

RECURSO APELACIÓN SENTENCIA - PROCESO DISCIPLINARIO 2020-621

Jarby Mesa Gonzalez <jarbymg3817@gmail.com>

Jue 14/10/2021 2:57 PM

Para: Secretaria Comision Seccional de Dicipina Judicial - Valle Del Cauca - Cali <ssdisvalle@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Santiago de Cali, 13 de octubre de 2021

Doctor

LUIS HERNANDO CASTILLO RESTREPO

Magistrado Comisión Seccional de Disciplina Judicial

Valle del Cauca

E. S. D.

Ref. Recurso de apelación sentencia de primera instancia del 18 de agosto 2021.

Disciplinada. MALLERLING HERNANDEZ RODRIGUEZ

Rad. 76-001-11-02-000-2020-0621-00

Procede este defensor de confianza a interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia del 18 de agosto de 2021 proferida dentro del proceso disciplinario seguido contra la doctora MALLERLING HERNANDEZ RODRIGUEZ, por la cual se sancionó a la profesional investigada con catorce (14) meses de suspensión en el ejercicio de la profesión y se impuso multa de setenta (70) salarios mínimos legales vigentes.

En primer lugar se solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar se proceda a proferir sentencia absolutoria a favor de la doctora MALLERLING HERNANDEZ RODRIGUEZ, como quiera que en el expediente no obra prueba que conduzca a la certeza de responsabilidad de la disciplinada ni mucho menos pruebas de la materialidad de la conducta.

En el presente caso la quejosa en su escrito de queja refirió que

1. (..) *“La Alcaldía Distrital de Buenaventura mediante resolución No. 557 del 12 de mayo de 2015 “por Medio de la Cual se Resuelve una Petición y Se Ordena Un Pago”, reconoce el pago de dineros a favor de la FUNDACIÓN POR UN MEJOR VIVIR, por mi representada, por concepto de prestación de diferentes servicios prestados y acreditados en su momento.*

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

2. *Ante el incumplimiento en la realización del dicho pago, tratamos por diferentes medios y apoderados, cumplir con el objeto que no era otro más que la obtención del pago, sin lograr respuesta positiva alguna.*
3. *En el año 2018, la Alcaldía Distrital de Buenaventura, como respuesta de diferentes nuevas peticiones, y con la intervención de nuestra apoderada de esa época Dra. PAOLA ARVENDIS MICOLTA ROMERO, emitió la Resolución No. 1176-2018 de fecha octubre 29 de 2018, mediante la cual reconoce el pago de dineros a nuestro favor por el dicho concepto, iniciando los trámites administrativos internos para su realización (certificado de disponibilidad presupuestal, registro presupuestal, orden de pago).*
4. *No obstante lo anterior, y pese a que el trámite antes descrito llegó hasta la oficina de tesorería, nunca realizaron la dispersión y/o pago de dichos dineros, por lo que me vi en la necesidad en el año 2019 de otorgar poder al Doc. MARCO CAMILO GUAITOTO CAICEDO, para que iniciara la demanda correspondiente.*
5. *Posteriormente, y con el propósito de acelerar nuestro proceso a la brevedad posible, autorizamos la sustitución de poder a favor de la Dra. MALLERLLING HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, identificada con la cedula de ciudadanía Nro. 38.553.185 expedida en Cali, y tarjeta profesional de abogado No. 277.685 del Consejo Superior de la Judicatura, y pactamos como porcentaje de pago el 35%, el cual era el porcentaje que se venía acordando con los anteriores abogados, sin incluir las costas que resultasen en el proceso.*
6. *El proceso ejecutivo se interpuso, y le correspondió al Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Buenaventura, dentro del mismo, se emitió el auto interlocutorio Nro. 384 del 26 de agosto de 2020, mediante el cual se ordenó el pago a favor de la apoderada, de los dineros respectivos más las costas del proceso.*
7. *Teniendo en cuenta lo anterior, se procedió a comunicarse con la abogada para recordarle nuestro pacto y/o acuerdo, ante tal situación la Dra. Hernández Rodríguez señaló que a ella le correspondía el 50% de lo recuperado más las costas del proceso; como no llegamos a ningún acuerdo al respecto, pues ella no accedió a conciliación alguna, pese a saber que estaba faltando a la verdad y a lo pactado, me vi en la obligación de radicar un escrito mediante el buzón electrónico del juzgado los días 31 de agosto y 2 de septiembre del año en curso, mediante los cuales revocaba a la apoderada la facultad de recibir dichos dineros.*
8. *Sin embargo, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Buenaventura, en cabeza del señor juez Doctor VICTOR MANUEL MARÍN HERNÁNDEZ, negó mis solicitudes mediante auto interlocutorio No. 399 notificado mediante buzón electrónico el día cuatro (4) del mes y año en curso, (mismo que haré revisar por un profesional en la materia para que me explique sin son procedentes las*

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

fundamentaciones) y procedió a realizar el pago a favor de la apoderada Dra. MALLERLLIG HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

9. *Posteriormente, nos enteramos que la apoderada Dra. MALLERLLING HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cobró la totalidad de los dineros y consignó en la cuenta de la Fundación, solo el valor equivalente al 50% sin las costas que resultaron en este proceso.*

10. *Como valor total de la obligación reconocieron la suma de MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$ 1.256.534.878) M/CTE; y como valor de costas la suma de OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA PESOS (\$ 87.712.590) M/CTE, superando ostensiblemente el valor acordado entre nosotros. (...)*”.

Primer Cargo Formulado

En la sentencia apelada por la falta descrita en el Estatuto Disciplinario previsto en la Ley 1123 de 2007, en el **artículo 34 literal C, por vulneración del deber consagrado en el art. 28 numeral 8º de la ley 1123 de 2007, por callar en todo o en parte, hechos, implicaciones jurídicas o situaciones con el ánimo de desviar la libre decisión del manejo del asunto**, considera este defensor que se efectuó una valoración parcial de las pruebas y se omitió tener en cuenta los argumentos planteados por la defensa en los alegatos de conclusión, los cuales permitirían evidenciar la falta de materialidad de la conducta y/o la duda sobre la existencia de la misma.

En la Sentencia proferida por la Sala Disciplinaria del Valle del Cauca se indicó:

- i) ***¿la profesional del derecho calló todo o en parte, hechos, implicaciones jurídicas o situaciones con el ánimo de desviar la libre decisión del manejo del asunto?***

Sobre este tema, la H. Corporación encuentra que del análisis del acopio probatorio que viene de verse, surge acreditada sin ninguna duda, la prueba para sancionar exigida por el Estatuto Disciplinario de los abogados.

En efecto los señalamientos realizados en el escrito de queja elevado por la señora ELIZABETH RIVAS CAMPAZ, y todas las pruebas documentales tendientes a señalar la comisión de la falta por parte de la abogada MALLERLLING HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, conducen sin dubitación alguna a concluir que la togada incurrió en la falta consagrada en el art. 34 literal C de la ley 1123 de 2007, por violación al deber del art. 28 numeral 8º de esta misma normatividad, bajo la modalidad dolosa, como pasa a motivarse:

Se tiene que la señora Elizabeth Rivas Campaz, bajo la gravedad del juramento manifestó ante esta Corporación que no tuvo conocimiento del pago de honorarios a un contador perito por parte de la abogada HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que solo se

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

enteró de este pago el día 04 de marzo de 2021, cuando fue interrogada por el abogado de la defensa, pues fue clara en manifestar a la Magistratura lo siguiente:

(...) “Pregunta: ¿usted se le informó en algún momento que debía cancelar por concepto de pago de un contador la suma de \$ 22.700.000 mil pesos, a usted le informa la señora abogada y le expide recibo de ese descuento, que usted le mostró la señora abogada HERNANDEZ RODRIGUEZ, algún recibo? ¿Alguna prueba de que se le pago a un contador? Respuesta: Nunca señor Magistrado, nunca. Me acabo de enterar por el señor JARBY, nunca” (...)

En este sentido, la profesional del derecho encartada en su injurada, fue evasiva para dar claridad sobre los datos del contador contratado por ella, aunado a que, fue ambigua en sus respuestas, pues por una parte indicó que fue muy clara con su cliente sobre la contratación del perito contador cuando suscribió el “*contrato de prestación de servicios de manera verbal*” y en otra respuesta indica que la señora Elizabeth, si sabía de esa contratación, pues de esa situación se le había “avisado”, contradicción que se observa así:

(...) “Pregunta ¿Dra. HERNANDEZ, me llama la atención lo que ha dicho la señora RIVAS, con relación al contador, si bien es cierto dentro de su versión libre, usted hace una liquidación y efectivamente ahí a los \$ 565.440.965 suma el valor de las costas para un total de \$ 653.153.555, pero me llama la atención que ahí en esa liquidación, se hace el descuento de un contador por una suma bastante alta, de \$ 22.7000.000, quien es ese contador? Respuesta: Pues es el a veces nos ayuda con algunos procesos ejecutivos... ellos cobran según el monto del proceso. Pregunta ¿Ese contador trabaja con la firma de abogados a la que usted pertenece? Pues no, no es trabajador como tal, es como asesor, cada vez que se necesite, le cobra honorarios.

¿Quién hizo la contratación del contador, ustedes directamente? Respuesta: Sí señor. ¿Usted nunca informó a la señora RIVAS, de la contratación de ese contador, para que ella diera el visto bueno, frete al posible gasto que se iba a general en honorarios para esa experticia que él iba a rendir? Respuesta: Ella si sabía que todo eso tenía unos gastos y si se les había avisado, pregunta: ¿cuándo le aviso usted a la señora RIVAS, porque según entiendo ha manifestado, que solo viene a saber de usted, cuándo sale el dinero y se hace la consignación ¿cuándo se comunica usted para comentarle lo del contador lo que él le iba a cobrar? Respuesta: Todo eso se pacta en el momento que yo celebro mi contrato de prestación de servicios de manera verbal con ella, pues es un absurdo que alguien entregue un proceso y usted va a trabajar en ese proceso y yo ni siquiera le voy a decir cuánto le voy a cobrar en el momento que yo hablo con ella, yo le digo cuales son mis honorarios, cuales son los gastos del proceso y como ella tal vez pensó que eso no iba a salir, ella en todo estuvo de acuerdo. Pregunta: ¿Cuándo se reunión usted con la señora RIVAS, para hablar sobre la existencia de ese contrato verbal? ¿Recuerda usted la fecha? Respuesta: La verdad eso fue cuando el Dr. CARLOS, me sustituyó el poder. Pregunta: ¿En qué momento y donde se entrevistó con la señora RIVAS, recuerda el sitio? Pues eso fue en la ciudad de Buenaventuras, eso fue más o menos a inicios del año pasado a inicios del año 2020. Pregunta ¿En qué lugar? Respuesta: En el malecón.

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

Pregunta: *¿En qué parte del malecón, en un sitio en especial, ¿en dónde?*

Respuesta: *No, pues eso es un lugar abierto, pues fue casi cerca de la carretera, por el hotel torre mar y hablamos, y eso fue, fue como de entrada por salida en realidad, porque ya se había hablado telefónicamente con ella,*

Pregunta: *¿usted le explicó que había un contador, el nombre del contador y más o menos lo que él iba a cobrar, ¿por honorarios y si ella le autorizaba a usted para contratarlo?*

Respuesta: *Sí señor, claro que sí. ¿Cómo se llama el contador?*

Respuesta: *CARLOS. Pregunta: ¿Carlos qué? Respuesta: Pues no tengo presente el apellido de él.*

Pregunta: *¿usted le paga \$ 22.700.000 y ni siquiera sabe el nombre completo del contador? Respuesta: ...No lo recuerdo” (...).*

Ahora bien, de la declaración rendida bajo la gravedad del juramento por el señor contador CARLOS ORTEGA VALLEJOS, fue claro en manifestar que, fue contratado directamente por la Dra. MALLERLLING, siendo enfático en expresa que jamás tuvo contacto con la señora RIVAS CAMPAZ, y que nunca se enteró si estaba autorizado o no por ella para realizar la experticia, de esto da fe su propio testimonio al señalar que:

Pregunta *¿recuerda usted, haber sido ubicado por la señora abogada MALLERLLIG HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, frente a una liquidación de unas acreencias que la señora ELIZABETH RIVAS CAMPAZ, adelantaba ante el municipio de Buenaventura? Respuesta: Sí señor.*

Pregunta *¿Qué le solicitó concretamente la señora HERNÁNDEZ?*

Respuesta: *realizar una liquidación laboral. Pregunta ¿Recuerda usted el monto de sus honorarios? Respuesta: Sí señor, estuvo alrededor de los \$ 22.000.000.*

Pregunta: *¿Esa contratación que hace la señora HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, se hace a título personal o se contó con la venia de la señora ELIZABETH RIVAS CAMPAZ? Respuesta: A título personal, yo de la señora Elizabeth, nunca he tenido ni contacto, ni información.*

Pregunta: *¿La señora abogada HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, le dijo a usted en algún momento que se contaba con el beneplácito para ese pago de la señora Elizabeth Rivas? Respuesta: Pues en realidad no indagué, no pregunté, tampoco me hizo comentario, fuimos directamente a lo que era mi prestación de servicios, no indagué quien iba a pagar y si estaba autorizado no tengo conocimiento de eso.*

Pregunta: *¿Ese dinero le fue pagado directamente por la señora HERNÁNDEZ? Respuesta: Sí señor.*

Pregunta: *¿Cómo se le pagaron esos \$ 22.000.000 millones de pesos? Respuesta: En efectivo. Se expidió algún recibo por ese pago? Hice envié de mi cuenta de cobro.*

Pregunta: *¿Usted inicialmente se contactó con la Dra. HERNÁNDEZ, para ello, o hubo alguna otra persona que intermediara en el asunto? Respuesta: Inicialmente fue el señor CARLOS OVALLE, pues también es conocido mío, alguna vez trabajamos juntos hace unos años y él fue quien me hizo mención de la situación, pues yo le dije que si podía prestar mis servicios, y ahí contacte a la señora MALLERLLING, he hicimos el trabajo.*

Pregunta *¿Tiene algo más para manifestar señor Ortega? Respuesta: No, esa es toda la situación” (...)*

Se le pregunta a la defensa si tiene preguntas para el testigo, quien expresa que no.

