

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL

Bogotá D. C, veinte (20) de octubre de 2022

**Magistrado Ponente: MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ
TAMAYO**

Radicación n.º 5400111 02 000 2016 00655 01

Aprobado, según acta nº 080 de la fecha

1. ASUNTO POR TRATAR

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en ejercicio de sus competencias consignadas en el artículo 257A de la Constitución Política de Colombia¹, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensora de confianza del abogado Teodoro Ortega Soto en contra de la sentencia de primera instancia del 16 de mayo de 2019, proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander y Arauca², que lo declaró disciplinariamente responsable y le impuso la sanción de exclusión en el ejercicio de la profesión, por la comisión de la falta disciplinaria descrita en el numeral 4.º del artículo 35 de la Ley 1123 de 2007, a título de dolo, en concordancia con la infracción del deber fijado en el numeral 8º del artículo 28 del Estatuto del Abogado.

¹ Inciso quinto del artículo 257 A de la C. P.: «La Comisión Nacional de Disciplina Judicial será la encargada de examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley, salvo que esta función se atribuya por la ley a un Colegio de Abogados».

²Sala dual conformada por los magistrados Martha Cecilia Camacho Rojas (ponente) y Calixto Cortés Prieto.

2. LA CONDUCTA QUE SE INVESTIGÓ Y POR LA CUAL SE IMPUSO LA SANCIÓN DISCIPLINARIA

El comportamiento objeto de investigación por parte de la primera instancia consistió en que el abogado Teodoro Ortega Soto no entregó al señor Pedro Ignacio Rico Villamizar, la suma de \$6.565.832, recibida de CASUR en virtud de la gestión profesional que adelantó en su representación, con el fin de tramitar el aumento de la mesada pensional conforme al índice de precios al consumidor.

Esta conducta se denunció por el señor Pedro Ignacio Rico Villamizar mediante queja disciplinaria presentada el 29 de agosto de 2016³ ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander y Arauca.

3. TRÁMITE PROCESAL

3.1. Repartida la queja el 29 de agosto de 2016⁴ y acreditada la condición de abogado del investigado⁵, la magistrada instructora⁶, mediante auto del 26 de septiembre de 2016⁷, ordenó la apertura del proceso disciplinario y fijó la audiencia de pruebas y calificación provisional para el 7 de diciembre de 2016, decisión de la cual se notificó personalmente al ministerio público según constancia secretarial del 12 de octubre de 2016⁸.

3.2. Luego de múltiples solicitudes de aplazamiento a las cuales accedió el despacho y de fijar un emplazamiento entre el 28 y el 30 de

³ Folios 1 a 3 del cuaderno principal.

⁴ Folio 9, *ibidem*.

⁵ Folio 11, *ibidem*.

⁶ Doctora Martha Cecilia Camacho Rojas.

⁷ Folio 13, *ibidem*.

⁸ Folio 14, *ibidem*.

noviembre de 2016⁹, la audiencia de pruebas y calificación provisional se instaló el día 21 de junio de 2017, con la presencia del disciplinable¹⁰. En esta diligencia se practicaron las diligencias de ampliación de queja y versión libre, se le concedió al disciplinable el uso de la palabra para solicitar pruebas y, hecho eso, el despacho decretó las siguientes: (i) oficiar a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR) para que certificara la fecha, hora y medio a través de los cuales el abogado Teodoro Ortega Soto se notificó de la resolución 7618 del 19 de octubre de 2015 y la fecha y el medio por el cual se efectuó el desembolso correspondiente; (ii) Oficiar a CASUR con el fin de que emitiera copia de la solicitud de pago elevada por el abogado Teodoro Ortega Soto con radicado ID 83204 del 11 de mayo del 2015 y el poder aportado, así como los antecedentes administrativos de esa petición; (iv) el testimonio de Gustavo Rico Villamizar, para lo cual se libró despacho comisorio a la sala homóloga de Bogotá; (v) actualizar por secretaría los antecedentes del investigado; y (vi) oficiar a Davivienda para que certificara la existencia de la cuenta de ahorros 226070168621y su titular, así como para que indicara su el señor Ortega Soto había hecho alguna consignación a ese producto financiero a partir del mes de noviembre del año 2015, por qué monto y en qué fecha.

3.3. Dada la inasistencia del disciplinable a las diligencias convocadas para los días 9 de mayo y 6 de julio del año 2018, el despacho dispuso designarle como defensora de oficio a la abogada Karla Steffania Pernet Carrillo mediante providencia del 10 de agosto del 2018¹¹.

3.4. La audiencia de pruebas y calificación provisional prosiguió en la sesión del 8 de febrero de 2019¹². En esta diligencia, una vez valoradas las pruebas decretadas y practicadas en audiencia, la magistrada sustanciadora procedió a calificar la actuación disciplinaria y, en tal

⁹ Folio 25, *ibidem*.

¹⁰ Folios 54 a 55,, *ibidem*.

