidad, y en nuestro ordenamiento constitucional, el artículo 29 expresamente señala que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto imputado, ante el juez competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Se trata del precepto que racionaliza y constitucionaliza el derecho punitivo, por cuanto evita cualquier asomo de arbitrariedad, y ofrece seguridad jurídica a todos los asociados en torno a: i) los comportamientos en los cuales no puede incurrir a riesgo de una sanción, ii) las sanciones a que puede hacerse acreedor, y iii) cuál es el procedimiento que se ha de observar en su juzgamiento.

El principio de legalidad exige una determinación previa, escrita, cierta e inequívoca de las conductas punibles (tipicidad), de las sanciones y del trámite al que deben someterse tanto el juez como sus destinatarios e intervinientes (debido proceso en sentido estricto).

El juez-disciplinario para el caso- está compelido a ceñirse rigurosamente al texto de la ley, puesto que ella establece cuáles son las conductas reprochables, sin que pueda pretender sancionar comportamientos que no encajan dentro de las pertinentes descripciones legales; a las sanciones que el propio legislador haya previsto, dentro de los límites y conforme a los criterios que haya determinado, sin rebasarlos en ningún caso; y a seguir el procedimiento preestablecido en sus distintas instancias y estancos procesales, salvo, claro está, la eventual necesidad de hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad.
(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Efecto lógico del principio de legalidad es el de entender que los jueces constituyen una herramienta al servicio de los fines del Estado, cuya actividad se encuentra perfectamente reglada y debe adelantarse dentro de marcos de racionalidad y proporcionalidad, como lo son

todas las actividades legítimas dentro del marco constitucional colombiano.

Resta por señalar que el principio de legalidad cobra especial relevancia en el decurso del proceso disciplinario, especialmente cuando se trate de verificar el principio de congruencia entre la formulación de cargos y la sentencia, a la hora de dosificar la sanción y cuando de verificar la posible existencia de nulidades se trate”.

Precisa este juez Colegiado, que expuesto lo anterior, la nulidad de la actuación disciplinaria en los términos vistos en precedencia tiene plena aplicación, además, en atención de la imposibilidad de aumentar la sanción impuesta al profesional del derecho o agravar su situación, ajustándola a los parámetros establecidos en el párrafo del artículo 43 de la Ley 1123 de 2007, en virtud del principio de la *non reformatio in pejus*.

Esta Sala hace un llamado de atención al Seccional de Instancia, en aras de que este tuviese en cuenta en la dosimetría de la sanción, los criterios de agravación contenidos en el artículo 45 literal c) de la Ley 1123 de 2007, respecto del aprovechamiento propio, sin embargo, cabe recalcar que para este caso en particular si se debe dar aplicación a lo contenido en el párrafo del artículo 43 *ibídem*, así las cosas, y en virtud de la “*No reformatio in pejus*”, esta Colegiatura no se encuentra habilitada para empeorar la situación del disciplinado, por lo que sí se debió por la primera instancia al momento de graduar la sanción aplicar el criterio de agravación anteriormente descrito.

Sobre el particular advirtió la Corte Constitucional que la garantía constitucional de la *non reformatio in pejus*, la cual es aplicable no solo

a procesos punibles sino a otras ramas del derecho incluyendo la contenciosa administrativa, es un derecho fundamental que consagra una de las reglas básicas de los recursos, y es la de establecer un límite a la competencia del fallador de segunda instancia consistente en que su providencia debe ceñirse únicamente a un pronunciamiento respecto de lo desfavorable a quien apeló, es decir, no puede hacer más perjudiciales las consecuencias de quien ejerció el recurso. Si el operador transgrede esta regla, su sentencia estará violando directamente la Constitución².

Corolario de lo visto, converge la Sala en que dentro del presente asunto con ocasión de la irregularidad advertida en el desarrollo de las audiencias, se vieron vulnerados los derechos al debido proceso y de defensa al profesional del derecho investigado, por lo que lo procedente es decretar la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia proferida el 17 de agosto de 2018, inclusive, para que el fallador de instancia gradúe la sanción a imponer al abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL** atendiendo lo dispuesto por el legislador en el párrafo del artículo 43 de la Ley 1123 de 2007, según se explicó.

Se hace necesario finalmente, requerir a la Sala Dual de instancia dar un trámite preferente al presente asunto ante el eventual acaecimiento del fenómeno jurídico de la prescripción de la acción disciplinaria.

