



INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dogmática practicable del Derecho Disciplinario

Preguntas y respuestas

Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Con la colaboración de

Patricia Castro Morales - María Clara Velandia Arango

Liliana Villamil Gómez - Jaime Burgos Martínez

Colección Derecho Disciplinario No. 13

Prohibida la reproducción total o parcial
de la obra, a través de fotocopiado,
escáner o cualquier otro sistema
mecánico y/o electrónico.

ISBN 958-8059-7-3-9

© Agosto de 2005

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN
EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN

VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN
CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

DIRECTORA INSTITUTO DE ESTUDIOS
DEL MINISTERIO PÚBLICO
ELSA BARÓN DE RAYO

A los doctores:
EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN
y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU,
con gratitud.

CONTENIDO

| | Pág. |
|--|-----------|
| PRESENTACIÓN | 11 |
| PRÓLOGO | 13 |
| I. FUNDAMENTOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO | 17 |
| 1. La Ley 200 de 1995 | 17 |
| 2. Naturaleza del derecho disciplinario | 19 |
| 3. Fines del derecho disciplinario | 29 |
| 4. Estructura de la falta disciplinaria | 29 |
| 4.1. Contenido del tipo disciplinario | 31 |
| 4.1.1 Incompatibilidades e inhabilidades | 31 |
| 4.1.2 Incumplimiento de deberes e incursión en prohibiciones | 37 |
| 4.1.3. Extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones | 38 |
| 4.1.4 Conflicto de intereses | 39 |

| | Pág. |
|---|------|
| 5. El ilícito disciplinario | 41 |
| 6. Culpabilidad | 46 |
| 6.1. Alcance | 46 |
| 6.2. Grados o formas de culpabilidad | 51 |
| 7. Faltas disciplinarias | 57 |
| 7.1. Aproximación a la dogmática de la parte especial de la Ley Disciplinaria | 57 |
| 7.2. La realización de una descripción típica de un delito doloso y su consideración como falta gravísima | 59 |
| 7.3. Las otras faltas del régimen unificado | 61 |
| 8. Sanciones | 63 |
| 8.1. Destitución e inhabilidad general | 63 |
| 8.2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial | 64 |
| 8.3. Suspensión, para las faltas graves culposas | 65 |
| 8.4. Multa, para las faltas leves dolosas | 65 |
| 8.5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas | 65 |
| 9. Criterios para graduar las anteriores sanciones .. | 66 |
| 9.1. Cuantía de la multa y término de duración de la suspensión e inhabilidad | 66 |
| 9.2. Concurso | 67 |

| | Pág. |
|---|------------|
| II. PAUTAS GENERALES DEL PROCESO DISCIPLINARIO | 71 |
| 1. Etapas | 71 |
| 2. Indagación preliminar | 72 |
| 2.1. Criterios deontológico y jurídico procesales | 72 |
| 2.2. Principios | 72 |
| 2.3. Término de la indagación preliminar | 76 |
| 2.4. Fines de la indagación preliminar | 80 |
| 3. Investigación disciplinaria –procedencia– | 81 |
| 4. Evaluación de la investigación disciplinaria –pliego o archivo | 84 |
| 5. Descargos, pruebas, traslado y fallo | 84 |
| 5.1. Descargos y pruebas | 84 |
| 5.2. Traslado a los sujetos procesales para alegaciones previas al fallo | 85 |
| 5.3. Fallo de primera o única instancia | 85 |
| 6. Procedimiento verbal | 86 |
| III. PREGUNTAS MÁS FRECUENTES EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO | 89 |
| GLOSARIO | 273 |

PRESENTACIÓN

El reputado docente ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA, es ya suficientemente conocido en el mundo académico colombiano, en el que se ha mostrado como un investigador especializado en la teoría del delito, los delitos contra la administración pública y el proceso penal y por supuesto en el derecho disciplinario, temas en los que ha realizado múltiples e innovadores aportes. Desde su llegada a esta institución se ha convertido en un referente obligatorio en el tema penal y disciplinario. Ahora nos presenta un nuevo texto en este último ámbito.

La obra titulada “Dogmática practicable del Derecho Disciplinario - Preguntas y respuestas”, de la autoría del Profesor Sánchez Herrera, con la colaboración de un grupo de profesionales, constituye una verdadera herramienta para los operadores disciplinarios, su eje central se hace recaer en los conceptos prioritarios de esta disciplina. En ella su autor traza las líneas concretas de la estructura de la falta, de sus categorías y sus consecuencias.

De manera, por demás sencilla, la obra recalca la importancia del conocimiento de los elementos que conforman las clases de falta. Entroniza de manera esquemática las

principales diferencias entre Derecho Penal y Derecho Disciplinario como modalidades del Derecho Sancionatorio y amolda las instituciones ya creadas a la situación concreta que se pretende resolver.

El autor pone el acento en la necesidad de que los aspectos teóricos propios de la Dogmática se conviertan en *topois* que permitan, más tarde, ser fuente para la solución de los conflictos jurídicos que surgen en el ámbito del Derecho Disciplinario. En ese sentido, luego de plantear los fundamentos de esta Disciplina plantea varios interrogantes que son respondidos de acuerdo con esos presupuestos jurídico-teóricos.

En buena hora, este opúsculo, que facilitará la tarea en una disciplina que ya tiene sus asientos, pero que no agota todavía su objeto. Puede decirse de ella que está en plena elaboración. Sin lugar a dudas el derecho disciplinario se ha convertido hoy en día en el mejor instrumento de control formal para prevenir y combatir el flagelo de la corrupción administrativa. Es una herramienta que le sirve al Estado para encauzar la conducta de los servidores públicos para el cabal y eficiente servicio público. Para ese menester se cuenta con la Ley 734 de 2002 que ha venido a solventar las deficiencias de la Ley 200 de 1995.

El texto que ahora prologamos es, en verdad, una importante contribución para despejar las complejidades que esta disciplina autónoma plantea. Bienvenida sea, pues.

EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN
Procurador General de la Nación.

PRÓLOGO

Existe en la actualidad en la teoría de la argumentación un consenso en considerar el derecho como tal en una disciplina que es lenguaje, normatividad, valores, realidad social y comportamiento humano. Sin que se incurra en un sincretismo jurídico, el derecho apunta en el mundo postmoderno a ser una ciencia proactiva, esto es, una técnica para la solución de determinados problemas prácticos. Se lo considera de esta manera como una disciplina eminentemente instrumental, pragmática y dinámica que valiéndose de perspectivas teóricas pretende la solución de conflictos jurídicos. En ese sentido a la ley se la entiende como un instrumento de construcción social.

En apretada síntesis, podemos decir partiendo de esa definición del derecho, que hoy hace carrera, que la tarea de la dogmática jurídica ha variado consustancialmente, pues, ya no se la puede concebir simplemente como pura teoría en la que sobresale su función de sistematización de un sector del ordenamiento jurídico, por el contrario, lo que verdaderamente debe caracterizar a este tipo de actividad es la propuesta de soluciones prácticas a los problemas de la producción y la aplicación del derecho.

La función esencial de la dogmática como disciplina que presupone un saber técnico consiste en suministrar argumentos sistemáticos para lograr la correcta interpretación y aplicación de las normas. Cuando ello se hace, sin duda, se están dando soluciones a problemas prácticos.

La obra que ahora presentamos se mueve en este terreno, al principio elaboramos una teoría que explicita el concepto de derecho disciplinario, predicamos su autonomía y de manera resumida nos adentramos en sus conceptos prioritarios: la falta y la sanción.

El opúsculo hace recaer su importancia en la explicación sucinta y sencilla de la dogmática del derecho disciplinario. Partiendo de una verdad incuestionable la configuración de la falta disciplinaria que se expresó en la Ley 734 de 2002, no permite una sola dogmática de la estructura de la falta, pues en las faltas gravísimas del artículo 48, algunas de ellas la vinculación inescindible entre tipicidad y antijuridicidad no aparece tan clara como sí sucede con las graves y las leves. Valga, por citar un ejemplo, lo que sucede con el numeral primero de ese artículo en el que se considera como falta gravísima la realización del tipo objetivo de un delito sancionado a título doloso, en esa falta en su configuración estructural puede decirse que no existe la unión entre tipicidad y antijuridicidad para conformar el ilícito disciplinario, en tanto las dos categorías están separadas.

Habida cuenta de esa realidad, se producen unas consecuencias rotundas como que en algunos comportamientos disciplinarios la infracción sustancial al deber funcional implicaría la afectación de un “bien jurídico”, y que fren-

te a ciertas faltas podría hablarse de error de prohibición y de error de tipo y no solo como sucede con las faltas graves y leves en las que solo es correcto predicar error de hecho y error de derecho.

El principal criterio de imputación de una conducta en el ámbito del Derecho Disciplinario lo constituye la preexistencia de una relación de sujeción especial entre el servidor público o el particular que cumple una función pública y el Estado. De ahí que el Derecho Disciplinario, se ocupe de las conductas que se realizan en interferencia con el servicio y la función pública.

Eso hace del Derecho Disciplinario una disciplina sumamente especial en la que es objeto de sanción únicamente aquella conducta que afecta sustancialmente el deber funcional. Consecuente con ese punto de arranque, la dogmática del derecho disciplinario que aquí se propone es una netamente practicable, para ese menester se inicia con una parte teórica, sumamente esquemática y analítica, y posteriormente, se contemplan unas herramientas conceptuales que sirven para dilucidar los principales cuestionamientos que surgen tanto en el ámbito sustancial como procesal disciplinario sobre la base de preguntas y respuestas.

Esta labor no se hubiera podido realizar sin los esfuerzos, los aportes y la colaboración de los doctores María Patricia Castro Morales, María Clara Velandia Arango, Liliana Villamil Gómez y Jaime Burgos Martínez, a ellos nuestra gratitud y aprecio.

I.

FUNDAMENTOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO

1. LA LEY 200 DE 1995

Con el advenimiento de una nueva Constitución, la de 1991, surgió la necesidad de poner a tono con sus valores y principios gran parte del ordenamiento jurídico, a ello no fue ajeno el derecho disciplinario, motivo por el cual en esta temática, se presentó una contundente iniciativa, referida a la necesidad de unificar la diversidad de legislaciones que sobre el tema existían hasta ese entonces, circunstancia fundamental que llevó a la promulgación de la Ley 200 de 1995.

En la aplicación de ese haz normativo, el operador fue encontrando vacíos e inconsistencias y, a la vez, deficiencias frente a flagelos como la corrupción administrativa y la violación de derechos humanos, pues aquel Código Disciplinario Único se quedó corto en su formulación cuando, por ejemplo, fue insuficiente en algunos comportamientos irregulares respecto de los cuales hubo impunidad y, en otros, las sanciones allí establecidas no tenían la debida propor-

cionalidad ante la ocurrencia de gravísimos hechos, siendo consecuente que aquel régimen en muchos casos no consultara la trascendencia de los mismos ni se compadeciera con las altas e importantes funciones preventiva y correctiva que la Constitución le otorgó como garantía del adecuado ejercicio del servicio público.

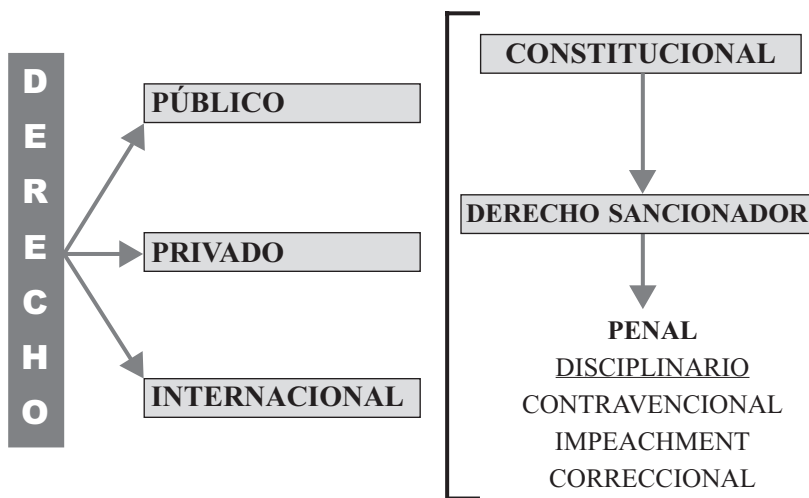
Fue entonces necesario reformular aquel régimen disciplinario, convirtiéndolo en una herramienta actual, moderna, ágil y, por sobre todo, autónoma e independiente del resto del ordenamiento jurídico, hoy plasmada en la Ley 734 de 2002. Para cuya cristalización fue importante el aporte jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura de la época.

Las características fundamentales de la Ley 734 de 2002, son las siguientes: amplió el ámbito de persecución disciplinaria, en tanto consideró como sujetos disciplinables a particulares que realizan funciones públicas; estructuró una verdadera parte especial en el código al recoger en un solo artículo las 63 faltas gravísimas; fortaleció el régimen de sanciones, estableciendo inhabilidades de carácter permanentes y de larga duración (20 años); sentó las bases para la construcción de una dogmática propia y autónoma al señalar los criterios que fundamentan el tipo, el ilícito y la culpabilidad disciplinaria; fortaleció la lucha contra la corrupción al consagrar medidas preventivas como la del artículo 160 y la inclusión expresa de un catálogo extenso de deberes, derechos, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses, y agilizó el procedimiento al posibilitar que el proceso verbal no fuera una excepción, sino por el contrario una constante, en tanto amplió las causales para instarlo.

2. NATURALEZA DEL DERECHO DISCIPLINARIO

Han sido múltiples las discusiones que en este punto se han suscitado; ello se revela de la lectura de los criterios auxiliares de las distintas corporaciones judiciales que han querido abordarlo, al igual que de los doctrinantes y operadores jurídicos como la Procuraduría General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura y las Oficinas de Control Interno Disciplinario.

Las corrientes más fuertes de divergencia apuntan a estimar que esta disciplina, por ser sancionatoria, es una especie del derecho administrativo y otra que es del derecho penal.



Independientemente de ellas, las diversas posiciones han concluido que la Constitución Política de 1991, erigió al derecho disciplinario como una ciencia autónoma e indepen-

diente y con identidad propia³, de tal manera que, luego de su promulgación, más con fines preventivos que represivos, se han promulgado las Leyes 200 de 1995 y 734 de 2002.

Esta última ha sido reconocida públicamente como una herramienta de control ideal, moderna y eficaz que, de una parte, ha frenado perjuicios superiores en el funcionamiento del Estado por el autocontrol de los servidores y particulares y, a la vez, ha permitido la imposición de las sanciones más severas nunca antes conocidas a lo largo de la historia del país, con las cuales, como ya se anotó, se ha combatido, entre otras estereotipadas conductas, la corrupción administrativa y la violación de los derechos humanos.

En efecto, ha sido la Corte Constitucional la que en sus últimas decisiones sobre el Código Disciplinario Único, concretamente en la sentencia C-948 de 2002, refirió el dual alcance de esta especialidad del derecho y, por ende, su constitucionalización.

Primero, como manifestación de la potestad sancionadora del Estado en el despliegue de un control sobre la actividad de los servidores y particulares, en atención a que entre ellos existe una relación especial de sujeción que nace desde el momento en que se atribuye y se acepta el ejercicio de una función pública.

Y, segundo, en aplicación del principio de legalidad, la Alta Corporación distinguió entre la comisión de hechos punibles y faltas disciplinarias, pues hasta entonces, sin mayor distinción y en vigencia de la Carta de 1886, se aplica-

³ Doctrina del doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau (Dogmática del Derecho Disciplinario); sentencias C-417 de 1993, C-244 de 1996, C-280 de 1996, C-708 y C-769 de 1999, C-155, C-181 y C-948 de 2002 de la Corte Constitucional.

ban los principios del derecho penal al disciplinario, por la inminencia de estructurar un régimen que tuviera similares garantías constitucionales y legales en orden a la imposición de sanciones, para luego, con la Constitución de 1991, bajo la óptica de un debido proceso en actuaciones administrativas y judiciales, se incorporaron las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Por ello, la Corte precisó que, conforme al principio de legalidad, en las conductas delictivas se exige mayor precisión a efecto de cumplir con el principio *lex certa*, por la importancia de la categoría de tipicidad en la dogmática del derecho penal, en tanto que, en el derecho disciplinario aquel postulado tiene el carácter de norma de reenvío, toda vez que, si bien el legislador señaló el núcleo de la conducta prohibida o elementos mínimos constitutivos de la falta, es al operador jurídico a quien corresponde complementarla y definirla.

Hoy día las diferencias entre el Derecho Disciplinario y el Derecho Penal son manifiestas, aquí las podemos resumir de manera esquemática, así:

| Derecho Penal | Derecho Disciplinario |
|---|---|
| <p>Protege el orden social, y especialmente los bienes jurídicos que deviniendo de los derechos fundamentales se concretan por la ley penal en intereses dinámicos que son objeto de tutela penal. La imposición de la sanción penal está encaminada a fines de prevención general y especial y a la retribución justa.</p> | <p>La potestad sancionadora de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento. Su papel se centra a encauzar la conducta de los servidores públicos, para el logro de los fines estatales.</p> |

| Derecho Penal | Derecho Disciplinario |
|--|---|
| <p>Última ratio</p> <p>Recurso final del Estado para perseguir y sancionar a quienes lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos. El derecho penal así visto es un mecanismo subsidiario, de carácter fragmentario y a él solo se debe acudir cuando los demás mecanismos de control formal no han sido suficientes para solventar el conflicto jurídico. Puede suceder que la situación concreta se pueda solucionar acudiendo al derecho civil o al disciplinario y por tanto resulte innecesario valerse de la maquinaria penal.</p> | <p>Primera ratio</p> <p>Primer instrumento legal del Estado para perseguir y sancionar las infracciones sustanciales, no justificadas, de los deberes funcionales.</p> <p>El derecho disciplinario es un mecanismo de control formal mediante el cual el Estado pretende garantizar el cabal cumplimiento de la función pública, su misión primordial siendo sancionatoria, es preferentemente preventiva. Se acude a él cuando se distorsiona, se afecta o vulnera la misión, esto es, cuando se infringen los deberes que le corresponden a los servidores públicos y se lo hace de manera sustancial. En el ámbito específico de la tarea estatal, el derecho disciplinario es el primer mecanismo para prevenir y sancionar la infracción de deberes.</p> |
| <p>Heterotutela. El derecho penal es un mecanismo de Heterotutela, por cuanto funciona para garantizar el orden social considerado en sentido genérico, en donde entran en juego particulares y servidores públicos en la comisión del delito. En el sistema penal están plenamente diferenciados los roles de quien crea la ley, quienes la infringen y quien la hace cumplir o ejecuta.</p> | <p>Autotutela. El derecho disciplinario, por el contrario, es un mecanismo estatal para garantizar el cumplimiento de los fines públicos del Estado, en cuanto a servidores públicos y particulares que ejercen función pública. El Estado se protege y protege su función pública a través del derecho disciplinario y del proceso disciplinario. Implica un poder reglado.</p> |

| Derecho Penal | Derecho Disciplinario |
|---|---|
| <p>Relaciones de sujeción general y especial</p> <p>El criterio de imputación de la conducta delictiva tiene como fuente la existencia de la relación Estado – particular, en ese sentido el derecho penal pretende encauzar la conducta de todas las personas en general para prevenir la comisión de delitos. Puede suceder además que la relación Estado y persona puede especificarse en cuyo caso también se hablará de una relación de sujeción especial, caso en el cual por ejemplo se le atribuye al sujeto un delito contra la Administración Pública.</p> | <p>Relaciones de sujeción especial</p> <p>El criterio de imputación de la conducta disciplinable tiene como fuente la previa existencia de un vínculo entre el sujeto disciplinable para con el Estado. Se disciplina siempre que el agente tenga una relación con el Estado y esa relación esté vinculada con el ejercicio de la función pública. De esa manera el sujeto activo de la falta siempre debe ser cualificado. En derecho disciplinario el ofendido es la administración pública que impone mediante el Estado mandatos de actuación.</p> |
| <p>Reserva legal absoluta</p> <p>Se rige por los principios de:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nullum crimen sine lege, lex certa, las conductas son definidas de manera inequívoca en la ley penal. • Lex previa • Lex scripta, excluye la analogía contra reo. • Lex escrita. Por excepción acepta tipos penales en blanco o remisivos. | <p>Cobertura legal</p> <p>Las conductas que pueden ser objeto del derecho disciplinario no están definidas de forma precisa en él.</p> <p>Los tipos deben ser cubiertos o rellenados por otras normas, entonces son tipos en blanco para hacer integración normativa. El legislador señaló el núcleo de la conducta o elementos mínimos de la falta, correspondiéndole al operador complementarla y definirla. La excepción está contenida en el Art. 48 del C.D.U., lex certa.</p> |

| Derecho Penal | Derecho Disciplinario |
|--|--|
| <p>Error</p> <p>De tipo y de prohibición que se valoran en la tipicidad si es de tipo o en la culpabilidad si es de prohibición. El error de tipo recae sobre un elemento que hace parte de la descripción típica. El de prohibición puede ser directo (aquel que recae sobre la existencia, vigencia o interpretación de la ley) e indirecto el que recae sobre la existencia, límites y presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad penal. Es un error acerca de la permisibilidad de la conducta, el agente actúa convencido de que su conducta es permitida, que no está prohibida.</p> | <p>Error</p> <p>De hecho y de derecho que se miran en la culpabilidad. El error de hecho recae sobre los presupuestos fácticos del deber sustancialmente infringido. Cuando el error es de hecho e invencible no habrá dolo y por lo mismo se excluye de responsabilidad. Si es vencible responde a título de culpa si la falta admite esta modalidad. Cuando el error es de derecho e invencible, excluye, y si fue vencible responde, teniéndose en cuenta como criterio para graduar la falta (Art. 47 literal l), referente al conocimiento que tuvo de la antijuridicidad.</p> |
| <p>Normas objetivas de valoración y subjetivas de determinación</p> <p>La naturaleza de la norma presupone el contenido del injusto y de la culpabilidad. En el ámbito del injusto la norma objetiva implica un injusto conformado por el desvalor de resultado y el desvalor de acto, existiendo prevalencia del primero sobre el segundo, en el ámbito de la culpabilidad la norma funciona como encauzadora de la conducta de los destinatarios.</p> | <p>Normas subjetivas de determinación</p> <p>La norma presupone la configuración del ilícito disciplinario, en ese contexto ese ilícito se manifiesta en la infracción sustancial del deber funcional, de ahí que es puro desvalor de acto, no requiriéndose el desvalor de resultado, que funciona como condición objetiva de punibilidad. El derecho disciplinario a través de sus disposiciones encauza la conducta de los servidores públicos para que se abstengan de infringir sus deberes.</p> |

| Derecho Penal | Derecho Disciplinario |
|--|---|
| <p>Garantías procesales</p> <p>Maximizadas</p> | <p>Garantías procesales</p> <p>Normales y algunos casos reducidas, el caso más palpable es el ejercicio del derecho de defensa que en materia disciplinaria es sumamente limitado y restringido legalmente.</p> |
| <p>Tentativa y participación</p> <p>Porque tiene en cuenta el resultado y ello hace que varíe la pena. Se tiene en cuenta el grado de participación en la producción del resultado.</p> | <p>No tentativa, no participación</p> <p>La infracción del deber presupone la existencia del ilícito disciplinario, la falta se consuma con el desvalor de acto de ahí que no interese el resultado. Todo el que infringe el deber es ya autor.</p> |
| <p>Desvalor de acto y de resultado</p> <p>Antijuridicidad formal y material. Es relevante el resultado. Objeto de protección: bienes jurídicos y se requiere la puesta en peligro o amenaza de derechos fundamentales para agotar el injusto penal. El injusto es independiente de la ley, se determina por la conciencia universal</p> | <p>Desvalor de acto</p> <p>Ilicitud sustancial. Por su relación con la ética se considera que la conducta es contraria al deber funcional. Objeto de protección: deberes funcionales. La sola conducta estructura el ilícito anticipándose al resultado. El ilícito mira el texto de ley. No necesariamente debe haber daño material, un perjuicio, sino, <u>simplemente atentar contra los fines que rigen el cabal funcionamiento de la función pública</u>, por ello reciben el nombre de tipos de mera conducta.</p> |

3. FINES DEL DERECHO DISCIPLINARIO

Establece la Ley 734 de 2002, que la finalidad de la ley disciplinaria es la de garantizar el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro, lo cual se logra a través de la respectiva acción disciplinaria.

Esta, desde luego, se adelanta con el objeto de establecer la existencia de faltas disciplinarias, entendidas como el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, y la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses, sin justificación alguna, de conformidad con el artículo 23 de la citada Ley.

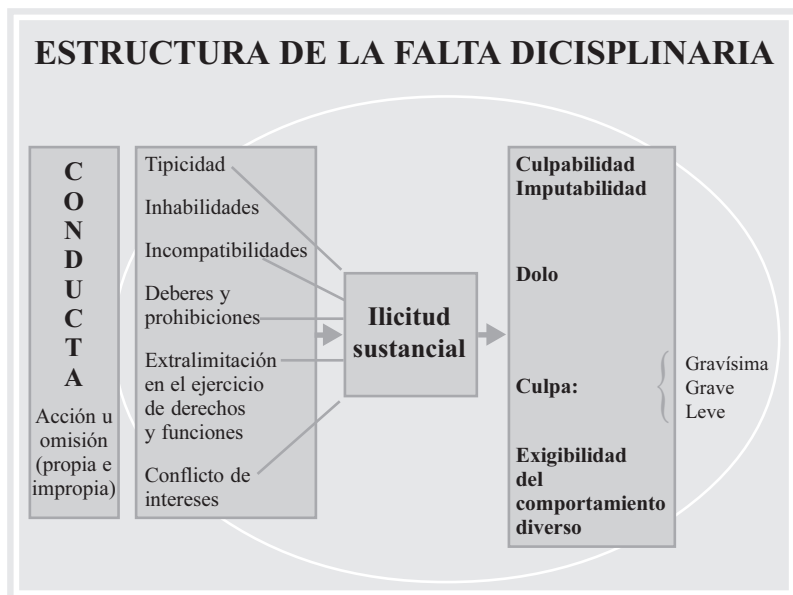
Por tanto, las conductas objeto de reproche del derecho disciplinario son aquellas que quebrantan sustancialmente los deberes que impone el ejercicio de la función pública, contrariando los fines esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho.

4. ESTRUCTURA DE LA FALTA DISCIPLINARIA

La falta disciplinaria se presenta cuando el servidor público, en ejercicio o por razón del cargo, realiza un comportamiento contrario a derecho –*desvalor de acción*–, injustificadamente, pues con su conducta violentó normas subjetivas de determinación (de deber-constitución-ley, de mandato, de prohibición), elementos que conducen a la configuración de la infracción disciplinaria, esto es, a la suma de dos elementos relevantes para este régimen como son el acto ilícito sustancial más la culpabilidad –exigibilidad o motivación– en una de sus modalidades, dolosa o culposa.