¹¹ Folios 132, *ibidem*.

¹² Folio 146, *ibidem*.

sentido, dispuso la formulación de cargos en contra del abogado Teodoro Ortega Soto, en el siguiente sentido:

Así las cosas, el abogado, por no haber entregado la suma que le corresponde, descontados sus honorarios, al señor Pedro Ignacio Rico Villamizar, producto de su gestión, es que se (sic) es el hecho en el que se sustenta la posible falta en que pudo incurrir el abogado, de la que trata el artículo 35 de la Ley 1123, que contempla que constituyen faltas a la honradez del abogado «no entregar a quien corresponda y a la menor brevedad posible dineros, bienes o documentos recibidos en virtud de la gestión profesional, o demorar la comunicación de este recibo».

En este caso en concreto, por no haber entregado la parte que le correspondía al quejoso, por el abogado, que recibió, producto de su gestión ante CASUR, y en representación del aquí quejoso.

En sede de antijuridicidad, por vulneración al deber de que trata el artículo 28 de la Ley 1123, en su numeral, octavo, que les exige a los profesionales «obrar con lealtad y honradez en sus relaciones profesionales», y en la modalidad dolosa, pues es un hecho cierto que el abogado recibió el dinero, que el señor quejoso ha tratado que le devuelva el dinero, que le envió a su hermano para el cobro, a la oficina, que se ha comunicado con él, y que a pesar de todas esas solicitudes y requerimientos, por lo menos hasta la fecha que se recibió la constancia, [...] hasta ahora no hay prueba de que el abogado haya entregado esa suma de dinero, lo que indica su intención de apropiación y el dolo en su actuar.

3.5. La audiencia de juzgamiento se llevó a cabo el día 14 de mayo de 2019¹³, diligencia en la que se presentaron alegatos de conclusión por parte de la abogada defensora del investigado.

3.6. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander dictó sentencia el 16 de mayo de 2019¹⁴, mediante la cual declaró disciplinariamente responsable al abogado Teodoro Ortega Soto y le impuso la sanción de exclusión en el ejercicio de la profesión.

¹³ Folio 156, ibidem.

¹⁴ Folios 212 a 218 ibidem.

La providencia se notificó personalmente al disciplinado¹⁵, a su defensora de oficio¹⁶ y al representante del Ministerio Público¹⁷. Dentro del término de ley, la defensora interpuso recurso de apelación¹⁸ contra la decisión sancionatoria en procura de solicitar su revocatoria.

Surtido el traslado a los intervinientes que no actuaron como recurrentes, el recurso de apelación fue concedido mediante auto del 18 de junio de 2019¹⁹.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander y Arauca declaró la responsabilidad disciplinaria del abogado Teodoro Ortega Soto y le impuso la sanción de exclusión en el ejercicio de la profesión, por la comisión de la falta disciplinaria descrita en el numeral 4.º del artículo 35 de la Ley 1123 de 2007, a título de dolo, en concordancia con la infracción del deber fijado en el numerales 8º del artículo 28 del Estatuto del Abogado.

Para arribar a esa conclusión, el *a quo* se refirió, en primer lugar, a los hechos jurídicamente relevantes, en los siguientes términos:

De los hechos relevantes como de la testimonial se establece y concluye que efectivamente el abogado fungió como apoderado del quejoso en una reclamación extrajudicial que se llevo (sic) a cabo en la Procuraduría 23 judicial II oara asuntos administrativos de esta ciudad, en donde procedio (sic) por la convocada, esto es la Caja de Retiros de la Policía Nacional Casur a conciliar lo peticionado en la suma de \$6.556.831 luego de los descuentos de ley, la que fue avalada por el juzgado

¹⁵ Folio 167, ibidem.

¹⁶ Folio 168, ibidem.

¹⁷ Folio 169, ibidem.

¹⁸ Folios 170 a 171, ibidem.

¹⁹ Folio 174, ibidem.

cuarto administrativo oral de Cúcuta el 20 de noviembre de 2014 (sic)

Se estableció además que el pago de esa conciliación se ordenó mediante resolución 7681 del 11 de mayo de 2015 y se le consigno (sic) el 24 de noviembre de 2015 al abogado a la cuenta de ahorros 4-007-01-19282-2 del Banco agrario de Colombia

De otro lado el quejoso afirmo (sic) que cuando el abogado le pidió una cuenta para consignarle la suma correspondiente descontados sus honorarios le dio el número 226070168621 del banco Davivienda y se certificó que allí por lo menos para el 24 de octubre de 2017 no se había realizado ninguna consignación por parte del togado

De igual forma el señor Pedro Ignacio Rico afirmo (sic) en la fecha en que rindió su testimonio, esto es 21 de junio de 2017, que el togado no le había consignado o cancelado de otra manera el dinero de su propiedad recibido por el abogado de parte de Casur

En segundo lugar y con base en los hechos probados, la sentencia de primera instancia encontró que la conducta imputada era típica de la falta endilgada al disciplinable por cuanto no había duda de que «los dineros de los cuales se apropió el investigado los recibió con ocasión de la gestión profesional a la que se comprometió, en tanto que fueron consignados por Casur desde noviembre de 2015 y a la fecha no se allega prueba de su pago al quejoso por parte del abogado».