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

Finalmente, de la declaración rendida bajo la gravedad del juramento por el Dr. OVALLE FORERO, este también evadió ofrecer información concreta sobre los datos del contador, pese a como quedó demostrado, los abogados HERNÁNDEZ Y OVALLE, habían contratado los servicios de este profesional en otros procesos; pero confidencialmente ambos profesionales del derecho solo pudieron recordar su nombre “CARLOS”, sin indicar más detalles del asesor.

Corolario de lo anterior, se puede vislumbrar del recibo expedido por el propio contador que el mismo está dirigido a la Dra. MALLERLLING HERNÁNDEZ, y no a la señora ELIZABETH RIVAS CAMPAZ, quien era la llamada a responder efectivamente por ese pago:

COV & CONSULTORES
Carlos Ortega Vallejos
Nit.: 1.098.657.461
Régimen no Responsable de IVA

| | |
|--|--------------------------------------|
| No. De Factura: 267 | Fecha Factura: 03-09-2020 |
| | Fecha Vencimiento: 03-09-2020 |
| Cliente: MALLERLING HERNANDEZ RODRIGUEZ | Dirección: |
| Nit.: 38.553.185 | Teléfono: 311.385.9990 |

| Descripción | Valor |
|--|------------|
| Elaboración y preparación liquidación de crédito del proceso acumulado 2019-103. | 22.700.000 |

De lo anterior se deduce con toda certeza que, de acuerdo a las declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento por los testigos y de la misma versión libre que rindió la propia togada disciplinable, se tiene que no se informó a la señora ELIZABETH RIVAS CAMPAZ, sobre la contratación de un contador perito a quien se le pago la suma de veintidós millones setecientos mil pesos (\$ 22.700.000); que se descontaron de lo que fue reconocido finalmente a la señora RIVAS, en virtud de decisión judicial, y solo se limita la letrada a expresar que, esto quedó claro en un “*contrato de prestación de servicios de manera verbal*”, el que en efecto no existe de manera física, aunado a no estar clara semejante estipulación en un documento que de fe de dicha contratación.

Y es precisamente en las declaraciones y del propio escrito de queja inicial, donde la señora Elizabeth nunca manifiesta que se duele de este pago por cuanto en efecto, se sorprendió de dicha contratación y es cuando se interroga por la defensa y por esta corporación, donde tiene la oportunidad de enterarse de dicha experticia; situación que también se concluye del escrito presentado por la señora ELIZABETH RIVAS CAMPAZ, el día 02 de septiembre de 2020 al JUZGADO 02 ADMINISTRATIVO

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

DE BUENAVENTURA¹⁴; donde arguye al señor Juez, que no ha tenido la oportunidad de conocer y entrevistarse con la señora abogada, pues pese a sus esfuerzos esto no fue posible, siendo coherente este hecho con su declaración; pues siempre sostuvo que no conocía a la profesional del derecho, pues con quien siempre sostuvo una relación profesional fue con sus antiguos abogados PAOLA MICOLTA y MARCO CAMILO GUAITOTO.

Se observa que de la injurada rendida por la Dra. HERNÁNDEZ, está evade ofrecer datos del contador asesor, pese haberlo contratado para realizar una liquidación por tamaña suma de dinero, y que como bien lo dijo, este ya había sido contratado por su firma para otros procesos.

En el mismo sentido, ofrece claridad la declaración del contador, quien es enfático en manifestar que fue contratado directamente por la Dra. HERNÁNDEZ a quien conocía por haberle prestado servicios de asesorías, y que realizó la liquidación sin conocer si estaba autorizado o no, por cuanto desconocía por completo de la existencia de la señora ELIZABETH RIVAS.

De lo anterior se decanta que la togada encartada debía dar a conocer de esta situación a su cliente, quien era la que debía autorizar el pago de tamaña suma de dinero a título de honorarios a un perito contable, situación que nunca fue informada, generando la imposibilidad de poder tomar decisiones al respecto por parte de su cliente; si era necesaria esa experticia o no, o si podía buscar ella un profesional que pudiera realizar esa gestión, quizás en un menor monto, fueron situaciones que no pudo realizar; sorprendiendo esta situación a la señora ELIZABETH, por cuanto esta suma de dinero jamás fue autorizada, pues se desconocía el que hubiera ocurrido.

Bajo esta tesitura, surte diáfano que la Abogada MALLERLLING HERNÁNDEZ, incurrió en la omisión del deber consagrado en el art. 28 numeral 8° de la ley 1123 de 2007, por incurrir en la falta consagrada en el art. 34 literal C, toda vez que tenía conciencia de la ilicitud de su comportamiento y conocimiento del deber que finalmente infringió, elementos necesarios para indicar que su conducta es inminentemente **dolosa**, por cuanto, al ser una abogada con experiencia, sabía del conocimiento del mandato deontológico y que ir en contravía del mismo hacía que su conducta fuese desviada, lo que permite dilucidar que tenía pleno conocimiento que callar a su cliente todo o en parte, hechos, implicaciones jurídicas o situaciones con el ánimo de desviar la libre decisión del manejo del asunto, es una falta de lealtad con el cliente, lo que ocurrió en el caso *sub examine*, con la ciudadana RIVAS CAMPAZ, comportamiento que se realizó con el claro propósito de impedir que la señora RIVAS CAMPAZ, se opusiera a la contratación antes aludida y el pago de honorarios por tan elevado monto...”

Sustentación de la apelación en relación a la materialidad de la conducta.

En relación a la valoración de los testimonios y a la fuerza suasoria dada a los mismos observa esta defensa que no se analizaron ni se tuvieron en cuenta las manifestaciones rendidas por la doctora Mallerling Hernandez en su versión libre y por lo manifestado por el doctor Carlos Ovalle en su declaración, los cuales son coincidentes y claros en indicar que a la señora Rivas se le informó al momento de

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

celebrarse el contrato de prestación de servicios profesionales de manera verbal que en ese proceso se requería la necesidad de realizar una liquidación y para ello era necesario contratar un contador, aunado al hecho de que los honorarios del contador no se cancelan con el dinero del cliente, sino que los mismos se pagan es del reconocimiento que se hace dentro del proceso por el valor de las costas procesales, situación que la Sala de Decisión desconoció al momento de proferir la sentencia impugnada.

La Sala de primera instancia consideró que tanto de los escritos de queja como de la declaración rendida por la quejosa se deduce que ella no sabía de la necesidad de contratar un contador para efectuar una liquidación dentro del proceso ejecutivo, manifestación esta que no tiene ningún respaldo probatorio, más allá de la palabra de la quejosa de no saber.

Además la Sala de manera equivocada indica que el pago del contador sale de los dineros de la cliente, lo cual no es cierto, pues el pago de los gastos generados dentro del proceso no se da del dinero que al cliente le corresponde, sino de los dineros que precisamente el Juzgado que tramita el proceso ejecutivo reconoce como costas procesales, los cuales si bien salen a favor de la parte demandante, no son de los dineros que a ella se le reconocen por concepto de pretensiones, sino que son los que se reconocen para el pago de los dineros que dentro del proceso fueron invertidos en copias, traslados, peritos, entre otros, por ello, al ser un proceso a cuota Litis en el que la quejosa no dio ningún dinero no se puede decir que son de ella propiamente, sino que se reconocían para pagar los gastos generados en el proceso, por ello, es de ese dinero que se efectúa el pago del contador por la experticia rendida (liquidación de un crédito por valor de más de \$1.200.000.000), sin que ello en realidad constituya falta disciplinaria.

De otra parte llama la atención de la defensa que la Sala considere que \$22.700.000, es una suma excesiva o elevada por la presentación de una liquidación de un crédito de más de mil doscientos millones de pesos, pues lo cierto es que esta es una suma normal o incluso menor a las que cobran los contadores por sus servicios, máxime el trabajo que requiere efectuar una liquidación de capital e intereses por un monto tan elevado de mil doscientos millones de pesos, máxime que las demandas que se presentan en contra de las entidades territoriales en la mayoría de las ocasiones son muchísimo más elevadas que la controvertida en el proceso objeto de cuestionamiento.

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

De otra parte el despacho toma como indicio en contra que en un interrogatorio adelantado dentro de una versión libre rendida en un proceso disciplinario a una abogada investigada se le olviden los apellidos de un contador, lo cual en realidad no es nada extraño, ni mucho menos puede ser tenido en cuenta como indicio en su contra, pues el hecho de ser investigado y tener en peligro la tarjeta profesional genera un estado de temor, incertidumbre y zozobra que no puede ser desconocido por no acordarse del apellido de una persona determinada, máxime que tal como la doctora Mallerlin Hernández refirió no era una persona de su despacho de abogada, sino alguien que contrataba ocasionalmente, lo cual no es extraño, teniendo en cuenta el contexto en el que se hace la pregunta, esto es, en una diligencia de versión libre, lo cual a cualquier persona que esté en esa situación le puede ocurrir, sin que por ello se deba tener como responsable por ello.

Además es claro que para el momento en que el Despacho del Magistrado Sustanciador interroga a la disciplinada, los datos del contador ya obraban en el expediente, pues el recibo expedido por dicho contador (que hoy es exhibido en la sentencia) ya había sido incorporado al expediente disciplinario, luego entonces si lo que el despacho quería era saber los datos de dicho contador le hubiera bastado con dar una revisión al expediente para obtenerlos y no tratar como se hace en esta sentencia de endilgar responsabilidad a la disciplinada por un fallo de memoria en un momento de presión, angustia y temor, pues ello, contraria las bases de todo juzgamiento.

De la misma manera se descarta la declaración del doctor Carlos Ovalle, sobre este punto atendiendo a que tampoco se acordó del apellido del contador, hecho que como se ha indicado a cualquier persona que comparezca a un proceso judicial le puede ocurrir, máxime que tal olvido le ocurre a cualquier persona en un entorno normal, mucho más bajo la presión de una investigación o rindiendo un testimonio.

Porque si bien al parecer para el Despacho sustanciador y hoy para la Sala pagar \$22.700.000 a un contador es algo que merece no olvidarse, lo cierto es que en esta clase de procesos en realidad es algo normal que no amerita mayor problema o mucho menos que sea algo digno de nunca olvidarse.

Para esta defensa si la Sala hubiera valorado de manera completa las pruebas bajo las reglas de la sana crítica y la experiencia, hubiera observado que la señora

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

Rivas si sabía que en el proceso se iba a contratar un contador y que el pago de los honorarios del mismo no se efectuaba de los dineros de ella, sino de los que el juzgado reconoce para el pago de estos gastos.