Para ello, toda persona que aspire a desempeñar una función pública bien como servidor o como particular, debe tener claros los conceptos generales de aquellas categorías o normas subjetivas de determinación, con el propósito de prevenir su inobservancia.

Para la atribución de responsabilidad, para hacer la imputación de una conducta como falta a una persona, lo primero que tiene que establecerse es si existe el primer criterio jurídico de imputación en sede disciplinaria, esto es la existencia de una previa relación de especial sujeción del imputado para con el Estado. Hay que determinar previo a cualquier análisis es si el agente es sujeto activo de la falta, es decir si es sujeto del derecho disciplinario. Al final del texto se establecen unas respuestas a este interrogante. Veamos ahora, el principal esquema de la estructura de la falta en la Ley 734.



4.1. Contenido del Tipo Disciplinario

En el artículo 23 de la Ley 734 de 2002 se señala que la conducta que constituye falta es la incursión en comportamientos que impliquen incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, sin estar amparado en causal de ausencia de responsabilidad, es necesario entonces, para determinar cuándo se incurre en tal infracción el conocer los conceptos que en esa norma se especifican en la conformación de lo que sería materia del tipo disciplinario, para ello iniciaremos con los que jurídicamente se entienden como más complejos.

4.1.1. Incompatibilidades e inhabilidades

El criterio jurisprudencial⁴ ha definido la expresión *incompatibilidad* como la tacha o impedimento para ejercer una función determinada o para desempeñar dos o más cargos a la vez, y la *inhabilidad* la limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales reconocida de modo general para las personas naturales y jurídicas, que obedece a la falta de aptitud o carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para ser parte en una relación contractual o reglamentaria con dichos entes, por razones vinculadas a los altos intereses públicos envueltos en los acuerdos bilaterales que exigen que estos se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 1996.

Esto último porque, para el caso particular, la función pública que prevé el artículo 209 de la Constitución Pública, es el norte que guía a los servidores públicos, en razón o con ocasión del servicio que prestan en cualquiera de los entes estatales que forman parte de la estructura del Estado. Algunos casos de incompatibilidades, pueden ser vistos en el siguiente recuadro.

Incompatibilidad: Hecho o circunstancia que riñe con el ejercicio de la función o con la contratación y que se presenta generalmente por el desempeño simultáneo de dos o más cargos.

Ejemplos:

1. **General:** Devengar más de una asignación proveniente del tesoro público.
2. **Concejales:** Ser representante legal, miembro de junta o consejo directivo, auditor, revisor fiscal, empleado o contratista de empresas que presten servicios públicos domiciliarios y de seguridad social en el municipio.
3. **Alcaldes:** Tomar parte en las actividades de los partidos sin perjuicio del derecho al sufragio.
4. **Gobernadores:** Inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el que fue elegido y hasta por 24 meses en la respectiva circunscripción.
5. **Personeros:** Ejercer su profesión, excepto la cátedra.

Por su parte, la doctrina⁵ refiere que las disposiciones constitucionales y legales que consagran inhabilidades e incompatibilidades, son restrictivas de libertades o moralizadoras, de cuya aplicación no puede beneficiarse quien ha actuado con dolo, fraude a la ley, o utilizado a interpuesta persona para evadir las restricciones legales, ni quien alega su propia torpeza; además, estas normas no admiten interpretaciones analógicas o extensivas, son de aplicación inmediata y generan responsabilidad, en cuanto su inobservancia, vista desde el punto de vista finalista, logra el propósito perseguido con la prohibición.

Al respecto, la jurisprudencia de la Procuraduría⁶, ha sostenido:

“...no cabe duda que el Legislador en ejercicio de su atribución de regulación normativa, con el fin de tomar las medidas necesarias para garantizar los principios de la moral y la transparencia administrativa que le corresponde al Estado en todos sus órdenes, quiso que la inhabilidad comportara cargos de elección popular en el mismo departamento. Entonces, no es válido aceptar, como lo pretende la implicada en su versión libre, que se haga una interpretación errónea de la norma y se entienda que en lugar del “respectivo departamento”, se entienda como circunscripción electoral.

“Pero lo que ha sido objeto de alegación en apelación por parte del quejoso, ha sido justamente la posición del Consejo de Estado y de la Procuraduría General de la Nación en la interpretación de la expresión “en

⁵ ATEHORTÚA RIOS, Carlos Alberto. Inhabilidades, control y responsabilidad en la Contratación Estatal. Medellín. Biblioteca Jurídica Diké. Primera Edición 1995. Pág. 57.

⁶ Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, Esiquio Manuel Sánchez Herrera, expediente 074-4276/04.

el respectivo departamento”; contenida en el numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 del 2000.

“En orden a exponer la posición que respecto al tema ha fijado la Procuraduría General de la Nación, este Despacho encuentra que el Concepto No. 146 del 2 de noviembre del 2004, emitido por el Doctor Juan Carlos Galindo Vácha, Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, expediente No. 3543, Nulidad acto de elección del señor (...), en el que, ocupándose previamente de los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, que definen el ejercicio de autoridad civil, política y dirección administrativa, así como de la interpretación gramatical que quiso el legislador con la utilización de la preposición “EN”, ofrece suficiente ilustración sobre este tema, así:

‘(...) procede ahora a examinar la particular exigencia de la autoridad en el respectivo departamento. (...) como la norma que contempla la inhabilidad no la consideró en relación con la dependencia al ente territorial sino respecto del lugar de su ejercicio, se debe concluir entonces que se configura con el desempeño de cargos del orden nacional, departamental o municipal, si en cualquiera de ellos su ejercicio conlleva autoridad y si este se lleva a cabo en el respectivo departamento, en cualquier lugar de él, sin que importe el orden al cual pertenece el cargo.

‘Si la autoridad se ejerce en el respectivo departamento, la causal se configura y la nulidad de la elección será la consecuencia de la inobservancia de la prohibición, sin que sea posible desatender el tenor de la norma. Lo que prohíbe la disposición que es

objeto de estudio es que se desempeñe un empleo con jurisdicción, o autoridad política, civil, administrativa o militar; y que el desempeño “tenga lugar”, o dicho de otro modo se realice u ocurra, en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. El término respectivo departamento que utilizó el legislador señala el lugar donde la actividad laboral se ejerce, y nada dice en relación con el carácter departamental o nacional del cargo.

(...)

‘Lo que pretende la inhabilidad es que la vinculación con personas con quienes se tenga vínculo de matrimonio o el parentesco en el grado señalado y que ejerzan autoridad en cualquiera de sus modalidades en cualquier parte del territorio departamental se pueda llevar a cabo. El desempeño de la actividad política debe gozar de la mayor transparencia y alejado de cualquier posibilidad de encauzar la voluntad política del electorado a través de la utilización del poder político con esa finalidad’.

“Así mismo, al revisar la constitucionalidad del numeral 5º del aludido artículo 33, la Corte Constitucional no hizo ningún reparo en cuanto a la expresión en el respectivo departamento, declarando exequible el numeral 5º, en Sentencia C-671 del 13 de julio del 2004, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, en la que precisó:

‘3. Determinación del régimen de inhabilidades de los diputados

‘Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho

de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

‘De otra parte, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política, los diputados, como miembros de las asambleas departamentales, son servidores públicos, están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento’.

“En este orden de ideas, se ordenará revocar la decisión de la Comisión Especial Disciplinaria que ordenó el archivo de las diligencias de indagación preliminar adelantadas en contra de la señora (...), en su condición de Diputada a la Asamblea Departamental de (...), por posible inhabilidad para inscribir su nombre a esa Corporación, en virtud de lo establecido en el numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 del 2000”.

En el siguiente cuadro podemos ver en detalle el concepto y algunos ejemplos de inhabilidades.

* Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-380/97, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-200/01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-1212/01, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Inhabilidad: Hecho o circunstancia que limita o excluye capacidad para ejercer función pública o contratar con el Estado.

Ejemplos:

- **General:** Condena privativa de la libertad por delito doloso contra patrimonio público del Estado. Art. 122
- **Concejales:** Tener vínculo de matrimonio o unión permanente, o parentesco con servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad administrativa, política o militar.
- **Alcaldes:** Haber ejercido jurisdicción, autoridad civil, política o militar o cargos de dirección administrativa en el municipio, 12 meses antes de la elección.
- **Gobernadores:** Doble nacionalidad (excepto colombiano por nacimiento. Excluido de la profesión.
- **Personeros:** Sancionado disciplinariamente por faltas a la ética profesional en cualquier tiempo.

4. 1.2. Incumplimiento de deberes e incursión en prohibiciones

Los deberes de los servidores públicos corresponden a cargas o exigencias constitucionales, legales o reglamentarias impuestas por razón del ejercicio de una función pública, condicionadas a su cumplimiento imperativo, limitadoras de la libertad de actuar por virtud de la subordinación con el Estado, determinadoras de cómo actuar, hasta dónde llegar, qué es prohibido y los efectos represivos de su inobservancia sustancial, esto es, que por su incumplimiento sin justificación alguna se genera responsabilidad disciplinaria.

Por su parte, las prohibiciones corresponden a disposiciones que limitan el comportamiento tendiente a impedir su ejecución so pena de incurrir en una sanción Estatal, pues su realización, a más de colocar al servidor frente a una conducta contraria a derecho, también podría generarle consecuencias sancionatorias.

La Ley 734 de 2002, en sus artículos 34 y 35, enlista los deberes y prohibiciones de todo servidor público, a los cuales se suman, como ya se anotó, los establecidos en la Carta Política, en el régimen especial de determinado destino público y los reglamentos expedidos al interior de cada entidad, esto último no aplicable para las prohibiciones puesto que, por reserva legal en la materia, la Corte Constitucional declaró su inexecutable en la sentencia C-328/03.

4.1.3. Extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones

Los derechos de los servidores públicos corresponden a prerrogativas, facultades, amparos y/o atribuciones por virtud de dicha condición, consagrados en el ordenamiento positivo a favor o en cabeza de los mismos, respecto de los cuales la Administración tiene una doble función: de un lado, velar porque ellos se materialicen, no se menoscaben o atropellen y, de otra parte, vigilar porque en su ejercicio el titular no se exceda, no haga uso indebido y no abuse de ellos para violentar los de los demás, los de la entidad, el régimen jurídico vigente o los códigos de ética y valores institucionalizados.

Como se anotó, tales derechos y funciones están previstos en la Constitución, la ley específica del asunto o del empleo y en los Manuales que para tal efecto expiden los entes, como así lo dispone el artículo 33 de la Ley 734 de 2002.

4.1.4. Conflicto de intereses

Si bien la Ley 200 de 1995 contempló esta figura dentro del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no fue definido su alcance, como ahora lo hace la Ley 734 de 2002 a través del normado 40, que recogió, para ser aplicado a todos quienes ejercen función pública, lo regulado en esta materia para los Congresistas en los artículos 286 y 16 de las Leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994, respectivamente.

En ellos y en el actual C.D.U., el conflicto de intereses está referido a situaciones de orden moral, económico, entre otros, que impone a todo servidor público a *“declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.*

“Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido”.

La relevancia que el legislador le otorgó a este último, tiene significativa importancia pues tal conflicto puede presentarse en el ejercicio de deberes funcionales en un Estado Social y Democrático de Derecho, colisión que ha de evaluarse también a la luz de las causales de inhabilidad e incompatibilidad; a similar conclusión arribó la Corte Constitucional⁷, cuando señaló:

“... Es precisamente el carácter jurídicamente abstracto e indeterminado del concepto de interés general, lo que ha

⁷ Sentencia C-053 de 2001.

llevado a que las constituciones liberales modernas consideren la necesidad de armonizarlo con los derechos individuales y con el valor social que tiene la diversidad cultural. Por ello, constituye un requisito indispensable para la aplicación de la máxima de la prevalencia del interés general, que el operador jurídico analice minuciosamente las particularidades de cada caso, intente armonizar el interés general con los derechos de los particulares y, en caso de no ser posible, lo pondere teniendo en cuenta la jerarquía de valores propia de la Constitución”.

- **Extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones:** Abusar, exceder las prerrogativas y funciones encomendadas. Art. 33 Ley 734/02.

Ejemplo: Disfrutar de la seguridad social haciéndose incapacitar sin mediar forma y condiciones legales.

- **Incumplimiento de deberes:** Omitir o desatender las cargas y compromisos que impone el ejercicio de la función pública.

Ejemplo: Actuar con parcialidad, negligencia e ineficacia en el servicio encomendado.

- **Incursión en prohibiciones:** no atender las limitaciones que impone la Constitución o la ley.

Ejemplo: Ejercer docencia en jornada laboral por número de horas superior al legalmente permitido. Solicitar dádivas, regalos, etc.

- **Conflicto de intereses:** Referido a situaciones de orden moral, económico y legal que impone la declaratoria de impedimento para actuar en un asunto donde se tenga interés general y directo o lo tuviere su cónyuge, compañera, parientes dentro del cuarto de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o sus socios.

Ejemplo: El Personero que deba intervenir en un proceso dentro del cual esté vinculado o tenga interés alguno de los mencionados.

Estos pues, los elementos que configuran o rellenan el tipo en la estructura de la falta disciplinaria, en cuya incursión podría derivarse responsabilidad y la imposición de la consecuente sanción para un servidor público o un particular que ejerza función pública. A estas bases ha de agregarse que, según la dicción del normado 27 de la Ley 734 de 2002, las faltas disciplinarias se realizan por **acción u omisión**, lo cual complementa aquella estructura en cuanto la conducta del ejecutor se relaciona directamente con el incumplimiento o infracción de las plurimencionadas categorías.

De ahí que las omisiones pueden ser propias o impropias; por las primeras ha de entenderse, en términos sencillos, aquellas en que el servidor público omite el deber contenido de forma expresa en una disposición; por ejemplo cuando omite denunciar hechos delictivos de los cuales tiene conocimiento.

En tanto que por omisión impropia o comisión por omisión se entiende aquella en que el servidor público, teniendo el deber de hacer, por encontrarse en posición de garante, omite el deber. El criterio para imputarla deviene, no del incumplimiento de un deber expresamente contenido en la ley, sino en no impedir un resultado que estaba en posibilidad de evitar.

5. EL ILÍCITO DISCIPLINARIO

Determinada la conducta (activa u omisiva), se debe establecer si ella comporta incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses. Si ello es así se dirá que ese comportamiento configura un ilícito disciplinario, por cuanto la conducta típica presupone desde ya

la infracción al deber. Ahora bien, empero se debe verificar si esa infracción del deber es sustancial, esto es, si ha pasado a ser más que formal y no necesariamente material. El concepto de sustancial es un concepto propio del derecho disciplinario e implica que la infracción del deber haya supuesto el quebrantamiento de la norma subjetiva de determinación. Hay ilicitud sustancial cuando el servidor público se aparta del cumplimiento de aquellas obligaciones que devienen de la función que se cumple. Esa categoría se presenta cuando se quebranta el sustento de racionalidad en que se soporta el deber desde el punto de vista constitucional y de la forma de Estado Social y Democrático de Derecho en ella contenido.

Ilicitud sustancial no es la infracción del deber por el deber mismo, esto es, no es simplemente ilicitud formal, de conformidad con lo contemplado en el artículo 5° de la Ley 734 de 2002. Lo que constituye falta disciplinaria es la realización de aquella conducta que infrinja el deber funcional de manera sustancial. De ahí que no constituye falta disciplinaria la infracción al deber por el deber mismo. A este respecto, bueno es recordar lo que ha dicho la jurisprudencia de la Procuraduría General de la Nación, en cabeza de su Jefe Máximo⁸.

“Prima facie no habría razón alguna para no instar el derecho disciplinario en el caso bajo examen, esto es, todo conduciría indefectiblemente a sancionar al servidor público que no rinde el testimonio que se le solicita en un proceso. Sin embargo, una lectura más profunda de las normas que rigen la materia, nos lleva a una diversa conclusión. Para arribar a esta, necesario es partir del análisis de las normas rectoras del

⁸ Exp. No. 001-100533, 21 de septiembre de 2004.

derecho disciplinario y de aquellas que configuran las categorías dogmáticas de la estructura de la falta.

La Ley 734 de 2002 afianzó la naturaleza autónoma del derecho disciplinario, en una de sus disposiciones, talvez la de más trascendencia para esa caracterización, el artículo 5, señala: 'Ilícitud sustancial. La falta (sic- debió decir la conducta) será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna'.

Esa norma entroniza para el derecho disciplinario un principio básico que se materializa en una categoría, la de la ilicitud sustancial, que es precisamente la que permite distinguir al derecho disciplinario del derecho penal, pues en el segundo, el injusto viene conformado tanto por el desvalor de acto como por el desvalor de resultado, y la antijuridicidad asume las modalidades de formal y material. En cambio, en derecho disciplinario el término preciso para caracterizar lo que sería el injusto penal lo es el ilícito disciplinario, que se contrae a aquella conducta de un servidor público referida al incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por alguna de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria.

Lo ilícito disciplinario está referido a una conducta positiva o negativa que afecta de manera sustancial los deberes funcionales. El tinte, lo relevante, en el derecho disciplinario está en el desvalor de la conducta, en la infracción del deber, empero no en la infracción del deber por el deber mismo, esto es, no en

lo ilícito formal, sino en el quebrantamiento sustancial del deber que se trasluce en oposición al cumplimiento de los fines del Estado.

El principio básico traducido en categoría, al que se viene aludiendo, comporta en el Estado Social y Democrático de Derecho, para asegurar los fines de la función pública y de esta manera realizar la misión de esta forma de Estado, que la conducta sometida al juicio valorativo de este derecho sancionatorio implique no sólo la vulneración formal de la norma que contiene el deber, sino y sobre todo, la razón de ser de ese deber. La conducta que es objeto de reproche disciplinario es aquella que atenta contra la funcionalidad deontológica del deber. Ello es así por cuanto el fundamento constitucional del derecho disciplinario está en las relaciones de sujeción especial, es decir el servidor público tiene unos especiales deberes para con el Estado, que devienen del ejercicio de la función pública, ellas implican que lo relevante sea la conducta valorada en interferencia con la función oficial.

De lo dicho podemos extraer como conclusión previa, que lo que reprocha el derecho disciplinario no es incumplimiento formal de los deberes, ese derecho sancionatorio no impone el deber por el deber, sino que sanciona aquellas conductas que examinadas en el contexto de su realización, impliquen la afectación sustancial de los deberes.

Ahora bien, esa conclusión impone, necesariamente, el examen de la omisión de la funcionaria, para determinar si con esa conducta infringió sustancialmente los deberes que devienen de la relación de sujeción

especial que como congresista tiene con el Estado y, sobre todo, de esa misma manera para hacer la interpretación que una norma principalística como la de la ilicitud sustancial impone sobre el numeral 7 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 y el artículo 271 del C.P.P.

La implicación de una norma rectora, esto es un principio normativizado, se refleja en la irradiación, orientación y prevalencia sobre las demás disposiciones que hacen parte del derecho disciplinario. La ilicitud sustancial contenida en el artículo quinto del Código Disciplinario prevalece, como una norma rectora, sobre las demás disposiciones de ese estatuto, ante todo, respecto de aquellas que no participan de esa condición de rectora. De ahí, que su interpretación se imponga sobre el artículo 34 numeral 7 y el artículo 271 del C.P.P., en el sentido de que se configura la falta únicamente cuando el agente ha obtenido el conocimiento del hecho del cual será testigo en un proceso exclusivamente por el ejercicio de la función. Una interpretación que extienda la configuración de la falta a hechos conocidos no vinculados con la función, comportaría la imposición de una sanción por el incumplimiento del deber por el deber mismo, es decir formalmente. Y, eso es contrario a la sustancia y filosofía del derecho disciplinario.

Si un Senador de la República observa que alguien es atracado en la calle y es llamado a declarar en el proceso penal en el que se juzga ese hecho, allí él comparece o no lo hace, como si fuera un particular, pues ese acontecer no tiene vinculación con la función de congresista”.

6. CULPABILIDAD

6.1. Alcance

En derecho disciplinario, en principio, las faltas se cometen a título de dolo o culpa, excepto las no culposas cuando tengan un ingrediente subjetivo o elemento anímico que presupone el dolo, pues se parte de un presupuesto personal como es el saber que se incumple un deber funcional, por ello desaparece la graduación de la culpa inconsciente.

La culpabilidad disciplinaria se hace recaer por una parte en el juicio de reproche que se presenta por la exigibilidad de comportamiento diverso en que podía y debía actuar el agente y por otra, en la accesibilidad normativa que el disciplinado tenía al momento de cometer el hecho o la posibilidad de conocer la prohibición, y en el dolo y la culpa. Entran en consideración en esta temática los conceptos de conocimiento actual de la ilicitud, conocimiento potencial y conocimiento eventual. El actual es aquel que se requiere en el preciso momento de comisión de la falta, el potencial hace referencia a la posibilidad de actualizar el conocimiento de lo ilícito cuando se comete la conducta infractora y el eventual concierne a la cantidad de conocimiento, aquí entran en juego las llamadas dudas irresolubles.

La expresión conciencia de la ilicitud como elemento del dolo está referida al dato psíquico de la efectiva representación del carácter prohibido del hecho en el momento de su comisión. Así la representación de que el hecho está genéricamente prohibido puede ser, en ciertas circunstancias, el reflejo motivatorio mínimo a partir del cual el servidor público debe contar con la seria posibilidad de la existencia de una norma prohibitiva que proscriba su comportamiento.

Generalmente los servidores públicos actúan sin estar seguros de si realizan una acción ilícita. No se representan tal eventualidad como algo seguro sino simplemente como algo posible y dudan, por tanto, acerca de la ilicitud de la conducta. De ahí que se plantee el problema del grado de certeza necesario para afirmar cuándo existe conocimiento de la ilicitud y poder diferenciarlo así de los casos en que existe un error de derecho vencible o invencible. Resulta claro que el conocimiento de la ilicitud no se reduce simplemente a la certeza y que en dicho concepto se engloban también situaciones en las que el agente no está del todo seguro del carácter prohibido de su conducta. Por tanto, los supuestos de duda o conocimiento eventual, cantidad de conocimiento, forman parte, junto con la certidumbre, del concepto de conciencia del ilícito como situación psicológicamente opuesta al error de derecho y merecedora de la imputación personal o una atribución de culpabilidad plena, por tanto de una sanción completa.

En nuestro país se suele confundir por parte de los operadores del derecho y por parte de la misma doctrina entre los conceptos de conciencia eventual de la antijuridicidad y conciencia potencial. Son dos conceptos diferentes. El primero hace referencia a la cantidad de conocimiento, la certidumbre, la duda, y que produce la consecuencia del reproche completo cuando se actúa, en cambio lo segundo está referido al momento del conocimiento, esto es, si se estaba frente a un conocimiento posiblemente actualizable o no, en cuyo caso el juicio de reproche se rebaja o atenúa por cuanto conciencia potencial es equivalente al error vencible.

El conocimiento eventual de la antijuridicidad da lugar al juicio de reproche íntegro, pues el agente actúa como si dejara librado al azar la producción del resultado, esto es con

dolo eventual. Y el dolo eventual tiene la misma sanción que el dolo directo.

El conocimiento actual es necesario para la total emisión del juicio de reproche, con el potencial se castigaría la conducta como si la persona actuara en error de derecho vencible, que por remisión al Código Penal sería la imposición de la sanción rebajada en la mitad, esto es, se rebaja en la mitad la inhabilidad y la multa, pues la destitución no admitiría tal graduación. Esta afirmación merece una explicación. Previo a ello hay que reconocer que esta tesis no es admitida en la Procuraduría General de la Nación, por lo tanto ella es exclusivamente de mi responsabilidad y autoría. Veamos:

El derecho penal es el mecanismo de control formal más radical, por cuanto tiene la posibilidad de aplicar las sanciones más rigurosas, al punto que en su contexto se puede privar de la libertad a una persona. Sin embargo en derecho penal se puede atenuar el reproche en caso de error de prohibición vencible, entonces surge el interrogante por qué no hacerlo en derecho disciplinario.

En derecho disciplinario no está contemplado el error de hecho de forma expresa en la ley, sin embargo por virtud del principio de integración normativa se aplica tanto en su versión vencible como invencible. Surge el interrogante entonces por qué no hacerlo también con el error de derecho, en sus dos versiones con las mismas consecuencias penales. Esto es, invencible no lugar a responsabilidad y vencible responsabilidad atenuada.

Si el derecho disciplinario tiene un sustento constitucional y un soporte en la forma de Estado Social y Democrático, es claro que debe procurar la consecución de la justicia material, y es que la misma Ley lo dice en el artículo 20...

“En la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria el funcionario competente debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia...”

Si ello es así lo que dice el literal i) del artículo 47 debe tener una aplicación real “Criterios para la graduación de la sanción”... El conocimiento de la ilicitud”. Es obvio que el juicio de reproche que sirve de fundamento de la sanción debe ser consecuente y proporcional a la cantidad de conocimiento y al momento del conocimiento de la ilicitud. De ahí que, se pueda salir del marco de la sanción que se fija en el artículo 46, porque en esa disposición se está determinando la sanción en eventos normales, esto es en aquellos en los que se actúa sin error. Es lo mismo que ocurre en derecho penal en una norma se señalan los mínimos y los máximos de la sanción, pero eso no significa que en otros casos anormales, como los de error se fijen otros parámetros de la pena.

Si se quiere ser consecuente con el principio de culpabilidad que rige en todo el derecho sancionatorio, es claro que el error vencible debe tener una sanción atenuada respecto del hecho cometido sin error alguno. No hay que olvidar que frente al evento planteado el comportamiento sigue siendo doloso, por lo tanto el reproche permanece, pero de manera atenuada. Y la consecuencia material solo es predicable de aquella sanción que desde su naturaleza y connotación es posible graduar, como la destitución y la amonestación no son graduables, ellas permanecerán inmutables.

Esta tesis lo que pretende es aplicar un criterio de justicia material que no propende a la impunidad por ningún motivo, por el contrario deja la imputación dolosa y atenúa la sanción que es susceptible de graduación.

Para ello lo primero que debe estar identificado es la forma de culpabilidad atribuida, luego especificar cuál es la razón para considerar que el agente actuó con error de derecho vencible, esto es con conciencia potencial de la antijuridicidad, posteriormente referirse al literal i) del artículo 47 de la Ley 734 de 2002, luego a la norma que autoriza la remisión, o sea el artículo 21 del Código Disciplinario y por último al artículo 32 del Código Penal en el que se expresa:

“Ausencia de Responsabilidad 11. *Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad*”.