En tercer lugar, en sede de antijuridicidad, consideró que se podía predicar la vulneración del deber de que trata el numeral 8 del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, «pues el apropiarse de dineros recibidos en el desarrollo de su mandato no hace gala de esa honestidad que debe tenerse como faro en el ejercicio de la profesión».

En cuarto lugar, frente a la imputación subjetiva, estimó la primera instancia que la falta era atribuible a título de dolo «pues el abogado aun a pesar de conocer, por lo menos para el día 21 de junio de 2017 el número de la cuenta del quejoso y antes de ello conforme al testimonio de este, no ha procedido a pago alguno, por lo menos en lo

que tendría que ver con el 70% de la suma recibida en tanto que el quejoso afirmo (sic) haber acordado el 30% de honorarios».

En quinto lugar, consideró la primera instancia que «la abogada actuó contraviniendo el deber profesional establecido en el numeral 8 del artículo 28 del CDA», conducta que no encontró justificación en los motivos expuestos por la defensa, «pues si lo que requería era el pago de honorarios, ha debido iniciar las acciones legales pertinentes para su reconocimiento y cobro, y no simplemente tomar el dinero que no le correspondía».

Al respecto, puntualizó que de esa omisión en el pago fácilmente se deducía y demostraba la intención de apropiarse del dinero de su cliente y por tanto el «dolo necesario para demostrar la parte subjetiva de la infracción ética».

Finalmente, en cuanto a la determinación y graduación de la sanción, sostuvo lo siguiente:

[...] estima la Sala que el comportamiento contrario a la ética profesional ejecutado por el abogado investigado (sic) deben ser sancionados siguiendo para ello los parámetros indicados por el artículo 45 de la ley 1123 de 2007, teniendo en cuenta la gravedad, modalidad y circunstancias en que se cometió la falta, siendo que como consecuencia de tal proceder se menoscabó la imagen de los profesionales del derecho ante la sociedad, y se le causo (sic) además un perjuicio a su poderdante quien vio desaparecer el dinero que legítimamente le correspondía recibir, apropiándose de una suma considerable de cara a la situación económica del poderdante que el abogado no ha querido entregar a pesar de conocer en la audiencia de pruebas y calificación donde podía realizar el pago, es decir ni con esta investigación el togado declino (sic) su mal actuar, demostrando un total desprecio por las consecuencias de ello, y anotándose que el abogado registra antecedentes de naturaleza disciplinaria, en tanto que la falta imputada es de carácter permanente esta Judicatura, con base en lo dispuesto en el artículo 44 del Código Disciplinario del Abogado, considera menester imponerle sanción de EXCLUSIÓN, en razón a que este (sic) caso concurren circunstancias de agravación de que trata el numeral 1 y 3 del literal A del artículo 45 de la ley 1123 de 2007.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el defensor de confianza del abogado Ortega Soto interpuso el recurso de apelación que sustentó en los siguientes términos:

En primer lugar, aclaró que no tenía ninguna oposición frente a los «hechos relacionados con la asistencia profesional y cobro de haberes» por parte de su representado y en nombre del quejoso ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR).

En segundo lugar, en torno a los «hechos concretos sobre los cuales estructura el despacho su sanción disciplinaria», adujo que, si bien era cierto que su prohijado cobró en nombre de señor Pedro Ignacio Rico Villamizar ante CASUR unos haberes de propiedad del quejoso, y que ellos hasta el momento no se habían devuelto, «tal situación no puede ser imputada de manera exclusiva [...] puesto que la demora en su entrega ha obedecido a la negativa mostrada por el quejoso en reconocer los haberes que por derecho y en virtud del contrato de mandato de prestación de servicios [...] fueron pactados» con el quejoso.

Al respecto, puntualizó que el quejoso le estaba exigiendo unilateralmente a su representado el pago de la suma aproximada de dos millones de pesos adicionales, «los cuales tendrían como finalidad cancelar el valor de los honorarios cobrados por la doctora LIDIA TATIANA LEAL ROJAS, quien actuó en el trámite de la gestión en nombre del quejoso, en la audiencia de conciliación extrajudicial». En esa medida, agregó que el actuar del disciplinable no era más que un acto de legítima defensa de sus intereses.

En tercer lugar, a título de pretensiones, alegó que el comportamiento de su representado no podía ser considerado como doloso, para lo cual insistió en que se trataba, a su juicio, de un «mero acto de defensa de sus intereses económicos legítimos, que encuadra de manera indefectible en el contenido de la causal (sic) ausencia de responsabilidad disciplinaria consignada en el artículo 22, numeral 3 de la norma ad jusem, el cual prevé que no habrá lugar a responsabilidad disciplinaria cuando “se obre en legítimo ejercicio de un derecho o de una actividad lícita”.»