De otra parte la Sala refiere que se le debió comunicar a la señora Rivas que el contador cobraba \$22.700.000 por sus honorarios, para que ella buscara uno más barato, manifestación esta que dentro del ejercicio profesional de la abogacía no tiene asidero, ni puede ser considerada, pues resulta extraño que un profesional del derecho le traslade la responsabilidad de presentar una liquidación de un crédito por valor de \$1.200.000.000, a su cliente, porque es muy caro hacerla con un profesional idóneo y de confianza o porque ella considere que es muy caro, máxime que **los dineros para el pago de dicho profesional no salen del bolsillo o de la plata del cliente, sino de la parte demandada, esto es, LA ALCALDIA DE BUENAVENTURA, entonces contratar a un profesional sin experiencia, o sin tenerle confianza porque es más barato para la contraparte no tiene ninguna razón ni validez jurídica como argumento de responsabilidad disciplinaria.**

De otra parte la Contratación del contador está soportada con el recibo expedido por el contador Carlos Ortega Vallejos y por su propia declaración, además por cuanto la liquidación obra en el proceso ejecutivo radicado 2019-103, sin que de ello se pueda inferir falta disciplinaria, principalmente, porque itérese la contratación de los servicios profesionales de los contadores para realizar las liquidaciones del crédito por capital e intereses, es responsabilidad del profesional del derecho que lleva el proceso y no del cliente, toda vez que si la misma queda mal elaborada quien responde es el abogado. Además resulta evidente en este caso que los honorarios del perito contador no se pagan con dinero del cliente, sino que los mismos salen de las costas procesales, que precisamente para ello fueron diseñadas, para cubrir los gastos en los que se incurra dentro del proceso, luego decir que ese dinero es del cliente en realidad no es de todo correcto, pues se entregara al mismo una vez se hagan las deducciones y pagos en que se incurrió dentro del proceso, lo cual en el presente caso ocurrió.

Por ello frente a este cargo se solicita se valoren en debida forma tanto la declaración del doctor Carlos Ovalle y como la versión libre de la doctora Mallerling Hernández, así como la prueba documental obrante en el expediente.

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

De la misma manera considera la defensa que la Sala de Decisión se equivoca en la valoración de la declaración del contador Carlos Ortega Vallejos, por cuanto, toma como presunción de responsabilidad el que el testigo no sepa si la señora Rivas Campaz estaba o no al tanto de su contratación, pues lo cierto es que el contador no tenía por qué estar al tanto de ello, máxime que el despacho no le pregunto si en cada uno de los otros casos donde fue contratado para realizar una liquidación de un crédito, los abogados contratantes le habían informado si sus clientes estaban o no al tanto de la contratación de sus servicios, para determinar hay sí, si fue que solo en este caso le omitieron la información, o es que en realidad a él no se le informa de esta situación por cuanto su gestión nada tiene que ver con la autorización o no del cliente.

De la misma manera el Despacho no le pregunto al contador cual es el valor de sus honorarios o si esa era la cifra más alta que hubiere cobrado en su ejercicio profesional por realizar una liquidación, para de esta manera determinar que el valor pagada por una liquidación de ese monto era excesiva o digna de un especial recuerdo, o si por el contrario se trata de un pago normal por esa clase de gestión.

Ahora bien en nuestro ordenamiento jurídico es verdad aceptada, que conforme al artículo 97 de la ley 1123 de 2007, la prueba para sancionar debe llevarnos a la certeza, sin que se admita asomo de duda, sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del disciplinable.

Obsérvese que tanto la declaración rendida por la señora Rivas Campaz como las demás pruebas obrantes en el expediente se observa una contradicción respecto a que se le hubiere comunicado a ella sobre el contador, así como los honorarios que cobraría por su gestión, por ello, lo que se evidencia es una duda razonable, pues no hay certeza de la no comunicación, por cuanto tan solo se cuenta con la manifestación de la quejosa, en contra de las de los doctores Ovalle Forero y Hernández Rodríguez, las cuales son coincidentes en términos de circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó acabo la reunión y la forma en que se le informo de la necesidad de contratar un contador así como el monto de los honorarios que iba percibir por ello.

Además de la prueba documental obrante en el expediente esto es, los dos escritos presentaos por la quejosa ante el Juzgado 2 Administrativo de Buenaventura, se infiere que ella había tenido comunicación con la doctora Hernández Rodríguez y por ello busco retirarle la facultad para recibir, lo cual

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

contradice lo señalado tanto en su escrito de queja como en su declaración, hecho que genera dudas sobre su dicho y le resta credibilidad probatoria, otorgándole un mayor grado de certeza a lo dicho por el doctor Carlos Ovalle y Mallerling Hernández, los cuales además también están respaldados por las pruebas documentales obrantes en el expediente, esto es, que la liquidación se realizó y se presentó en el Juzgado Segundo Administrativo de Buenaventura, que el contador la realizó pues así lo demuestran tanto su declaración como la copia del recibo obrante en el expediente.

De la misma manera no está de acuerdo esta defensa con la conclusión a la que arriba la Sala respecto a que como el recibo expedido por el contador no está dirigido a la señora RIVAS CAMPAZ entonces es un indicio de responsabilidad, pues el recibo se expide es a órdenes de quien contrata y paga el servicio para el caso la doctora MALLERLING HERNANDEZ, sin que a la Sala le valiera la mínima consideración que en el mismo se encuentre plenamente identificado el proceso para el cual se elaboró la liquidación: "Elaboración y preparación liquidación de crédito del proceso acumulado 2019-103", por lo cual considera esta defensa que la SALA A QUO en la sentencia omitió valorar la totalidad de las pruebas obrantes en el expediente y tan solo hizo un análisis de los aspectos que le parecieron pertinentes para soportar una sanción, lo cual transgrede los principios que rigen la valoración probatoria, y contraria los principios de la Sana crítica y las reglas de la experiencia, incurriendo en lo que la doctrina a denominado un defecto factico.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-078/10 señaló que constituye defecto fáctico la no valoración o la indebida apreciación del acervo probatorio, la cual se presenta cuando el Juzgador omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión.

Además también advierte la corte que la misma situación se presenta cuando el funcionario en contra de la evidencia probatoria decide separarse por completo y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; **o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas funda su decisión.**

Por lo anterior, se considera que existe una duda razonable, respecto de los hechos materia de investigación disciplinaria, debiendo entonces, *en garantía de no infringir los derechos de la profesional investigada, dar aplicación al principio "in dubio pro disciplinado"*, que emana de la presunción de inocencia, en lo que atañe

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

a las pruebas y la obligación de dar un tratamiento especial al procesado, consagrado en el artículo 8 de la Ley 1123 de 2007, norma del siguiente literal:

“Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en sentencia ejecutoriada. **Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

El artículo 97 del Estatuto Deontológico del Abogado, enseña que:

“Artículo 97. Prueba para sancionar. Para proferir fallo sancionatorio se requiere **prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del disciplinable.**” (Subrayas y resaltado de la Sala)

En síntesis, para la defensa de acuerdo al acervo probatorio es imposible tener certeza que la disciplinada no comunico a la señora Rivas Campaz de la necesidad de contratar el contador para realizar la liquidación del crédito, además que también se le informó del valor que este cobraría por dicha gestión, pues itérese de la declaración del señor Ovalle Forero y de la doctora Mallerling Hernández, se infiere que efectivamente a la señora Rivas Campaz se le informo de ello, por lo cual se solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se emita sentencia absolutoria en favor de la doctora Mallerling Hernández Rodríguez, por esta conducta.

Por tanto y de conformidad con el principio de *in dubio pro disciplinario*, el cual rige en el derecho disciplinario, ante la duda y la falta de certeza de la responsabilidad de la investigada se debe fallar a su favor, y conforme a los artículos 84, 85 y 93 de la ley 1123 de 2011, se señala que no existen elementos probatorios suficientes, para endilgar responsabilidad a la togada.

ARGUMENTO DE APELACIÓN CONTRA LA PRUEBA ILEGAL DE LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO CARLOS ORTEGA VALLEJO, tenido en cuenta para formular cargo y para dictar la sentencia apelada.

Mediante auto del 18 de marzo de 2021 dictado por el Magistrado Sustanciador por fuera de audiencia se decretó escuchar en declaración al doctor **CARLOS**

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

ORTEGA VALLEJO. En relación a esta prueba en la sentencia apelada se indicó:

“...Ahora bien, frente a la exclusión de la prueba testimonial por haberse decretado por fuera de audiencia, sea lo primero indicarle al togado de la defensa, que la prueba decretada por fuera de audiencia a través de auto se surte legal, en el entendido que el principio mixto con tendencia inquisitiva que rige en materia disciplinaria de conformidad a la ley 1123 de 2.007, y latitudariedad de la acción disciplinaria en cabeza de este ente jurisdiccional, permite la libre actividad probatoria de manera oficiosa al Magistrado Instructor, pues es el directo responsable de la búsqueda de la verdad material en sede de responsabilidad, ya sea para condenar o para absolver, luego no se puede excluir una prueba ordenada en ese ejercicio pleno de competencias por el hecho de haberse ejercido por fuera de audiencia, siempre que se garantice el contradictorio en audiencia por parte del encartado y su defensa mediante el traslado una vez verificada su práctica, lo que en el caso de marras, ocurrió a plenitud, al punto que el propio defensor tuvo la oportunidad facilitada por el instructor de formular preguntas al testigo. La prueba se decretó puesto que la declaración del perito contable era necesaria para el esclarecimiento de los hechos; pero debido a la falta de datos aportados por los profesionales del derecho cuando fueron interrogados por la Magistratura el día 04 de marzo de 2021, no hubo forma de tener certeza sobre la persona a la que hacía referencia el señor OVALLE y la togada encartada, pues no se pudo conseguir ni el nombre completo, dirección o teléfono de contacto; sin embargo y dado que se aportó un recibo por parte de la defensa, donde se podía verificar los datos completos del contador CARLOS ORTEGA VALLEJOS, se hizo necesario requerir a este profesional para recepcionar su testimonio.

Se itera que el estadio procesal para tachar el testigo, fue en la audiencia de pruebas y calificación celebrada el día 06 de abril de 2021, donde se practicó la prueba, corriéndose traslado de la misma a la defensa, a quien se le dio oportunidad para interrogar al testigo, sin que el Dr. JARBY MESA, hiciera pronunciamiento alguna de su legalidad, y que solo en sus alegatos hace referencia a la legalidad de una prueba que se practicó con su anuencia, solicitando de manera infortunada para la Dogmática procesal, su exclusión.

Aunado a lo anterior, el mismo abogado JARBY MESA, utiliza el testimonio del contador para verter y dar fuerza argumentativa a la defensa de su prohijada, lo que resulta contradictorio a lo solicitado en este punto de referencia, anfibológico si se quiere.

Es de anotarse que el Togado de la defensa se limita a solicitar que al momento de fallar no se tome en cuenta esa prueba testimonial, pero no encausa su petitum en la existencia de la declaratoria de nulidad de lo actuado, razón por la cual y en atención al principio de coherencia, no se puede dar trámite a una nulidad que no fue solicitada y mucho menos argumentada.

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

Finalmente y frente al argumento que la tipificación del cargo adolece de identidad típica, toda vez que, el mismo no se enrostró en concordancia con el deber del art. 28 numeral 18° de la ley 1123 de 2007, sea lo primero señalar que la falta que se le enrostró a la togada es la tipificada en el art. 34 literal C del Estatuto Deontológico del Abogado, por incurrir en la vulneración al deber consagrado en el art. 28 numeral 8° de la misma codificación, deber con el que la falta guarda perfecta relación pues si se observa el título del art. 34 ibídem, este señala como deber la lealtad debida al cliente, pasando a describir las conductas, y es precisamente aquí donde el operador judicial acoge el deber que la conducta desplegada por la togada trasgrede y es precisamente el art. 28 numeral 8° de la ley en cita, esto es “*Obrar con lealtad y honradez en sus relaciones profesionales*”; evidenciándose para el caso que la abogada calla situaciones a su cliente con el ánimo de desviar la libre decisión sobre el manejo del asunto, lo que se considera falta de *lealtad* con el misma, lo que hace que dicha descripción se adecue a la conducta desplegada por la Dra. HERNÁNDEZ RODRIGUEZ.

En la jurisdicción disciplinaria las disposiciones legales exigen al Magistrado el conocimiento absoluto de la existencia de la falta, el tener certeza que los hechos señalados en la queja deben ser probados en una investigación integral con pruebas legamente obtenidas, las cuales conducen más allá de toda duda la certeza del hecho, lo cual en el presente asunto no se evidencia, pues la declaración del contador Carlos Ortega Vallejo, se decretó por fuera de audiencia mediante auto del 18 de marzo de 2021, lo cual vulnera el rito consagrado en la ley 1123 de 2007 frente a que las pruebas se deben decretar y practicar en audiencia, máxime que la declaración del testigo se tuvo en cuenta para formular el primer cargo disciplinario, por ello se solicita se excluya esta prueba acorde con lo señalado en el **ARTÍCULO 95 de la ley 1123 de 2007. INEXISTENCIA DE LA PRUEBA.** La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente.