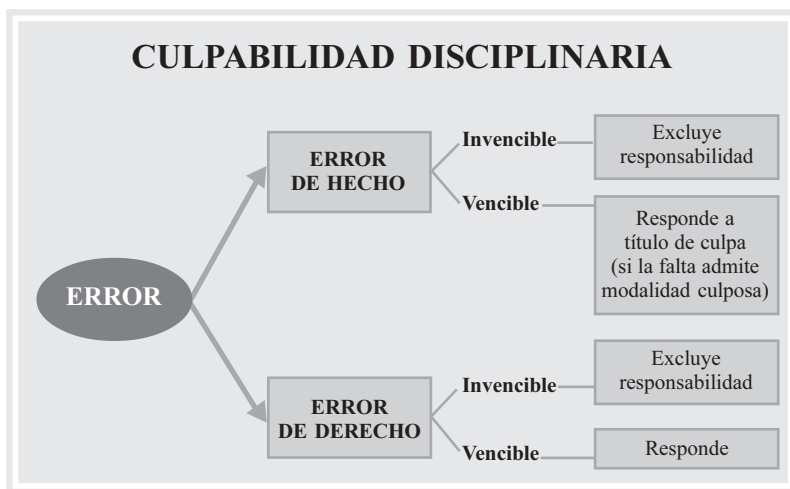
Con esos argumentos se procederá a rebajar la sanción, graduable, en la mitad.

En la práctica sucede que muchos operadores hacen un abusivo y mal manejo de la normas disciplinarias para no tener que imponer las sanciones correspondientes a las faltas gravísimas dolosas, para ello se valen del artículo 43, numeral 9 que señala: “*La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave*”.

En tal proceder varían lo que es doloso y lo terminan convirtiendo en culposo, para dejar de aplicar la sanción de la falta gravísima dolosa y aplican la de una falta grave realizada con culpa grave. U optan por convertir la culpa gravísima en culpa grave. Tales determinaciones son contrarias a derecho. Nuestra tesis por el contrario parte de una correcta atribución de la forma de culpabilidad y tratándose de faltas gravísimas aplica la destitución y rebaja la inhabilidad en la mitad del mínimo.

De conformidad con ese análisis, los grados de culpabilidad responden al siguiente análisis previo:

- Capacidad de deber o de culpabilidad que se traduce en la exigencia de habilidad para ejercer un cargo o función. Lo que equivale a hablar de imputabilidad.
- Conciencia de la antijuridicidad, vale decir, se reitera, que la persona sepa en qué grado actúa contra la prohibición; esa conciencia puede ser, como se dijo, actual, eventual, potencial o actualizable en cuanto se tenga la posibilidad de salir del error con la mínima diligencia, es decir, que el error sea vencible.
- Conciencia de la realización de los hechos, conocer los hechos que se realizan.



En el error de derecho vencible responde, empero con las precisiones ya efectuadas en nuestra tesis central.

6.2. Grados o formas de culpabilidad

Dolo: comprende el elemento anímico que se encuentra en las expresiones *el que con el fin, con el propósito, a*

sabiendas, de mala fe, para, en cuanto contiene verbos rectores finalísticos. En materia disciplinaria el dolo está integrado por los elementos de voluntad, conocimiento de los hechos, conciencia de la antijuridicidad y representación, empero la voluntad y la representación son elementos accidentales si están presentes con más razón se atribuye esta forma de culpabilidad, empero si no lo están y sí los restantes, ellos son suficientes para la imputación dolosa. Tal aseveración tiene su soporte en que para el dolo disciplinario los elementos fundamentales y suficientes son el conocimiento del hecho que se realiza y el conocimiento de la exigencia del deber, es decir el conocimiento de la ilicitud de la conducta, pues los servidores públicos tienen como principal responsabilidad el conocimiento de las funciones y los deberes propios del cargo. Esta posición ya la hemos sostenido en la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, en decisión del 27 de abril de 2005, asentamos:

“En materia disciplinaria el dolo está integrado por los elementos de conocimiento de los hechos, conocimiento de la ilicitud de la conducta y la representación del resultado, en este ámbito el conocimiento de las circunstancias fácticas, más el conocimiento de la prohibición ya son suficientes para atribuir la conducta a título doloso. Ello implica la accidentalidad o eventualidad del elemento representación y también del elemento voluntad que son propios del derecho penal” (0892715 de 2005).

Culpa gravísima: cuando se incurre en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

Culpa grave (C.C. Art. 63, negligencia grave o culpa lata): cuando se incurre en falta disciplinaria por inobser-

vancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Culpa leve (Art. 63 ibídem, descuido leve o ligero): falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido, que se opone a la falta de diligencia o cuidado ordinario o mediano.

La Culpa como tal en materia disciplinaria está rígida por el sistema de *numerus apertus*, conforme con el cual el operador disciplinario determina cuándo la falta admite esa modalidad de culpabilidad, evento en el cual la ley no la señala en forma expresa. La culpa y la omisión culposa son el dato prevalente en derecho disciplinario la mayoría de las veces los servidores incurren en infracción de sus deberes mediante este tipo de conductas.

La culpa disciplinaria presupone la infracción al deber objetivo de cuidado, esto es, existe un parámetro normativizado que impone el estándar de actuación normal por parte de los servidores públicos. Cuando se viola ese deber objetivo de cuidado por parte de un servidor público que desconoce o no cumple lo que normal y comúnmente le corresponde, cuando desconoce las funciones normales y propias, las más elementales, o desconoce sus deberes consustanciales a su cargo actúa con ignorancia supina, entonces se dirá que ha realizado el comportamiento con culpa gravísima. Esa misma situación se predica cuando desatiende o infringe aquellas normas que de acuerdo con su cargo o función son de obligatorio acatamiento.

Causales de mala conducta: Los comportamientos previstos en la Constitución o ley como causales de mala conducta, constituirán falta grave o leve, si fueron cometidos a

título diferente de dolo o culpa gravísima. En este punto bueno es observar lo que sucede con el Derecho de Petición. En el artículo 48 numeral 49 de la Ley 734 se resalta que también constituyen faltas gravísimas todas aquellas conductas que en la Constitución o en la Ley hayan sido previstas con sanción de remoción o destitución, o como causales de mala conducta. Respecto del derecho de petición el Código Contencioso Administrativo, señala en su artículo 76 que son causales de mala conducta, numeral 6, “resolver sin motivación siquiera sumaria, cuando sea obligatoria”. Conforme con ello, la no contestación del derecho de petición de forma cabal y oportuna, constituirá falta gravísima. Sobre la forma como debe ser contestado el derecho de petición y su sanción, la Corte Constitucional ha expresado:

Así lo ha recalcado la jurisprudencia constitucional:

“...las respuestas evasivas o las simplemente formales, aun producidas en tiempo, no satisfacen el derecho de petición, pues en realidad, mediante ellas, la administración elude el cumplimiento de su deber y desconoce el principio de eficacia que inspira la función administrativa, de conformidad con el artículo 209 de la Constitución.

En efecto, la respuesta aparente pero que en realidad no niega ni concede lo pedido, desorienta al peticionario y le impide una mínima certidumbre acerca de la conducta que debe observar frente a la administración y respecto de sus propias necesidades o inquietudes: no puede hacer efectiva su pretensión, pero tampoco tiene la seguridad de que ella sea fallida.

Tal circunstancia hace inútil el derecho fundamental del que se trata y, por tanto, cuando ella se presenta,

debe considerarse vulnerado el artículo 23 de la Carta Política”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-206 del 26 de abril de 1997).

La Corte declarará la exequibilidad de la frase acusada del artículo 35 del C.C.A., en el entendido de que las decisiones que se tomen en materia de derecho de petición, así se motiven tan solo sumariamente, sí deberán resolver el fondo del asunto sometido a consideración y no limitándose la autoridad competente a dar una respuesta formal sobre el trámite o el estado de la solicitud.

En cuanto a la frase demandada del artículo 76, que se refiere a la responsabilidad de los funcionarios por faltas en el ejercicio de sus funciones y que consagra en el numeral 6, como causal de mala conducta que implica sanciones disciplinarias, la de resolver sin motivación siquiera sumaria cuando sea obligatoria, la Corte encuentra que tampoco viola la Constitución, si se entiende que alude a determinados actos que el legislador ha declarado que, por su propia naturaleza, no requieren ser motivados según la amplitud de la atribución conferida a la autoridad, si bien advirtiéndose que la referencia legal correspondiente ha de ser expresa, taxativa y de interpretación estricta, y que las posibilidades de no motivación de los actos en que así lo autorice la ley no se confunden con la arbitrariedad de la administración, es decir, que su contenido está expuesto a examen judicial para verificar si son conformes o no a la Carta Política, y si los acompaña la racionalidad que a toda determinación oficial se exige.

Ahora bien, en principio la no contestación del derecho de petición configuraría falta gravísima, sin embargo en el artículo 50 de la ley disciplinaria se indica que este tipo de conductas cuando no se atribuyen a título doloso o a culpa gravísima, constituyen falta grave o leve. Lo que en la práctica conduce a que la sanción por la desatención o indebida contestación del derecho de petición, termine casi siempre considerándose falta grave o leve, pues es muy difícil expresar que tal conducta fue dolosa o realizada con culpa gravísima. Generalmente, salvo algunas excepciones, la no contestación del derecho de petición se produce por la violación al deber objetivo de cuidado por parte del servidor público responsable de emitir la respuesta.

Para culminar este apartado, nos permitimos esquematizar lo atinente a las formas de culpabilidad.

FORMAS DE CULPABILIDAD DE LA FALTA

1. Dolo

2. Culpa

- **Gravísima:** Por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.
- **Grave:** Negligencia - culpa lata
- **Leve:** Descuido ligero

7. FALTAS DISCIPLINARIAS

7.1. Aproximación a la Dogmática de la parte especial de la Ley Disciplinaria

Una de las innovaciones de la Ley 734 de 2002, como herramienta especial para combatir la corrupción administrativa y todas aquellas manifestaciones de conducta que impliquen deformación de la tarea funcional encomendada legalmente, la constituye el listado de faltas gravísimas que se contemplan en el artículo 48 de ese estatuto. El Código Único Disciplinario con esa norma ha logrado configurar una verdadera parte especial a su interior. Ese artículo participa de una excepcional connotación, en tanto él afilia el derecho disciplinario al derecho sancionatorio, pues a través suyo se logra cumplir uno de los mandatos de todos los ordenamientos jurídicos de naturaleza punitiva y sancionatoria: tener como sustento el principio de determinación, de reserva legal o de *lex certa*. En ese sentido sólo pueden ser consideradas faltas gravísimas las contempladas en ese artículo, es decir, la regulación de ese tipo de faltas es a través del sistema de *númerus clausus*.

En el ámbito del derecho disciplinario la estructura de la falta desde el punto de vista de su consideración sistemática, plantea varias situaciones complejas que no permiten la configuración de una única dogmática de la falta. Tal afirmación deviene, por una parte, del hecho de que el 90% de las faltas gravísimas no están contenidas en tipos en blanco o remisivos y en que, en la mayoría de ellas, la tipicidad y la antijuridicidad no se encuentran inescindiblemente unidas o vinculadas como ocurre con las faltas graves y leves, que están contenidas en tipos en blanco o remisivos y en las que tipicidad y antijuridicidad sí están estrechamente unidas, formando el

ilícito disciplinario. Esas situaciones plantean consecuencias diversas como que podría llegar a sostenerse que en derecho disciplinario, en ciertos eventos, sí existe bien jurídico objeto de tutela y que también en ciertos casos es posible hablar de error de tipo y de error de prohibición y no exclusivamente de error de hecho y error de derecho.

Dentro de las faltas gravísimas del artículo en comento, existe una que en verdad es una especial herramienta contra todo comportamiento corrupto o delictivo. En el numeral primero de aquella disposición, se considera como falta gravísima la realización del tipo objetivo de un delito, siempre que ello se haya producido en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo. Tal descripción plantea de inmediato, varias situaciones que es preciso identificar, en la tarea de unificación de criterios. Por una parte, bueno es señalar que no se requiere para la imputación de esa conducta, una previa condena o investigación penal por esos hechos. Tampoco se requiere, para instar la acción disciplinaria, cuando el delito sea querellable, la formulación de la queja por parte del querellante legítimo, puesto que bien puede realizarse la actuación de manera oficiosa. Además, el desistimiento, la indemnización integral o la reparación en su caso, producida en el proceso penal, no vincula al operador disciplinario, salvo lo que corresponda a la graduación de la sanción.

Asimismo, no se necesita que el juicio de tipicidad realizado por la autoridad penal y judicial, vincule al órgano de control disciplinario, es decir, lo ideal es que coincida la calificación de la falta con la calificación que ha hecho el operador del derecho en relación con el delito; sin embargo, puede que difiera, y ello daría lugar a que uno de los dos estuviera

equivocado, como cuando el servidor de la Procuraduría imputa la falta considerando que el tipo objetivo del delito doloso corresponde al de Cohecho Impropio y el de la Fiscalía es del criterio que corresponde al de Cohecho Propio.

7.2. La realización de una descripción típica de un delito doloso y su consideración como falta gravísima

Cuando la norma del 48 se refiere a la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, se está refiriendo a la realización del tipo objetivo de un delito, esto es, a la descripción externa de la conducta, donde ingresan como elementos el sujeto activo, el sujeto pasivo, la conducta, el objeto jurídico y el objeto material, más los ingredientes normativos y los meramente descriptivos. La imputación lo debe ser de un reato sancionable a título de dolo, no puede ser de culpa o preterintención. Una vez ubicada la conducta en el respectivo tipo penal sancionado a título de dolo, en materia disciplinaria como únicamente está condicionado el tipo objetivo, la conducta puede ser atribuida en cualquiera de las formas de culpabilidad disciplinaria (dolo o culpa), así por ejemplo en materia disciplinaria no sería raro sancionar por un prevaricato culposo o una falsedad ideológica culposa.

En procura del respeto del derecho de defensa, en el pliego de cargos y en el fallo debe existir correspondencia o congruencia y se debe expresar de forma clara cuál es el tipo objetivo del delito que se configura. Debe existir en el proceso la prueba que identifique la realización de esa conducta, para ello de especial importancia es la colaboración de las respectivas autoridades penales y disciplinarias, mediante el traslado de pruebas. La decisión de la autoridad penal no

vincula a la autoridad disciplinaria, pues los derechos aplicables no participan de la misma naturaleza en cuanto a la finalidad, objeto de investigación y configuración del ilícito, amén de la libre valoración probatoria.

El precepto determina que la conducta se debe cometer en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, para indicar que es necesaria la relación funcional para efectuar la incriminación. Ello supone, que en la mayoría de los casos el tipo objetivo del delito acriminado sea uno que afecte la administración pública, empero no necesariamente tiene que ser así, toda vez que la ley entroniza, también el concepto de “abuso del cargo”. La falta debe estar configurada a partir de la previa relación funcional, esto es, debe surgir en razón o con ocasión del cargo o la función, es decir debe surgir como consecuencia del incumplimiento de las tareas o cometidos oficiales de la entidad en que labora el disciplinable, o de las que devienen del ejercicio del cargo que se ostenta. Así por ejemplo si un servidor público emite imputaciones deshonorosas contra otro de sus compañeros, no se podrá imputar la falta si aquella imputación no tiene nada que ver con el servicio, con la función o no implica abuso del cargo.

El abuso del cargo y el abuso de la función son cosas diferentes, lo primero se presenta cuando el servidor público aprovecha de modo indebido su vinculación con una situación concreta que él no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones o cuando utiliza su investidura para cometer atropellos, desviarse de lo que legalmente le corresponde. Habrá, abuso de la función cuando el disciplinable desborda o restringe indebidamente sus límites o la utiliza con fines protervos. Desde el punto de vista del ilícito disci-

plinario se podrá cometer este tipo de faltas cuando el servidor público no está en ejercicio del cargo, como cuando está en uso de licencia, permiso o en vacaciones, siempre que su conducta implique abuso del cargo y que con ello se afecte sustancialmente el deber funcional, ejemplo de ello sería el servidor disciplinario que en licencia constriñe a su disciplinado para que le dé una utilidad indebida, estará incurso en el tipo objetivo de la concusión y por tanto en esta modalidad de falta gravísima.

De esta guisa se colige, que cuando se trata de la realización del tipo objetivo de un delito ordinario, no especial, aquel de sujeto activo indeterminado, el operador disciplinario debe especificar en el juicio de tipicidad, al hacer la imputación, si ese hecho tiene alguna vinculación con el servicio, fue con ocasión de la función o el cargo o con abuso de este, de lo contrario estaría llevando el derecho disciplinario a unos ámbitos que no le competen y que no afectan la función pública como tal. Se estaría, en concreto, penalizando en extremo al derecho disciplinario.

7.3 Las otras faltas del régimen unificado

El artículo 42 del C.D.U., clasificó las faltas disciplinarias en *gravísimas*, *graves* y *leves*, en cuyo artículo 48 enlistó 63 comportamientos tipificados dentro del primer concepto, en tanto que el artículo 50 se encargó de determinar que las dos últimas se constituían cuando el funcionario incumpla los deberes, abuse de los derechos, extralimite las funciones, o viole el régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley, dejando en manos del operador la posibilidad de establecer cuándo es grave o leve

una falta, conforme a los criterios que recoge el normado 43 *ibídem*, así:

7.3.1. Mantuvo, como lo contempló la Ley 200 de 1995, el deber de establecer el grado de culpabilidad (dolo o culpa para las faltas gravísimas, graves o leves), la naturaleza esencial y grado de perturbación del servicio, así como la jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva Institución.

7.3.2. Introdujo, frente al anterior código y como criterios independientes, la trascendencia social de la falta o el perjuicio causado, los motivos determinantes del comportamiento, la intervención (concurso) de varias personas (servidores o particulares), y que la realización típica de la falta –objetivamente gravísima– cometida con *culpa grave*, se considerará *falta grave*.

7.3.3. Indicó que las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, se apreciaran teniendo en cuenta:

- El cuidado empleado en su preparación.
- Nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o la derivada de la naturaleza del cargo o función.
- El grado de participación en la comisión de la falta (Art. 26 autor o determinador).
- Si fue inducido por un superior a cometerla, o en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas (fuerza mayor-caso fortuito).

CLASES DE FALTA

1. Gravísimas (Art. 48 Ley 734 de 2002)

Ejemplos:

- Autorizar u ordenar la utilización indebida, o utilizar indebidamente rentas que tienen destinación específica en la Constitución o en la ley.
- Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución o en la ley.
- Aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley.

2. Graves y leves: Criterios de dosificación

- Grado de culpabilidad.
- Naturaleza esencial y grado de perturbación del servicio.
- Jerarquía y mando del servidor público.
- Concurso de varias personas.
- Realización típica de la falta, objetivamente gravísima cometida con culpa grave se considerará falta grave.

8. SANCIONES

Corresponden a la limitación o afectación de derechos del servidor público inherentes a la relación laboral, o de particulares con funciones públicas como consecuencia de la infracción del deber funcional.

8.1. Destitución e inhabilidad general

Para las *faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima*, que **implica**:

- Terminar la relación del servidor, de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, con la administración pública
- Desvinculación del cargo, casos Art. 110 y 278-1 Constitución Política
- Terminación del contrato de trabajo

Y, para todos los anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, **por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.**

Esta **inhabilidad general** tiene un límite de 10 a 20 años; no obstante, cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado, dicha inhabilidad será permanente⁹.

8.2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial

Para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas, que implica:

- Separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, o
- La imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término del fallo.

La inhabilidad especial también tiene un límite y es que no puede ser inferior a 30 días ni superior a 12 meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado, será permanente¹⁰.

⁹ Sentencia C-948/02 “bajo el entendido que se aplica exclusivamente cuando la falta sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política”, esto es, “el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas”.

¹⁰ Idem C-948/02.

8.3. Suspensión, para las faltas graves culposas

- **Implica:** *ídem anterior*
- **Límite:** *no será inferior a un mes ni superior a 12 meses.*

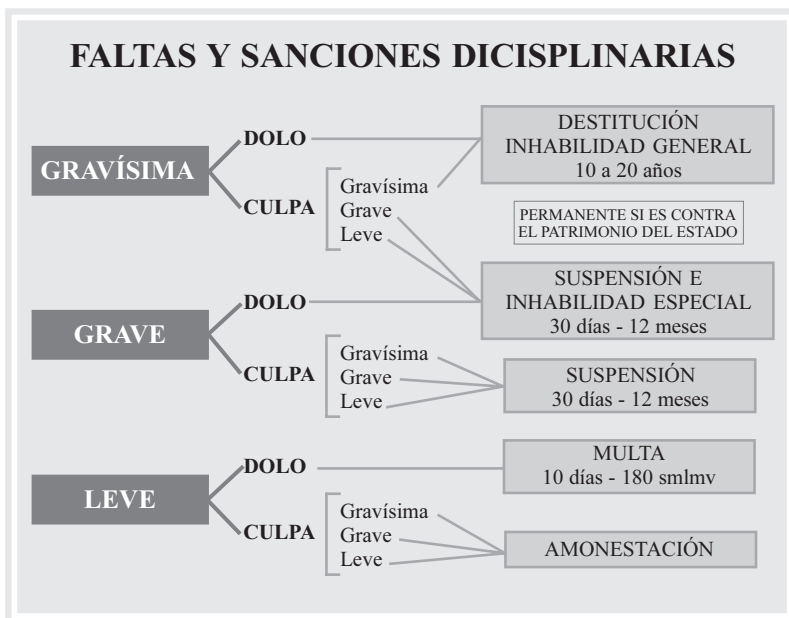
Si el sancionado cesó en sus funciones al momento de la ejecutoria del fallo o durante su ejecución, y no fuere posible hacer efectiva la sanción, el término de suspensión o el que faltare se convertirá en salarios de acuerdo a lo devengado para cuando cometió la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial.

8.4. Multa, para las faltas leves dolosas

- **Implica:** *sanción pecuniaria.*
- **Límite:** *no será inferior a 10 ni superior a 180 días del salario básico mensual devengado al momento de comisión de la falta.*

8.5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas

- **Implica:** *llamado de atención formal, por escrito, que debe registrarse en la hoja de vida y ese es su límite.*
- **Modo de hacerlas efectivas:** *si al momento del fallo el servidor o particular sancionado presta servicios en el mismo o en otro cargo similar, en la misma o en otra entidad oficial, incluso en período diferente, la sanción se deberá comunicar al representante legal o a quien corresponda, para que la haga efectiva.*



9. CRITERIOS PARA GRADUAR LAS ANTERIORES SANCIONES

9.1. Cuantía de la multa y término de duración de la suspensión e inhabilidad, así:

- Sanción fiscal o disciplinaria: 5 años anteriores a comisión de la conducta investigada
- Diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o función
- Atribuir responsabilidad infundada a un tercero
- Confesar la falta antes de formular cargos
- Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado

- Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de falta, siempre que cualquiera de dichas acciones no se hubiere decretado en otro proceso.

9.2. Concurso

A quien con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley 734 o varias veces la misma disposición, así:

- Si sanción más grave es ***destitución e inhabilidad general***, esta última se aumentará hasta en otro tanto, sin exceder del máximo legal (20 años).
- Si sanción más grave es ***suspensión e inhabilidad especial***, se aumentará en otro tanto, sin exceder el máximo legal. No dijo cuál (30 días a 12 meses).
- Si sanción más grave es ***suspensión*** ídem.
- Si las sanciones son de ***multa*** se impondrá la más grave aumentada en otro tanto, sin exceder el límite legal (10 a 180 días salario básico mensual devengado).

Si las sanciones a imponer para cada una de las faltas son ***multa o amonestación***, se impondrán todas. (inexequible Sentencia C-1076-02), en esta decisión la Corte Constitucional dijo:

“El artículo 47 de la Ley 734 de 2002 en su numeral primero establece los criterios para la graduación de la sanción disciplinaria, cuando no se presenta un concurso de faltas. El numeral segundo del mismo artículo establece los criterios para la graduación de la sanción en los casos de los concursos ideal, mate-

rial o real y la falta continuada. Para resolver esta diversidad de concursos, el legislador acogió dos técnicas: en los literales a), b), c) y d) del numeral segundo del artículo 47 de la Ley 734 de 2002 acogió la acumulación jurídica de las sanciones que conduce a que se produzca una absorción de faltas según la cual sólo se impone la sanción más grave, sin exceder el máximo legal; quiere ello significar, que nunca podrán imponerse más de veinte años para la inhabilidad general, doce meses para la inhabilidad especial, el mismo tiempo para la suspensión y ciento ochenta días de salario básico mensual como multa, atendiendo a que ellas, respectivamente, aparezcan como las más graves; por el contrario, en el literal e) de la misma norma se consagra una acumulación aritmética de sanciones disciplinarias. Por tal razón, es preciso examinar si el tratamiento desigual consagrado en el último literal, vulnera o no el principio de igualdad, tal y como lo sostiene el actor en su demanda (...)

“La Corte no observa justificación constitucional alguna para que en el tratamiento de la resolución de los concursos se haya recurrido a dos técnicas jurídicas distintas, una de ellas que resulta desproporcionada, específicamente la del literal c) en estudio, que acoge la acumulación aritmética de faltas solo para ser aplicada a los comportamientos sancionables con multa o amonestación, es decir, aquellos eventos de faltas leves, a diferencia del criterio de la absorción, acogido en los otros literales, para los concursos de las faltas disciplinarias de mayor entidad, vulnerándose de esta manera la Constitución, pues

en el primer caso la sanción a imponer no guarda correspondencia con las faltas cometidas.

En el caso del concurso entre las faltas más lesivas contra los deberes respecto de las funciones de la administración pública se previó, se insiste, el mecanismo de la absorción, en tanto que para las menos lesivas, el de la acumulación aritmética, es decir el legislador sancionó de manera más drástica comportamientos menos lesivos apartándose del principio general que indica que quien comete faltas más graves debe recibir una mayor sanción.

En suma, si bien el legislador goza de un margen de discrecionalidad para establecer los criterios encaminados a resolver los concursos de las faltas disciplinarias, el ejercicio de tal competencia no puede conducir a resultados desproporcionados y atentarios contra el principio de igualdad, en el sentido de establecer un tratamiento diferente e injustificado entre los sujetos destinatarios de la sanción disciplinaria.