² Ver Corte Constitucional, sentencia T-393 de 2017

En mérito de lo expuesto, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE

PRIMERO.- DECRETAR LA NULIDAD de la actuación a partir inclusive de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2018, proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE al Seccional de origen, para que notifique a los intervinientes de la presente decisión de conformidad a lo establecido en los artículos 70 y siguientes de la ley 1123 de 2007, asimismo el Magistrado Sustanciador tendrá las facultades de comisionar cuando sea requerido para dar cumplimiento a la presente decisión; y en segundo lugar, cumpla con lo dispuesto por la Sala y los demás fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PEDRO ALONSO SANABRIA BUITRAGO
Presidente

CAMILO MONTOYA REYES
Vicepresidente

MAGDA VICTORIA ACOSTA WALTEROS
Magistrada

CARLOS MARIO CANO DIOSA
Magistrado

FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL
Magistrado

JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ
Magistrada

ALEJANDRO MEZA CARDALES
Magistrado

YIRA LUCIA OLARTE ÁVILA
Secretaria Judicial

SALVAMENTO DE VOTO

Magistrado Ponente: Julia Emma Garzón de Gómez

Referencia: Abogado en Consulta.

Radicado: 110011102000201601745 01

APROBADO SEGÚN ACTA DE SALA No. 83 DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2019

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, me permito exponer los motivos por los cuales **SALVÉ VOTO** en la decisión adoptada y que resolvió:

*“**PRIMERO.- DECRETAR LA NULIDAD** de la actuación a partir inclusive de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2018, proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.”*

Como se expuso al inicio, la ponencia presentada por la Honorable Magistrada, decretó la nulidad de todo lo actuado, a partir del fallo proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria Seccional de Bogotá, el 17 de agosto de 2018, emitida en sala dual, en razón, a no haber aplicado el parágrafo del artículo 43 *ejsudem*, el cual contempla:

*“**ARTÍCULO 43. SUSPENSIÓN.** Consiste en la prohibición de ejercer la profesión por el término señalado en el fallo. (...) **PARÁGRAFO.** La suspensión oscilará entre seis (6) meses y cinco (5) años, cuando los hechos que originen la imposición de la sanción tengan lugar en actuaciones judiciales del abogado que se desempeñe o se haya desempeñado como apoderado o contraparte de una entidad pública.”*

La norma en cita busca proteger el patrimonio público, por ello, los abogados litigantes en favor o en contra de las entidades públicas, deben hacerlo con la mayor pulcritud y corrección.

Consideró la Sala Mayoritaria que en el presente caso los presupuestos normativos contemplados en el mencionado artículo, debían ser aplicados por cuanto los hechos base de la sanción disciplinaria impuesta al abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, tienen origen en la aceptación de la

gestión profesional; cuya contraparte es la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía –CASUR-, por ende, al encontrarse inmersa una entidad estatal, debía aplicarse el agravante señalado.

No comparto el anterior planteamiento, por cuanto el agravante consagrado en el párrafo del artículo 43 de la Ley 1123 de 2007 no debe aplicarse en forma automática sin una verificación previa, sino ajustarse a la finalidad de la norma, es decir, la aplicación de la sanción para estos casos, debe darse con vista en la afectación a la entidad pública demandante o demandada según el caso, pues en este asunto el realmente afectado con la conducta del abogado era su poderdante.

Es decir, lo que se busca con la agravación de la sanción en el citado párrafo del artículo 43 *ejusdem*, es responder a la necesidad de proteger el interés general representado en el buen funcionamiento de la administración, la incolumidad en la prestación del servicio, la credibilidad, la imagen de las instituciones oficiales, los cuales se proyectan a su vez, en mejores posibilidades de satisfacción de los intereses de la comunidad.

Por lo tanto para el suscrito Magistrado la aplicación del agravante del art. 43 de la Ley 1123 de 2007, no opera como un fin en sí mismo, por el hecho de estar como en este caso una entidad pública como contraparte de un proceso, sino que debe ponderarse el contexto temporal y modelo en que se dio la actuación del abogado disciplinado y la mayor o menor repercusión de su actuar antiético frente a los intereses, la imagen, la credibilidad o desempeño de la entidad que se pueda

ver afectada con la actuación del togado. Ésta circunstancia que prevé una mayor drasticidad para la sanción de suspensión, solo opera para aquellos eventos en que el fallador una vez individualizada la culpabilidad y la gravedad de la conducta aplique la suspensión como sanción, sin que excluya las alternativas sancionatorias restantes, esto es, la censura, la multa, o dado el caso extremo la exclusión, todo de conformidad con el artículo 40 de la Ley 1123 de 2007. Esto para reiterar el carácter relativo y no absoluto de la hipótesis planteada en la norma (art. 43 párrafo), pues como he venido insistiendo y así lo he planteado en Sala, el fallador con la motivación y fundamentación suficientes, bien puede optar por aplicar una sanción distinta a la suspensión.