La prueba ilegal decretada por fuera del rito procesal no es una prueba que pueda ser convalidada por un acto de la defensa ni mucho menos que pueda ser atacada en cualquier momento procesal, máxime que el estadio procesal para solicitar la exclusión probatoria es la audiencia de juzgamiento en la cual se presentan los alegatos en el proceso oral disciplinario de abogados, por ello, era esta etapa en la cual se debía petitionar la exclusión probatoria tal como se ha indicado en el argumento presentado en dicha audiencia.

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

De otra parte considera esta defensa que no le asiste razón a la Sala al señalar que el Magistrado sustanciador no tenía conocimiento de los datos del testigo o de la dirección del mismo, porque la disciplinada no se los indicó, cuando lo cierto es que en el expediente ya obraban los datos del mismo, gracias a que la defensa (material y técnica) lo habían aportado con antelación, esto es, desde la audiencia inicial, luego si el Despacho consideraba que la declaración del señor Carlos Ortega Vallejos era necesaria, debió haber revisado más minuciosamente el proceso disciplinario, sin que pueda trasladarle el olvido del apellido de una persona a la disciplinada.

Ahora bien, el testigo no se podía tachar por parte de la defensa por cuanto la tacha según lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C – 760 De 2006¹, está dirigida a atacar al testigo y no el origen lícito o ilícito de la prueba testimonial, máxime que tal prueba se ataca es al momento de ser valorada por el Magistrado Sustanciador dentro del proceso, pues de excluirse su apreciación la misma no afecta el proceso, por ello, el momento procesal para atacar la valoración hecha por el Magistrado Sustanciador, no era al momento de recepcionar el testimonio, sino al momento de darle valor probatorio y como la única forma de atacar el pliego de cargos y la valoración de las pruebas es en la presentación de los alegatos, por ello es en ese momento que se realizó. Al respecto en la sentencia enunciada la Corte preciso:

“Considera que la facultad de tachar los testigos constituye una herramienta para impugnar la prueba testimonial de la parte contraria, con base en las causales previstas en los artículos 215 a 217 del C.P.C.

Afirma que la tacha de los testigos obedece a circunstancias que se predicen del testigo como fuente de prueba y no del contenido mismo de la declaración, bien sea porque la persona está inhabilitada o porque se encuentra en una de las situaciones que afectan su credibilidad o imparcialidad. Que cualquiera sea la causal, la tacha del testigo citado *“tiene por finalidad y objetivo principal excluir la prueba de la actuación de modo que no sirva como medio de convicción y fundamento de la decisión final a adoptar, ya sea que se impida su recepción cuando la parte aduzca la inhabilitación del testigo, o siendo descalificado como sospechoso, sea desestimado por el juzgador y desvirtuada su credibilidad al momento de hacer su valoración”*.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C – 760 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

Por su parte la Constitución política en el artículo 29 señala que:

“...Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. 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. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. **Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso**” (resaltado fuera del texto).

De lo anterior se infiere que el momento procesal oportuno para atacar la legalidad de la prueba no era la práctica de la misma, sino la valoración de la misma y como quiera que una prueba ilegal como la declaración del señor Carlos Ortega Vallejos, no puede ser convalidada por acto de defensa alguno, ni el testimonio podía ser tachado, en el momento de su práctica porque no se atacaba al testigo, por ello erra la Sala al darle valor al mismo para soportar la sentencia sancionatoria en contra de la doctora HERNANDEZ RAMIREZ.

Finalmente se indica que la prueba es ilegal porque se decretó con desconocimiento de las normas sustanciales que rigen el procedimiento disciplinario y no puede ser convalidada con la manifestación de que el Magistrado Sustanciador tiene facultad oficiosa, porque ello no está relacionado con el poder de decretar pruebas, sino con el de hacerlo dentro del marco del debido proceso disciplinario, esto es, en el marco de las audiencias pues ello es de la naturaleza de la actuación disciplinaria de los abogados, por lo anterior no se autoriza que los Magistrados Sustanciadores emitan autos escritos por fuera de audiencia para citar testigos o decretar otras actuaciones, pues el autorizarlos a ello, implicaría que pueden recepcionar declaraciones por fuera del marco de las audiencias e introducirlas al momento que a bien lo tengan, lo cual rompe el sistema oral de juzgamiento de los abogados y es constitutivo de nulidad constitucional, la cual se solicita se decrete en sede de segunda instancia y se deje sin valor probatorio el testimonio del señor ORTEGA VALLEJOS y en consecuencia se revoque la

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

sentencian en su contra y se absuelva la doctora MALLERLING HERNANDEZ RODRIGUEZ de este cargo.

El fundamento de derecho de esta petición radica en el artículo 29 de la Constitución política que señala que “...Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, lo que de contera vulnera el artículo 98 de la ley 1123 e 2007 en sus numerales 2 y 3, que establecen que son causales de nulidad: “...2. La violación del derecho de defensa del disciplinable.

3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso”.

Pues es claro que valorar como prueba de cargo una prueba ilegal y no aplicar la exclusión probatoria constituye un acto a que afecta el debido proceso de la investigada doctora MALLERLING HERNANDEZ y se constituye en una violación del derecho de defensa y por consiguiente una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, la cual se solicita a la sala de segunda instancia decrete o en su lugar excluya la declaración del testigo y absuelva a la doctora MALLERLING HERNANDEZ RODRIGUEZ, por este cargo.

Como corolario de lo anterior manifiesta este defensor que en aplicación del principio de favorabilidad, debido proceso y derecho de defensa, la prueba ilegal puede ser valorada siempre y cuando favorezca al investigado, como expresión del garantismo de los derechos constitucionales y como expresión del derecho a la presunción de inocencia, por ello, contrario a lo señalado por la Sala la solicitud efectuada por la defensa, referente a que se valore en favor de la disciplinada el testimonio del señor ORTEGA VALLEJOS no es anfibológico, sino consecuente con el principio de investigación integral. Porque lo que la ley prohíbe categóricamente es que los Juzgadores valoren pruebas decretadas por fuera del marco legal en contra de los investigados, pero si permite que se pueda hacer una valoración en favor.

OTRO ASPECTO DE INCONFORMIDAD CON LA SENTENCIA APELADA.

Finalmente en relación a la tipicidad de este cargo y consecuente sanción por el posible incumplimiento del deber consagrado en el artículo 28 numeral 8 y la consecuente incursión en la falta del artículo 34 literal c), el cual se endilgo a titulo doloso, encuentra esta defensa que el mismo adolece de una debida adecuación típica, pues el deber que se endilga como infringido es el deber de honradez y la

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

falta endilgada es de lealtad con el cliente, lo cual rompe el principio de identidad típica en relación a que el deber infringido debe guardar directa relación con la falta endilgada.

Además por cuanto la falta consagrada en el artículo 34 literal que señala como falta callar, en todo o en parte, hechos, implicaciones jurídicas o situaciones inherentes a la gestión encomendada o alterar la información correcta a los clientes, con ánimo de desviar la libre decisión sobre el manejo del asunto, tiene un deber propio cual es el consagrado en el numeral 18. Del artículo 28 de la ley 1123 de 2007 que señala el deber de Informar con veracidad a su cliente sobre las siguientes situaciones, por lo cual es en este numeral que se debe concretar la tipicidad de la conducta investigada por lo cual se vulnero el principio de identidad típica, pues se acudió a otro numeral que consagra el deber de honradez y no de lealtad con el cliente, luego hay una indebida adecuación típica, que permite a este defensor solicitar la absolución de la conducta investigada.

INCONGRUENCIA ENTRE EL PLIEGO DE CARGOS CON LA SENTENCIA.
SOLICITUD DE NULIDAD ARTÍCULO 98 LEY 1123 DE 2007.

Fundamentos de hecho.

De la misma manera se observa que en el auto de cargos dictado en audiencia del 06 de abril de 2021 se indicó lo siguiente:

“...Falta descrita en el artículo 34 literal C, por vulneración del deber consagrado en el art. 28 numeral 8º de la ley 1123 de 2007, toda vez que:

En declaración rendida bajo la gravedad del juramento la señora RIVAS CAMPAZ, manifestó concretamente que, cuando tuvo oportunidad de hablar con la Dra. MALLERLLING, esta le manifestó la existencia del abogado CARLOS OVALLE, con quien desconocía se había suscitado una relación profesional y solo hasta el momento de la consignación es que verifica que la miasma fue realizada por este abogado; también señaló que después de que la Dra. PAOLA MICOLTA le manifiesta no continuar con el proceso, esta se lo sustituye al abogado MARCOS CAMILO GUAITOTO, pero manejando el mismo porcentaje de honorarios por un valor de 35%; a su vez indica que, este togado al no poder continuar con el proceso, le recomendó a la Dra. MALLERLLING HERNÁNDEZ, con quien nunca se entrevistó, pero que este le había explicado que la Dra. HERNÁNDEZ, continuaría con el mismo porcentaje de honorarios; igualmente en su declaración refirió que la tomó por sorpresa la liquidación realizada por la mencionada togada, en el sentido

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

de cobrarse el 50% de honorarios, además de que solo se enteró del pago del 10% de honorarios al abogado OVALLE, cuando el Dr. JARBY MESA, se lo mencionó en el interrogatorio, igualmente el pago realizado al presunto contador por valor de \$ 22.700.000; esto para indicar que, de acuerdo a las declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento por los testigos y de la misma versión libre que rindió la propia togada disciplinable, se tiene que no se informó a la señora ELIZABETH RIVAS CAMPAZ, sobre la contratación de un contador perito a quien se le pago la suma de \$ 22.700.000 mil pesos, que se sacaron de lo que fue reconocido finalmente a la señora RIVAS, en virtud de decisión judicial, y teniendo el deber de hacerlo, precisamente porque esa era una situación, que debía necesariamente, saber o conocer la ciudadana quejosa, quien era la que debía autorizar el pago de tamaña suma de dinero a título de honorarios a un perito contable, el hecho de haber ocultado esa información le constituyó a la señora RIVAS, una imposibilidad, de poder tomar decisiones al respecto, si era necesaria esa experticia o no o si podía buscar ella un profesional que pudiera realizar esa gestión quizás en un menor monto, pero sorprende al momento de recibir los dineros con un pago de \$ 22.700.000 mil pesos, suma de dinero que jamás autorizó, pues no haberse comunicado esta situación, imposibilitó a la señora RIVAS, el realizar algún tipo de sugerencia sobre dicha contratación, lo que desvía la libre decisión sobre el manejo de ese asunto, luego se le imputó este tipo disciplinario bajo la modalidad dolosa...”.

Por su parte en la sentencia recurrida se inserta la figura de

“... Vencida como está la categoría de tipicidad, en el entendido que los hechos en que incurrió la disciplinada encajan típicamente en los tipos enrostrados como falta disciplinaria, deberá esta H. Corporación, pronunciarse respecto de la antijuridicidad de los mismos.

2. ANTIJURIDICIDAD. El canon 4° de la Ley 1123 de 2007, preceptúa que: *“Un abogado incurrirá en una falta antijurídica cuando con su conducta afecte, sin justificación, alguno de los deberes consagrados en el presente código”.*

Resulta necesario pasar a identificar los deberes que vulneró la Dra. MALLERLLING HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, y se encuentra que en el caso bajo examen, la letrada encartada vulneró los deberes descritos sobre la lealtad y honradez en sus relaciones profesionales y debida diligencia profesional, prevista en el numeral 8° y 10° del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, que a la letra rezan:

“Art. 28-8: Obrar con lealtad y honradez en sus relaciones profesionales. En desarrollo de este deber, entre otros aspectos, el abogado deberá fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto. Asimismo, deberá acordar con claridad los términos del mandato en lo concerniente al objeto, los costos, la contraprestación y forma de pago”.

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

“Art. 28- 10: Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, lo cual se extiende al contrato de los abogados suplentes y dependientes, así como a los miembros de la firma o asociación de abogados que represente al suscribir contrato de prestación de servicios, y aquellos que contrate para el cumplimiento del mismo”.