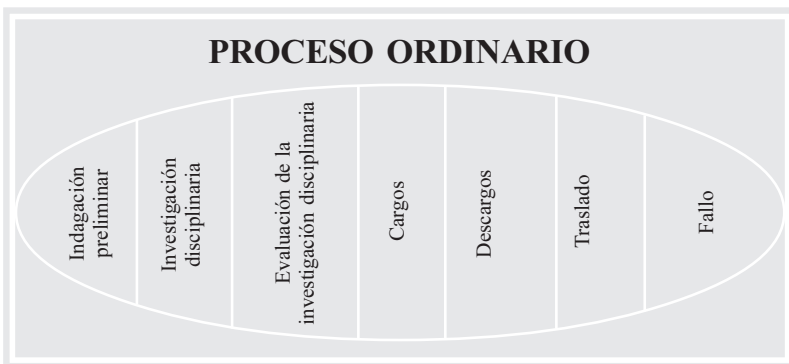
Por las anteriores razones, la Corte declarará la inexecutable del literal e) del inciso segundo del artículo 47 de la Ley 734 de 2002"

II.

PAUTAS GENERALES DEL PROCESO DISCIPLINARIO

1. ETAPAS

El proceso disciplinario está conformado por varias etapas o fases, claramente separables e identificables por las finalidades y objetivos de cada una de ellas, todas las cuales confluyen a la definición de unos hechos y a la fijación de responsabilidades en cabeza de servidores públicos que se hacen acreedores a sanciones disciplinarias cuando su proceder no está acorde con el ordenamiento legal. Ellas son:



2. INDAGACIÓN PRELIMINAR

2.1. Criterios deontológico y jurídico procesales

A la etapa preprocesal de la Indagación Preliminar se le suele analizar a partir de criterios eminentemente procedimentalistas, escudriñando únicamente lo relativo a la praxis y el formalismo legal. En este apartado, se la analizará desde un prisma que consulte su fundamento y su esencia. Para ello, es menester dejar sentado desde ya, que la indagación preliminar en la Ley 734 de 2002, se encuentra regida por unos principios procesales que sustentan su existencia y aplicación al interior del proceso disciplinario.

2.2. Principios

- **Investigación Integral.** Supone que el operador disciplinario dirija la tarea investigativa no solamente a buscar los medios de convicción que soporten la existencia de la imputación, considerada en sus extremos fácticos y jurídicos, sino además, en reconocer y declarar la existencia de las causales de ausencia de responsabilidad disciplinaria. Ello implica, en estricto sentido, que la función de investigación acate el principio de consecución de un orden justo como cometido del proceso disciplinario en el Estado Social y Democrático de Derecho. Además, implica que la carga probatoria en todo el proceso corresponda al Estado, por lo tanto, debe investigar con igual celo lo que desfavorezca al imputado como lo que le favorezca.
- **Limitación.** Impone que la indagación preliminar se circunscriba exclusivamente a los hechos que han sido objeto de queja, denuncia o investigación oficiosa y aquellos que le sean conexos. Conforme con ese postulado, la

queja impone el ámbito de movilidad del operador disciplinario en la tarea investigativa. La conexidad, que aquí se predica, en aras de no agotar el objeto investigativo en el texto de la queja, pues se está al inicio de la averiguación, debe comportar todas sus formas, esto es, objetiva, subjetiva o mixta, o en sus modalidades de sustancial, probatoria, etc.

No implica el principio de limitación, que al interior de la actuación deba darse una consonancia o congruencia con el motivo del auto de apertura de investigación, y entre este y el pliego de cargos. En la práctica sucede que en muchos eventos se aprovecha la indagación preliminar para allegar al expediente medios de prueba, en tanto, el término de instrucción es muy reducido, puede suceder que aparezcan nuevos hechos conexos con los anteriores o nuevos imputados, ante tales eventos, no se debe como se suele hacer, proferir un nuevo auto adicionando el anterior, es suficiente, una vez obtenidos los presupuestos procesales necesarios adoptar la apertura de Investigación.

- **Contradicción.** Con la notificación del auto que ordena la apertura de indagación preliminar surge para la persona en quien recae la imputación, la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, para ello, podrá solicitar ser escuchado en exposición libre, a partir de esa diligencia adquiere la calidad de investigado y ostenta todos los derechos y garantías de un sujeto procesal.

Puede suceder también, que con el proferimiento del auto de indagación se disponga la vinculación a la actuación, momento en el que adquiere igualmente tal condición. Todo quien sea vinculado al proceso, se le debe resolver la situación jurídica, esto es, quien sea escuchado en expo-

sición libre o se haya dispuesto su vinculación, debe obtener un pronunciamiento expreso mediante el cual se le abra la investigación o se le archive la actuación. Ahora bien, contra quien se disponga la Indagación Preliminar, no vinculado mediante exposición libre, si al momento de abrir la investigación, no se hace contra él, debe entenderse que no surgieron imputaciones concretas en su contra.

La exposición libre, por su parte se encuentra regida por los principios de contingencia, espontaneidad y limitación. Contingente, por cuanto no es imperativa su disposición; espontánea, toda vez que es libre de apremio y juramento y limitada, ya que en principio, está circunscrita a la consecución de la individualización o identificación de los intervinientes en los hechos investigados. Empero como es una forma de vinculación al proceso se convierte en medio de defensa y de convicción.

- **Transparencia.** Alude a que quien formula la queja o la *notitia criminis* asume el deber de hacerlo con absoluta responsabilidad, pues de hacerlo con temeridad o falsedad, podrá ser merecedor de una multa hasta de 180 salarios mínimos legales mensuales vigentes, previo el trámite incidental que señala la ley. No es necesario que se produzca una condena penal que determine la falsa denuncia para que proceda la imposición de la multa, en la decisión inhibitoria, el operador jurídico debe hacer un juicio pronóstico en el que señale los motivos por los cuales considera que la queja es falsa o temeraria, y así poder instar el procedimiento para la imposición de la sanción pecuniaria.
- **Publicidad.** El artículo 101 de la Ley 734 de 2002 impone como requisito para la eficacia de la indagación pre-

liminar, la notificación del auto que la disponga. Ello permite garantizar que contra quien se abre la indagación conozca de su existencia y así pueda impetrar ser escuchado en exposición libre, y desde esta pueda aportar y participar en la práctica de pruebas. La falta de la notificación personal de la indagación preliminar, no genera nulidad, si se demuestra que el disciplinable de alguna manera conoció de su existencia, participó en la práctica de pruebas, las solicitó o no hubo indefensión. Puede el quejoso, también en esta etapa preprocesal hacer efectivos los derechos que la ley le reconoce.

- **Legalidad.** Este principio deviene del principio general del debido proceso formal, que impone que la actuación disciplinaria sea entendida como un método dialéctico, formada por el conjunto de actos coordinados y cumplidos por el funcionario competente en el lugar debido y con acatamiento de las formalidades de ley. No puede pasarse por alto que la actuación disciplinaria en general, está también regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción.

Hay que hacer un reconocimiento a la comisión gestora de la Ley 734 de 2002, toda vez que entronizó a partir del artículo 20 la condición moderna de un proceso afiliado a las teorías pluralistas, mostrando con ello las implicaciones que impone la nueva forma de Estado Social y Democrático de Derecho en el ámbito procesal. El proceso disciplinario es a partir de esa disposición: un método dialéctico, cuya finalidad es la consecución de la verdad real y la justicia material, garantizando la efectividad del derecho sustantivo y haciendo efectivos los derechos y garantías que asisten a las partes.

2.3. Término de la indagación preliminar

Sobre el particular, es preciso resaltar que el artículo 150 de la Ley 734 de 2002 señala la imperatividad de su cumplimiento en el lapso de seis meses, salvo que se investiguen conductas relacionadas con la violación de los derechos humanos, evento en que se puede producir la ampliación de ese término hasta por otros seis meses.

Debe advertirse que el aparte del artículo 150 que sujetaba la extensión de la indagación a la individualización del actor, fue declarado inconstitucional por la Corte, mediante la sentencia C-036 de enero 23 de 2003, por considerar que al no fijarse un término cierto para esa etapa se viola el debido proceso, entre otras razones, porque uno de los fines de la indagación preliminar es precisamente despejar las dudas acerca del autor de la falta y, además, porque el debido proceso impone adelantar una actuación sin dilaciones, que hace indispensable que se establezcan períodos determinados para las etapas procesales.

Entonces, conforme a lo dispuesto en dicha norma, el término de seis meses establecido para cumplir con la indagación preliminar es absolutamente obligatorio y al cabo de estos, lo único que procede es evaluar lo que obra en el proceso y adoptar, conforme a ello, la decisión que corresponda; es decir, que si de la valoración del material probatorio existente no es posible deducir las circunstancias que permitan decretar la apertura de la investigación disciplinaria, de acuerdo a lo establecido en el artículo 152 de la Ley 734 de 2002, habrá de decretarse el archivo (Art. 150, inciso 4°).

Tales apreciaciones se soportan en los siguientes motivos:

- Los términos previstos por el legislador son perentorios y por ende improrrogables, salvo los casos expresamente establecidos en la ley, concretados en circunstancias y condiciones especiales y específicas predeterminadas.
- Resulta claro que el legislador prevé las decisiones que proceden una vez evaluado el material obrante en el expediente, siendo el archivo definitivo o el auto de apertura de investigación los que deben dictarse vencido el término de la indagación.
- En cualquier evento, es obvio que conforme a las reglas enunciadas, el vencimiento de los términos reseñados sin que pueda adoptarse una decisión de investigación por falta de prueba, impone como única decisión posible el archivo de la actuación (Art. 150).

Lo así previsto, impide que la autoridad disciplinaria, transcurrido el plazo fijado, pueda prolongar la instrucción en el tiempo o adoptar determinaciones distintas a las indicadas, pues siendo los términos procesales de carácter perentorio –terminante–, estos deben acatarse por quienes aplican los procedimientos aludidos.

En este orden de ideas, que las pruebas pertinentes deben decretarse, practicarse e, incluso, incorporarse dentro de dichos lapsos y, con base en ellos, agotado el plazo fijado, debe adoptarse la determinación correspondiente, una vez evaluado el material obrante.

No obstante lo anterior, es del caso precisar que frente al caso de pruebas cuyos resultados dependan de autoridades distintas al funcionario instructor o del conocimiento –como por ejemplo dictámenes técnicos–, que se han decretado y diligenciado oportunamente por parte de estos, excepcional-

mente es factible que las mismas puedan valorarse siempre y cuando se reciban dentro del período en el que corresponde hacer la evaluación respectiva y previa a la adopción de la decisión que deba proferirse, sin que de manera alguna deba ello entenderse como la prolongación del período probatorio establecido para los efectos descritos, pues como se anotó, los señalados por el legislador para estos fines son de obligatoria observancia para quienes tramitan los procesos de esta naturaleza.

Adicionalmente, debe tenerse presente que el vencimiento de los términos, no implica pérdida de competencia para proferir la decisión que corresponda y por ello habrá de procederse de conformidad con lo que aparezca en el expediente y según los parámetros legales aludidos, a fin de darle impulso procesal respectivo a cada una de las actuaciones a la mayor brevedad posible para evitar mayores dilaciones.

– Dada la identidad del término previsto para la indagación preliminar en las Leyes 200 de 1995 y 734 de 2002, resulta oportuno recapitular sobre lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia 728 de 2000, en la que al decidir sobre la exequibilidad del artículo 141 del antiguo estatuto disciplinario y fijar los alcances del mismo, entre otros aspectos, expresamente señaló:

“... En el problema que se analiza, el legislador decidió que el término para la indagación preliminar fuera solamente de seis meses y que una vez que él hubiera transcurrido, había de abrirse investigación o de archivar definitivamente el expediente. El actor y el Ministerio Público consideran que el plazo fijado es muy corto y que él permitirá que muchas faltas disciplinarias queden impunes.”

“La Corte considera que el término fijado sería inconstitucional si fuera ciertamente insuficiente para realizar una indagación preliminar. Un término excesivamente abreviado impediría realizar una indagación con posibilidades de ofrecer resultados concretos y ello convertiría a la indagación preliminar en un trampolín para garantizar la impunidad en los casos en que se considerara necesario agotar esta etapa. Sin embargo, un término de seis meses no aparece prima facie como insuficiente para practicar la indagación preliminar, puesto que el objeto de esta no es adelantar la investigación y el juicio mismo, sino establecer si se presentó una actuación que podría constituir una falta disciplinaria y a quien podría imputarse la autoría de esa conducta.

“Esas consideraciones adicionales permiten apreciar que el término no es a primera vista insuficiente: la primera es que el lapso de los seis meses no comprende el tiempo necesario para la evaluación de las pruebas recopiladas durante la indagación preliminar, lo que permite que ese período sea utilizado íntegramente para la recopilación de las pruebas.

“Evidentemente, es posible que, como lo señala el actor y el Ministerio Público, se presenten situaciones en las que el lapso de seis meses no sea suficiente para determinar la ocurrencia de la falta disciplinaria o individualizar al servidor público que hubiere intervenido en ella. Sin embargo en estos casos habrá de respetarse la voluntad del legislador de darle prevalencia al derecho del encartado de no permanecer sub júdice y a su objetivo de que se resuelvan con rapidez las dudas disciplinarias que puedan surgir,

incluso en desmedro de la aspiración de que se haga justicia en todas las ocasiones”.

Vale la pena tener en cuenta que a esta determinación se refirió la citada Corporación cuando examinó la constitucionalidad del citado artículo 150 del actual régimen unificado y reiteró el criterio allí expuesto¹¹.

– Puede suceder que en las oficinas de control interno disciplinario, e incluso en el mismo órgano de control, existan quejas que por exceso de trabajo, no hayan podido ser evaluadas y, por tanto, producido el auto de indagación preliminar para que esta se surtiere en los seis meses; el vencimiento de ese término, no impide que se pueda adoptar la apertura de indagación preliminar, siempre y cuando la acción disciplinaria no haya prescrito.

2.4. Fines de la indagación preliminar

Aunque la indagación preliminar surge como la primera etapa del proceso disciplinario, no es obligatorio que ella se adelante pues no constituye requisito de procedibilidad, en cuanto para iniciarse el artículo 150 de la ley 734 de 2002, la impone únicamente cuando exista duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria o sobre la identificación o individualización del autor, lo que a contrario sensu significa que cuando estos aspectos se encuentren establecidos, no es menester agotar dicha fase.

Uno de los aspectos que pretende concretar la indagación es precisamente la identificación del autor, ese supuesto de hecho debe acreditarse, siendo indispensable entonces que

¹¹ Ver sentencias C-036 y C-070 de 2003.

se recaude, en relación con ello, un acervo probatorio mínimo que ofrezca certeza sobre la persona que se encontraría comprometida en los hechos irregulares, y que serían objeto de la subsiguiente etapa procesal, en la que debe estar identificada en debida forma, porque la falta que podría imputársele es eminentemente personal y relacionada con el incumplimiento del deber funcional.

Ahora bien, no es lo mismo identidad que identificación, pues la primera es el conocimiento sobre la persona que puede verse comprometida y permite señalarla como tal, mientras que la identificación, en materia disciplinaria está referida no sólo al verdadero nombre y apellido del investigado, sino también a su estado civil, su domicilio, profesión, cargo, funciones y las distintas variaciones que pueden presentarse respecto de su situación administrativa

3. INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA –PROCEDENCIA–

El presupuesto probatorio y procesal para que proceda a la apertura de la investigación disciplinaria es que se haya identificado al posible autor o autores de la falta disciplinaria. Y se pretende con ella determinar si la conducta imputada existió, si es típica y esclarecer las circunstancias en que se cometió, demostrando el perjuicio sufrido por parte de la Administración y sobre todo, determinar el grado de responsabilidad de la persona vinculada a la investigación.

El conocimiento público que se tenga acerca del posible infractor por el cargo que ostenta y de su desempeño como tal, permitiría la apertura de investigación en su contra, sin que ello pueda tenerse como causal de nulidad, siempre y cuando se le brinden las oportunidades que otorga la ley para

ejercer el derecho de defensa y contradicción, que deben tener plena operancia desde el inicio de las averiguaciones disciplinarias y que se hacen efectivos a través de las comunicaciones y notificaciones que deben librarse en cada caso. De esa manera también se está cumpliendo con el principio de publicidad de una decisión en la que se empieza a concretar la imputación en sentido fáctico y jurídico.

Al hablarse de perjuicio, como finalidad de la investigación, no puede entenderse en el sentido de que se esté propiciando un ilícito disciplinario en sentido material, ello no es problema de injusto o de antijuridicidad, sino de graduación de la sanción. Es decir si se demuestra con la investigación que con la comisión de la falta se produjo un perjuicio económico o de otra índole a la administración, esa circunstancia tendrá especial importancia no para graduar el ilícito, sino exclusivamente para medir la sanción y su especie.

El auto que dispone la investigación disciplinaria es de trámite o de sustanciación, pero de naturaleza compleja, es decir, debe ser proferido por servidor con competencia, o por quien haya sido delegado para ese efecto y en él se deben contener los aspectos señalados en el artículo 154 del C.U.D. En algunos eventos, si el servidor que profiere el auto carece de competencia esa actuación estará afectada de nulidad, así por ejemplo si un servidor en la fase de indagación preliminar comisiona a otro para que practique unas pruebas fuera de la sede de aquel, y este un vez practicadas esas pruebas decide proferir la apertura de investigación disciplinaria, ese auto estará viciado de nulidad por la falta de competencia.

Esa situación no se enmarca en la causal del artículo 143 de la Ley disciplinaria, por cuanto lo que en esa disposición se regula es la falta de competencia para proferir el fallo. La

interpretación no puede hacerse extensiva, al punto de pensar que nunca puede darse la nulidad por falta de competencia, sino únicamente en relación con el proferimiento del fallo. Si un servidor de la Procuraduría profiere la apertura de investigación en relación con un aforado, cuya competencia recae en el Procurador General de la Nación, necesariamente ese auto estará viciado de nulidad por falta de competencia, salvo que haya existido un previo auto de comisión especial para ese trámite.

En esta fase instructiva la Procuraduría General de la Nación puede ejercer el poder preferente, por tal motivo es necesario que si el auto de apertura de investigación es proferido por un órgano de control interno disciplinario se comunique a la Procuraduría, para que determine si ejerce o no el poder preferente.

INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

Objeto: Verificar:

- Ocurrencia de la conducta
- Tipicidad
- Motivos determinantes
- Tiempo, modo y lugar
- Perjuicios
- Responsabilidad

- Seis meses desde la apertura
- Durante 1/3 parte: Varias faltas

Varios implicados

4. EVALUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA – PLIEGO O ARCHIVO

EVALUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

Procedencia:

1. Recaudo de la prueba para formular cargos

2. Vencido el tiempo

Pliego: Demostración objetiva de la falta.

Prueba de la responsabilidad

Archivo: Art. 73 y 156

Certeza de no existencia (73)

No prueba para pliego (156)

• Not. personal

Variación: Error en la calificación

– Prueba sobreviniente

5. DESCARGOS, PRUEBAS, TRASLADO Y FALLO

5.1. Descargos y pruebas

La presentación de memorial en este sentido, por parte del inculcado o de su defensor, es potestativa, no obligatoria; es un derecho que se le reconoce, del cual puede o no hacer uso y, en caso que no lo haga, es considerado como renuente, circunstancia que permite continuar la actuación, sin ninguna otra exigencia o formalidad, según la dicción del normado 167 de la Ley 734 de 2002.

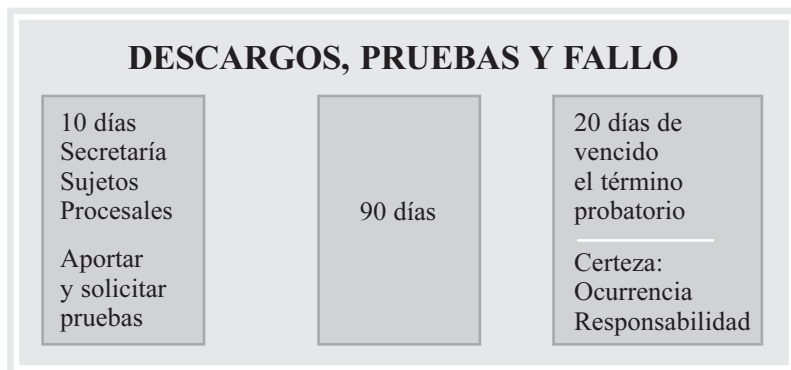
En esta etapa, desde luego y en ejercicio del derecho de defensa y del contradictorio, podrá solicitar el decreto y prácti-

ca de pruebas, al igual que aportar aquellas que estime conducentes, pertinentes y útiles para el esclarecimiento de la situación por la cual se le acusa. En este mismo estadio procesal, el funcionario de conocimiento tiene la potestad oficiosa de ordenar la incorporación de los elementos demostrativos que considere válidos para la resolución del asunto.

5.2. Traslado a los sujetos procesales para alegaciones previas al fallo

De acuerdo con el artículo 92, numeral 8°, de la Ley 734 de 2002, el traslado para alegar de conclusión es un derecho que asiste al disciplinable, antes que se profiera el fallo de primera o única instancia; no obstante, el legislador no previó un término o procedimiento para su ejercicio ni para garantizar un *plus* de defensa al imputado, siendo oportuno señalar que para solucionar esta situación la Corte Constitucional, en sentencia C- 107 de 2004, indicó que se aplicaría el lapso judicial de cinco (5) días que al efecto fijó el artículo 165 del Código de Procedimiento Penal, aplicable por la remisión que autoriza el artículo 21 del C.D.U.

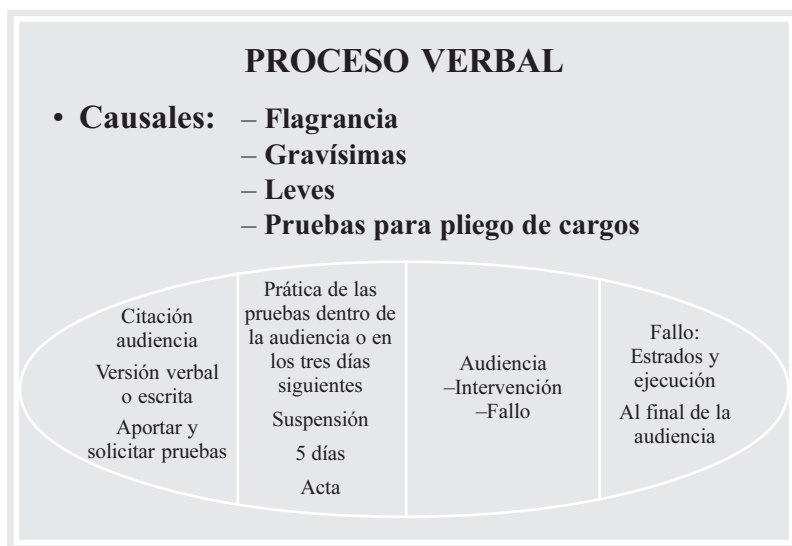
5.3. Fallo de primera o única instancia



6. PROCEDIMIENTO VERBAL

Atinente a su constitucionalidad, el Alto Tribunal colombiano, precisó:

“... El legislador cuenta con un amplio margen de configuración al momento de establecer los diversos procedimientos disciplinarios, a condición de que no vulnere los principios constitucionales en especial, el de igualdad. En tal sentido, prever el adelantamiento de un proceso verbal para determinados casos de faltas disciplinarias gravísimas, cuando la regla general es el proceso ordinario, no constituye un tratamiento desigual, injustificado y contrario a la Carta Política”¹².



Sobre este procedimiento, es importante aclarar el alcance e interpretación que debe darse al artículo 175, inciso 3°,

¹² C-1076 de 2002.

de la Ley 734 de 2002, por ofrecer mayores dudas, cuando señala: “*En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos, se citará a audiencia*”.

Al respecto, debe entenderse que la expresión ‘*En todo caso*’ que significa en cualquier caso ‘en cualquier caso o circunstancia’, no se refiere a las eventualidades descritas en los dos primeros incisos del artículo 175 *ejusdem*, sino que es independiente y, por el contrario agrega otra causal para adelantar el procedimiento verbal.

Esta interpretación, que se deduce de la intención del legislador, denota que cualquiera sea el sujeto disciplinable y la naturaleza de la falta disciplinaria cometida, se debe citar a audiencia si al momento de hacer la evaluación de la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos (Arts. 161 y 162 de la Ley 734 de 2002).

III.

PREGUNTAS MÁS FRECUENTES EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Las respuestas que se transcriben a continuación, han permitido absolver algunas dudas de los operadores disciplinarios, siendo necesario advertir que estos conceptos, emitidos en relación con consultas formuladas, constituyen únicamente un criterio auxiliar de interpretación de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 5° de la Ley 153 de 1887 y 25 del Decreto 01 de 1984. Por esa razón, a los encargados de las dependencias competentes les corresponde determinar, en cada caso, si se dan las condiciones para tener en cuenta el concepto, sin que el criterio aquí expuesto resulte vinculante para ninguna de ellas, debiéndose realizar las valoraciones sobre los supuestos fácticos y las normas aplicables para efectos de adoptar la decisión que resulte pertinente.

DISCIPLINABLE –Derecho de interrogar al quejoso

¿Es permitido dentro del proceso disciplinario que el acusado indague al quejoso?

“El numeral 4 del artículo 92 de la Ley 734 de 2002, consagra entre otros, como derecho del investigado, solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica.

De manera que el investigado o su apoderado, puede ejercer tal derecho y puede interrogar al quejoso, conforme al artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, –relacionado por la práctica del interrogatorio, por remisión del artículo 21 de la Ley 734 de 2002–, al momento de rendir bajo juramento el testimonio que se le haya solicitado en la actuación procesal (artículo 266 ibídem)”. (C-010/03).

REINCIDENCIA –Calificación de la falta

¿Cuál es la interpretación que debe dársele al contenido del artículo 48, numeral 8° del CDU, para efectos de la calificación de la falta?

“Según la Corte Constitucional, el artículo 48, numeral 48, de la Ley 734 de 2002¹³ describe varias conductas que contienen dos tipos disciplinarios distintos: el de reincidir en tres o más ocasiones en alguna de las conductas allí mencionadas y el de realizarlas cada una menos de tres veces, que califican la falta, en su orden, en gravísima y grave.

¹³ Artículo 48, numeral 48, Ley 734 de 2002. Son faltas gravísimas las siguientes: Consumir, en el sitio de trabajo o en lugares públicos, sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o síquica, asistir al trabajo en tres o más ocasiones en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes. Cuando la conducta no fuere reiterada conforme a la modalidad señalada, será calificada como grave.

Sobre el particular, y para su mayor ilustración, se transcriben algunos de los apartes del concepto N° 3070 del 6 de noviembre del año pasado emitido por el Procurador General de la Nación, en demanda de inconstitucionalidad contra la citada norma y el inciso final del artículo 51 de la Ley 734 de 2002, en el expediente N° D-4180:

“...De acuerdo con la exigencia que se plantea en el escrito de demanda, todo parece indicar que los límites temporales en que debe darse la ocurrencia de la reiteración de una conducta para efectos de determinar su gravedad y trascendencia, en consecuencia, el agravamiento de la sanción correspondiente, es parte constitutiva del tipo disciplinario en cuanto elemento definitorio del mismo, lo cual no es sustentable desde el punto de vista de la dogmática sancionatoria, más aún, cuando el tipo ha sido plenamente establecido por el legislador y de lo que se trata, en este caso, es de indicar cuándo la conducta allí descrita adquiere la condición de gravísima o de grave, por la circunstancia de la reiteración de la misma por parte del servidor público infractor del régimen disciplinario.