Y si ello ocurriere, mal podría la Sala anular la actuación, al haber sancionado el juzgado de primera grado con censura, multa o exclusión, por supuestamente no haber aplicado la suspensión de 6 meses a 5 años, prevista en el pluricitado párrafo del art. 43, hipótesis todas válidas y legítimas, así el abogado sancionado haya fungido como apoderado o contraparte de una entidad pública.

Atendiendo por tanto, la finalidad o ámbito de la norma, esto es, la preservación del interés del Estado, en la que es parte activa o pasiva la entidad pública involucrada en un proceso o litigio, es imperioso para el suscrito, dar aplicación a la teoría planteada, entre otros, por Claus Roxin, a quien se considera uno de los máximos exponentes de la perspectiva de la imputación objetiva vinculada al “principio de riesgo”, quien sintetiza la teoría de la imputación objetiva del siguiente modo:

“(…) un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (1) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo”.³

Por otra parte, el examen radica aquí en determinar si la acción u omisión desplegadas por el profesional del derecho, compromete o amenaza los intereses de la entidad pública vinculada en su gestión profesional. Para ello debe verificarse es el riesgo no permitido creado por el disciplinable, como uno de los criterios de la imputación objetiva del resultado, sin que con ello se quiera afirmar que en derecho disciplinario la configuración de la falta exige la verificación de un resultado, pues lo que se pretende es ponderar el grado de afectación de la administración con el actuar antiético del abogado, pues solo así se legitimaría la aplicación de una sanción de suspensión más drástica a la prevista en el inciso 1º del artículo 43 (entre 2 meses y 3 años)

En concreto la esfera de protección de la norma determina:

“Este criterio permite solucionar aquellos casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que origina un resultado lesivo, éste no debe ser imputado al no haberse producido dentro del ámbito de protección de la norma, es decir si el resultado no era aquel que la norma quería evitar.”⁴

³ CANCIO MELIÁ, Manuel. “Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva”. Madrid: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 52

⁴ *Ibid*, p. 56.

Así las cosas, se debe determinar si la conducta desplegada genera detrimento al cumplimiento de un deber, en el caso concreto cuando el abogado despliega una acción o interviene como apoderado o como contraparte de la administración.

Por tal razón, sobre el establecimiento de circunstancias de agravación para quienes se han desempeñado como contraparte, o apoderados de entidades públicas (artículo 43, parágrafo, y 108, parcial, de la Ley 1123 de 2007), se trata de disposiciones que se orientan a la defensa del interés general, lo que justifica mayor severidad en las sanciones de las faltas atentatorias contra las entidades públicas y sus recursos. La disposición se legitima entonces, por la necesidad de defender el interés colectivo, de forma que en las causas en que interviene el Estado, los abogados participen con los mayores estándares éticos y morales.

En Sentencia C-290/08 la Corte ha sostenido que el ejercicio inadecuado o irresponsable de la profesión, pone en riesgo la efectividad de diversos derechos fundamentales como la honra, la intimidad, el buen nombre, el derecho de petición, el derecho a la defensa y, especialmente, el acceso a la administración de justicia, así como la vigencia de principios constitucionales que deben guiar la función jurisdiccional como son la eficacia, la celeridad y la buena fe.

Se observa entonces que el título III de la ley 1123 de 2007 se ocupa de regular el régimen sancionatorio, y en su capítulo único contempla: (i) las sanciones disciplinarias; (ii) los criterios de graduación; (iii) la motivación de la dosificación; y (iv) la ejecución y registro de la sanción.

Por lo antes expuesto, considero que esta Corporación no debe dar aplicación automática e infundada al parágrafo del artículo 43 de la ley 1123 de 2007, pues al hacer una interpretación teleológica de dicha norma, la finalidad del parágrafo no es otra que proteger intereses distintos al afectado, y en este caso, no se afectó en ningún sentido a la entidad estatal, pues lo que ocurrió fue la vulneración al deber profesional por el comportamiento negligente del abogado.

Se cumple así con el principio de razonabilidad entendido como la idoneidad o adecuación al fin de la sanción disciplinaria impuesta al abogado **MARIO ALEJANDRO OSPINA ARISTIZABAL**, pues acorde con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-530 del 11 de noviembre de 1993:

“(…) La razonabilidad hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad”.

Entonces, itero, si bien al disciplinado se le otorgó poder para instaurar demanda contra una entidad pública, que se caracteriza por ser una entidad pública, la falta enrostrada, esto es, la contemplada en el artículo 35 numeral 4 de la Ley 1123 de 2007, no amerita agravar la sanción de suspensión bajo el único supuesto de haber actuado como contraparte de una entidad del Estado, pues en el caso *sub examine* la conducta desplegada por el profesional del derecho, la cual generó reproche disciplinario no encuadra en lo pretendido por el legislador al consagrar una mayor severidad de la sanción en los términos del parágrafo artículo 43 *ejusdem*.