Deberes que le eran exigibles a la letrada disciplinada en su condición de profesional del derecho, recordando que el ejercicio de la abogacía tiene una función social, por lo cual se espera que los abogados propendan por la protección de los derechos de quienes buscan sus servicios, den cabal cumplimiento a la Constitución y a la ley, y actúen guardando el decoro, la dignidad y la lealtad que exige el correcto ejercicio de la profesión ejercicio que debe ser cauteloso, digno, decoroso y responsable en pro de la protección de los derechos y garantías de los particulares, así como de la correcta contribución que se haga para el celeré funcionamiento de la administración de justicia.

Considerándose carente de lealtad, honradez y diligencia, que una profesional del derecho, sea desleal con su cliente, no actué con honradez en la relación profesional y no atienda con celosa diligencia su encargo profesional, por cuanto la conducta decantada por la profesional MALLERLLING HERNANDEZ, ocasionó que su clienta no tuviera por una parte oportunidad para decidir sobre la contratación de un perito contable donde pudiera decidir sus honorarios; asimismo, la profesional encartada, obtuvo un 60% del porcentaje de participación de su cliente, al quedarse con una proporción superior a las sesenta millones de pesos y por último, fue indiligente al no presentar su informe de gestión por escrito una vez terminó su mandato profesional.

Sin embargo, en esta categoría dogmática, es indispensable estudiar los exculpantes, justificaciones o causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria en los que pueda escudarse el infractor para disculpar la vulneración del catálogo de deberes profesionales contenidos en el artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, específicamente los que transgredió con su comportamiento y que le imponen el compromiso de actuar con lealtad, honradez y diligencia en el ejercicio de la profesión de abogacía.

Encuentra esta H. Corporación, que no se encontraron probadas ninguna de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria de las consagradas en el artículo 22 de la Ley 1123 de 2007; con ello, se encuentra vencido el juicio de antijuridicidad, procediéndose en última instancia a verificar el juicio de culpabilidad en el que incurrió la abogada MALLERLLING HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ...

De lo anterior se infiere que existe una incongruencia entre el pliego de cargos y la sentencia, pues lo cierto es que los elementos de la falta disciplinaria son la tipicidad, la culpabilidad y la antijuridicidad, los cuales tienen que guardar identidad al momento dictar el pliego de cargos con el momento de proferir la sentencia, por ello, al no haberse dicho nada respecto a la antijuridicidad en el pliego de cargos, y al hacerlo en la sentencia se rompe el principio de congruencia lo cual es causal

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

de nulidad tal como lo consagra el **ARTÍCULO 98 de la Ley 1123 de 2007 que señala que son** causales de nulidad:

2. La violación del derecho de defensa del disciplinable.
3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Los fundamentos de derecho están dados en que en el pliego de cargos proferido en audiencia del 6 de abril de 2021 y la sentencia proferida el 18 de agosto de 2021 desconoce el artículo 98 de la Ley 1123 de 2007, en su numeral 2 y 3 por cuanto se vulnera el omitir en el pliego de cargos pronunciarse sobre la antijuridicidad de la conducta endilgada a la disciplinada como falta disciplinaria y el hacerlo en la sentencia para derivar responsabilidad implica que se violan las garantías mínimas del derecho de defensa y de contera se convierte en una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso.

Respecto a la incongruencia la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en sentencia del 16 de diciembre de 2019 proferida en el proceso disciplinario radicado No **130011102000201200899 01 Aprobado según Acta No. 097 de la misma fecha, M.P. Alejandro Meza Cardales señalo:**

“...Esta situación sorprende a los abogados disciplinados, y lo ubica “(...) en una situación de indefensión la cual se traduce inexorablemente en la violación definitiva de su derecho de defensa (artículo 29 C.P.); además, el principio de congruencia es una manifestación concreta de un valor constitucional supremo limitante del ejercicio del poder público, más aún, tratándose de una autoridad jurisdiccional pues la exigencia que pesa sobre el operador judicial, por las facultades de afectar derechos individuales y por su misión de garante del Estado Social de Derecho, se incrementa, pues, las razones para justificar sus decisiones deben ser construidas y articuladas de manera mucho más rigurosa en comparación de otros órganos estatales delimitadas por el debido proceso (...)” .

En relación con el principio de congruencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Fermín Ramírez vs Guatemala, en Sentencia del 20 de junio de 2005, señaló:

“67. Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la “acusación” en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación.

68. Por constituir el principio de coherencia o correlación un corolario indispensable del derecho de defensa, la Corte considera que aquél constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observar en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del artículo 8.2 de la Convención”.

De esta manera al configurarse una causal de nulidad por incongruencia entre el pliego de cargos y la sentencia, se afecta el derecho de defensa y se vulnera el debido proceso por lo que se solicita se decrete la nulidad de lo actuado desde el auto de pliego de cargos proferido el 6 de abril de 2021.

SEGUNDO CARGO ENDILGADO.

En la sentencia proferida el 18 de agosto de 2021 se indica como sustento de este cargo que:

“(…)

- i) ¿La Dra. MALLERLLING HERNÁNDEZ, obtuvo honorarios desproporcionados que superó la participación de su cliente?**

En este punto es importante relacionar los siguientes elementos probatorios, con el fin de demostrar como la Dra. MARLLERLLING HERNÁNDEZ, obtuvo honorarios desproporcionados de parte de su cliente: **1.** Demanda ejecutiva instaurada por el Dr. CARLOS OVALLE FORERO, en favor de la ciudadana ELIZABETH RIVAS CAMPAZ, fecha de radicación 16 de enero de 2020, ante los Juzgados Administrativos de Buenaventura¹⁵. **2.** Poder sustitución efectuado por el abogado CARLOS OVALLE FORERO a la Dra. MALLERLLING HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el día 30 de enero de 2020, ante la notaría 09 de Cali¹⁶. **3.** Memorial

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

solicitud medidas cautelares radicado por la Dra. MALLERLLING HERNÁNDEZ¹⁷.

4. Memorial solicitud acumulación demanda, presentado por la Dra. MALLERLLING HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, presentada por la profesional el día 08 de julio de 2020¹⁸.

Es importante destacar como la togada actuó en unidad de acción con el abogado CARLOS OVALLE FORERO, para pretender engañar a su cliente con el cobro desproporcionado de honorarios, veamos:

Obsérvese que el poder con que se sustituyó del Dr. OVALLE a la Dra. HERNÁNDEZ, se encuentra contenido con la misma hoja de papel membretado y pie de página con el que también se presentaron todos los memoriales por parte de la encartada como pasa a verificarse:

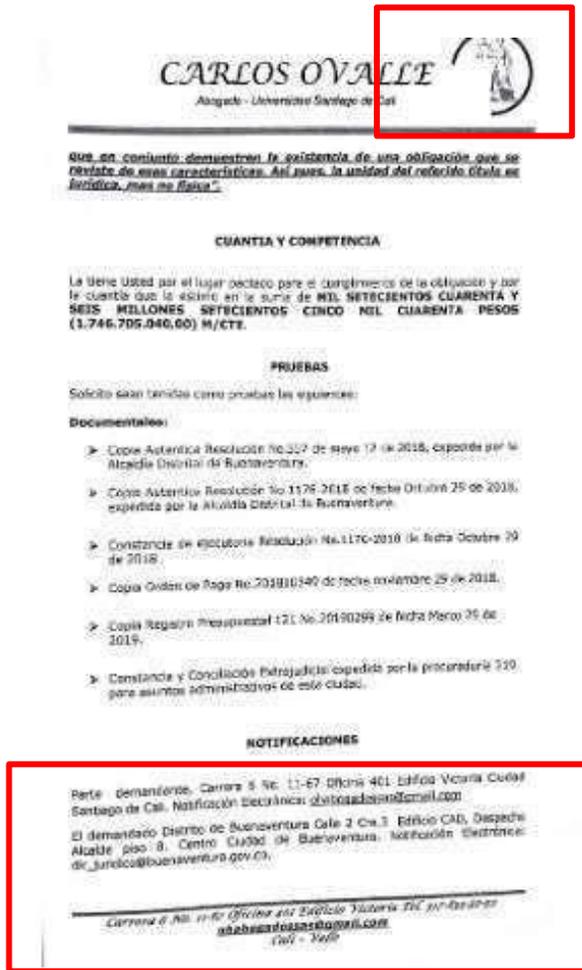


Correspondiendo a la firma de abogados O Y H ABOGADOS S.A.S, que guarda relación con las iniciales de los apellidos de los dos abogados OVALLE Y HERNÁNDEZ, con los mismos datos de domicilio profesional: carrera 6 # 11- 67 oficina 401 edificio Victoria tel.: 317 8333252, email: ohabogadossas@gmail.com.

Datos que también guardan estrecha relación con la demanda ejecutiva presentada inicialmente por el profesional del derecho CARLOS OVALLE FORERO, donde ofrece los mismos datos de notificación:

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado



Y aunque el membrete tenga el nombre del togado, observa la Corporación que conserva idéntico logo respecto al que se pudo verificar en imágenes iniciales, aunado a que se evidencia en el memorial solicitud de acumulación de demanda de fecha 08 de julio de 2020, presentado por la Dra. MALLERLLING HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ante el Juzgado 02 Administrativo de Buenaventura, como dicha profesional utiliza como medio de comunicación el correo electrónico ohabogadossas@gmail.com, mismo que ha sido utilizado por el abogado CARLOS OVALLE FORERO¹⁹.

Decantado el análisis anterior, queda claro para esta Corporación, que la togada actuó en unidad de acción con el abogado CARLOS OVALLE FORERO. De esto también dio fe su propio testimonio cuando manifestó, que nunca se había desentendido del proceso porque estaba esperando el reconocimiento de sus honorarios por el 10%; bajo ese entendido, utilizaron la estrategia consistente en que el abogado OVALLE, presentara la demanda ejecutiva ante los Juzgados Administrativos propiamente el día 16 de enero de 2020, y este profesional proceder a sustituir poder a la disciplinada el día 30 de enero del mismo año, para que presentara memorial de solicitud de medidas cautelaras y continuara impulsando el proceso con el objeto del reconocimiento y pago de las acreencias laborales por vía judicial, las cuales se desembolsaron el día 02 de septiembre de 2020; luego es evidente que, estos dos togados laboraban en la plurimencionada unidad de acción para proceder a desarrollar el mandato otorgado por la señora RIVAS CAMPAZ.

Ya una vez, reconocido el pago de las acreencias, procedió la Dra. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, a cobrar por adelantado honorarios de un 10% para su compañero y un 50% para la propia profesional del derecho encartada, lo que suma un total del 60%, porcentaje que reconoció obtener la togada como

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

quedó claro en su injurada, el día 28 de enero de 2020 en audiencia de pruebas y calificación cuando detalla que: “yo recibo por resultas del proceso un capital de \$ 1.256.534.878 a eso le quito el 10% que le entregó en efectivo al Dr. CARLOS \$125.653.487, queda un valor de \$ 1.130.881.391, divido entre dos que será mis honorarios \$565.440.695 y para la señora Elizabeth \$ 565.440.695, ahí hay partes iguales”, lo que superó la participación con su cliente, en el entendido que, se fracciona el pago de honorarios del 50% a la señora HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, y un 10% de la misma gestión al togado OVALLE FORERO, lo que sumado, itera este Tribunal, supera el 50% de participación.

Luego entonces, al recibir la profesional del derecho encartada la mitad del capital, esto es \$ 565.440.695 más el 10% para el abogado principal \$125.653.487, obtuvo un total de **\$ 691.094.182**, suma que efectivamente supera el 50% de la participación correspondiente a la señora RIVAS CAMPAZ; es decir, se presume con todos los datos aportados que, la superación en participación de honorarios fueron por valor de **\$ 62.826.474**.

Bajo ese tamiz, surte acreditado sin lugar a dudas que la Dra. HERNÁNDEZ, incurrió en la falta consagrada en el art. 35 numeral 2°, por violación al deber estipulado en el art. 28 numeral 8° del Estatuto Deontológico del Abogado, todavez que tenía conciencia de la ilicitud de su comportamiento y conocimiento del deber que finalmente infringió, elementos necesarios para indicar que su conducta es inminentemente **dolosa**, pues se evidencia un ardid o engaño, dirigido a ocasionar un daño a su cliente, pues al ser una abogada con experiencia, sabia del conocimiento del mandato deontológico y que ir en contravía del mismo hacía que su conducta fuese desviada, lo que permite dilucidar que tenía pleno conocimiento que obtener el cobro de 60% de honorarios superaba la participación de su cliente, además de la voluntad o querer de ocasionar la conducta desviada, la que derivó en un detrimento patrimonial de su prohijada...”

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN POR ESTE CARGO.