De allí que resulte incomprensible, que en la demanda se hable del límite temporal para el establecimiento del concurso de faltas, pues lo que en ella se regula es la agravación de la calificación de la conducta como consecuencia de la reiteración en la comisión de la misma.

Luego, no estamos ante el evento de la sanción de conductas distintas constitutivas de faltas diversas que concurren sino de agravar la calificación de una misma conducta en atención al comportamiento reiterado del servidor público en relación con la misma.

No podía el legislador, como lo pretende la ciudadana (...), incrementar caprichosamente los elementos constitutivos y

definitorios del tipo disciplinario, para efectos de su identificación tanto por las autoridades encargadas de poner en acción el dispositivo sancionatorio como por los probables infractores del mismo, cuando la finalidad de las normas no es otra que la de establecer un factor de agravamiento de la calificación de una falta ya definida como lo es el de la reiteración de la conducta del funcionario público en la misma falta.

Además, no sería sano desde el punto de vista preventivo del régimen sancionatorio en el campo de la administración pública, establecer límites temporales para efectos de poder determinar cuándo una conducta se agrava en virtud de su reiteración, pues ello significaría abrir espacios temporales de impunidad respecto de tal reiteración en el caso de conductas infractoras que por su carácter nocivo en lo ético y en lo funcional, constituyen un verdadero atentado contra la eficiencia y la moralidad que deben presidir el comportamiento del funcionario estatal durante el desempeño de sus funciones.

Ello, por cuanto tales límites permitirían la reincidencia en tales conductas en el espacio de tiempo en que tal reincidencia no sea sancionable o mejor, en que tal reincidencia constituya causal de agravamiento, razón por la cual la reincidencia sucedería sin agravar la calificación y, de contera, sin agravar la sanción correspondiente”. (C-007/03).

PROCEDIMIENTO VERBAL –Cambio. Faltas gravísimas

¿En qué oportunidad es viable el cambio de procedimiento ordinario consagrado en la Ley 200 de 1995 al proceso verbal, cuando las conductas investigadas se tipifican como gravísimas en vigencia de la Ley 734 de 2002?

“El cambio de un procedimiento a otro (del ordinario al verbal, ante el cumplimiento de los requisitos exigidos en el

artículo 175 del CDU), debe efectuarse antes de que se eleve pliego de cargos, a fin de que el investigado pueda ser oído en audiencia, conforme a lo establecido en el artículo 177 de la Ley 734 de 2002, y se continúe el proceso disciplinario con el procedimiento señalado en el capítulo primero de dicha ley (artículos 175 a 181)”. (C-007/03).

FUNCIONARIOS CON FUERO –Procedimiento

¿Qué normatividad es la aplicable (Ley 200 de 1995 o Ley 734 de 2002), en los procesos disciplinarios, que adelanta la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes contra funcionarios a los que se refiere el artículo 174 de la Constitución Política?

“Por medio de la Ley 5ª de 17 de junio de 1992, el Congreso de la República expidió su reglamento interno, y en su capítulo cuarto (artículos 327 a 366) estableció el juzgamiento de altos funcionarios del Estado, por denuncia o queja que se formule contra el Presidente de la República, el Magistrado de la Corte Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia, el miembro del Consejo Superior de la Judicatura, el Magistrado del Consejo de Estado o el Fiscal General de la Nación, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, por indignidad, por mala conducta o por delitos comunes.

Además, la Constitución Política en el artículo 178, numerales 3º y 4º, establece que la Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones:

‘3. Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al presidente de la República, o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros

REINCIDENCIA –Causal de agravación

Cuando se agrava la calificación de las conductas, ante la existencia de la figura de la reincidencia, señalada por vía legal, ¿se atenta contra el orden constitucional?

“En ese sentido debe recordarse aquí el significado que la jurisprudencia le ha asignado a la figura de la reincidencia, en los siguientes términos: ‘La reincidencia es una figura jurídica de gran significado sociológico. Se sabe que una de las funciones de la pena es la de disuadir a las personas en general, de cometer un acto prohibido. Para quienes ya han sido objeto de sanción se espera que esa función disuasiva sea ejercida por la misma experiencia de la pena. El reincidente demuestra una voluntad –que la ley no supone– de quebrantar repetidamente la ley dejando sin efecto el mensaje o propósito persuasivo del reproche jurídico. ‘Este indicador de la conducta humana es tomado en cuenta por el legislador en múltiples ocasiones para calificar el comportamiento de los infractores y determinar el tratamiento correccional a seguir. Por esta vía se busca desestimular conductas socialmente censurables cuya reiteración hace que su autor no sea considerado para asumir nuevas responsabilidades o recibir beneficios’. (sentencia C-184 de 1998).

Ahora bien, en relación con la viabilidad de incorporar en el texto legal sancionatorio la figura en comento, esta fue avalada por la Corte Constitucional, en los siguientes términos: ‘Tampoco se atenta contra el orden constitucional al señalar por vía legal la vigencia de la figura de la reincidencia. ‘Dado que la Carta Política no contiene disposición alguna sobre la reincidencia, bien puede incluirse o no esta figura jurídica en los distintos estatutos sancionatorios, sin contrariar la Ley Suprema, pues en esta materia, la Carta no

se encuentra matriculada en ningún sistema doctrinal'. (Sentencia C-060 de 1994). (Corte Constitucional, ibídem).

Luego, no encuentra el Despacho razón alguna para aceptar la tesis de la demanda, toda vez que habiéndose cumplido por el legislador los requerimientos de la tipificación de una determinada conducta sancionable, el principio del debido proceso no se ve afectado en manera alguna por la circunstancia de que en previsión plausible del legislador se agrave la calificación de las conductas sancionables y, por ende, sus consecuencias jurídicas, en el evento de reincidencia...". (C-007/03).

MULTA –Ejecución. Entidad intervenida

¿A qué funcionario le corresponde hacer efectiva la sanción de multa, cuando la entidad a la que debe cancelarla se encuentra intervenida?

“El actual Código Disciplinario Único, en el Título X sobre ‘Ejecución y Registro de las Sanciones’, establece que cuando ‘el sancionado no se encontrare vinculado a la entidad oficial, deberá cancelar la multa a favor de esta, en un plazo máximo de treinta días contados a partir de la ejecutoria de la decisión que la impuso. De no hacerlo, el nominador promoverá el cobro coactivo, dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del plazo para cancelar la multa’ (artículo 173, inciso 3º).

‘Pero, como en el presente caso la entidad se encuentra intervenida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y el gerente liquidador, como bien se sabe, no tiene facultades para promover el cobro coactivo, puesto que no se trata del nominador, corresponde, en sentir de esta ofi-

cina, a la jurisdicción coactiva del Ministerio de Hacienda adelantar el trámite procesal para hacerla efectiva, tal como lo dispone el inciso 6° del artículo antes citado”’. (C-016/03).

PRUEBAS –Práctica por comisionado de la misma sede y entidad

¿Es posible comisionar a un funcionario de la misma entidad para la práctica de pruebas dentro de la misma sede?

“Esta oficina en distintas oportunidades ha manifestado que de la lectura de todo el artículo 133 de la Ley 734 de 2002, se deduce que ‘el funcionario competente podrá comisionar para la práctica de pruebas a otro servidor público de igual o inferior categoría de la misma entidad o de las personerías distritales o municipales’ de lugar distinto a su sede, puesto que nada justifica que lo haga en la misma donde ejerce sus funciones, porque contraría el principio de intermediación de la prueba que debe regir el proceso. Esta prohibición se encuentra consagrada en el artículo 181 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1-89 del Decreto 2282 de 1989, según el cual ‘es prohibido al juez comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para las inspecciones dentro de su jurisdicción territorial’.

‘De tal suerte, hay que recordar que la comisión no es un mecanismo de descongestión sino de eficacia, agilidad y economía, tal como lo dijo la Corte Constitucional, en sentencia T-458 de 1994, cuando definió que la ‘comisión es una delegación de competencia de carácter temporal, que se circunscribe únicamente al cumplimiento de la diligencia delegada, se origina por razones de economía procesal y auxilio judicial, y su objeto es la realización de algunos de los

actos que no pueden efectuarse directamente por los titulares de la jurisdicción y competencia ya definidas. Se establece entonces dicha figura, para actos y diligencia que impliquen juzgamiento, y para práctica de pruebas...” (C-034/03).

EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO –Régimen de los gerentes e integrantes de las Juntas Directivas

¿Cuál es el régimen aplicable a los gerentes y miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado?

“En materia de inhabilidades e incompatibilidades para los miembros de la junta directiva y el representante legal de las empresas sociales del Estado –fuera de las normas generales establecidas en la Constitución Política y el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002)–, no existe norma vigente aplicable distinta al Decreto 128 de 1976, por remisión del artículo 102 de la Ley 489 de 1998.

Dichas empresas sociales, conforme al artículo 68 de la Ley 489, son entidades descentralizadas, y las cuales, a pesar de su creación posterior, son el campo de regulación del citado Decreto 128 de 1976.

Así las cosas, se tiene que el Decreto 128 de 1976 no establece causal de inhabilidad que regule las situaciones consultadas, ya que únicamente lo hace, como prohibición, en su artículo 10, con relación a que los miembros de juntas o consejos y los gerentes o directores de entidades descentralizadas no pueden prestar sus servicios profesionales, durante el ejercicio de sus funciones o dentro del año siguiente a la dejación de ellas, por medio de contratos de prestación de servicios, mas no como servidores públicos. Dice dicha norma: ‘Los miembros de las juntas o consejos, durante el

ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, *no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece*’.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta para este tema lo previsto en el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), artículos 35, numeral 25, y 53, que dicen:

Artículo 35-25. A todo servidor público le está prohibido:

‘...25. Gestionar directa o indirectamente, a título personal, o en representación de terceros, en asuntos que estuvieron a su cargo’.

Artículo 53. ‘El presente régimen se aplica a los particulares que (...) Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva’”. (C-40/03)

MIEMBRO DE COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO—Competencia para investigarlo

¿Quién es el funcionario competente para adelantar investigación disciplinaria, cuando un miembro de una cooperativa de trabajo asociado cometa una falta disciplinaria?

“Si está determinado en el contrato celebrado entre la entidad estatal y la Cooperativa, que cada miembro de esta responde individualmente por las irregularidades cometidas en el desarrollo de las labores encomendadas, habría que establecer la clase de función desempeñada; es decir, si es pública o no. Si es pública, sin lugar a dudas, según lo

establecido en los artículos 53, 55 y 75, inciso 2º, de la Ley 734 de 2002, corresponde a la Procuraduría General de la Nación juzgar disciplinariamente a los particulares ‘que ejerzan funciones públicas en lo que tiene que ver con estas... o administren recursos de este (del Estado) ‘y sólo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas’ (art.55). En cambio, si la función es privada, no se les puede juzgar como particulares y el reproche quedaría en manos de la cooperativa o de la Superintendencia de Economía Solidaria.

Por último, si la responsabilidad únicamente es de la cooperativa como persona jurídica, no sobra recordar lo establecido en el inciso final del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, que dice: ‘Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la junta directiva’’. (C-46/03).

IMPEDIMENTO -Jefe de la Oficina de Control Interno

¿Es viable que una vez se acepte el impedimento del Jefe de la Oficina de Control Interno, el superior atribuya para el caso específico la competencia disciplinaria en primera instancia a otro funcionario de la entidad?

“Como bien se anota, el artículo 87 de la Ley 734 de 2002 establece que ‘en caso de impedimento el servidor público enviará, inmediatamente, la actuación disciplinaria al superior, quien decidirá de plano dentro de los tres días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quien corresponde el conocimiento de las diligencias...’.

Para tal efecto, el superior deberá designar, en armonía con el artículo 76 del Código Disciplinario Único, un servidor del mismo nivel e igual categoría del impedido Jefe de la

Oficina de Control Interno Disciplinario, para que asuma el conocimiento de las diligencias disciplinarias que se encuentran en el despacho de este.

No obstante, que las causales de impedimento y recusación son de orden personal y no de la oficina como tal, a juicio de este despacho, a fin de garantizar la imparcialidad de la actuación disciplinaria, se considera que las diligencias para su trámite de primera instancia deben ser puestas a disposición del servidor que se asigne, para su respectiva instrucción y fallo. Como se sabe, quien sea designado para reemplazar al impedido, quedará investido de todas las facultades que tiene el funcionario sustituido, por lo que se entiende que este hace las veces de aquel.

Por último, es oportuno recordar que se pueden asignar a empleados de la Oficina de Control Interno Disciplinario para que, bajo la dirección de quien haya sustituido al Jefe de esa oficina que se declaró impedido, adelante mediante comisión diligencias y pruebas en dicha actuación”. (C-090/03).

PRUEBAS –Práctica por el funcionario informante o quejoso

¿Puede comisionarse para recibir versión libre y practicar pruebas, al funcionario que formuló la queja contra el investigado?

“Si bien es cierto que el quejoso, no es sujeto procesal en la actuación disciplinaria¹⁴, no lo es menos que en condición de personero municipal, comisionado para practicar pruebas, debe estar habilitado para ello, no obstante que en la

¹⁴ Nota al margen: A menos que se trate de víctima por violación del DIDH y DIH Corte Constitucional C-014/04.

‘decisión que ordene la comisión se deben establecer las diligencias objeto de la misma y el término para practicarlas’ (Artículo 133, CDU), lo que convierte al comisionado en una especie de mandatario y en donde sólo puede realizar lo que le ordena el comitente.

Por lo anterior, se debe distinguir si la actuación disciplinaria que adelanta el ente de control, se inició por la compulsación de copias en razón de un deber legal, sin haber realizado calificación alguna de los hechos o de las posibles faltas que se tipifiquen, o se hizo todo lo contrario. Si se efectuó esto último, es posible - a primera vista, sin mayores elementos de juicio- que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 84, numeral 4º, de la Ley 734 de 2002, se haya podido incurrir en la causal de impedimento de *‘... haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia de la actuación’*. (C-108/03).

SUSPENSION PROVISIONAL –Reintegro por nulidad

Al decretarse la nulidad a partir del auto de cargos, ¿debe reintegrarse a personas que han sido suspendidas provisionalmente?

“La suspensión provisional por ser una medida cautelar, se caracteriza por su accesoriedad y preventividad, ya que depende su establecimiento de los presupuestos exigidos en el artículo 157 de la Ley 734 de 2002, tal como es la vigencia de la investigación disciplinaria o el juzgamiento, y, además, no tiene incidencia sobre el objeto del proceso, puesto que su fin no es otro que el de evitar males ciertos y futuros.

Al decretarse la nulidad de la actuación procesal desde el *auto de cargos*, como se plantea en la consulta, o sea, des-

pués de la providencia de *apertura de investigación disciplinaria*, debe entenderse que la declaratoria de nulidad no afecta la medida cautelar de suspensión provisional, por cuanto su implantación está sujeta a que el proceso se encuentre, válidamente hablando, en la investigación disciplinaria o en el juzgamiento (artículo 157 *ibídem*)”. (C-224/03).

PLIEGO DE CARGOS –Notificación por comisionado

¿Puede notificarse el pliego de cargos a través de funcionario comisionado?

“El Procurador General de la Nación, por medio de Directiva N° 009 de 26 de mayo de 2002, impartió instrucciones para la aplicación del artículo 104 de la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos:

‘1. La notificación del pliego de cargos siempre se hará personalmente, notificación que se surtirá con el disciplinado o su defensor y cuando no sea posible la notificación de estos, ella se cumplirá con un defensor de oficio. Las razones que justifican la anterior afirmación, son las siguientes:

Cuando el artículo 104 establece el procedimiento que se debe agotar para la notificación del pliego de cargos por comisionado, si no se puede realizar la notificación personal ante el mencionado, el mismo deberá fijar un edicto por el término de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales se devolverá la actuación al comitente con las constancias correspondientes. El edicto al que hace referencia este precepto, no tiene la función de notificar el pliego de cargos, sino la de informar que el comitente, una vez reciba las actuaciones, procederá a designar de oficio para que se surta con él la notificación personal del pliego de cargos.

En consecuencia, el inciso primero del artículo 104 ha de entenderse en concordancia con el artículo 165, y como tal, ha de interpretarse en el sentido de que el comisionado devolverá inmediatamente al comitente la actuación, con las constancias correspondientes, a efectos de dar aplicación al artículo 165, sobre designación de apoderado de oficio.’

Las demás providencias a que se hace alusión en la consulta, deben notificarse conforme a las formas de notificación previstas en los artículos 100 a 109 del Código Disciplinario Único”. (C-284/03).

EXPEDIENTES –Reserva entre entidades

¿Existe reserva de expedientes entre entidades públicas?

“Sobre la inquietud que se plantea, debe recordarse ante todo, como lo ha dicho esta oficina en otras ocasiones, lo que en materia disciplinaria está sujeto a reserva. Al respecto, se tiene que el artículo 33 de la Ley 190 de 1995, establece:

‘...Harán parte de la reserva las investigaciones preliminares, los pliegos y autos de cargos que formulen la Procuraduría General de la Nación, y demás órganos de control dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, lo mismo que los respectivos descargos; los fallos serán públicos.

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de que el investigado tenga acceso a la investigación, desde las preliminares.

Parágrafo primero: La violación de la reserva será causal de mala conducta.

Parágrafo Segundo: Tampoco podrán publicarse extractos o resúmenes del contenido de la investigación sometida reserva, hasta que se produzca el fallo.

...’.

Sobre el punto en cuestión, la Corte Constitucional, en sentencia N° C-038 de 1996, declaró exequible la citada norma en el entendido de que *‘...la reserva deberá levantarse tan pronto se practiquen las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez expire el término general fijado por la ley para su práctica. En esas condiciones, el público puede libremente ser informado sobre los cargos, los descargos y las pruebas que los sustentan y, para el efecto, acceder al respectivo expediente, inclusive antes de que se expida el fallo de primera instancia...Debe quedar claro que a partir del indicado momento, independientemente de los incidentes y trámites posteriores, toda la actuación ulterior se torna pública...’*

Con base en lo expuesto, se colige que las investigaciones disciplinarias adelantadas por la Procuraduría General de la Nación, las personerías y las diferentes entidades públicas de control disciplinario, son reservadas, hasta que expire el período probatorio señalado en la ley. Lo que implica que la actuación que se cumpla después de esta etapa, es pública¹⁵.

Ahora bien, debe precisarse que el carácter de reservado no es oponible al disciplinado, pues este, desde el momento en que se le comunica la existencia del proceso, tiene derecho a conocer las pruebas que obran en su contra y a controvertirlas, ni a las autoridades que lo soliciten para el

¹⁵ Sin embargo, el criterio se ve revaluado por la previsión contenida en el artículo 95 de la Ley 734 de 2002, en cuanto a que la reserva de la actuación disciplinaria, en el proceso ordinario, lo es hasta cuando se formule el pliego de cargos o la providencia que ordene el archivo definitivo, sin perjuicio de los derechos de los sujetos procesales.

debido ejercicio de las funciones que les competen, quienes, en todo caso, deben asegurar la reserva.

Significa lo anterior que ningún ciudadano puede tener acceso a las investigaciones mientras estas no hayan superado la etapa probatoria¹⁶, de conformidad con la señalado en la norma transcrita y el alcance fijado por la Corte Constitucional.

En cuanto a la información que puede suministrarse sobre tales actuaciones, la disposición en referencia prohíbe la publicación de extractos o resúmenes del contenido reservado de las mismas, lo cual necesariamente rige para las personas ajenas al proceso que por intereses particulares requieran pormenores de las mismas; sin embargo, se estima que ello no es óbice para que a título informativo puedan brindarse datos generales sobre estas (existencia, número y estado de la averiguación, posibles faltas, presuntos investigados), siempre y cuando no se comprometa con ellos derechos fundamentales de los implicados en la investigación, que bajo ninguna circunstancia pueden verse vulnerados por las autoridades.

Cabe acotar que las pautas indicadas, no cobijan a los servidores públicos, siempre y cuando, como se anotó, soliciten el expediente o la información del proceso en el ejercicio mismo de las funciones que le son propias; en caso contrario, esto es cuando lo requieran por razones no oficiales, se estima que, como cualquier particular, sólo podrían obtener una información general sobre el asunto, tal como se ha dejado expuesto”. (C-358/03).

¹⁶ Bajo el entendido del normado 95 eiusdem.

INIMPUTABILIDAD –Causal de exclusión de la responsabilidad

¿Puede proferirse auto de cargos contra Notario que ha sido declarado física y mentalmente incapacitado?

“La Ley 734 de 2002 establece en su Libro IV, sobre el Procedimiento Disciplinario, Título I, artículo 66, inciso 2º, que *‘el procedimiento disciplinario previsto en esta ley se aplicará en los procesos disciplinarios que se sigan en contra de los particulares disciplinables conforme a ella’*. A su vez, el artículo 58 ordena que el *‘régimen disciplinario especial de los particulares, también se aplicará a los notarios’*, lo que significa que a estos últimos también se les aplican los principios rectores y las normas generales contenidas en el procedimiento en los aspectos no regulados en su régimen especial.

Por tanto, en lo que se refiere a la inimputabilidad del investigado se debe tener en cuenta, por remisión, el artículo 28 ibídem sobre ‘causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria’, que su numeral 7º dice: *‘En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes. No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento’*”. (C-466/03).

En este evento, en la mayoría de los casos, la medida administrativa precedente sería la insubsistencia, cuando no se pueda prestar el servicio, o la terminación del contrato de trabajo¹⁷.

¹⁷ Nota al margen del grupo de trabajo.

SANCION DISCIPLINARIA -Carácter

En vigencia de la Ley 734 de 2002, ¿en un proceso disciplinario se puede imponer sanción con la obligatoriedad de devolver, restituir o reparar, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, tal y como está previsto en la Ley 610 de 2000, pues allí se estableció como sanción accesoria a la principal?

“No es posible que el juez disciplinario pueda válidamente imponer sanciones, en este caso accesorias, de naturaleza resarcitoria, reparatoria, porque no es de su esencia y naturaleza funcional ejercer tales funciones. Para ello están los jueces que pueden declarar responsabilidades e imponer la reparación que corresponda, claro está que dentro de la esfera de su competencia. Tanto así, y a manera de ejemplo, que los verdaderos jueces disciplinarios, como lo son las salas jurisdiccional disciplinarias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, a pesar de la vigencia del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que faculta para que en los procesos judiciales se puedan hacer valoraciones de daños, no lo aplican porque la naturaleza del proceso disciplinario no permite hacer tal declaración, que corresponderá a los jueces civiles o administrativos, o a las autoridades administrativas de conformidad con sus competencias y el procedimiento legalmente establecido, según sea el caso.

Mucho menos podrá un órgano de control disciplinario hacer tal declaración y disponer la reparación.

La responsabilidad administrativa que genera la obligación de restituir, reparar o devolver lo dañado, perdido o deteriorado, no corresponde al juez disciplinario y ello lo tiene bien claro la Procuraduría General de la Nación, que en vi-

gencia de la ley 200 de 1995 nunca impuso tal sanción accesoria, y mucho menos ahora cuando desapareció dicha sanción, a partir de la vigencia de la ley 734 de 2002”. (C-066).

ARCHIVO DEFINITIVO –Diferencias frente a la terminación del proceso

¿Existe diferencia entre el archivo definitivo del artículo 164 del estatuto disciplinario y la figura de la terminación del procedimiento mencionado en el artículo 73 de la Ley disciplinaria? Qué tratamiento se debe dar a cada caso en concreto en lo relacionado a la notificación y recursos?

“De la lectura de las anteriores normas¹⁸, se deduce que tanto en el artículo 73 como en el 164 del CDU la decisión de fondo que se toma es la del archivo definitivo de las diligencias disciplinarias, conforme a los requisitos o presupuestos procesales que exige por separado cada una de dichas disposiciones, y la que hace tránsito a cosa juzgada, después de que la providencia esté en firme. Al quejoso se le debe comunicar, según la forma señalada en el artículo 109 *ibidem*, para que pueda interponer el recurso de apelación consagrado en el artículo 115 *ejusdem*”. (C-310/03).

JURISDICCION COACTIVA –Procedibilidad contra servidor desvinculado

¿Puede una entidad descentralizada, ejercer la jurisdicción coactiva respecto de los procesos disciplinarios que terminan con sanción de multa, para hacerla efectiva a personas que se encuentran desvinculadas de la misma y no laboran en otro ente público o privado?

¹⁸ El concepto alude a los artículos 73, 90, 109, 115 y 164 de la Ley 734 de 2002.

“Sobre el procedimiento de cobro coactivo, esta oficina en otras oportunidades ha dicho que se debe precisar qué es una atribución que se asigna a un funcionario administrativo para que directamente y sin recurrir a los estrados judiciales, se hagan efectivas, por vía ejecutiva, deudas expresas, claras, exigibles a favor de la entidad respectiva; se constituye en la forma más expedita para que la administración cobre y obtenga el pago de sus acreencias, sin recurrir a ninguna otra autoridad.

Esta facultad es de carácter restringido, pues solo pueden ejercerla quienes están investidos de esos poderes, los que se otorgan únicamente por disposición de la Constitución o la ley, referidos exclusivamente a las obligaciones que taxativamente señalan las normas legales y, aunque carece de un trámite específico, su ejercicio se encuentra supeditado a los lineamientos establecidos en los Códigos Contencioso Administrativo y de Procedimiento civil,

En ese sentido, el Decreto 2170 de 30 de diciembre de 1992, por el cual se suprimió el Fondo Nacional de Bienestar Social, entidad a favor de la cual se consignaba el valor de las multas derivadas de un proceso disciplinario para fines eminentemente sociales, en su artículo 7 dispuso:

‘... Las multas por sanciones disciplinarias que se impongan a los servidores públicos, se cobrarán por cada una de las entidades a las cuales pertenezca el servidor sancionado y se destinarán para los mismos fines establecidos en artículo anterior del presente decreto.

Para efectos del cobro de las multas pendientes en el Fondo Nacional de Bienestar Social, se remitirán los expedientes a las correspondientes entidades donde labora o laboró el servidor público sancionado.’