Aunado a ello, proceder a declarar la nulidad desde la sentencia sancionatoria, a la luz del principio de legalidad en el marco de Estado Social de Derecho, el suscrito debe señalar, que al aplicarse el párrafo del artículo 43 *ejusdem*, sin haber sido imputado en la Audiencia de Pruebas y Calificación, es decir, en el respectivo momento procesal pertinente - formulación de cargos -, de manera evidente se cercenaría el debido proceso, derecho de defensa y contradicción al investigado.

Lo anterior, porque en esa última instancia se comunica al investigado que la sanción a imponer no era la mínima contemplada en la suspensión, esto es, 2 meses, sino se le agrava la situación pues se debe partir del mínimo de 6 meses, situación que resulta más gravosa para el investigado, y del cual sólo pudo conocer al momento de proferirse el fallo, sin darle la oportunidad de oponerse en la oportunidad pertinente, sorprendiendo así al directamente interesado.

El artículo 105 de la Ley 1123 de 2007, indica que la formulación de cargos deberá contener en forma expresa y motivada la imputación fáctica y jurídica, así mismo, el artículo 106 de la misma norma indica que el fallo deberá contener la fundamentación de la calificación de la falta, culpabilidad y las razones de la sanción o de la absolución.

Al referirse la norma señalada a la imputación jurídica, establece la necesidad de individualizar normativamente la FALTA O FALTAS, con los agravantes o

atenuantes a que haya lugar, con las circunstancias contempladas en el estatuto deontológico del abogado.

Considero debe informarse al interesado, que de resultar procedente la sanción de suspensión y por tratarse de la defensa de los intereses de una entidad pública que resulte realmente afectada con la conducta del togado, ésta no partirá del mínimo establecido en el artículo 43, 2 meses, sino de la establecida en el párrafo, esto es, de 6 meses, tal situación debe ponerse de presente a los abogados que enfrentan un juicio disciplinario, para así cumplir con los elementos esenciales para proferir el pronunciamiento pertinente en cada caso.

De no realizarse así, se configuraría una incongruencia entre el pliego de cargos y la sentencia sancionatoria, imponiéndose la declaratoria de nulidad de ese acto procesal porque se vulneraría el derecho de defensa y debido proceso en la formulación de cargos y de plano en la sentencia, porque no se tipificó la circunstancia prevista en el párrafo del artículo 43 de la Ley 1123 de 2007 en el momento procesal pertinente, sin embargo, sin mayor argumentación se sanciona con tal circunstancia.

De lo expuesto, itero, es violatorio del principio de legalidad, constitutivo del debido proceso y defensa que se nulite la sentencia sancionatoria para aplicar el agravante del párrafo del artículo 43 de las Ley 1123 de 2007, pues éste fue omitido en el pliego de cargos al realizar la imputación de todas y cada una de las faltas constitutivas con las circunstancias de atenuación o agravación previstas en

el estatuto deontológico dentro de la esfera del proceso disciplinario relacionando el deber profesional vulnerado y por las cuales, el abogado, posiblemente será sancionado.

Entonces, se exige garantizar a la administración judicial el ejercicio del derecho constitucional fundamental de defensa y contradicción, por ello, está vedado a todo Juez de la República, quien imparte justicia, sorprender en la sentencia con la adecuación circunstancias que agravan la situación del investigado, imponiendo una sanción mayor a la prevista, que no fueron puestos de presente en el momento procesal pertinente y solo se pronunciaría en el fallo, y el investigado no puede contradecir.

Por último, de accederse a la pretensión de la Sala, cual es, que el Magistrado Seccional dicte nuevamente la sentencia sancionando por una falta con una circunstancia de agravación no contemplada en el pliego de cargo, se vulneraría además del debido proceso, la autonomía funcional del *a quo*, pues éste nunca consideró configurada esa situación, esto es, del parágrafo del artículo 43 de la ley 11243 de 2007.

Diferente sería la solución del caso, si el *a quo* hubiese imputado el agravante mencionado y a pesar de ello al individualizar la sanción parte de dos meses y no de seis, como lo establece la norma para la sanción de suspensión, porque procedería decretar la nulidad de la sentencia. No obstante, ello no ocurrió en esta hipótesis, por ende, el parámetro sancionatorio establecido por el *a quo* fue ese,

no contemplar el párrafo del artículo 43 de la Ley 1123 de 2007 y el *ad quem* lo debe respetar.

Imponerle al *a quo* una circunstancia de agravación no prevista por el Magistrado Instructor, vendría a configurar eventualmente un desconocimiento de la autonomía funcional del juez de instancia como administrador de justicia.

En los anteriores términos dejo consignado el salvamento de voto en la referida decisión.

Con respeto y consideración por mis compañeros de Sala,

Camilo Montoya Reyes
Magistrado