En la sentencia objeto de apelación señala la Sala que la doctora MALLERLING HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, obtuvo una suma de dinero superior a la que le correspondió a su cliente la señora ELIZABETH RIVAS CAMPAZ, conclusión con la cual no está de acuerdo la defensa, pues las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de lo contrario, obsérvese que a la profesional del derecho le correspondió la suma de \$ 565.440.695, mientras que a la señora ELIZABETH RIVAS CAMPAZ le correspondió la suma de seis cientos veintiocho millones doscientos sesenta y siete mil cuatrocientos treinta y nueve pesos (\$628.267.479), tal como se observa en el cheque No 55748254 del 3 de septiembre de 2020 consignado a la cuenta de la señora RIVAS CAMPAZ, en el cual se le cancelo el valor de \$ 565.440.695 por concepto de valor de las pretensiones y \$ 62.827.659 por concepto de las costas procesales.

En la sentencia objeto de recurso la Sala indica que una vez, reconocido el pago de las acreencias, procedió la Dra. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, a cobrar por adelantado honorarios de un 10% para su compañero y un 50% para la propia profesional del derecho encartada, lo que suma un total del 60%, porcentaje que

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

reconoció obtener la togada como quedó claro en su injurada, el día 28 de enero de 2020 en audiencia de pruebas y calificación cuando detalla que: “yo recibo por resultas del proceso un capital de \$ 1.256.534.878 a eso le quito el 10% que le entregó en efectivo al Dr. CARLOS \$125.653.487, queda un valor de \$ 1.130.881.391, divido entre dos que será mis honorarios \$565.440.695 y para la señora Elizabeth \$ 565.440.695, ahí hay partes iguales”, lo que superó la participación con su cliente, en el entendido que, se fracciona el pago de honorarios del 50% a la señora HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, y un 10% de la misma gestión al togado OVALLE FORERO, lo que sumado, itera este Tribunal, supera el 50% de participación.

Considera esta defensa que dicha conducta no puede ser imputada a título de falta disciplinaria a la doctora Hernández Rodríguez, pues lo cierto es que la abogada en **ningún momento ha aceptado haber recibió la suma señalada del 10%** adicional, sino que se limitó a respetar el pacto de honorarios celebrado entre la señora Rivas Campaz y el abogado Carlos Ovalle Forero, pues a ello la impelían los deberes profesionales consagrados en el código deontológico del abogado, que consagra como deber de los abogados el garantizar el pago de los profesionales del derecho que hubieren actuado en un proceso o hubiere adelantado alguna gestión anterior por la cual se les hubiere reconocido algún pago, por ello no se puede aseverar que ella hubiere recibido ese dinero por cuenta propia con desconocimiento del derecho de su cliente.

Obsérvese que en el expediente disciplinario obra prueba que determina que el poder sustituido por el Doctora Marcos Camilo Guaitoto, lo sustituyo fue al doctor Carlos Ovalle Forero en papel membreteado de la misma oficina del Doctor Guaitoto, por ello, esta prueba documental contradice lo dicho por profesional del derecho (Marcos Camilo Guaitoto) en su declaración bajo la gravedad del juramento, referente a que le sustituyo el poder a la doctora Mallerling Hernández Rodríguez, de manera directa, pues itérese esta prueba documental, da cuenta de todo lo contrario, sin que la Sala hubiera tenido en cuenta tan grande contradicción, pues la documental contradecía lo dicho bajo juramento por este testigo.

Ahora bien la Sala para sustentar este cargo no tiene en cuenta ni analiza siquiera que la señora ELIZABETH RIVAS CAMPAZ acordó con el abogado CARLOS OVALLE FORERO pagarle y reconocerle un 10% por su gestión, sin que ello haya

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

sido desvirtuado o desconocido por parte de la señora RIVAS CAMPAZ, ni mucho menos desvirtuado por la SALA A QUO.

Por ello el doctor Carlos Ovalle según su declaración asume la representación de la señora Rivas Campaz y en virtud a ello presenta demanda la cual corresponde al Juzgado 3 Administrativo de Buenaventura, además de que celebros contrato de prestación de servicios profesionales verbal con la señora Rivas Campaz en primera medida por el 50% de lo obtenido y posteriormente el 10% de lo reconocido, por la gestión realizada, luego del examen del proceso ejecutivo radicado 2019-103, se infiere que es cierto lo manifestado por el doctor Carlos Ovalle Forero, sin que esta situación haya sido analizada por la SALA DE PRIMERA INSTANCIA.

La Sala para fundamentar la sentencia se limita a estudiar el membrete de la papelería de los abogados MALLERLIN HERNANDEZ RODRIGUEZ (INVESTIGADA) y CARLOS OVALLE FORERO (TESTIGO) derivando de ello similitudes y en un proceso de suposición argumentativa deriva una unidad de actuación tendiente a defraudar los intereses de la quejosa, desconociendo los demás elementos probatorios obrantes en el proceso, esto es, es que no valoro ni tuvo en consideración el hecho de que la declaración del doctor OVALLE FORERO fue clara y contundente en señalar que el poder para representar a la quejosa le fue SUSTITUIDO por el doctor MARCOS CAMILO GUAITOTO en papelería membreteada de este último, motivo por el cual se reunió con la quejosa con quien pacto honorarios por el 50% de lo obtenido.

Que en cumplimiento del acuerdo profesional celebrado con la quejosa señora RIVAS CAMPAZ, el abogado CARLOS OVALLE FORERO presenta demanda ejecutiva contra la ALCALDIA DE BUENAVENTURA el 16 de enero de 2020 la cual correspondió al JUZGADO 3 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA bajo el radicado 2020-04.

Que mediante memorial remitido el 8 de julio de 2020 se solicitó el retiro de la demanda presentada por el doctor OVALLE FORERO.

Posteriormente el doctor OVALLE FORERO sustituye el poder a la doctora MALLERLING HERNANDEZ RODRIGUEZ quien solicitó la acumulación de la demanda ejecutiva al proceso radicado No 76109-33-33-002-2019-00103-00 que se tramitaba en el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Buenaventura,

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

quien mediante auto del 17 de julio de 2020 acepta la acumulación, acepta la sustitución y reconoce personería jurídica a la doctor MALLERLIN HERNANDEZ RODRIGUEZ, quien sigue adelante con el proceso ejecutivo hasta su culminación.

Ahora bien en el asunto en cuestión se observa que si bien el doctor Marcos Camilo Gaitoto y la doctora Paola Micolta Rosero, señalaron en sus declaraciones que ellos celebraron contratos de prestación de servicios profesionales verbales con la quejosa y que pactaron honorarios por el 35% de lo obtenido con la señora Rivas Campaz, lo cierto es que ello no compromete ni obliga a los demás profesionales, pues como indicaron ellos mismos, en el asunto en cuestión existía libertad contractual por lo cual tal como lo manifiestan tanto el doctor Ovalle Forero y como la doctora Hernandez Rodriguez, celebraron nuevo contrato cada uno de ellos de manera individual, sin que itérese hubiere prohibición para ello.

Por ello la doctora descontó el 50% correspondiente a sus honorarios luego de descontar el valor de \$125.653.487 correspondiente al pago de honorarios profesionales del abogado Carlos Ovalle, tal como lo manifiesta el testigo y se desprende del recibo de honorarios profesionales obrante en el expediente, máxime que ninguno de los otros testigos Micolta y Guaitoto, tienen conocimiento sobre dicha situación, sin que ello, desvirtué este nuevo pacto de honorarios, ni mucho menos le reste valor.

En este caso la Sala no tuvo en cuenta que se trata de dos actuaciones profesionales individuales e independientes soportadas en el proceso ejecutivo radicado 2020-04 y en el proceso 2019-103 en las cuales no se evidencia ninguna clase de unidad de defensa, por lo que no se cobraron honorarios excesivos ni muchos menos que hayan superado la participación de la clienta, pues tanto a la doctora MALLERLIN HERNANDEZ como a la señora RIVAS CAMPAZ le correspondió la suma de \$565.440.695 por este concepto y finalmente a la señora Rivas Campaz le correspondió con el pago de costas la suma de \$628.267.439, lo cual evidencia que la parte que le correspondió a ella es superior a la participación de la abogada, por lo cual se solicita se absuelva a la doctora Mallerling Hernández Rodríguez, por esta falta, por cuanto ese pacto de honorarios lo permite la ley, máxime itérese se trató de reconocer un pacto anterior de honorarios por parte de la doctora Hernández Rodríguez.

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

En relación a la valoración de las pruebas la Corte Constitucional en la sentencia T-555 de 1999², señaló: “...si bien es cierto que se puede dar una violación al derecho constitucional al debido proceso en el momento de evaluar la prueba, tal situación solo se presenta si la conclusión judicial adoptada con base en ella es *contraevidente*, es decir, “[...] *si el juez infiere de ella hechos que, aplicando las reglas de la lógica, la sana crítica y las normas legales pertinentes, no podrían darse por acreditados, o si les atribuye consecuencias ajenas a la razón, desproporcionadas o imposibles de obtener dentro de tales postulados...*”

Situación que es la que se presenta en el caso objeto de recurso pues la Sala de Primera Instancia al valorar unos elementos de prueba, centra toda la argumentación en valorar los membretes de la papelería de unos escritos presentados por los abogados para indicar que por ello, la abogada había cobrado más dineros de los que le correspondían, lo cual en realidad resulta contrario a lo que las demás pruebas, que la Sala omitió valorar, en realidad indican.

De esta manera se evidencia la existencia un defecto fáctico, sobre el cual la Corte Constitucional en Sentencia T-078/10 señaló que constituye defecto fáctico la no valoración o la indebida apreciación del acervo probatorio, la cual se presenta cuando el Juzgador omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión. Además también advierte la corte que la misma situación se presenta cuando el funcionario en contra de la evidencia probatoria decide separarse por completo y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido.

Para esta defensa las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta que la doctora MALLERLING HERNANDEZ RODRIGUEZ no infringió sus deberes profesionales ni obtuvo una participación superior a su cliente, sino que tan solo cobro el valor de sus honorarios en la cantidad pactada, 50% de lo obtenido, por lo que se solicita se absuelva a la doctora MALLERLING HERNANDEZ RODRIGUEZ, por esta falta.

² Corte Constitucional, sentencia T-555 de 1999 MP José Gregorio Hernández Galindo.

TERCER CARGO OBJETO DE APELACION.

i) ¿la letrada encartada, no entregó informes una vez terminó la gestión para lo cual fue contratada?

De conformidad con lo expresado tanto por la ciudadana quejosa como por la Dra. MALLERLLING, se tiene que la togada encartada no rindió informes de su gestión por escrito una vez terminó la gestión profesional en favor de su poderdante, pues de su versión se logra concluir que el mismo no lo realizó, por cuanto dijo la togada en su injurada que esto no se llevó a cabo por una situación de desconfianza con la ciudadana quejosa por maltratamientos de la señora RIVAS, hacia la señora abogada y que perdió la confianza.

Es importante resaltar que, dicha situación, cuya existencia no se discute, no relevaba a la abogada de la obligación de rendir ese informe, por cuanto existen diferentes medios para hacerlo, pues el mismo puede haberse realizado a través del correo electrónico, más aun encontrándose que para el año 2020, se encontraba Colombia en emergencia sanitaria con ocasión a la pandemia del COVID -19, siendo lo lógico y pertinente utilizar este medio para realizar cualquier tipo de comunicación, por cuanto el contacto físico y el uso de papel es imperante para evitar el foco de contagio; también, se pudo realizar a través de correo físico, pues esta forma de comunicación permanece vigente, luego no existe justificación para que la profesional del derecho no cumpliera con su deber consagrado en el catálogo de deberes del Estatuto Deontológico de los Abogados, máxime que, como ya quedó demostrado, la ciudadana quejosa no había tenido contacto con la profesional del derecho después que el profesional MARCO CAMILO GUAITOTO, se la había recomendado.

En virtud de lo anterior, y dado las pruebas testimoniales, existen razones suficientes para señalar que, la abogada tipificó la falta consagrada en el art. 37 numeral 2° bajo la modalidad culposa, por vulneración al deber consagrado en el art. 28 numeral 10 de la ley 1123 de 2007, por cuanto no se percibe en la doctora HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, un querer o una intencionalidad dirigida a no rendir el informe, sino a sopesar circunstancias que no alcanzan el nivel de justificación hasta el momento que fueron esgrimidas.

SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION.