Por último y a la manera de pretensión subsidiaria, solicitó que el comportamiento atribuido a su prohijado fuera calificado bajo la modalidad de «culpa grave, por violación del deber objetivo de cuidado».

6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Remitido el asunto a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, se sometió a reparto y su conocimiento correspondió al magistrado Alejandro Meza Cardales, de acuerdo con el acta del 16 de julio del 2019²⁰.

Luego, mediante acta individual de reparto del 8 de febrero de 2021²¹, el conocimiento del presente asunto correspondió al suscrito magistrado de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

7. CONSIDERACIONES DE LA COMISIÓN

7.1. Competencia

²⁰ Folio 3 cuaderno de segunda instancia.

²¹ Folio 5, ibidem.

Esta Colegiatura precisa que tiene la competencia para conocer de la apelación interpuesta por el sancionado a la luz de las previsiones del artículo 257 A de la Constitución Política de Colombia de 1991, que creó la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y le fijó sus atribuciones constitucionales, una de ellas, la relativa al enjuiciamiento disciplinario de los abogados.

De este modo, a partir de la entrada en funcionamiento de esta nueva alta corte judicial —trece (13) de enero de 2021—, y a partir de tal fecha, debe entenderse que la Ley 1123 de 2007 no se refiere a la extinta Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura sino a la nueva Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

7.2. Problemas jurídicos

Del recurso de apelación interpuesto por el defensor del disciplinable, los problemas jurídicos a resolver se pueden plantear en los siguientes términos:

7.2.1. Primer problema jurídico

¿Estaba excusado el abogado Ortega Soto de la falta contra la honradez profesional descrita en el numeral 4° del artículo 35 de la Ley 1123 de 2007, relacionada con la no entrega a quien correspondía y a la mayor brevedad de los dineros recibidos en virtud de la gestión profesional, porque supuestamente obró en ejercicio de un derecho o una actividad lícita, al haber retenido parte de los dineros recibidos en representación de su cliente para defender la remuneración propia y la de su colega Lidia Tatiana Leal Rojas?

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial sostendrá la siguiente tesis: la comisión advierte que la falta contra la honradez profesional no se excluye por el hecho de que el disciplinable haya retenido los dineros de su cliente con el propósito de defender el derecho a la remuneración propia y a la de su colega como quiera que no entregó la suma total recibida de CASUR y, en tal virtud, en todo caso habría tenido que devolver cuando menos el 50% de dicha cifra.

Para sostener esta tesis, se hará referencia a (i) la causal de exclusión de responsabilidad consistente en «obrar en legítimo ejercicio de un derecho o de una actividad lícita y al (ii) caso concreto.

(i) La causal de exclusión de responsabilidad consistente en «obrar en legítimo ejercicio de un derecho o de una actividad lícita

El numeral 3 del artículo 22 de la Ley 1123 de 2007 consagra como causal eximente de responsabilidad disciplinaria la siguiente:

Artículo 22. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. No habrá lugar a responsabilidad disciplinaria cuando:

[...]

3. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho o de una actividad lícita.

Como se puede apreciar, de acuerdo con la norma no hay lugar a declarar la responsabilidad disciplinaria cuando la conducta por la cual se está investigando al disciplinable se comete en ejercicio de un derecho o de una actividad lícita.

Pero la circunstancia eximente no puede configurarse por el ejercicio de cualquier derecho o actividad lícita, sino por una que tenga la entidad suficiente de eximir al sujeto activo del cumplimiento del deber a su cargo. Esta es la única manera de entender el real sentido de la norma,

si se tiene en cuenta que «el eje central de la antijuridicidad en el derecho disciplinario de los abogados descansa sobre la protección de los deberes profesionales»²² y, por consiguiente, el incumplimiento de tales imperativos profesionales solo sería justificable ante la inevitable necesidad de amparar un derecho o actividad lícita.

En esta medida, para la Comisión Nacional de Disciplina Judicial es claro que el eximente de responsabilidad previsto por el numeral 3.º del artículo 22 del Estatuto del Abogado opera cuando se produce una tensión entre el cumplimiento de un deber profesional y el ejercicio del derecho o de una actividad lícita, es decir, cuando no es posible cumplir el uno sin sacrificar el otro.

Se trata, entonces, de la denominada «colisión» entre un derecho y un deber, expresión acuñada no solo por la doctrina sino inclusive por la jurisprudencia constitucional²³.

Ahora bien, para la configuración de esta causal no basta con que se produzca una «colisión» entre un derecho y el deber profesional protegido por la falta de que se trate, sino que es necesario verificar la presencia de otros requisitos igualmente indispensables, habida consideración de que no cualquier deber o actividad pueden justificar el sacrificio del deber a cargo del disciplinable.