Se estima que lo allí dispuesto no fue modificado por la ley disciplinaria, pues tanto la antigua como la vigente, dis-

tinguen entre dos autoridades, a saber: unas las que deben hacer efectiva la sanción, entendiéndose por estas aquellas a quienes corresponde disponer lo pertinente dentro de la administración para que se dé cumplimiento a lo ordenado por el ente de control de que se trate, que en el caso de la multa debe ser un acto administrativo que permita a los tesoreros o pagadores hacer los descuentos pertinentes, y otras, referidas a los funcionarios que les está permitido hacer cobros coactivos cuando las multas no se cancelan. Es así como el anterior estatuto disponía que en esos eventos el nominador debía remitir los documentos a los jueces de ejecuciones fiscales o quien hiciera sus veces y, el actual, determina igualmente que *‘el nominador promoverá el cobro coactivo, (‘Iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro’, Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española).*

Lo anterior, en sentir de esta oficina, significa que las entidades oficiales están autorizadas para hacer el cobro de las sanciones enunciadas por el Decreto 2170 de 1992, y ninguno de los estatutos dispone lo contrario en cuanto a las autoridades que pueden adelantar ese procedimiento para obtener la cancelación de este tipo de acreencias.

En ese orden de ideas, comunicada la decisión contentiva de la sanción aludida a la administración o entidad correspondiente, se deberá disponer su cancelación mediante los actos administrativos de rigor, y en caso de que no se produzca el pago respectivo, deberá procederse al cobro coactivo a instancias de los nominadores, o en su defecto de quien deba hacer efectiva la sanción; cobro que tratándose de sanciones disciplinarias compete a las entidades en la que preste o haya prestado sus servicios el sancionado, si es un servidor público o la jurisdicción coactiva del Ministerio de Hacienda si se trata de particulares.

Es necesario en consecuencia determinar la condición en la que se impuso la sanción para establecer qué autoridad debe efectuar el cobro coactivo; advirtiéndose que este deberá hacerse atendiendo los lineamientos de la Ley 734 de 2002 (vigente desde el 5 de mayo de 2002), pues tratándose de la manera como deben cumplirse las sanciones disciplinarias –independientemente de si la sanción se impuso de acuerdo con el trámite señalado en la Ley 200 de 1995–, porque de una parte este resulta más favorable por la manera como pueden cancelarse y de otra, porque la aplicación del procedimiento anterior, a la luz de lo señalado en el artículo 223 del estatuto vigente, obliga solo hasta el fallo definitivo y ello se agota una vez en firme las decisiones de segunda o única instancia, de donde el trámite para hacerlas efectivas debe ceñirse a la actual reglamentación (Ley 734 de 2002).

Finalmente, debe advertirse que el proceso ejecutivo fiscal propiamente dicho o ejecutivo por jurisdicción coactiva se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Civil (artículo 488) y en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo”. (C-302).

SANCION DISCIPLINARIA –Conversión de suspensión a salarios

¿De qué manera se efectúa la conversión de la medida de suspensión a salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando los servidores devengan honorarios?

“Según la norma anterior¹⁹, cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del

¹⁹ La norma es la contenida en el artículo 46 de la Ley 734 de 2002

fallo o durante su ejecución o cuando no fuere posible ejecutar la sanción, se convertirá en salarios el término de suspensión o lo que faltare, de acuerdo con el monto de lo devengado en la época de comisión de la falta.

En el caso de los concejales, que no devengan salario sino honorarios por la asistencia comprobada a las sesiones plenarios, según el artículo 65 de la Ley 136 de 1994, *–y son equivalentes, de conformidad con el artículo 66 de la misma disposición, al ciento por ciento (100%) del salario básico diario que corresponde al alcalde respectivo, por sesión, y hasta veinte (20) en el mes, en los municipios de categoría especial, primera y segunda, y hasta doce (12) en los de las otras categorías (Ver sentencia C- 316 de 18 de julio de 1996 de la Corte Constitucional)–*, se debe establecer el monto de los honorarios percibidos por el concejal durante el mes y se dividen en asignaciones diarias por el número de días de la suspensión; por ejemplo, si a un concejal de un municipio de tercera categoría se le sancionó con 10 días de suspensión y se le pagaron \$2.000.000.00, por asistir a 20 sesiones durante un mes, dicha suma debe dividirse entre 30 días que tiene el mes y el resultado diario (\$66.666.66) debe multiplicarse por los 10 días de la suspensión, o sea, \$666.666.66., que es el valor de la multa.

Esta operación debe hacerse en el fallo que se impone la sanción, si se tiene certeza o consta en el proceso disciplinario que el investigado ya no ejerce el cargo; pero si no se tiene y la conversión se debe realizar en el momento de la ejecución de la sanción, en sana lógica, la decisión sancionatoria debe aclararse por medio de un acto administrativo similar al que impuso la sanción; por ejemplo, una resolución”. (C-490).

de su familia, sin que por ello se llegue a incurrir en un comportamiento irregular”. (C-472/03).

PROCEDIMIENTO VERBAL –Recurso de apelación. Interpretación

¿Cómo deben interpretarse los artículos 171, 178 y 180 de la Ley 734 de 2002, relacionados con el término de dos (2) días para decidir el recurso de apelación en el procedimiento verbal? ¿Existe una contradicción entre el artículo 178, que remite a los términos del procedimiento ordinario (artículo 171), y el 180, que señala el plazo de dos (2) días para fallar en segunda instancia?

“El término establecido para resolver el recurso de apelación en el procedimiento verbal es de dos (2) días, que aparece previsto en la segunda oración del artículo 178 y reiterado en la primera del 180. Por el otro, la remisión a los procedimientos ordinario y especial ante el Procurador General de la Nación (siguiente ubicado en el Título XI de la Ley 734 de 2002) en aspectos no regulados en el verbal (artículos 180 y 181).

En este orden, debe entenderse que, no obstante los argumentos interesantes presentados en la consulta –en donde solo se confrontan los artículos 171, 178 y 180–, la remisión al procedimiento ordinario únicamente se puede dar en los aspectos no regulados en el verbal, tal como lo ordena el artículo 181 *ibídem*; pero, de ninguna manera, en los ya establecidos, como es el caso del plazo de dos (2) días para resolver el recurso de apelación. Pensar en la posibilidad de instituir un término de veintidós (22) días en este evento, como lo plantea el consultante, sería ir en contra de la naturaleza especial del procedimiento verbal que se distingue por su brevedad y celeridad”. (C-052).

PRUEBAS –Suscripción de oficios por el Secretario para su recaudo

El funcionario de conocimiento ¿debe suscribir los oficios librados en cumplimiento al auto que decreta la práctica de pruebas, o puede hacerlo el Secretario del Despacho?

“El auto que decreta la práctica de pruebas debe motivarse (Art.97, Ley 734 de 2002) y las que se han de recaudar con el lleno de las formalidades sustanciales, sin afectar los derechos fundamentales del disciplinado, pues de lo contrario se tendrán como inexistentes (Art.140, ibídem). Este auto únicamente se le comunica al disciplinado o investigado, ya que sólo se notifica el auto que niega pruebas, según se desprende de lo establecido en los artículos 119 del CDU y 44 del Código Contencioso Administrativo.

En este orden, la decisión de ordenar la práctica de pruebas o la negación de ellas debe ser suscrita por el titular del despacho, que, para efectos de la consulta, sería el procurador provincial correspondiente. Los oficios o comunicaciones que se libran para cumplir con lo ordenado en dicho auto son del resorte del secretario de dicha procuraduría, puesto que las funciones de secretaría se circunscriben, esencialmente, en dar trámite a los expedientes. A propósito de comunicaciones, a título de ejemplo, dice el artículo 111 del Código de Procedimiento Civil: *‘Los tribunales y jueces deberán entenderse entre sí, con las autoridades y particulares, por medio de despachos y oficios que se enviarán a costa del interesado, si fuere el caso, por el medio más rápido y con las debidas seguridades. Los oficios y despachos serán firmados únicamente por el secretario, salvo los relacionados con títulos judiciales’*. Por tal motivo, no puede predicarse que haya nulidad”. (C-094).

COMISIÓN –Incorporación al expediente. Notificación a las partes para invocar una eventual nulidad por exceso en la comisión

¿Cómo se incorporan al expediente las diligencias practicadas por el comisionado?, ¿debe hacerse por auto tal como lo ordena el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil?; en caso afirmativo, ¿dicha providencia debe notificarse a las partes para que puedan, dentro de los cinco (5) días siguientes, alegar nulidad si el comisionado se excedió en los límites de su comisión?

“La doctrina constitucional, al referirse a la cláusula general de competencia establecida en los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución Política, ha dicho que al legislador corresponde regular los procedimientos judiciales y administrativos, y en tal virtud, puede el Congreso definir, entre otras cosas, las ritualidades propias de cada juicio, la competencia de los funcionarios para conocer de determinados asuntos, los recursos, los términos, el régimen probatorio, los mecanismos de publicidad de las actuaciones, etc. Sin embargo, esta libertad de configuración legislativa encuentra su límite en las disposiciones de carácter superior que consagran las garantías constitucionales que conforman la noción del ‘debido proceso’. Y *‘por ello las leyes que establecen procedimientos deben propender por el hacer efectivos los derechos de defensa, de contradicción, de imparcialidad del juez, de primacía de lo substancial sobre lo adjetivo o procedimental, de juez natural, de publicidad de las actuaciones y los otros que conforman la noción de debido proceso’*. (Sentencia Corte Constitucional C-555 de 2001).

En este orden de ideas, el legislador al establecer en la Ley 734 de 2002 la *práctica de pruebas por comisionado*, lo hizo conforme a las ritualidades y características propias del pro-

cedimiento disciplinario, sin que de ello se derive una vulneración al *debido proceso* por no establecer un término de cinco (5) días, como lo hace el Código de Procedimiento Civil en su artículo 34, para que cualquiera de las partes alegue la nulidad por exceso de actuación del comisionado; el CDU consagra en su artículo 138 que los sujetos procesales ‘**podrán controvertir las pruebas a partir del momento en que tengan acceso a la actuación disciplinaria**’²⁰ e, igualmente, al tenor de su artículo 146, solicitar nulidades antes del fallo definitivo.

Por tanto, debe entenderse que la remisión a otros ordenamientos jurídicos a que hace alusión el artículo 21 de la Ley 734 de 2002 para llenar sus vacíos, es en el orden de que no contravenga su naturaleza jurídica, como sí lo podría hacer el término de los cinco (5) días a que alude el C.P.C.

Finalmente, en cuanto a los autos tanto del comitente como del comisionado referidos en la consulta, ha de recordarse que estos son providencias generalmente breves que se subdividen, según su forma e importancia, en interlocutorios y de sustanciación, ya que, los primeros, normalmente definen la suerte que deba correr la actuación y, los segundos, como lo ha dicho la jurisprudencia, son órdenes dirigidas al desarrollo progresivo, coordinado e ininterrumpido del proceso. Dichas actuaciones son inherentes a las nociones del derecho procesal; en consecuencia, el hecho de que el Código Disciplinario Único no prevea el trámite que debe seguirse en la *práctica de pruebas por comisionado* en forma tan detallada y mucho menos haga mención de los anteriores autos como en el Código de Procedimiento Civil, no significa que al juez disciplinario se le prohíba hacer uso de ellos en las diligencias que adelante”. (C-146).

²⁰ Ver sentencia C-430 de 1997 de la Corte Constitucional. M. P. Barrera Carbonell.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS –Falta gravísima.

Excepciones legales

¿Cuáles son las excepciones legales a que se refiere el artículo 48, numeral 29 de la Ley 734 de 2002, cuando establece que constituye falta gravísima ‘celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista?’

“Sobre la inquietud formulada, esta oficina ha dicho en distintas oportunidades que debe partirse del examen de las normas que regulan la contratación estatal, lo que remite indiscutiblemente a la Ley 80 de 1993, que define el *contrato de prestación de servicios* como el celebrado por las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. El artículo 32, numeral 3 de ese estatuto, modificado por el Decreto 165 de 1997, precisa al respecto:

‘Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Estos contratos no generan en ningún caso relación laboral ni prestaciones sociales. Los contratos a los que se refiere este ordinal, se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Parágrafo 1. A los contratos de consultoría, de prestación de servicios o de asesoría de cualquier clase, deberá anexarse certificación expedida por el jefe de la entidad, acerca de la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretenden contratar.’.

Sobre el particular, es necesario tener en cuenta que una es la facultad que ejerce el Estado como empleador y en virtud de la cual, para el ejercicio de las funciones administrativas que le corresponden para hacer efectiva la gestión pública, vincula a particulares en calidad de servidores públicos, bajo la modalidad de empleados públicos o trabajadores oficiales, diferenciados por el sistema de vinculación: los primeros, por una relación legal o reglamentaria, y los segundos, por contrato de trabajo. Ambos se distinguen porque generan relación de subordinación y dependencia con la administración, implican una remuneración y quienes así se comprometen, ingresan a los cuadros administrativos, es decir hacen parte de las plantas de personal, que se determinan y estructuran por normas concretas.

Otra, es la autonomía que tiene la administración para contratar particulares en orden a lograr los fines estatales, mediante la celebración de contratos administrativos. Actividad totalmente reglada y, por ende, debe sujetarse siempre a la reglamentación existente sobre el particular, regida como toda actividad y función administrativa a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y eficiencia. La contratación está demarcada por las necesidades del servicio, es eminentemente temporal, obedece a las condiciones personales y profesionales del contratista, quien goza de autonomía y discrecionalidad para ejecutar el objeto dentro del plazo y estipulaciones acordadas.

Si bien es cierto que la contratación de prestación de servicios surge por la necesidad de que se realice una actividad relacionada con el funcionamiento de la entidad y, desde este punto de vista, pueden considerarse administrativas, lo cierto es que esta facultad tiene limitaciones en cuanto supedita

su celebración a la ausencia de personal de planta que las pueda desarrollar o de personal con los conocimientos especializados o técnicos que se requieran, prohibiéndose de plano que mediante este medio se generen relaciones labores o el pago de prestaciones sociales.

Tales lineamientos son los que recoge el código disciplinario como falta, al señalar como gravísima la celebración de este tipo de contratos cuando el objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía del contratista y en virtud de lo cual las excepciones legales a las que se refiere la norma no son otras que las que trae la misma Ley 80 de 1993, al señalar que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan celebrarse con personal de planta o requieren conocimientos especiales.

Se hace mayor precisión al respecto en el Decreto 2209 de 1998, que, al modificar normas sobre austeridad del gasto para las entidades que manejan recursos del Tesoro Nacional, determinó:

‘Art. 1. El artículo 3º del Decreto 1737 de 1998 quedará así:

‘Art. 3 Los contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, solo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán.

Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica (sic) es imposible atender la actividad con personal de planta,

porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o aun cuando existiendo personal de planta, este no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo...’.

Con base en tales apreciaciones corresponde al operador jurídico en cada caso establecer si es posible o no la celebración de los contratos; determinación que únicamente compete a la administración, sopesando en su momento las circunstancias que generan la utilización de esta modalidad contractual, de acuerdo con las necesidades del servicio, la estructura organizativa, las condiciones cuantitativas y cualitativas del personal vinculado; así como las capacidades de quienes se pretende contratar.

Conforme a lo expuesto, se estima necesario precisar entonces que los contratos de prestación de servicios no pueden tener características de subordinación y dependencia, pues en esas condiciones se desdibuja la esencia misma del contrato en referencia, que como se vio, se identifica *por la autonomía del contratista en la manera como desarrolla su labor y la ausencia de toda sumisión a las reglas que regulan las situaciones administrativas al interior de las entidades, pues está supeditado únicamente a las estipulaciones contractuales*; además, como esta constituye una modalidad excepcional, con la normatividad vista lo que se pretende es evitar que la administración abuse de ella y se encubran relaciones de naturaleza laboral, que expresamente se prohíben a través de este tipo de contrataciones”. (C-044).

ENTIDADES EN LIQUIDACIÓN –Competencia disciplinaria

El liquidador de una entidad en liquidación, designado por el Gobierno Nacional, ¿es competente, según la Ley 734 de 2002 para conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra ex servidores de dicho ente, en curso o que se inicien al momento de la liquidación? o ¿lo es la Unidad de Control Interno Disciplinario de la entidad estatal?

“El señor Procurador General de la Nación, a través de las Resoluciones 071 de 5 de marzo y 317 del 12 de agosto de 2004, fijó las directrices que deben observarse en el caso de los procesos disciplinarios de las entidades que se encuentran en liquidación. Dados estos parámetros, esta oficina sólo puede remitirse a lo allí dispuesto para efectos de absolver sus inquietudes.

Conforme a lo dispuesto por el Jefe del Ministerio Público, los procesos disciplinarios que estaban en curso en las entidades en liquidación, en principio, deben ser asumidos por los organismos que avoquen las funciones que desarrollaba la entidad liquidada y en su defecto por el Ministerio o departamento administrativo al que esta se encontraba adscrita o vinculada; procedimiento que debe cumplirse una vez agotado el proceso de liquidación y en virtud de lo cual la oficina de control interno disciplinario de la entidad liquidada debe continuar con el conocimiento de los procesos disciplinarios en curso y de los que se inicien contra sus servidores. Asimismo, se aclara que en caso de que la normatividad que regule el proceso de supresión o liquidación no determine lo atinente a la función disciplinaria, los procesos y las faltas debe conocerlos el Ministerio o departamento administrativo aludidos.

Se anota que el señor Viceprocurador General de la Nación, en oficio 681 de junio 4 de 2004, sobre el particular sostuvo lo siguiente:

‘...

b) Cuando una entidad pública fuere suprimida y otra asuma sus funciones, esta conocerá de las faltas disciplinarias cometidas por los servidores públicos de aquella y de los procesos disciplinarios en curso.

c) Cuando una entidad es liquidada, mientras subsista, así sea en proceso de liquidación, la oficina de control interno de la misma debe continuar con el conocimiento de las faltas disciplinarias cometidas por sus servidores públicos y de los procesos disciplinarios a su cargo en tanto la función disciplinaria es consustancial a la existencia de la administración pública, salvo que la Procuraduría General de la Nación, ejerza el poder disciplinario preferente (artículo 76 inciso 1 de la Ley 734 de 2002).

d) Si por virtud del proceso de reforma se estima pertinente afectar la existencia y funcionamiento de la oficina de control interno o se advierta que se encontrarían investigaciones por realizar o subsistirán procesos disciplinarios una vez agotado el proceso de liquidación, se debe prever necesariamente en la ley, decretos-ley o en los actos administrativos del caso el cumplimiento del artículo 209 de la Carta Política, esto es, la imperatividad de que toda entidad pública tenga su órgano de control interno.

...’.

Como se observa, la función disciplinaria respecto de los procesos adelantados por la entidad liquidada, debe seguir siendo ejercida por esas mismas entidades mientras estas

subsistan, así sea en liquidación, y lo deberán hacer por su oficina de control interno disciplinario; sólo en caso de que ello no sea posible o que las normas de transición no regulen nada sobre el particular, los mismos deberán avocarlos la entidad que asuma las funciones, si ese es el caso, o el Ministerio o Departamento Administrativo, cuando no se dé esa circunstancia”. (C-048/05).

PROCESO PENAL –Preclusión. Consecuencias en materia disciplinaria

¿Que ocurre si iniciado el proceso penal se precluye la investigación por encontrarse que la conducta es atípica?, ¿qué consecuencia traería en el proceso disciplinario?

“Sobre el particular la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios ha respondido el interrogante mediante oficio PAD. No. 4379 mayo 29 de 2003, argumentos reiterados en el oficio PAD 1221 del 24 de marzo de 2004:

Para efectos de la interpretación y aplicación de lo dispuesto en el numeral primero del artículo 48 del estatuto disciplinario vigente, en virtud del cual, constituye falta gravísima: ‘Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón , con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo’, debe considerarse ante todo que la acción disciplinaria es totalmente independiente de la acción penal, por los fines, características y bienes tutelados que las identifican; para precisar este aspecto resulta oportuno recordar los pronunciamientos que la Corte Constitucional ha realizado en torno al tema.

Es así como, en sentencia C-427 del 29 de septiembre de 1994, al referirse a las normas del Decreto 2699 de 1991, por

medio del cual se expidió el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, la citada Corporación señaló:

‘Es cierto que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley (tipicidad), en cuanto a la responsabilidad imputable al sindicado, y a la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y la medición de las sanciones; no es menos cierto que de lo anterior no puede concluirse que se trata de unos mismos procedimientos, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros.

La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que las faltas disciplinarias buscan proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública.

La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en las que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad y de acuerdo con criterios que permitan un más amplio margen de apreciación, tal como o ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos...’.

Adicionalmente, en sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996, al decidir sobre demandas de inconstitucionalidad presentadas contra algunas normas de la Ley 200 de 1995, y referirse a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 2 del citado estatuto, la Corte anotó:

‘...Cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de estos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.

Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado, demostrada esta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que ellas no se identifican ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de

inhabilidades e incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales.

La acción penal, en cambio, cubre tanto la conducta de los particulares como de los funcionarios públicos, y su objetivo es la protección del orden jurídico social. Cabe agregar que ya no es posible diferenciar la acción penal de la acción disciplinaria por la existencia en la primera de los conceptos de dolo o culpa...’.

Aspectos que se reiteran en la sentencia C-124 del 18 de febrero de 2003, al determinar la exequibilidad del artículo 48, numeral 1 de la Ley 734 de 2002, en cuanto se consideraran igualmente las diferencias existentes entre uno y otro procedimientos con base en pronunciamientos de la misma Corporación Constitucional y se precisa que no existe desconocimiento del principio de legalidad, pues en el derecho disciplinario existe la posibilidad de consagrar tipos abiertos, mientras que en materia penal la determinación del hecho punible es más detallada y pormenorizada acerca de los elementos que conforman el tipo y en el cual la adecuación debe ser precisa y exacta; en tal virtud se afirmó que el investigador disciplinario ‘dispone de un campo amplio para determinar si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, con base en los criterios señalados en el Art. 43 de la misma ley, lo cual obviamente no significa que aquel cree normas y que asuma

por consiguiente el papel de legislador, ya que sólo aplica, en el sentido propio del término, las creadas por este último con las mencionadas características...’.

Conforme a las precisiones expuestas, queda claro que el examen de las conductas que se hace frente a cada uno de tales procedimientos no puede ser el mismo, de ahí que el numeral 1 del artículo 48 simplemente para traer al proceso disciplinario otras conductas constitutivas de faltas gravísimas aluda a la descripción objetiva de tipos penales sancionables a título de dolo; sin embargo, en concepto de esta oficina no implica la intromisión del operador disciplinario en las competencias del juez penal, pues la labor del primero únicamente habrá de limitarse a tomar la enunciación legal y determinar si los elementos objetivamente indicados se presentan y si estos comprometen el ejercicio de la función o el cargo. Frente a la determinación de la falta resulta indispensable entonces no sólo que se configure el hecho como tal, lo que debe corresponder a la conducta que describe el tipo penal, sino que este altere la prestación del servicio. Por lo tanto, el juicio que debe hacer el juzgador disciplinario es totalmente ajeno a la que debe realizar el penal, que como ya se indicó, por la naturaleza de las acciones, tienen objetivos y finalidades diferentes e imponen de las autoridades respectivas valoraciones jurídicas distintas para efectos de establecer si se configura la falta o el delito, según el caso.

Se anota que se hace uso de la descripción de la conducta que trae la norma penal, pero la estructuración de la falta debe hacerse bajo los parámetros que siempre la han identificado, en cuanto esas conductas tengan que ver con el servicio y la eficiencia de la administración pública y el cumplimiento de los deberes y funciones que le atañen a la persona como servidor público.

En ese orden de ideas, continua vigente la independencia de las dos acciones, y por tanto no es menester que exista un proceso penal o que este se encuentre fallado para que pueda surtirse el disciplinario, o viceversa; obviamente ello no descarta de ninguna manera la obligación que corresponde a todos los servidores de dar noticia sobre los ilícitos o irregularidades cometidos y que conozca por razón de sus funciones y si en el curso de cualquiera de las investigaciones se considera que puede presentarse o la comisión de un delito o de una falta, en su oportunidad, cada juzgador deberá comunicar al otro para los fines respectivos.

Adicionalmente, debe precisarse que el fallo absolutorio en cualquiera de las acciones no puede interferir la decisión de una u otra autoridad, precisamente por los aspectos que deben examinarse en cada caso y la manera como deben estructurarse las faltas y los delitos conforme a los parámetros que identifican las acciones y las orientaciones que rigen y son propias a cada una de ellas”. (C-060/05).

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS –Calidad de los contratistas

¿Son sujetos disciplinables las personas vinculadas por la modalidad de contratos de prestación de servicios?

“El artículo 25 de la Ley 734 de 2002, consagra como destinatarios de la ley disciplinaria, además de los servidores públicos, a los particulares señalados en el artículo 53 de ese estatuto; esta última disposición establece como tales a los siguientes sujetos:

a) Los particulares que cumplen labores de interventoría en contratos estatales.

b) Los que ejerzan funciones públicas en lo que tenga que ver con estas.

c) Los que presten servicios públicos a cargo del Estado de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, es decir los relativos a las necesidades insatisfechas en salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

d) Los que administren recursos estatales, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el derecho privado.

Se advierte que en los casos de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria corresponde sólo al representante legal o a los miembros de junta directiva.

Esta reforma tiene que ver con el traslado de las actividades íntimamente relacionadas con el cumplimiento de los fines del Estado que en principio deben cumplir organismos o funcionarios del sector público, a manos de personas ajenas a este y por lo tanto, la incorporación de los particulares al régimen disciplinario obedece a la necesidad de crear mecanismos adecuados para el juzgamiento de los mismos cuando su conducta atente contra la legalidad o el patrimonio público.

La competencia para adelantar esas investigaciones se radica de manera exclusiva en la Procuraduría General de la Nación (artículo 75), conforme a la distribución de competencias determinada por el titular del Ministerio Público mediante Resolución 108 de mayo 3 de 2002 y en torno a las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, faltas y sanciones descritas en el libro tercero del estatuto.

Como se observa, entre los particulares que quedan sometidos al régimen disciplinario se encuentran aquellos que desarrollan funciones públicas, entendiéndose por estas las actividades que por su naturaleza son de aquellas que co-

responde cumplir a la entidad para desarrollar la gestión oficial que le compete y que por razones administrativas o estructurales se desplaza hacia personas que no se encuentran vinculadas a la administración como servidores propiamente dichos (relación legal y reglamentaria o contrato de trabajo), lo cual bien puede generarse a través de un contrato en los términos que lo permiten las normas sobre la materia, Ley 80 de 1993 y aquellas que la modifican o adicionan, pues aunque mediante este medio no se genera subordinación ni dependencia con la administración, sí es posible que su ejecución conlleve el ejercicio de una actividad netamente administrativa.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la administración pública tiene autonomía para contratar particulares en orden a lograr los fines que le son propios, mediante la celebración de contratos administrativos. Actividad totalmente reglada y por ende, debe sujetarse siempre a la reglamentación existente sobre el particular, regida como toda actividad y función administrativa a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y eficiencia. La contratación está demarcada por las necesidades del servicio, es eminentemente temporal, obedece a las condiciones personales y profesionales del contratista, quien goza de autonomía y discrecionalidad para ejecutar el objeto dentro del plazo y estipulaciones acordadas. Lo anterior de acuerdo con la reglamentación sobre el particular dada a través principalmente de la Ley 80 de 1993, que en materia de prestación de servicios lo limita a aquellos casos en los que se carece de personal de planta o de conocimientos especializados para el desarrollo de las actividades relativas a la administración o funcionamiento de la entidad.