Frente a esta falta imputada se permite manifestar este defensor que la misma se imputa por cuanto al parecer la doctora Hernandez Rodriguez no le rindió informe a su cliente sobre la gestión encomendada, sin embargo dicho informe si se presentó pues el mismo se dio al interior del proceso disciplinario, por cuanto pese a que la doctora Hernandez Rodriguez busco a la señora Rivas Campaz para rendir dicho informe al finalizar la gestión, esta se negó a recibirlo y ello se deduce de la versión libre de la doctora Hernandez, la cual fue clara en manifestar que intento rendir el informe sin embargo fue sometida a un mal trato por la señora

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

Rivas, tanto que fue constreñida y amenazada, prueba de lo cual obra en el expediente disciplinario, donde reposa copia de la denuncia penal presentada por mi defendida contra la quejosa, por constreñimiento ilegal.

Obsérvese que en dicha denuncia se señala la existencia de amenazas de muerte en contra de la doctora Hernandez Rodriguez, por parte de la señora Rivas Camapaz, señalando además que a su lugar de trabajo concurrieron unas personas que ofrecieron dinero a los guardas de seguridad para que brindaran información sobre los movimientos de la doctora Hernandez Rodriguez, tal como lo corrobora el testigo Javier Vargas Garcia.

Por ello se solicita de aplicación al ARTÍCULO 22 de la ley 1123 de 2007.

CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. No habrá lugar a responsabilidad disciplinaria cuando:

5. Se obre por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.

Lo anterior por las amenazas de muerte que sufrió la doctora Hernandez Rodriguez, que le impidió continuar con el rendimiento del informe en el momento de finalizar la gestión y la obligo a esperar este escenario disciplinario, el cual tal como ella lo indica en su versión libre, le fue planteado por la misma quejosa, por lo anterior se solicita se absuelva a la doctora Mallerling Hernandez Rodriguez por esta conducta.

Finalmente llama la atención de esta defensa el hecho de que para sustentar la sanción por este cargo la Sala indique que la doctora MALLERLING HERNANDEZ CAMAPAZ, podía rendir el informe por correo electrónico, físico o whatsapp, cuando con antelación y para fundamentar la sanción por no informar a la señora RIVAS CAMAPAZ de la existencia del contador CARLOS VALLEJOS, indico que era que la abogada y la señora CAMPAZ no tenían contacto ni se conocían porque así lo había dicho la quejosa, entonces si ello era así como le exige que rinda un informe de la gestión.

Para esta defensa la sentencia apelada tiene múltiples inconsistencias de valoración probatoria, pues en un momento valora unas manifestaciones para sustentar un cargo y después las contradice para sustentar otro cargo.

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

RESPECTO A LA NULIDAD PLANTEADA EN PRIMERA INSTANCIA Y QUE FUERA NEGADA EN LA SENTENCIA ME PERMITO PRESENTAR RECURSO DE REPOSICIÓN.

Finalmente en relación a la tipicidad de este Cargo endilgado por la posible incursión de la falta consagrada en el artículo 37 numeral 2 de la ley 1123 de 2007 que señala que Constituyen faltas a la debida diligencia profesional:

2. Omitir o retardar la rendición escrita de informes de la gestión en los términos pactados en el mandato o cuando le sean solicitados por el cliente, y en todo caso al concluir la gestión profesional.

Se evidencia que el mismo adolece de una debida adecuación típica, pues no se indica en el pliego de cargos cual es el deber que se endilga como infringido, lo que hace materialmente imposible ejercer una correcta defensa frente a este cargo, máxime que la antijuridicidad material de las conductas endilgadas a los profesionales del derecho está dada por la infracción injustificada de sus deberes, por lo cual al no cerrarse correctamente el tipo disciplinario se vulneran el derecho de defensa de mi poderdante, lo cual amerita se emita sentencia favorable en su favor y/o se decrete la nulidad del pliego de cargos tal como lo consagra el **ARTÍCULO 98. CAUSALES**. Son causales de nulidad: en su numeral 2. La violación del derecho de defensa del disciplinable.

El señor abogado de la defensa argumenta que no se hizo alusión al momento de formular el cargo al deber infringido y por ello no se cerró el tipo disciplinario, lo que deviene en una violación al debido proceso por cuanto se afecta la posibilidad de realizar una adecuada defensa. Esta argumentación esgrimida, resulta a todas luces infortunada bajo el entendido que en materia de faltas del abogado, la tipología es cerrada, lo que significa que no existe norma de reenvío al momento de la calificación para buscar el deber infringido pues la misma norma lo está indicando. En efecto si se observa el encabezado del título contentivo de la falta, se observa que el deber es la debida diligencia profesional, luego no resulta necesario que se indique el deber que en el artículo 28 se señala, pues los *números apertus* que pone de presente el señor defensor, solo operan en aplicación de la Ley 734 de 2002.

Por otra parte, se observa que en la audiencia de calificación, el señor Magistrado Instructor, motivo suficientemente en sede de adecuación típica la conducta indiligente realizada por la togada en desatención al deber de diligencia que tenía a su haber; en ese sentido, el derecho de contradicción y defensa de la encartada no se vio afectado, prueba de ello son los alegatos vertidos por el abogado de la defensa, mediante el cual decanta unos argumentos defensivos que atacan los planteamientos de esa calificación; en consecuencia se niega la solicitud de nulidad planteada por el abogado JARBYMESA.

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

Para esta defensa resulta desafortunada la apreciación y la decisión de la Sala Aquo referente a que las normas consagradas en la Ley 1123 de 2007 son de tipología cerrada, indicando que significa que no existe norma de reenvío al momento de la calificación para buscar el deber infringido pues la misma norma lo está indicando. En efecto si se observa el encabezado del título contentivo de la falta, se observa que el deber es la debida diligencia profesional, luego no resulta necesario que se indique el deber que en el artículo 28 se señala.

Esta apreciación de la tipología de las faltas riñe con la dogmática disciplinaria, toda vez que los tipos cerrados son estructuras del tipo penal, máxime que los deberes consagrados en el código deontológico de los abogados pueden ser empleados para soportar diversas faltas o con una falta se pueden infringir múltiples deberes que la norma no tiene específicamente señalado o cerrada, por ello en aras de garantizar un correcto ejercicio del derecho de defensa, lo que un operador disciplinario debe hacer al momento de proferir un pliego de cargos o un sentencia es garantizar los elementos mínimos del tipo disciplinario esto es, el conocimiento de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad lo cual en el presente asunto no se dio pues el fallador considera que por el hecho de que esta defensa se pronuncie sobre la falta, se hacía innecesario pronunciarse sobre el deber infringido, pero sin embargo en la sentencia emplea un acápite completo para hablar de la antijuridicidad de las faltas endilgadas sin precisar mínimamente cual es el soporte probatorio para endilgar la antijuridicidad por la infracción de los deberes profesionales.

INCONGRUENCIA ENTRE EL PLIEGO DE CARGOS CON LA SENTENCIA.
SOLICITUD DE NULIDAD ARTÍCULO 98 LEY 1123 DE 2007.

Fundamentos de hecho.

De la misma manera se observa que en el auto de cargos dictado en audiencia del 06 de abril de 2021 se indicó lo siguiente:

“...Falta tipificada en el art. 37 numeral 2 de la ley 1123 de 2007.

De conformidad con lo expresado tanto por la ciudadana quejosa como por la Dra. MALLERLLING, se tiene que, la togada encartada presuntamente no rindió informes de su gestión por escrito, una vez terminada la gestión profesional en favor de su poderdante, pues de su versión se logra inferir que, el mismo no lo realizó, ni le fue remitido a su cliente; dijo la togada en su injurada, que esto no se llevó a cabo por una situación de desconfianza con la ciudadana quejosa por maltratamientos de la señora RIVAS, hacia la señora togada y que perdió la

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

confianza, es el término que se usa, pero esto no releva al abogado de la obligación de rendir esos informes, toda vez, que existen medios que permite hacerlos, bajo ese entendido se infiere razonablemente, que se ha cometido esta falta la cual se imputa bajo la modalidad culposa, por cuanto no se percibe en la doctora HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, un querer o una intencionalidad dirigida a no rendir el informe, sino a sopesar circunstancias que no alcanzan el nivel de justificación hasta el momento que fueron esgrimidas.

Por su parte en la sentencia recurrida se inserta la figura de

“...Vencida como está la categoría de tipicidad, en el entendido que los hechos en que incurrió la disciplinada encajan típicamente en los tipos enrostrados como falta disciplinaria, deberá esta H. Corporación, pronunciarse respecto de la antijuridicidad de los mismos.

2. ANTIJURIDICIDAD. El canon 4° de la Ley 1123 de 2007, preceptúa que: “Un abogado incurrirá en una falta antijurídica cuando con su conducta afecte, sin justificación, alguno de los deberes consagrados en el presente código”.

Resulta necesario pasar a identificar los deberes que vulneró la Dra. MALLERLLING HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, y se encuentra que en el caso bajo examen, la letrada encartada vulneró los deberes descritos sobre la lealtad y honradez en sus relaciones profesionales y debida diligencia profesional, prevista en el numeral 8° y 10 ° del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, que a la letra rezan:

“Art. 28-8: Obrar con lealtad y honradez en sus relaciones profesionales. En desarrollo de este deber, entre otros aspectos, el abogado deberá fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto. Asimismo, deberá acordar con claridad los términos del mandato en lo concerniente al objeto, los costos, la contraprestación y forma de pago”.

“Art. 28- 10: Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, lo cual se extiende al contrato de los abogados suplentes y dependientes, así como a los miembros de la firma o asociación de abogados que represente al suscribir contrato de prestación de servicios, y aquellos que contrate para el cumplimiento del mismo”.

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

Deberes que le eran exigibles a la letrada disciplinada en su condición de profesional del derecho, recordando que el ejercicio de la abogacía tiene una función social, por lo cual se espera que los abogados propendan por la protección de los derechos de quienes buscan sus servicios, den cabal cumplimiento a la Constitución y a la ley, y actúen guardando el decoro, la dignidad y la lealtad que exige el correcto ejercicio de la profesión ejercicio que debe ser cauteloso, digno, decoroso y responsable en pro de la protección de los derechos y garantías de los particulares, así como de la correcta contribución que se haga para el celeré funcionamiento de la administración de justicia.

Considerándose carente de lealtad, honradez y diligencia, que una profesional del derecho, sea desleal con su cliente, no actué con honradez en la relación profesional y no atienda con celosa diligencia su encargo profesional, por cuanto la conducta decantada por la profesional MALLERLLING HERNANDEZ, ocasionó que su clienta no tuviera por una parte oportunidad para decidir sobre la contratación de un perito contable donde pudiera decidir sus honorarios; asimismo, la profesional encartada, obtuvo un 60% del porcentaje de participación de su cliente, al quedarse con una proporción superior a las sesenta millones de pesos y por último, fue indiligente al no presentar su informe de gestión por escrito una vez terminó su mandato profesional.

Sin embargo, en esta categoría dogmática, es indispensable estudiar los exculpantes, justificaciones o causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria en los que pueda escudarse el infractor para disculpar la vulneración del catálogo de deberes profesionales contenidos en el artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, específicamente los que transgredió con su comportamiento y que le imponen el compromiso de actuar con lealtad, honradez y diligencia en el ejercicio de la profesión de abogacía.

Encuentra esta H. Corporación, que no se encontraron probadas ninguna de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria de las consagradas en el artículo 22 de la Ley 1123 de 2007; con ello, **se encuentra vencido el juicio de antijuridicidad, procediéndose en última instancia** a verificar el juicio de culpabilidad en el que incurrió la abogada MALLERLLING HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ...”(Resaltado fuera del texto).

De lo anterior se infiere que existe una incongruencia entre el pliego de cargos y la sentencia, pues lo cierto es que los elementos de la falta disciplinaria son la tipicidad, la culpabilidad y la antijuridicidad, los cuales tienen que guardar identidad al momento dictar el pliego de cargos con el momento de proferir la sentencia, por

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

ello, al no haberse dicho nada respecto a la antijuridicidad en el pliego de cargos, y al hacerlo en la sentencia se rompe el principio de congruencia lo cual es causal de nulidad tal como lo consagra el ARTÍCULO 98 de la Ley 1123 de 2007 que señala que son causales de nulidad:

2. La violación del derecho de defensa del disciplinable.
3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Los fundamentos de derecho están dados en que en el pliego de cargos proferido en audiencia del 6 de abril de 2021 y la sentencia proferida el 18 de agosto de 2021 desconoce el artículo 98 de la Ley 1123 de 2007, en su numeral 2 y 3 por cuanto se vulnera el omitir en el pliego de cargos pronunciarse sobre la antijuridicidad de la conducta endilgada a la disciplinada como falta disciplinaria y el hacerlo en la sentencia para derivar responsabilidad implica que se violan las garantías mínimas del derecho de defensa y de contera se convierte en una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso.