Así, además de la colisión propiamente dicha, se requiere (i) que el derecho sea legítimo o que la actividad sea de carácter lícito, que el uno o la otra (ii) estén relacionados con el ejercicio de la profesión de abogado y que el uno o la otra (iii) resulten más valiosos que el deber

²² COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL, sentencia del 20 de mayo de 2021, radicación n.º 520011102000 2016 00581 01, reiterada mediante sentencia del 26 de mayo de 2021, radicación n.º 630011102000 2020 00106 01 y del 29 de septiembre de 2021, radicación n.º 660011102000 2017 00204 01.

²³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-948 de 2002, oportunidad en la cual sostuvo que «en el derecho disciplinario tipicidad y antijuridicidad sustancial están unidas, [y por tanto] la falta disciplinaria bien puede excluirse por colisión de deberes.»

profesional sacrificado, de modo que en el caso concreto sea digno de prevalecer.

El primero de estos requisitos se extrae directamente del tenor de la norma cuando prescribe que no habrá lugar a responsabilidad disciplinaria cuando se obre en legítimo ejercicio de un derecho o de una actividad lícita. Sin embargo, ¿cómo determinar que el derecho es legítimo o que la actividad es lícita?

A tal efecto, lo primero que debe verificarse es que se trate de un «verdadero derecho subjetivo, a saber, una facultad tutelada expresamente por el derecho y que otorgue a su titular la posibilidad de obligar a los demás a acatar su ejercicio»²⁴. Por lo tanto, la fuente de este derecho puede encontrarse en la Constitución, la ley, el reglamento e incluso un convenio o negocio jurídico.

Del propio modo, para que el derecho sea legítimo es necesario que resida en cabeza de una persona determinada y que sea ella quien lo ejerza²⁵. De ahí que esta causal de justificación solamente aplica cuando se trata del ejercicio de un derecho propio, y por tanto no abarca la protección de un derecho ajeno.

Para supuestos como ese, el legislador dispuso como eximente de responsabilidad la causal prevista por el numeral 4.º del artículo 22 de la Ley 1123 de 2007, a cuyo tenor está exento de responsabilidad disciplinaria el abogado que busque salvar «un derecho propio **o ajeno** al cuál deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.» [negrilla para resaltar] Esta es, pues, una clara diferencia entre las causales de justificación

²⁴ ROMERO SOTO, Luis E. *El ejercicio legítimo de un derecho*. Disponible en: <file:///Users/humbertoizquierdo/Downloads/rechava2,+Gestor+a+de+la+revista,+Estudios+1.pdf>. P. 384.

²⁵ ROMERO SOTO, Luis E. *El ejercicio legítimo de un derecho*. Disponible en: <file:///Users/humbertoizquierdo/Downloads/rechava2,+Gestor+a+de+la+revista,+Estudios+1.pdf>. P. 386.

previstas por los numerales 3 y 4 del artículo 22 del Estatuto del Abogado.

Asimismo, la *legitimidad* del derecho, para que justifique la conducta, depende de que esta se cometa por el sujeto activo «conociendo el derecho que tiene y con la intención (voluntad) de ejercerlo»²⁶. Así lo han considerado igualmente la jurisprudencia²⁷ y la doctrina nacional²⁸.

Ahora bien, cuando se trata de una «actividad», se requiere que sea lícita, lo que significa que esta causal podría configurarse para salvaguardar el ejercicio de una labor amparada por el ordenamiento y no para justificar una conducta contraria a derecho.

Con todo, este segundo requisito, que exige la *legitimidad* del derecho o la *licitud* de la actividad, implica que la causal solo protege el uso del derecho y por ende excluye todo evento de abuso del derecho, al punto de que muchas faltas disciplinarias castigan, justamente, la extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones.

En segundo lugar y a diferencia de lo que sucede en otras disciplinas que, como el derecho penal, se sustentan en una relación general de sujeción, en el campo del derecho disciplinario, que se fundamenta en una relación especial de sujeción (RES), el ejercicio de un derecho solamente es legítimo para justificar una conducta cuando guarda relación con el deber a cargo del disciplinable y por cuya infracción se le está investigando o juzgando.

Así lo ha entendido la doctrina más autorizada, para la cual esta causal «[s]olamente se configura cuando entran en conflicto deberes con derechos inherentes al ejercicio de la función pública [...] o a las

²⁶ ROMERO SOTO, Luis E. *El ejercicio legítimo de un derecho*. Disponible en: <file:///Users/humbertoizquierdo/Downloads/rechava2,+Gestor+a+de+la+revista,+Estudios+1.pdf>. P. 387.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de casación del 5 de mayo de 2004, radicación n.º 19.992, MP: Mauro Solarte Portilla.

²⁸ GÓMEZ PAVAJEAU, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020. P. 566.

profesiones intervenidas, pues de lo contrario su regulación estará en el ámbito de la inexigibilidad de otra conducta»²⁹.