Lo anterior, permite colegir que el ejercicio de las funciones públicas o administrativas no está supeditado necesaria-

mente a la condición de empleado o trabajador del Estado, sino que los particulares pueden participar de ellas bajo cualquier forma de acceso al servicio, entre las que se encuentra la contratación y por el ejercicio de las mismas deben responder disciplinariamente; situación que los coloca como sujetos disciplinables conforme al procedimiento y competencias señalados en la Ley 734 de 2002, a lo que ya se hizo mención.

Cabe indicar que tratándose de funciones públicas o administrativas, lo que no puede resultar extraño de ninguna manera es que en la actualidad los particulares desarrollen este tipo de labores y que el Estado controle su ejecución, pues precisamente se está actuando en su nombre y, por eso se ha estimado que en tales condiciones también deben responder por acción u omisión respecto de la función concreta que cumplen.

La Corte Constitucional, frente a las normas del nuevo estatuto, declaró exequibles los apartes demandados del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, que tienen que ver con la posibilidad de disciplinar a los particulares que ejercen funciones de interventoría y que presten servicios públicos a cargo del Estado, en el entendido igualmente de que la función pública puede ser cumplida por particulares, mientras ella implique la exteriorización de las potestades inherentes al Estado –‘que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción–’; supuesto en el que necesariamente ‘la posibilidad de que el particular pueda hacer uso de dichas potestades inherentes al Estado debe estar respaldada por una habilitación expresa de la ley’ (C-037/2003).

Expresamente, sobre la aplicación de la ley disciplinaria a los contratistas, la citada Corporación recuerda que en varias de sus decisiones ha señalado que los particulares con-

‘Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, los cuales se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario’.

También lo es que en la Ley 906 de 2004 en el capítulo atinente a las pruebas del proceso penal, no se refirió a la confesión. Sin embargo, ello no significa que la confesión como tal haya desaparecido como medio probatorio y no lo es porque continúa siendo un instrumento a través del cual el operador jurídico puede tener conocimiento de los hechos y certeza sobre la verdad real acerca de los mismos y de la responsabilidad del acusado, pues es su propia manifestación la que demuestra la comisión de los hechos.

Para efectos del disciplinario, este sigue siendo el medio de prueba permitido para estas investigaciones porque así lo prevé el citado artículo 130 y en relación con ello y a falta de norma en el Código de Procedimiento Penal que la regule expresamente, convendría tener en cuenta lo que el mismo artículo 130 determina en torno a los medios no previstos en la ley disciplinaria, en relación con los cuales establece que se practicarán de acuerdo con las normas que las regulen y el artículo 21 del mismo estatuto, que admite la integración normativa, consistente en la posibilidad de recurrir a normas de otros procedimientos siempre y cuando no contravengan al derecho disciplinario.

Al respecto, se tiene entonces que el Código de Procedimiento Civil, normatividad a la que puede acudir en ausencia de normas en el contencioso administrativo, penal y de procedimiento penal que resulten aplicables, regula lo atinente a la confesión en el capítulo referido a la declaración

de parte (artículos 194 y ss.) y allí se prevén los requisitos para su validez, los cuales pueden aplicarse en la medida en que no se opongan a la naturaleza del proceso disciplinario.

De otra parte, como la confesión, en materia disciplinaria es además uno de los factores determinantes del tipo de procedimiento a seguir, tal como lo reseña el artículo 175, ese requerimiento legal no varía por la ausencia de regulación en el campo penal sobre el particular, máxime cuando, como ya se anotó, es un medio probatorio expresamente admitido en el proceso disciplinario y que como tal, debe tener plena operancia”. (C-075/05).

PRUEBAS –Recaudo en las zonas donde no ha entrado a regir la Ley 906 de 2004

Las pruebas decretadas por funcionarios de Bogotá y el Eje Cafetero, que han de practicarse en zonas distintas, donde no ha entrado a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal ¿deben ser recaudadas conforme a la Ley 906 de 2004?

“Como quiera la disposición de pruebas es uno de los poderes que ostenta el operador disciplinario que tiene a su cargo la investigación como funcionario competente para su conocimiento, corresponde a este señalar los términos y los requerimientos sobre ese particular y obviamente, debe hacerlo acorde con las normas que rijan dicho procedimiento, que son las mismas que obligan a todos los que por cualquier circunstancia deban intervenir en el proceso, que como una unidad debe estar ceñido a unas normas únicas, independientemente del lugar donde se encuentre el expediente para la práctica de pruebas.

Además, como la persona a la que se comisiona para esos efectos sólo puede hacer aquello para lo que se le faculta y sólo puede efectuarlo conforme a los términos en los que se le autorice, es claro que su actividad debe desarrollarse conforme a las órdenes impartidas y a las normas que rijan para el proceso en cuestión.

Sobre este particular, mediante Directiva 006 del 8 de abril de 2005, el Procurador General de la Nación, en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 275 y 277, numerales 1 y 5, de la Constitución Política, precisó:

‘6. Que la Ley 906 de 2004, desarrolla un sistema procesal acusatorio incompatible con el sistema mixto consagrado constitucional y legalmente por la Ley 734 de 2002, para el proceso disciplinario, por lo que, contrariando su *naturaleza* de conformidad con el artículo 21 ibídem, no es posible su aplicación;

‘7. Que la Ley 906 de 2004, no se aplica en todo el territorio nacional, pues su vigencia es parcial, temporal y espacialmente hablando, lo que crea dificultades en torno a una aplicación por territorios al proceso disciplinario. Es así, como en aquellos distritos-departamentos en los cuales no se encuentra vigente, se aplicaría en primera instancia la Ley 600 de 2000, pero en segunda, cuando se trate del conocimiento del Procurador General de la Nación, Viceprocurador General de la Nación, la Sala Disciplinaria y Procuradurías Delegadas –con sede en Bogotá donde se aplica el sistema acusatorio–, por virtud del territorio para efectos de asuntos probatorios y comisiones, surgiría la duda de la aplicación de la Ley 906 de 2004, creando incertidumbres que es necesario despejar; y,

artículo 25 de la Ley 200 de 1995, que contemplaba como falta gravísima el abandono injustificado del cargo; oportunidad en la que dicha Corporación, indicó:

‘... abandonar el cargo, o el servicio, implica la dejación voluntaria definitiva y no transitoria de los deberes y responsabilidades que exige el empleo del cual es titular el servidor público. En consecuencia, dicho abandono se puede presentar, bien porque se renuncia al ejercicio de las labores o funciones propias del cargo, con la necesaria afectación de la continuidad del servicio administrativo, o bien porque se deserta materialmente del cargo al ausentarse el servidor del sitio de trabajo y no regresar a él para cumplir con las labores asignadas, propias del cargo o servicio’. (Sentencia C-769 de 1998).

‘Es cierto que el pronunciamiento de la Corte alude a la norma que en su momento contemplaba sólo el abandono del cargo o servicio, lo cual se entiende porque la misma únicamente se encontraba referida a los servidores públicos, entendidos estos como aquellos que tuvieran una vinculación, cualquiera que esta fuera, con organismo o entidad estatal de cualquier orden, nivel o clase, cuya actividad para la administración pública estaba siempre ligada al cumplimiento de deberes enmarcados en el concepto de función administrativa.

Dicha concepción, actualmente no puede predicarse sólo de los servidores, pues cada vez son más las actividades que relativas a la gestión oficial se traslada a particulares para obtener mayor efectividad de los cometidos estatales, las cuales al ser propias del sector público no pueden quedar exentas de control, razón esta por la que el nuevo Código Disciplinario regula también lo atinente a los particulares que cumplen fun-

ciones públicas, a quienes incluye son sujetos pasivos de la acción disciplinaria. El desempeño de labores que le atañen al Estado por parte de personas que no pertenecen a la administración no desvirtúa ni la condición de particular, ni cambia o altera el carácter oficial o público de la actividad que se ejecuta y por ello la conducta de estas personas es susceptible de ser investigada disciplinariamente pero únicamente en lo que tiene que ver con el cumplimiento de estas.

La Ley 734 de 2002 de manera expresa regula lo que atañe a estos particulares, en cuanto los cataloga como sujetos disciplinables y establece las reglas para su juzgamiento; ello explica, entre otras cosas, el contenido del artículo 48, numeral 55, que al consagrar lo atinente al abandono injustificado incluye además del cargo y el servicio, la función propiamente dicha.

Ahora bien, el cumplimiento tanto del cargo como de la función por particulares conlleva necesariamente la observancia de los principios que orientan la gestión administrativa y deben tender a garantizar su efectividad como la de los fines del Estado, previstos en la Constitución y en la ley (artículo 22), en virtud de lo cual tratase de uno u otra su desconocimiento conlleva la existencia de falta disciplinaria, para lo que el estatuto prevé los procedimientos de rigor y las competencias pertinentes.

- En ese orden de ideas, considera el Despacho que los parámetros señalados por la Corte, respecto del cargo o servicio son igualmente predicables de quien sin ostentar la condición de servidor también desempeña una función pública. Advirtiéndose, que si la persona adquiere el compromiso de ejercer la función y en relación con ella existe la misma obligatoriedad para su ejercicio que la que orienta a los servido-

res públicos, obviamente en los términos que rigen la relación que tengan con la administración, la dejación de la misma resulta reprochable y su abandono podrá predicarse cuando provenga única y exclusivamente de la voluntad del particular y la separación de la función se produzca de forma definitiva, lo que implicaría, por ejemplo, que debiendo cumplir con determinados asuntos o labores no realice ninguna gestión tendiente a su evacuación u omita su asistencia al lugar de trabajo si así lo impone su vinculación.

- El carácter definitivo o transitorio de la función, lo fija el tiempo de duración que implique el cumplimiento de la misma, que puede ser eminentemente temporal o perdurar en el tiempo, según las condiciones que fije la norma que autorice su realización por personas ajenas a la estructura administrativa del sector oficial.

- La afectación de la continuidad del servicio al que alude la Corte cuando se refiere al abandono del cargo o servicio, necesariamente constituye un elemento de adecuación de la falta independientemente que se aluda a cargo, servicio o función, porque en todo caso el ejercicio de la función, la realice un servidor o un particular, como ya se dijo, se estructura en la observancia de unos principios y fines únicos que identifican la misión del Estado, que se ponen en peligro cuando se presenta el incumplimiento de quienes tienen a su cargo la realización de tales cometidos, bajo cualquiera de sus modalidades. Al respecto, valdría la pena considerar la figura de la ilicitud sustancial que se contempla en el actual Código Disciplinario, como el elemento de antijuridicidad para configuración de la falta disciplinaria, entendida esta como la afectación con la conducta del deber funcional del servidor o del particular” (C-082/05).

DEBIDO PROCESO –Declaratoria de ilegalidad del paro. Independencia con el proceso disciplinario

La facultad discrecional del patrono, en ejercicio del artículo 450, numeral 2º, del Código Sustantivo del Trabajo, ¿está sujeta al adelantamiento de un proceso disciplinario como único instrumento para garantizar el debido proceso, tal como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia SU-036 de 1999 y, en consecuencia, las acciones serían independientes?, o no es necesaria dicha actuación de acuerdo con la posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia?; ¿qué normatividad predomina, la del C.S.T o la del C.D.U., si los trabajadores están regidos por el Reglamento Interno de Trabajo y la Convención Colectiva?

“En relación con lo dispuesto en el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, relativo a los casos de ilegalidad de la suspensión colectiva de trabajo y las consecuencias correspondientes, en virtud de lo cual el empleador una vez declarada esta queda en libertad de despedir por ese motivo a quienes hubieren intervenido en los paros, es cierto que la Corte Constitucional en sentencia SU-036 de 1999, señaló que previo a la decisión de despido debía darse un procedimiento para efectos de individualizar la participación del trabajador y permitirle ejercer su derecho de defensa.

Expresamente la Corte Constitucional alude a lo siguiente:

‘...

Sin embargo, cuando el empleador opta por hacer uso de esta facultad, no basta la simple declaración de ilegalidad del cese de actividades para dar por terminado el contrato o

la relación laboral, pues debe, previa a la aplicación de esta causal, agotar un procedimiento que permita individualizar y determinar qué trabajadores intervinieron en la suspensión colectiva de las actividades laborales declaradas ilegales, como el grado de participación de la misma.

4.7. El Código Sustantivo de Trabajo no hace mención a este procedimiento previo, pero ello no es óbice para exigir su agotamiento, en aplicación del artículo 29 de la Constitución, según el cual ‘el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas’. Por lo tanto la sola declaración de ilegalidad no es suficiente para despedir ipso facto al trabajador, pues para ello, el empleado debe demostrar la participación de este en la suspensión colectiva de las actividades laborales, a través de un procedimiento, si se quiere breve y sumario, en el que se permita la intervención del empleado, a efectos de proteger los derechos del debido proceso y a la defensa de este, procedimiento que debe anteceder a la decisión de despido correspondiente.

El despido, en este caso, resulta ser una sanción, producto de una conducta determinada: participación o intervención de un trabajador en el cese ilegal y colectivo de las actividades laborales, que requiere demostración previa y la intervención del empleado para controvertir los elementos de juicio en los que el empleador puede fundamentar su decisión de finalizar la relación laboral.

...

Dentro de este contexto, es necesario deducir que el empleador está obligado a individualizar la conducta y el grado de participación del trabajador en un cese de actividades declarado ilegal... El no agotamiento de esta etapa

previa, constituye una violación a los derechos del debido proceso y defensa del empleado, en razón al carácter sancionatorio que tiene esta clase de despido.

...'. (Se ha subrayado).

Teniendo en cuenta la independencia y autonomía que caracteriza la potestad disciplinaria de las demás facultades administrativas, considera esta oficina que el procedimiento al que alude la Corte no puede equipararse al proceso disciplinario propiamente dicho, pues al determinar dicha obligación, la Corporación advierte que el procedimiento para el despido por la causal examinada puede ser breve y sumario, que necesariamente pretende determinar la participación activa en el cese de actividades que ha sido declarada ilegal, lo cual no se identifica con el trámite disciplinario, supeditado a unas reglas específicas que debe agotar la autoridad competente, tendientes a demostrar la existencia de una falta disciplinaria y al cabo de las cuales proceden unas sanciones determinadas.

Ahora bien, aunque la remoción del trabajador se establece como la prerrogativa del empleador al demostrarse la ilegalidad del paro, el hecho de que esta constituya también una de las sanciones que prevé el Código Disciplinario, no implica que el ejercicio de la primera de las facultades vistas, conlleve el agotamiento previo del disciplinario como tal, pues, se reitera, son atribuciones diferentes otorgadas a servidores distintos dentro de la administración, como son el empleador en el caso de lo señalado en el artículo 450 examinado y la oficina de control disciplinario, en el caso del proceso regulado por la Ley 734 de 2002, que operan bajo supuestos diferentes y en torno a lo cual el interés jurídico

del disciplinario no es otro que la eficacia y eficiencia de gestión estatal y resguardar la disciplina de quienes pertenecen a la administración, en tanto que la primera es la potestad inherente al patrono, que deviene directamente de la ley, independientemente de que pertenezca o no al sector público y que opera por la existencia de un hecho concreto y único; en virtud de lo cual, en concepto de esta oficina, la concreción de esta última habrá de verificarse a través de un mecanismo diferente al disciplinario y sólo como una medida de tipo eminentemente administrativo.

Sobre la no necesidad de adelantar proceso disciplinario en el caso analizado, hizo claridad la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 16661 del 25 de enero de 2002, al indicar lo siguiente:

‘A juicio de la Sala, el raciocinio del a quem fue acertado, pues con arreglo a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990, una vez declarada la ilegalidad de una suspensión del trabajo o paro, el empleador queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido en él.

...

Queda claro entonces que si el trabajador, como en este caso, adelanta un proceso con miras a demostrar que no intervino en una suspensión de actividades declarada ilegal, pero no logra acreditarlo, no puede pretender que se declare que su despido fue injusto con fundamento en que previamente a tal determinación no se adelantó un procedimiento administrativo o disciplinario, pues sin lugar a dudas el varias veces citado artículo 450 del Código Sustantivo del

Trabajo faculta expresamente al empleador para despedirlo si considera que aquel participó en la suspensión de actividades declarada ilegal’.

- En cuanto la preeminencia del Código Sustantivo del Trabajo sobre la norma disciplinaria, para quienes están sometidos a los reglamentos internos y las convenciones colectivas, debe precisarse que en relación con los trabajadores oficiales en el campo disciplinario y en materia procedimental la única norma aplicable es el estatuto disciplinario, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado a propósito de lo señalado en la Ley 200 de 1995, al indicar:

‘el Código Disciplinario Único, contenido en la Ley 200 de 1995, no es un estatuto disciplinario subsidiario que se aplique solamente en ausencia de pacto o convención colectiva sobre el particular, sino que dicho procedimiento como norma de orden público, es de obligatoria aplicación, y no es susceptible de dejar de ser aplicado ni de ser modificado mediante pacto o convención colectiva, sino que dicho procedimiento prima sobre cualquier estipulación’ (Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda).

Lo dicho no implica que las normas de los reglamentos y convenciones colectivas, para dichos servidores sean inoperantes, pues para ellos necesariamente constituyen normas sustantivas en cuanto contienen deberes o funciones que son de imperativo cumplimiento para quienes están sometidos a ellas dada la naturaleza de su relación laboral, es así como se encuentra previsto en el Código Disciplinario al establecer, por ejemplo, su observancia como uno de los deberes y su desconocimiento como una de las prohibiciones que se imponen para los sujetos disciplinables (artículos 34 y 35 de la Ley 734 de 2002)”. (C-082/05).

APRENDICES –Sujetos disciplinables

Los aprendices, son sujetos activos de la Ley 734 de 2002?; en caso afirmativo, ¿a quién compete adelantar la investigación?; de no serlo, ¿qué acción se puede iniciar para evitar que la empresa resulte afectada con sus acciones u omisiones, cuando quiera que contraríen el orden interno?

“De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 789 de 2002, el contrato de aprendizaje es una forma especial dentro del Derecho Laboral, mediante el cual una persona natural desarrolla formación teórica– práctica en una entidad autorizada, a cambio de que dicha empresa patrocinadora proporcione los medios para adquirir formación profesional metódica y completa requerida en el oficio, actividad u ocupación y ello le implique desempeñarse dentro del manejo administrativo, operativo comercial o financiero propio del giro ordinario de las actividades de la empresa, por un tiempo no superior a dos años.

En atención a lo allí dispuesto, son elementos de dicho contrato, entre otros, la subordinación que se genera única y exclusivamente respecto de las actividades propias del aprendizaje (artículo 30). Además se indica que dentro de la fase práctica el aprendiz estará afiliado a riesgos profesionales y estará cubierto durante esta fase y la lectiva por el sistema de seguridad social de salud, conforme al régimen de los trabajadores independientes y remunerados plenamente por la empresa patrocinadora, en los términos que se determinen para el efecto.

Además de preverse las condiciones particulares para esta clase de relación laboral, se establece que las empresas pri-

vadas, desarrolladas por personas naturales o jurídicas, que realicen cualquier actividad distinta a la construcción que ocupen un número de trabajadores no inferior a quince, tienen la obligación de vincular aprendices para los oficios u ocupaciones que requieran formación académica o profesional metódica y completa en la actividad económica que desempeñan. Señala que las empresas industriales y comerciales del Estado de cualquier orden están obligadas a la vinculación de aprendices en los términos que establece dicha ley (artículo 32).

Como se observa, el aprendiz queda vinculado a la entidad de que se trate y en lo que tiene que ver con las actividades del aprendizaje, existe el factor de subordinación frente a la entidad en la que se encuentre. Razones que en concepto de este Despacho permiten afirmar que en lo que tiene que ver con el desempeño de dichas labores, queda supeditado a las mismas obligaciones y responsabilidades de quien ostenta la calidad de empleado o trabajador. Sin embargo, dadas las condiciones especiales que identifican la relación de trabajo de los aprendices, se estima que tratándose de empresas industriales y comerciales del Estado y conforme a lo señalado en el artículo 123 de la Constitución Política, esta no les impone la condición de servidores públicos.

Ahora bien, dicha conclusión no significa que su actividad en relación con aquellos casos que involucren asuntos de carácter público quede excluida del control disciplinario, pues el actual estatuto en la materia prevé un régimen especial para los particulares, siempre y cuando se encuentren en cualquiera de los eventos allí contemplados.

En efecto, se tiene que el artículo 25 de la Ley 734 de 2002, consagra como destinatarios de la ley disciplinaria,

además de los servidores públicos, a los particulares señalados en el artículo 53 de ese estatuto; esta última disposición establece como tales a los siguientes sujetos:

a) Los particulares que cumplen labores de interventoría en contratos estatales.

b) Los que ejerzan funciones públicas en lo que tenga que ver con estas.

c) Los que presten servicios públicos a cargo del Estado de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, es decir los relativos a las necesidades insatisfechas en salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

d) Los que administren recursos estatales, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el derecho privado.

Se advierte que en los casos de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria corresponde sólo al representante legal o a los miembros de junta directiva.

Esta reforma tiene que ver con el traslado de las actividades íntimamente relacionadas con el cumplimiento de los fines del Estado que en principio deben cumplir organismos o funcionarios del sector público, a manos de personas ajenas a este y por lo tanto, la incorporación de los particulares al régimen disciplinario obedece a la necesidad de crear mecanismos adecuados para el juzgamiento de los mismos cuando su conducta atente contra la legalidad o el patrimonio público.

La competencia para adelantar esas investigaciones se radica de manera exclusiva en la Procuraduría General de la Nación (artículo 75), conforme a la distribución de competencias determinada por el titular del Ministerio Público

mediante Resolución 108 de mayo 3 de 2002 y en torno a las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, faltas y sanciones descritas en el libro tercero del estatuto.

Como se observa, entre los particulares que quedan sometidos al régimen disciplinario se encuentran aquellos que desarrollan funciones públicas, entendiéndose por estas las actividades que por su naturaleza son de aquellas que corresponde cumplir a la entidad para desarrollar los fines estatales o su misión oficial y que por razones administrativas o estructurales se desplaza hacia personas que no se encuentran vinculadas a la administración como servidores propiamente dichos (relación legal y reglamentaria o contrato de trabajo).

Lo anterior, permite colegir que el ejercicio de las funciones públicas o administrativas no está supeditado necesariamente a la condición de empleado o trabajador del Estado, sino que los particulares pueden participar de ellas y tratándose de funciones públicas o administrativas, lo que no puede resultar extraño de ninguna manera es que en la actualidad los particulares desarrollen este tipo de labores y que el Estado controle su ejecución, pues precisamente se está actuando en su nombre y, por eso se ha estimado que en tales condiciones también deben responder por acción u omisión respecto de la función concreta que cumplen.

Adicionalmente, se tiene que la Corte Constitucional, frente a las normas del nuevo estatuto disciplinario, declaró exequibles los apartes demandados del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, que tienen que ver con la posibilidad de disciplinar a los particulares que ejercen funciones de interventoría y que presten servicios públicos a cargo del Estado, en el entendido igualmente de que la función pública puede ser

cumplida por particulares, mientras ella implique la exteriorización de las potestades inherentes al Estado –‘que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción–’; supuesto en el que necesariamente ‘la posibilidad de que el particular pueda hacer uso de dichas potestades inherentes al Estado debe estar respaldada por una habilitación expresa de la ley’. (C-037/2003).

Así las cosas, en el caso de los aprendices la determinación de sujeto disciplinable estaría supeditada a la naturaleza de la función o labor que cumplan y por ende, si las actividades del contrato de aprendizaje responden a funciones públicas serían disciplinables en los términos establecidos en la Ley 734 de 2002 y lo serían, sólo por la Procuraduría”. (C-093/05).

PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL –Vigilancia por la Procuraduría

¿Tiene la Procuraduría competencia para ejercer vigilancia a un proceso de responsabilidad fiscal?; en caso afirmativo, ¿sus actuaciones deben hacer parte del expediente vigilado?

“... la Procuraduría ... Distrital ..., a juicio de esta oficina, sí puede vigilar la conducta oficial de los servidores públicos que tienen a su cargo el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal en la Contraloría General de la República, puesto que este, como lo dice el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, ‘es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y

establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado’.

En dicha vigilancia, se debe dejar constancia, por medio de acta, del desarrollo del proceso, tales como si se ha adelantado con sujeción a las prescripciones legales (no pretermisión de términos en las distintas etapas procesales ni dilataciones injustificadas) y respetando la observancia del Debido Proceso y demás derechos fundamentales de los sujetos procesales. A más de esto, la Procuraduría, en sentir de este despacho, aun sin ser sujeto procesal, no debe limitarse a la sola vigilancia superior, de carácter preventivo, sino que debe hacerle conocer –en caso de que haya irregularidades– al director del proceso de responsabilidad fiscal todas las observaciones que sean necesarias para la buena marcha de las diligencias.

Finalmente, ... si las actuaciones de la Procuraduría deben hacer parte del expediente de responsabilidad fiscal, ha de responderse que sí, en el entendido de que el expediente lo conforma el conjunto de todos los documentos que se van produciendo, en orden riguroso, durante el trámite de unas diligencias administrativas o judiciales; y, en efecto, el artículo 29 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) establece que ‘cuando hubiere documentos relacionados con una misma actuación o con actuaciones que tengan el mismo efecto, se hará con todos un solo expediente al cual se acumularán, de oficio o a petición del interesado, cualesquiera otros que se tramiten ante la misma autoridad y tengan relación íntima con él para evitar decisiones contradictorias...’. Por consiguiente, al no agregarse al expediente de responsabilidad fiscal el acta que se levanta en la práctica de una visita realizada por la Procuraduría o los documentos

que el funcionario comisionado le haga llegar al servidor que tenga a cargo el proceso, este puede, de conformidad con el artículo 35, numeral 13, de la Ley 734 de 2002, incurrir en la conducta disciplinaria descrita como prohibición a todo servidor público de ‘ocasionar daño o dar lugar a la pérdida de bienes, elementos, expedientes o documentos que hayan llegado a su poder por razón de sus funciones’. (C-296/04).