Respecto a la incongruencia la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en sentencia del 16 de diciembre de 2019 proferida en el proceso disciplinario radicado No 130011102000201200899 01 Aprobado según Acta No. 097 de la misma fecha, M.P. Alejandro Meza Cardales señaló:

“...Esta situación sorprende a los abogados disciplinados, y lo ubica “(...) en una situación de indefensión la cual se traduce inexorablemente en la violación definitiva de su derecho de defensa (artículo 29 C.P.); además, el principio de congruencia es una manifestación concreta de un valor constitucional supremo limitante del ejercicio del poder público, más aún, tratándose de una autoridad jurisdiccional pues la exigencia que pesa sobre el operador judicial, por las facultades de afectar derechos individuales y por su misión de garante del Estado Social de Derecho, se incrementa, pues, las razones para justificar sus decisiones deben ser construidas y articuladas de manera mucho más rigurosa en comparación de otros órganos estatales delimitadas por el debido proceso (...)” .

En relación con el principio de congruencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Fermín Ramírez vs Guatemala, en Sentencia del 20 de junio de 2005, señaló:

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

“67. Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la “acusación” en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación.

68. Por constituir el principio de coherencia o correlación un corolario indispensable del derecho de defensa, la Corte considera que aquél constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observar en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del artículo 8.2 de la Convención”.

De esta manera al configurarse una causal de nulidad por incongruencia entre el pliego de cargos y la sentencia, se afecta el derecho de defensa pues se sorprende a la defensa sobre la afectación que la conducta endilgada por infringir el deber consagrado en el artículo 28 numeral 8 de la ley 1123 de 2007 al incurrir en la conducta descrita en el numeral 34 literal C de la Ley 1123 de 2007, se genera sobre los deberes profesionales que como abogada en ejercicio debía respetar, lo que vulnera el derecho de defensa y se constituye en una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso.

APELACIÓN FRENTE A LA CULPABILIDAD.

1. CULPABILIDAD. En materia disciplinaria de abogados esta proscrita la responsabilidad objetiva, es por ello que la materialización de la falta debe estar antecedida por la vulneración efectiva a uno de los deberes profesionales, procediéndose entonces a analizar si dicha infracción se cometió con dolo o con culpa, esto como presupuesto para determinar si el sujeto disciplinado es responsable del hecho atribuido y por tanto acreedor de una sanción.

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

Se tiene entonces que la Dra. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ como se viene analizando desde líneas anteriores, al callar situaciones inherentes a la gestión encomendada para desviar la libre decisión sobre el manejo del asunto, como lo fue la contratación de un perito contador, sin contar con el consentimiento de la cliente para cancelar la suma de \$ 22.700.000, así como obtener de su cliente honorarios superiores a la participación correspondiente a su cliente por el 60%, se itera, es una conducta que para agotarse se requiere del conocimiento de la ilicitud y conciencia de la misma, toda vez que, la togada al ser profesional del derecho tenía conocimiento del deber profesional establecido en el Estatuto Deontológico del Abogado y pese a ello decidió de manera voluntaria actuar de manera desviada y contraria a lo establecido en la misma normatividad, es por ello que su conducta se califica bajo la modalidad **DOLOSA**, porque además se encuentra probada la intención y voluntad con la que actuó, pues su *iter* estaba dirigido a orquestar toda una serie de maniobras con el fin de lograr para sí y en detrimento de su representada, el mayor provecho económico posible.

Por último, se encuentra como supuesto fáctico donde la togada faltó a la debida diligencia profesional en tanto no realizó informe de su gestión en favor de su cliente una vez culminó su mandato profesional.

Lo anterior, es claramente una conducta **CULPOSA**, pues no se denota una intención encaminada a realizar un daño, sino que se hace por la incuria y desidia al encargo profesional encomendado, y por ello se sostiene esta Sede de Instancia en el cargo del artículo 37 numeral 2° de la Ley 1123 de 2007, no siendo atendible la causal de justificación esgrimida por existir otros medios adecuados para haberle hecho llegar el informe final de su gestión.

Así las cosas, concluye esta Sala de Decisión, que las conductas enrostradas a la Dra. MALLERLLING HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, se erige típicas, antijurídicas y culpables, lo que permite proceder a sancionar disciplinariamente a la togada encartada.

Para esta defensa en la sentencia impugnada en relación al análisis de la culpabilidad en los dos cargos imputados a la doctora HERNANDEZ RODRIGUEZ y por la cual es sancionada, encuentra esta defensa que las mismas carecen de soporte y análisis probatorio observándose la existencia de responsabilidad objetiva, la cual en la ley disciplinaria se encuentra proscrita, toda vez que en la primera se limita la Sala a señalar la naturaleza de la falta, que fue imputado a título de DOLO, toda vez que en dicho acápite no se hace alusión a ningún elemento probatorio que indique el conocimiento y la voluntad de alejarse de manera consciente de dicho deber y por ello incurrir en la falta endilgada, pues no basta con indicar que la profesional conocía del deber de informar y que pese a ello de manera consciente y voluntaria decidió alejarse de dicho deber, por cuanto, el dolo no se presume solo del deber, sino que el mismo debe estar plenamente probado con algunos de los medios probatorios señalados en la Ley 1123 de

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

2007. Lo cual ocurre con la falta contra la honradez en la cual no se hace ningún análisis probatorio.

Respecto a la falta al deber de diligencia no establece el medio probatorio que dé cuenta que la misma se debió a la infracción del deber objetivo de cuidado que los profesionales deben tener en el ejercicio de la profesión, esto es, que no hay prueba que la determine ni análisis completo de ella.

Esto es, que haya o prueba testimonial, o prueba documental o cualquiera de los otros medios de prueba que indiquen de manera fehaciente que un profesional del derecho incumple el deber. Ejemplo porque se le requirió por escrito o por medios electrónicos o de manera verbal ante otro testigo y pese a ello de manera consciente omite cumplir con el deber, situación que en el caso objeto de apelación no se presentó, pues no hay ni un solo elemento probatorio analizado para derivar el dolo.

Prevé el artículo 21 del CDA, sobre las modalidades subjetivas de realización de la conducta censurable en este terreno del derecho sancionador, que “Las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa”, lo cual debe ser determinado por el operador disciplinario en el acto de imputación jurídica, como parte de la calificación provisional.

De igual manera en este examen de culpabilidad el Operador Disciplinario debe determinar y definir que es el dolo y que es la culpa, pero esa definición no es una definición a capricho o voluntaria o inventada, sino que debe estar en marcada en alguna norma.

La ley 1123 de 2007 **no señala la definición de DOLO O CULPA, por ello, como quiera que tal definición no está en dicha norma, se obliga al operador disciplinario a que en aplicación del concepto de números apertus y por remisión e integración normativa acuda a la norma que consagra la definición para que pueda ser aplicada al contexto del proceso disciplinario de los abogados.**

Es claro que la definición de DOLO O CULPA en las faltas endilgadas y por las cuales se emite la presente sentencia, responden a la voluntad del juzgador, pues la definición de cada uno de ellos, procede de los recuerdos y las memorias que los miembros de la sala tienen respecto a lo que es DOLO Y CULPA y no a una definición legal, pudiendo extenderse tal definición a lo que señala la ley penal para los delitos, o lo que señala la ley

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

civil o lo que señala la ley disciplinaria para funcionarios, o la ley administrativa, o simplemente a una mezcla de todas ellas, pues de lo enunciado en el acápite de la culpabilidad no se infiere ningún marco legal que permita determinar cuál es la definición empleada en dicho aspecto, con lo cual se vulnera el derecho de defensa y el debido proceso.

Por lo anterior se solicita se decrete la nulidad de lo actuado desde el auto de pliego de cargos dictado en audiencia del 6 de abril de 2021, pues existe una incongruencia entre el auto de cargos y la sentencia proferida el 18 de agosto de 2021 con lo cual se desconoce el artículo 98 de la Ley 1123 de 2007, en su numeral 2 y 3 por cuanto se vulnera el omitir en el pliego de cargos pronunciarse definir en que consiste el dolo y/o la culpa desde el punto de vista normativo por remisión o integración normativa, quedando la definición y la estructuración de esta figura en cabeza del juzgador y de la Sala, lo cual es además de arbitrario desconocedor del debido proceso disciplinario pues no se aplica un marco jurídico claro que permita un verdadero ejercicio de defensa lo cual se constituye en una verdadera irregularidad sustancial que vulnera el debido proceso tal como lo señala el artículo 98 de la ley 1123 de 2007 en sus numerales 2 y 3, siendo este el fundamento de derecho de la presente solicitud.

En aplicación del principio de favorabilidad se solicita a la SALA DE LA COMISION NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL, se sirva revocar la sentencia apelada y en su lugar se absuelva a la doctora MALLERLING HERNANDEZ RODRIGUEZ, de los cargos imputados de suspensión en el ejercicio de la profesión por catorce (14) meses y multa de 70 (1) S.M.L.M.V.

RECURSO DE APELACIÓN FRENTE A LA SANCIÓN EMITIDA EN LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En la sentencia del 18 de agosto de 2021 objeto de recurso se indicó que se sancionaba a la doctora MALLERLLING HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ con SUSPENSIÓN en el ejercicio de la profesión de CATORCE (14) MESES y MULTA DE SETENTA (70) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

Para esta defensa la sanción de multa resulta desproporcionada y carente de sustento con lo cual se vulneran los fines y los principios que rigen la sanción disciplinaria, pues no se hace un verdadero estudio de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de la sanción, más allá de indicar como fundamento de la multa:

“...La imposición de la multa, además de la **SANCIÓN**, deviene en razonable y proporcionada, en atención a que la Dra. MALLERLLING HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ con su impropio actuar, ocasionó daño patrimonial evidente a la señora ELIZABETH RIVAS CAMPAZ, pues ésta enriqueció su patrimonio de manera injusta en detrimento del patrimonio de la ciudadana quejosa...”

Para esta defensa el sustento de la sanción de suspensión y de la multa y el establecer el monto 14 meses de suspensión y el establecer el valor económico en 70 salarios mínimos, resulta desproporcionado y contrario a los principios constitucionales pues no se hace ningún análisis o estudio para derivar en la sanción de multa y establecer el monto en esa cantidad.

Obsérvese que la ley 1123 de 2007 si bien permite que la sanción de multa pueda ser aplicada como principal o accesoria, lo cierto es que ello debe responder a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, estableciéndose un criterio para determinar el monto de la sanción partiendo del mínimo y hasta el máximo, tal como lo indicó la corte constitucional en la sentencia C- 844 DE 2007 que señaló:

*“...Tal como lo señala la demandante, el legislador disciplinario no contempló un sistema de sanciones que estuviese clasificado en principales y accesorias, conforme a la fórmula sistémica usada en otros estatutos. Estableció, en principio, un catálogo de sanciones que debe ser aplicado de manera autónoma, con observancia de los criterios objetivos generales, de atenuación y agravación, que el mismo estatuto prevé. De manera particular, estimó el legislador que la multa puede ser aplicada como sanción autónoma, al igual que las otras, ó como concurrente con la de suspensión o exclusión de la profesión, permitiéndosele a la autoridad disciplinaria un margen de discrecionalidad que **debe ser administrado de manera muy***

JARBY MESA GONZALEZ

Abogado Titulado

cuidadosa, tomando en cuenta para ello los criterios objetivos que la propia ley le señala como orientadores del proceso de individualización de la sanción...

Por lo que para esta Defensa la sanción emitida de multa no responde a los criterios establecidos por la ley 1123 de 2007 para definir el monto de la sanción accesoria ni cuenta con un análisis de los los principios rectores de la actuación disciplinaria, específicamente en los artículos 11 y 13 de la Ley 1123 de 2007, los cuales disponen respectivamente: *“La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la profesión de abogado”* y *“La imposición de cualquier sanción disciplinaria deberá responder a los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley”*, por ello al desconocer lo preceptuado en la ley disciplinaria para imponer la sanción se solicita se revoque la sanción de multa, por ser inconstitucional e ilegal al no respetar los criterios de graduación y ser un acto arbitrario.

De la misma manera frente a la sanción de suspensión de 14 meses solicita esta defensa que la misma sea revisada y rebajada en relación a los argumentos planteados por desconocer los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.



JARBY MESA GONZALEZ

C.C. 93.414.377 Expedida en Ibagué – (Tolima)

T.P. No.195.903 expedida por el C.S. de la J.