De lo contrario, es decir, de aceptarse que toda clase de derechos del disciplinable justifican el incumplimiento de los deberes profesionales a cargo de los abogados, entonces perdería todo sustento el sistema de control ético de la profesión pues, en ese caso, bastaría con oponer cualquier derecho subjetivo para desconocer la preminencia de la ética profesional.

En ese orden de ideas, en el caso particular del régimen disciplinario de los abogados, desde luego, el ejercicio legítimo de un derecho solamente eximirá de responsabilidad cuando se encuentre vinculado con alguno de los deberes profesionales de que trata el artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, tales como la dignidad, el decoro y la honradez en el ejercicio de la profesión, así como la debida diligencia o la lealtad con el cliente, con los colegas o con la administración de justicia y los fines del Estado.

En tercer lugar, como es apenas lógico, para la configuración de esta causal se requiere que el deber profesional deba ceder ante el derecho legítimo o la actividad lícita. En esa particular característica sí coincide esta causal por la prevista en el numeral 4 del artículo 22 de la Ley 1123 de 2007, igualmente contemplada por el numeral 4.º del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, y por el numeral 5.º del artículo 31 de la Ley 1952 de 2019, según sea el caso, normas propias del derecho disciplinario de quienes ejercen funciones públicas, que son del siguiente tenor:

²⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020. P. 560. Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha considerado que la causal excluyente de la responsabilidad disciplinaria prevista por el numeral 4.º del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 es el fundamento de uno de los elementos de la categoría dogmática de la culpabilidad, esto es, la exigibilidad de un comportamiento diverso. Ver, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, sentencia del 6 de febrero de 2020, radicación n.º 25000-23-42-000-2013-06021-01(3003-17), magistrado ponente: William Hernández Gómez

ARTÍCULO 28. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quién realice la conducta:

[...]

4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cuál deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.

[...]

ARTÍCULO 31. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. No habrá lugar a responsabilidad disciplinaria cuando la conducta se realice:

[...]

5. Para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.

De conformidad con estos cánones, que bien pueden ser aplicados al derecho disciplinario de los abogados en virtud de la integración normativa de que trata el artículo 16 de la Ley 1123 de 2007, fluye con claridad que el método para determinar si el derecho debe prevalecer sobre el deber es la denominada «ponderación», que pasa por la aplicación de los criterios o principios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, en los términos en que han sido suficientemente decantados por la jurisprudencia constitucional.

(ii) El caso concreto

Los argumentos de apelación estuvieron dirigidos a alegar que la retención del dinero correspondía a un legítimo ejercicio de un derecho por parte del abogado investigado, en especial porque la suma de dos millones de pesos a su juicio debía entregarse a «la doctora LIDIA TATIANA LEAL ROJAS, quien actuó en el trámite de la gestión se correspondía con los honorarios que podía cobrar la abogada en un porcentaje equivalente al 20% del valor recibido». En ese sentido, en criterio de la apelante el abogado investigado había actuado al amparo de la causal de exclusión de responsabilidad prevista por el numeral 3

del artículo 22 de la Ley 1123 de 2007, es decir, el haber obrado en «legítimo ejercicio de un derecho o de una actividad lícita.»

Sobre el particular, lo primero que debe destacar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial es que esta causal de exoneración de responsabilidad no resulta aplicable en el presente asunto. En efecto, aunque percibir una remuneración justa y acorde al compromiso profesional es efectivamente un verdadero derecho subjetivo que recaía en cabeza del disciplinable, relacionado, además, con el ejercicio de su profesión, en este caso el abogado disciplinable no necesitaba sacrificar el deber de entregarle a su cliente los dineros que le correspondían para ejercer su legítimo derecho a percibir honorarios.

En otras palabras, no había una tensión entre el deber y el derecho del abogado investigado que hubiera podido justificar la retención, puesto que para descontar sus honorarios de la suma total recibida de parte CASUR bastaba con que permaneciera con la porción a que tenía derecho y le entregara cuanto antes el remanente a su cliente. Desde esa perspectiva, el abogado Ortega Soto no obró en ejercicio de un derecho sino que simplemente desconoció el deber profesional de honradez al haber retenido los dineros de su cliente.

De esa manera, para la corporación es evidente que no se configura ni siquiera el enunciado general de esta causal eximente de responsabilidad, el cual se concreta en el último de los requisitos precedentemente desarrollados. Y tampoco se configura el tercero de los requisitos para la aplicación de esta causal en la medida en que el derecho a cobrar en honorarios en este particular caso no se ejerció de manera legítima puesto que, aun cuando era titular del derecho subjetivo, no se probó en el proceso que retuvo los dineros con el conocimiento y la voluntad de defenderlo.

Muy por el contrario, el abogado habría abusado del derecho a cobrar honorarios para tomar para sí dineros que realmente le correspondía

entregar a su cliente, al no haber devuelto siquiera la suma total recibida en virtud de la gestión profesional descontando el monto de los honorarios.

En síntesis, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial considera que si bien la remuneración justa es un derecho de los abogados que está efectivamente relacionado con la profesión, y cuyo ejercicio en determinadas circunstancias podría llegar a configurar la causal eximente de responsabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 22 de la Ley 1123 de 2007, en el caso materia de análisis no concurren los presupuestos necesarios para que así sea, toda vez que no se aprecia una verdadera colisión entre el derecho a percibir honorarios y el deber profesional de honradez, pues (i) la retención de dineros por parte del investigado realmente no se produjo como consecuencia del derecho a una remuneración propia, (ii) y, aun si así hubiere sido, esa retención de ninguna manera podía considerarse como legítima puesto que el monto retenido excedió por mucho el porcentaje equivalente a honorarios, lo que refleja que no era su voluntad el ejercicio del derecho.

Por otra parte, si se diera por hecho que parte del dinero recibido por el abogado investigado en representación de su cliente debía destinarse para cubrir los honorarios de la abogada Leal Rojas, esa sola circunstancia no tendría la virtualidad de excusar la conducta del disciplinable puesto que, como se ha dejado expuesto, la causal prevista por el numeral 3.º del artículo 22 de la Ley 1123 de 2007 no exime de responsabilidad cuando se trata de derechos ajenos.

En todo caso, recuérdese que la cifra total recibida por el abogado Ortega Soto fue de \$6.556.831, por lo que, descontados los dos millones de pesos aducidos por la apelante, de cualquier manera seguiría estando pendiente la devolución de \$4.556.831.

Ahora bien, desde luego que el abogado Ortega Soto también tendría derecho a participar de una porción de la suma total recibida de CASUR a título de honorarios; sin embargo, ese legítimo derecho tampoco excluye su responsabilidad disciplinaria dado que el porcentaje de la remuneración percibida por el abogado en ningún caso puede exceder el 50% de la suma correspondiente al cliente, de conformidad con el artículo 35.2 de la Ley 1123 de 2007, que sanciona como falta el «acordar, exigir u obtener honorarios que superen la participación correspondiente al cliente».

En este orden de ideas, no queda duda de que el abogado Ortega Soto, aun si hubiera actuado en forma conjunta con la abogada Leal Rojas, tenía que haber devuelto al menos el 50% de la suma total recibida en virtud del mandato de parte de CASUR, es decir, una cifra equivalente por lo menos a \$3.278.415,5.

Por lo demás, no resulta necesario entrar a corroborar si la primera instancia efectivamente pudo comprobar la efectiva recepción de los dineros por parte del investigado en representación de su cliente y la posterior omisión de devolverlos, toda vez que, como lo anotó la apelante, no hay discusión sobre el particular.

En estos términos quedan despachados desfavorablemente el primer y el segundo argumentos de apelación.

Finalmente, tampoco puede ser de recibo el tercer argumento de apelación, que planteó como pretensión subsidiaria la degradación de la imputación subjetiva de dolo a «culpa grave, por violación del deber objetivo de cuidado», como quiera que el conocimiento y la voluntad con que obró el disciplinable quedaron demostrados.

En efecto, tal y como imputó la conducta la primera instancia, quedó claro que el abogado Ortega Soto recibió poder para reclamar el mayor

valor de las prestaciones debido al aumento del IPC en representación de su cliente, razón por la cual debía entregarle a este el valor obtenido, descontando sus honorarios.

Por lo tanto, una vez recibida la suma total de parte de CASUR, como consecuencia de la resolución respectiva, el abogado Ortega Soto sabía de su deber legal y contractual de entregar a su cliente la suma recibida en virtud de la gestión profesional; sin embargo, su voluntad fue la de no hacerlo.

Así, probado el dolo del comportamiento, resulta improcedente considerar si quiera que este se cometió por cuenta de un mero desconocimiento del deber objetivo de cuidado.

En todo caso, si en gracia de discusión se considerara esa alternativa, saltaría a la vista que la primera instancia en ningún momento le imputó la falta al abogado Ortega Soto a título culposo y, por tanto, no se le atribuyó el presunto desconocimiento del deber objetivo de cuidado.

En esa medida, queda claro que al abogado disciplinable no se le indicó cuál habría podido ser el deber objetivo de cuidado ni en qué medida pudo haberlo desatendido. Por lo tanto, la degradación de la imputación subjetiva en este caso sería igualmente improcedente puesto que resultaría violatoria del derecho a la defensa.

En esos términos queda despachado desfavorablemente el tercer argumento de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia del 16 de mayo de 2019, proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander y Arauca, que declaró disciplinariamente responsable y le impuso la sanción de exclusión en el ejercicio de la profesión al abogado Teodoro Ortega Soto, por la comisión de la falta disciplinaria descrita en el numeral 4.º del artículo 35 de la Ley 1123 de 2007, a título de dolo, en concordancia con la infracción del deber fijado en el numeral 8º del artículo 28 del Estatuto del Abogado, conforme a las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: EFECTUAR las notificaciones judiciales a que haya lugar indicando que contra esta decisión no procede recurso alguno. Para el efecto se debe enviar a los correos electrónicos de los intervinientes copia integral de la providencia notificada, en formato PDF no modificable. Se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador acuse recibo. En este caso se dejará constancia de ello en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos y del respectivo acuse de recibo certificado por el servidor de la Secretaría Judicial.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, REMITIR copia de esta providencia a la oficina del Registro Nacional de Abogados, con la constancia del acto procesal enunciado, data a partir de la cual la sanción empezará a regir.

CUARTO: DEVOLVER el expediente a la Comisión Seccional de origen para lo de su competencia.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Comisión en la presente sesión.

DIANA MARINA VÉLEZ VÁSQUEZ
Presidenta

MAGDA VICTORIA ACOSTA WALTEROS
Vicepresidenta

ALFONSO CAJIAO CABRERA
Magistrado

JUAN CARLOS GRANADOS BECERRA
Magistrado

CARLOS ARTURO RAMÍREZ VÁSQUEZ
Magistrado



MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ TAMAYO
Magistrado

JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA
Magistrado

EMILIANO RIVERA BRAVO
Secretario

ACLARACIÓN DE VOTO

Manifiesto respetuosamente que comparto la decisión adoptada en el presente asunto, en el sentido de *“CONFIRMAR la sentencia de primera instancia del 16 de mayo de 2019, proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander y Arauca, que declaró disciplinariamente responsable y le impuso la sanción de exclusión en el ejercicio de la profesión al abogado Teodoro Ortega Soto, por la comisión de la falta disciplinaria descrita en el numeral 4.º del artículo 35 de la Ley 1123 de 2007, a título de dolo, en concordancia con la infracción del deber fijado en el numeral 8º del artículo 28 del Estatuto del Abogado, conforme a las razones expuestas en este proveído.”*

Sin embargo, esta Magistrada no está de acuerdo con uno de los argumentos expuestas en la providencia para desvirtuar el cargo de apelación del disciplinado referente a que la conducta debió calificarse a título de culpa y no de dolo, esto es, que: *“En todo caso, si en gracia de discusión se considerara esa alternativa, saltaría a la vista que la primera instancia en ningún momento le imputó la falta al abogado Ortega Soto a título culposo y, por tanto, no se le atribuyó el presunto desconocimiento del deber objetivo de cuidado. En esa medida, queda*

*claro que al abogado disciplinable no se le indicó cuál habría podido ser el deber objetivo de cuidado ni en qué medida pudo haberlo desatendido. Por lo tanto, la degradación de la imputación subjetiva en este caso sería igualmente improcedente puesto que resultaría violatoria del derecho a la defensa.*³⁰

Lo anterior, pues no es correcto afirmar que el hecho de que el *a quo* califique la falta en modalidad dolosa y, por obvias razones, no afirme en la sentencia de instancia que se hubiere quebrantado un deber objetivo de cuidado -pues esto es propio de conductas culposas-; constituya un obstáculo o impedimento para que, en sede de alzada, el operador disciplinario pueda hacerlo, esto es, variar dicha calificación de la culpabilidad de dolo a culpa y, en consecuencia, manifestar que en lugar del dolo evidenciado por el Seccional, lo que advierte el *ad quem* es una conducta culposa, procediendo a degradarla y a explicar en esa instancia, el alcance de la modalidad de la culpa avizorada, valga decir, cuál era el deber exigible, en qué medida se desatendió, etc.

Es apenas lógico que, si la primera instancia decide atribuir la comisión de cierta conducta en modalidad dolosa, no es procedente reprochar el quebrantamiento al deber objetivo de cuidado, por cuanto el dolo descarta de contera ese tipo de infracción culposa. En ese sentido, siempre que se ponga a consideración este tipo de argumentos de apelación, se estará ante la situación de que no existió por parte del *a quo* un reproche a ese deber, sin que ello implique entonces, que esta Colegiatura no pueda considerar que el Seccional incurrió en un error y, conforme lo depreca el recurrente, variar la calificación de la culpabilidad, indicando para esos efectos, cual es el deber afectado. De no ocurrir así, ello sería tanto como cercenar el derecho a la segunda instancia del encartado.

³⁰ Folio 21 de la Providencia.

Dicha variación, en lo absoluto puede considerarse como una violación al derecho a la defensa como se manifiesta en la providencia, por el contrario, la degradación de dolo a culpa, representa un beneficio para el disciplinado y, generalmente, un respectivo ajuste decreciente en el *quantum* condenatorio.

Así las cosas, y máxime en casos como este, cuando la calificación de la culpabilidad ha sido objeto de recurso de apelación por parte del disciplinado, debe tenerse en cuenta que, la variación de la culpabilidad no solo deviene en una facultad del *ad quem*, sino en una obligación que le asiste de pronunciarse y decidir al respecto.

En este sentido dejo planteada mi aclaración de voto.

Cordialmente,

MAGDA VICTORIA ACOSTA WALTEROS
Magistrada

Fecha ut supra

JAGA