AGENTES DE TRÁNSITO –Sujetos disciplinables

Los Agentes de Tránsito de un municipio, vinculados por contrato de prestación de servicios, ¿son funcionarios públicos o particulares que prestan funciones públicas transitoriamente?, ¿quién es competente para disciplinarlos?

“Para dilucidar el asunto..., se estima que es necesario considerar que una es la facultad que ejerce el Estado como empleador, en virtud de la cual, para el ejercicio de las funciones administrativas que le corresponden para hacer efectiva la gestión pública, vincula a particulares en calidad de servidores públicos, bajo la modalidad de empleados públicos o trabajadores oficiales, diferenciados por el sistema de vinculación, los primeros por una relación legal o reglamentaria, los segundos por contrato de trabajo. Ambos se distinguen porque generan relación de subordinación y dependencia con la administración, implican una remuneración y quienes así se comprometen, ingresan a los cuadros administrativos, es decir, hacen parte de las plantas de personal, que se determinan y estructuran por normas concretas.

Otra, es la autonomía que tiene la administración para contratar particulares en orden a lograr los fines estatales, mediante la celebración de contratos administrativos. Actividad totalmente reglada y por ende, debe sujetarse siempre

a la reglamentación existente sobre el particular, regida como toda actividad y función administrativa a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y eficiencia. La contratación está demarcada por las necesidades del servicio, es eminentemente temporal, obedece a las condiciones personales y profesionales del contratista, quien goza de autonomía y discrecionalidad para ejecutar el objeto dentro del plazo y estipulaciones acordadas.

Sobre el particular, conviene examinar las normas que rigen la contratación estatal, como es Ley 80 de 1993, que define el contrato de prestación de servicios como el celebrado por las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. El artículo 32, numeral 3 de ese estatuto, modificado por el Decreto 165 de 1997, precisa al respecto:

‘Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Estos contratos no generan en ningún caso relación laboral ni prestaciones sociales. Los contratos a los que se refiere este ordinal, se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Parágrafo 1. A los contratos de consultoría, de prestación de servicios o de asesoría de cualquier clase, deberá anexarse certificación expedida por el jefe de la entidad, acerca de la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretenden contratar’.

Si bien es cierto que la contratación de prestación de servicios surge por la necesidad de que se realice una actividad

relacionada con el funcionamiento de la entidad y desde este punto de vista, pueden considerarse administrativas, lo cierto es que esta facultad tiene limitaciones en cuanto supedita su celebración a la ausencia de personal de planta que las pueda desarrollar o de personal con los conocimientos especializados o técnicos que se requieran; prohibiéndose de plano que mediante este medio se generen relaciones labores o el pago de prestaciones sociales.

Se hace mayor precisión al respecto en el Decreto 2209 de 1998, que al modificar normas sobre austeridad del gasto para las entidades que manejan recursos del Tesoro Nacional, determinó:

“Art. 1. El artículo 3º del Decreto 1737 de 1998, quedará así:

‘Art. 3. Los contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán.

Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, (sic) es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o aun cuando existiendo personal de planta, este no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo...’.

Por su parte, el Decreto 2170 de 2002, en relación con esas contrataciones además de indicar la manera de selec-

ción del contratista, precisa que ‘sólo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar’.

Las precisiones que anteceden se hacen para significar que son distintas las consecuencias que se generan de una y otra relación, pues mediante la primera se adquiere la condición de servidor público, ya que entre el Estado y el particular se constituye un vínculo laboral, mientras que por el contrato de prestación de servicios, la persona no ingresa a los cuadros administrativos de la entidad, porque no se presentan los elementos de subordinación y dependencia que identifica las relaciones laborales; por este medio el particular sólo es un colaborador que ejecuta su labor de forma independiente supeditado únicamente a las estipulaciones contractuales. Sin embargo, ello no implica que la actuación que así se desarrolla, cuando se trata de funciones administrativas (públicas), pueda quedar exenta de control por parte de la administración, pues es indudable que por ese medio se asume una actividad que compromete los fines mismos del Estado o un servicio a cargo de este y desde ese punto de vista, no es posible que las acciones u omisiones del contratista que afecten directamente tales aspectos, no determinen responsabilidades de su autor, precisamente por la naturaleza de tarea que se desarrolla y sólo en relación con ella.

Es así como, de acuerdo con el régimen disciplinario vigente no sólo son sujetos disciplinables los servidores públicos sino también los particulares que ejercen funciones públicas (artículo 25, en concordancia con el artículo 53 de la Ley 734 de 2002), estos últimos conforme al régimen señalado en el libro III de dicho estatuto, en el que además se radica la competencia para investigarlos exclusivamente en la Procuraduría General de la Nación (artículo 75).

Por lo tanto, tratándose de personas con quienes la administración ha suscrito un contrato de prestación de servicios (que como se anotó no implica una relación laboral y no hace del contratista un funcionario del Estado), en virtud del cual se ejercen funciones administrativas (entendidas como aquellas inherentes a la naturaleza del ente público contratante), es claro que ellas pueden ser sujetos pasivos de la acción disciplinaria y que corresponde a la Procuraduría adelantar las investigaciones que se susciten en su contra. Lo anterior, conforme a la competencia establecida por el legislador y a la distribución de la misma determinada por el Procurador General mediante Resolución 108 de mayo 3 de 2002, en la que, por ejemplo y en relación con las procuradurías provinciales, se establece que dentro de su circunscripción territorial deben conocer en primera instancia de los procesos que se cursen contra: ‘h. Los particulares que desempeñen funciones públicas, administren o manejen recursos públicos del orden o nivel municipal, cuando la competencia no esté asignada a otra dependencia’”. (C-005/03).

CONTRATISTAS –Sujetos Disciplinables

¿Pueden ser sujetos disciplinables los contratistas por prestación de servicios, cuando según el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, este régimen se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas?; en caso afirmativo, ¿qué características debe reunir la actividad pública o administrativa que cumplen estas personas a favor de la entidad para que puedan ser responsables disciplinariamente?

“La solución a este interrogante está contenida en el concepto C-093/05, cuando se respondió la pregunta relacionada con los aprendices y, se adiciona así:

‘Expresamente, sobre la aplicación de la ley disciplinaria a los contratistas, la citada Corporación recuerda que en varias de sus decisiones ha señalado que los particulares contratistas, como sujetos particulares, no pierden esa condición al contratar con el Estado y en ese sentido, no están sujetos a la ley disciplinaria, en relación con ello se refiere en consecuencia al criterio subjetivo contenido en la sentencia C-280 de 1996, en virtud del cual al no existir vínculo de subordinación entre el Estado y el contratista, las obligaciones y responsabilidad de este último, únicamente podían partir del contrato mismo y de la ley contractual, sin que pudieran ser destinatarios de la ley disciplinaria. Criterio, que se afirma fue reiterado en sentencias 286 de 1996 y 563 de 1998, en las que además dio paso al criterio material, que posibilita la aplicación del régimen disciplinario no por el vínculo existente entre el particular y la administración, sino por el contenido o naturaleza de la función que les es encomendada y, por lo tanto, de considerarse esta como el ejercicio de una función pública, se impone la sujeción a la ley disciplinaria.

Por lo tanto, tratándose de personas con quienes la administración ha suscrito un contrato de prestación de servicios (que no implica una relación laboral y no hace del contratista un funcionario del Estado), en virtud del cual se pueden ejercer funciones administrativas (entendidas como aquellas inherentes a la naturaleza del ente público contratante), es claro que en tales casos ellas deben ser sujetos pasivos de la acción disciplinaria, que corresponde adelantar a la Procuraduría, según la competencia exclusiva establecida por el legislador y la distribución de la misma determinada por el Procurador General mediante Resolución 108 de mayo 3 de 2002. Es importante resaltar que la determinación de sujeto disciplinable está dada por la naturaleza de la función o

labor que se cumple y que esta debe estar ligada a los fines propios de la entidad que se trate.

Asimismo, debe precisarse que la normatividad en referencia sólo cubre hechos ocurridos con posterioridad al 5 de mayo del año 2002, pues, tal como lo indica el artículo 29 de la Constitución Política *‘Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa’*. Lo que descarta la existencia de disciplinarios por hechos ocurridos con anterioridad a esa fecha, pues no podrían ni catalogarse ni imputarse como faltas disciplinarias conductas que a la luz de las normas vigentes para la época en que se cometieron no se encontraban reguladas como tal; lo anterior, debe entenderse como desarrollo del principio de legalidad, en virtud del cual es indispensable no sólo la determinación legal de un catálogo de hechos reprochables y las consecuencias de los mismos, sino también su existencia previa a la realización de los mismos”. (C-005/04).

SUSPENSIÓN PROVISIONAL –Trámite de la consulta con copia del expediente

Para el trámite de la consulta de la suspensión provisional de que trata el artículo 157 de la Ley 734 de 2002, ¿se requiere el envío del proceso disciplinario?, ¿se suspende el diligenciamiento del proceso hasta que esta se resuelva?

“... Ciertamente, la norma no especifica si al surtirse la consulta de la suspensión se interrumpe o no el curso de la investigación; sin embargo, se considera que tratándose de un grado jurisdiccional de una medida provisional, respecto del cual la ley no contempla efectos suspensivos, no tendría por qué suspenderse la actuación disciplinaria, ya que el

juzgador no pierde su competencia para conocer del asunto y, por ende, puede proseguir con el trámite del mismo.

Debe tenerse presente que la consulta de esa decisión constituye un mecanismo incidental reglado por la norma transcrita y conforme a la cual se otorga al acusado la oportunidad ante el ad quem para desvirtuar las causas que originan la medida presentando los alegatos correspondientes en el término allí señalado y es a este (al superior), en ese momento, a quien corresponde pronunciarse sobre la vigencia o levantamiento de la medida. En tal virtud, en lo que respecta a la revocación de la suspensión es claro que habiéndose remitido el expediente a la instancia superior para efectos de la consulta, la determinación sobre ese particular corresponde a este último funcionario, pero si el expediente ya ha vuelto a quien profirió la medida y las circunstancias que la originaron desaparecen, deberá ser este quien proceda a su revocación como lo dispone la norma aludida.

De otra parte y dadas las razones anotadas, se estima que el trámite de la consulta deberá cumplirse con las copias del expediente, relativas primordialmente a las causas que motivaron la medida, pues es sólo sobre ellas que corresponde pronunciarse al ad quem y, en esas condiciones, la actuación disciplinaria pueda continuar sin contratiempos ni dilaciones por el funcionario del conocimiento. Lo anterior implica entonces, que el a quo deberá cumplir las diligencias o actuaciones que correspondan al estado en el que se encuentre el proceso, y proferir los actos que sean necesarios para el impulso del trámite procesal atinente a la investigación propiamente dicha, esto es, al esclarecimiento de los hechos y de la responsabilidad del funcionario que originó

la investigación, conforme al procedimiento señalado en el estatuto disciplinario'. (C-243 de 2002- Oficio PAD 4206 del 17 de julio de 2002)". (C-033/04).

MORA SISTEMÁTICA- Incursión injustificada. Alcance

El artículo 48, numeral 62, de la Ley 734 de 2002, hace referencia a la incursión en mora sistemática ¿cómo se determina? ¿Debe tenerse en cuenta para su tasación los expedientes que se hallen prescritos al momento de la iniciación de la investigación?

“... la carga laboral que debe tenerse en cuenta para los efectos descritos en la norma, es aquella que ha sido asignada al funcionario acusado dentro de la época a la que se contrae la investigación, la cual está determinada por el lapso de inactividad de los negocios examinados y por el periodo en el que dichos expedientes (que dan origen a la investigación), han estado a cargo o en poder del implicado, es decir, desde que le fueron repartidos hasta el momento en el que ocurre el fenómeno prescriptivo o se inicia la averiguación respectiva.

Obviamente, dicho periodo está limitado por el de la prescripción de la acción que se adelanta por la mora, es decir, que este no puede comprender más de los 5 años que se establecen de vigencia para la acción disciplinaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002.

Se advierte que la justificación de la mora no está dada por el número de negocios recibidos sino por el trabajo evacuado durante el periodo de retardo, comparado este con el promedio general de cada despacho y el examen comprende todos los negocios entregados al acusado durante esa época”. (C-471/04).

REVOCATORIA DE AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA- Improcedencia

¿Es procedente revocar el auto que decretó la nulidad de la apertura de investigación disciplinaria?

“... dentro del procedimiento disciplinario la posibilidad de que el operador cambie o rectifique sus decisiones está supeditada a los mecanismos procesales establecidos para el efecto, que para el caso son medios de impugnación que hacen parte del derecho de contradicción que ostentan los sujetos procesales o controles de legalidad que se ejercen las mismas autoridades administrativas que profirieron los actos; eventos ambos que permiten que estas revisen las decisiones y las mantengan, las modifiquen o revoquen.

En ese sentido se encuentran previstos los recursos de vía gubernativa, que puede interponer la parte afectada y que son esencialmente el de reposición y apelación, y la revocatoria directa que es una posibilidad extraordinaria, que procede, de oficio o a solicitud de parte, contra actos en firme. En efecto, el Código Disciplinario Único consagra dichas opciones y es así como en el artículo 113 determina que el recurso de reposición procede contra la decisión que se pronuncia sobre la nulidad y la negación de la solicitud de copias o pruebas al investigado o a su apoderado y contra el fallo de única instancia.

En los artículos 122 y siguientes, de la Ley 734 de 2002, se reglamenta lo atinente a la figura de la revocatoria directa, que sólo es admitida para fallos sancionatorios.

Tanto el recurso de reposición como la revocatoria pueden ser conocidos por el funcionario que profirió la decisión, pero es claro que su procedencia está determinada por el legis-

lador respecto de determinaciones específicas y ante circunstancias concretas.

Visto lo anterior, se estima que si no se presentan los parámetros mencionados, no es posible revocar las decisiones proferidas en el proceso disciplinario”. (C-346/04).

OPERADOR DISCIPLINARIO- Responsabilidad

¿Puede el operador disciplinario ser investigado por la interpretación que realice de las normas jurídicas?

“Al respecto, debe recordarse que la acción disciplinaria tiene por finalidad juzgar la conducta oficial de los servidores públicos y de quienes desempeñan funciones públicas. Conducta que está referida a sus actuaciones como servidores del Estado frente a la observancia de un catálogo de deberes y obligaciones previamente definidas y que las faltas disciplinarias son precisamente la omisión o desconocimiento de esos parámetros normativos.

Dentro de dicho marco conceptual no tiene cabida la interpretación o juicio de valor que realiza todo operador respecto de las normas jurídicas que rigen los asuntos sometidos a su consideración.

La valoración que así se realiza sólo podría ser objeto de reproche en la medida que ella se realice de manera amañada, con el fin de favorecer o perjudicar a quienes son objeto de la determinación de que se trate, apartándose de los principios de rectitud, honestidad, transparencia y ecuanimidad que debe orientar el proceder de todo juzgador, al cual sólo debe interesar el esclarecimiento de la verdad y la debida aplicación de los preceptos legales en orden a lograr la recta administración de justicia; dicho proceder, por obvias razo-

‘La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del decreto 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año’.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas oportunidades sobre el contenido de las normas transcritas y es así como, al declarar exequible lo dispuesto en los artículos 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968, ha dejado en claro que es facultad del legislador señalar lo que corresponda a los requisitos tanto de ingreso como de retiro del servicio público, entre los cuales se encuentra la edad de retiro; que el Decreto 2400 no perdió vigencia con la expedición de la Constitución de 1991, ya que no la contradice; que no se desconoce el principio de igualdad ni la norma es discriminatoria, porque se trata de una figura constitucional y deben brindarse oportunidades laborales a otras personas, reconociéndose el derecho a relevar a quienes han cumplido una etapa determinada, pues los cargos públicos no son a perpetuidad. Indicó también que la edad máxima es un mecanismo razonable de eficacia y renovación de los cargos públicos.

Sobre la aplicación de dicha normatividad, la Corte precisó expresamente que cobija a todas las entidades territoriales, en virtud de lo dispuesto en la Ley 27 de 1992, y que constituye una regla general para todos los servidores públicos, salvo para *‘aquellos de elección popular, para los cuales se establezca un periodo fijo, como es el caso del Presidente y del Vicepresidente de la República, de los miembros de los cuerpos colegiados, de los gobernadores o de los alcaldes. En estos casos la razón es la de que no cabría determinar una edad de retiro forzoso para aquellos ciudadanos que por elección popular, expresa en las urnas, acto por excelencia a través del*

caso del Registrador Nacional del Estado Civil, mediante proveído del 17 de agosto de 2000 y el antiguo Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ante consultas formuladas sobre el particular, en concepto 029505 del 18 de septiembre de 2002, de la Oficina Jurídica.

Conviene hacer alusión a lo señalado por el alto tribunal contencioso, dadas las precisiones que hace sobre el particular:

‘La regla general, pues, es la de que toda persona que supere los 18 años de edad, cuando se adquiere la ciudadanía, mientras no haya renunciado a la nacionalidad colombiana, ni se haya suspendido el ejercicio de la ciudadanía, siempre en los casos que determine la ley, puede ejercer el derecho de sufragio, puede ser elegido y puede desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, como se desprende de los artículos 98 y 99 de la misma Carta. Entonces, prima facie, la aptitud para ocupar cargos públicos es derecho de todo ciudadano, derecho que solamente la ley puede restringir por vía excepcional cuando exige condiciones especiales, como es la edad para entrar a ejercerlo o para retirarse del servicio, caso en el cual es de 65 años.

Ahora bien, las autoridades públicas están instituidas para proteger los derechos de todas las personas y asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares como dispone el artículo 2º de la Carta, de tal manera que les está prohibido establecer o exigir, para el ejercicio de los derechos, requisitos adicionales a los establecidos en la Constitución, de acuerdo con los artículos 6º y 84 ibídem.

Obsérvese que los artículos 2 y 40 de la Carta son tan perentorios que hacen uso del adjetivo TODO para dar a entender que la protección de las autoridades a los derechos políticos de los ciudadanos debe ser íntegra.

...

La competencia para señalar la edad de retiro forzoso corresponde al legislador, dentro de las facultades asignadas en el artículo 125 de la misma Carta. Vigente se halla el Decreto 2400 de 1968, expedido por el Presidente de la República, en uso de las atribuciones que le confirió el Congreso Nacional, de acuerdo con la Carta del 86, en cuyo artículo 31, reglamentado por el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973, disponen en relación con los funcionarios y empleados de la Rama Ejecutiva:

...

En este proceso no ha surgido controversia alrededor de la aplicación del Decreto 2400 de 1968 frente al cargo de Registrador Nacional del Estado Civil. Además, con la sentencia de la Corte Constitucional C-351 del 9 de agosto de 1995, y con el concepto del 21 de febrero de 1996 de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, Rad. 774, se fortalece el aserto de que la inhabilidad allí consagrada se aplica a los servidores públicos con las únicas excepciones de los de elección popular y de los empleos públicos del nivel nacional indicados en el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968.

...

También es necesario insistir en la aplicación de ese régimen general de personal, porque se ha sugerido que como la Ley 27/92, que amplió su cobertura a los empleados de todos los niveles del Estado, fue derogada por el artículo 87 de la Ley 443/98, se produjo un gran vacío en este caso. Pero no ha sido así, porque el artículo segundo de la Ley 27/92 había hecho salvedad expresa de la Organización Elec-

toral y de otras que continuaban rigiéndose por los estatutos entonces vigentes, que eran los Decretos 2400 y 3074 de 1968 que se venían aplicando desde antes a la Registraduría Nacional del Estado Civil, por mandato de los Decretos 1487 y 3492 de 1986 y, desde luego, con independencia de las prescripciones de la Ley 27/92.

Sin duda alguna, las normas sobre la edad de retiro forzoso tienen un alcance preciso, pues crean restricciones al ejercicio de la función pública, no son susceptibles de interpretación amplia, deben ser aplicadas stricto sensu, conforme a la regla del artículo 31 del Código Civil; es decir que no consagran ellas, como reflexiona el demandante, que carece de vocación para ocupar un cargo público de período fijo, quien, durante su desempeño, alcance la edad de retiro forzoso, como puede ser el caso del ciudadano cuya elección se impugna. La limitación así ideada tampoco aflora de cualquiera otra disposición constitucional o legal invocada en la demanda.

El planteamiento anterior tiene seguro respaldo en pronunciamientos de la Corte Constitucional como el que se transcribe a continuación:

‘Así las cosas, y por su naturaleza excepcional, el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla. Por consiguiente, y en función del principio hermenéutico pro libertate, entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una inhabilidad, se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos’.

En síntesis, como se ha discernido, todo ciudadano tiene derecho a ejercer el poder político, luego puede en el caso concreto, acceder al desempeño de la función pública de Registrador Nacional del Estado Civil, mientras reúna las calidades señaladas en el artículo 232 de la Constitución Política, no incurra en las inhabilidades del artículo 29 del Código Electoral y no haya llegado a la edad de retiro forzoso que es de sesenta y cinco años. Las autoridades de la República, que también lo son los administradores de justicia, de acuerdo con la Constitución (artículos 116 y 228), de manera particular el Consejo de Estado (artículo 237), sólo están sometidas al imperio de la ley (artículo 230), está fuera del alcance de su competencia incluir dentro del límite de edad de retiro forzoso, una adicional, mayor o menor; pues de esa manera se entraría a usurpar la función legislativa y a desconocer los derechos de los ciudadanos. De acuerdo, entonces, con el razonamiento del demandante, debería discurrirse que para ocupar el cargo de Registrador Nacional del Estado Civil se requiere no ser mayor de sesenta años de edad, que es un texto inexistente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Las normas que regulan la administración del personal adscrito al servicio público, comentadas en acápites anteriores, fijan las condiciones de ingreso, permanencia y retiro del servicio. Las primeras se refieren a las calidades necesarias para acceder a los distintos cargos y los procedimientos para proveerlos; las segundas abarcan el reglamento de personal y de las distintas situaciones administrativas (servicio activo, licencia, permiso, comisión, encargo, etc.), y las últimas, indican las causales de cesación definitiva de funciones y los mecanismos de retiro del servicio oficial.

Emana del contenido de las normas que acuden a la edad de sesenta y cinco años como inhabilidad para entrar a ejer-

cer cargos públicos (Art. 122 D.R. 1950 de 1973), que también es causal de incompatibilidad cuando sobreviene en el desempeño del cargo, salvo los eventos señalados en el artículo 29, inc. 2º, del Decreto 2400 de 1968 y los de elección popular; como ya se dijo.

Vale decir, en otros términos, que la edad de sesenta y cinco años constituye una prohibición para desempeñar cargos oficiales del nivel nacional; será sobreviniente si alcanza esa edad el empleado en pleno ejercicio de funciones; será inhabilitante si la persona nombrada o elegida la ha sobrepasado antes de asumir el destino. Que en el primer caso, impide continuar desempeñando el empleo, de tal manera que la renuncia oportuna o la insubsistencia son la solución; mientras que en el segundo supuesto es el acto de designación susceptible de ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa, por arrojar vicios de nulidad por violación de los preceptos constitucionales y legales examinados.

La Corte Constitucional dijo sobre el particular:

‘Las inhabilidades tienen como objetivo fundamental no sólo impedir que una persona que se encuentra afectada por una de ellas, sea elegida o designada en un cargo público, sino que además como lo prevé el artículo 6 acusado, respecto de quienes surgiere una de las causales descritas, en forma sobreviniente, puede ser declarada insubsistente, con lo que se pretende mantener y garantizar los principios enunciados de dignidad, eficiencia e idoneidad en la noble tarea de administrar justicia’. (Sentencia C-509/94 sobre el D. 1888/89, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

La Sala en oportunidades pasadas ha definido los conceptos de calidad, inhabilidad e incompatibilidad, así:

‘Inhabilidad es defecto o impedimento para obtener un cargo, empleo u oficio. Calidad es el estado de una persona, su naturaleza, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para un cargo o dignidad; podrían tenerse las calidades para un cargo, pero estar inhabilitado para ello, o lo contrario. Incompatibilidad es impedimento, prohibición o tacha para ejercer una actividad determinada cuando se ocupa un cargo’.

Según el Diccionario de la Lengua Española, calidad es el ‘estado de una persona, su naturaleza, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para un cargo o dignidad’, y la inhabilidad es el ‘defecto o impedimento para obtener o ejercer un empleo u oficio’, o como dice el artículo 279 de la Ley 5ª de 1994, que contiene el reglamento del Congreso, respecto de la inhabilidad: ‘todo acto o situación que invalida la elección de congresista o impide serlo’.

De esta manera, la falta de calidades o la presencia de inhabilidades son vicios del acto de elección o nombramiento, pues tienen presencia desde antes de producirse esa decisión.

En reciente ocasión dijo la Sala:

‘Según lo expuesto, bien podría ocurrir que se tuvieran calidades para un cargo, pero se estuviera inhabilitado para obtenerlo, o lo contrario. Y también que lo que constituye incompatibilidad cuando se ejerce un cargo o por haberlo ocupado sea, a un tiempo, motivo de inhabilidad para obtener otro cargo.

La falta de calidades y las causas de inhabilidad, cuando son circunstancias anteriores, hacen nulo el nombramiento o la elección de que se trate, y la nulidad que determinan es vicio de origen, no así las incompatibilidades, que son cir-

cunstancias posteriores, y sus consecuencias, entonces, con otras, generalmente de carácter disciplinario.

Desde luego que con posterioridad a la elección o al nombramiento podrían sobrevenir circunstancias que hicieran inhábil al nombrado o elegido para ocupar el cargo o permanecer en el mismo, así, por ejemplo, si se lo castigara con la sanción disciplinaria accesoria de inhabilidad para ejercer funciones públicas, conforme al artículo 30, numeral 1, del Código Disciplinario Único. Pero esas circunstancias posteriores no hacen nula la elección o el nombramiento, solo que el elegido o nombrado no podría ejercer el cargo público para el cual fue elegido o nombrado, en el ejemplo, mientras dure la sanción’.

Con base en lo expuesto, no hay duda sobre el carácter restrictivo que representa la edad de retiro forzoso, tanto para acceder a la administración pública como para el ejercicio de los cargos oficiales; impedimento que como se vio tiene plena operancia respecto de servidores de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con las excepciones vistas.

A propósito de la cobertura de estas normas de carácter nacional a los niveles territoriales, debe anotarse que la Ley 27 de 1992, que previó dicha posibilidad y en la cual se soportó el criterio expuesto inicialmente por la Corte Constitucional en sentencia 351 de 1995, fue derogada expresamente por la Ley 443 de 1998, por la cual se expidieron normas de carrera administrativa, norma esta que determinó que las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contempladas en esa Ley y en los Decretos 2400 y 3074 de 1978 y demás normas que lo modifiquen o adicionen, cobijan a los servidores señalados en el artículo 3, entre los cuales se enuncian a los servidores que prestan servicios en

En consecuencia y como quiera que la extensión de las normas del orden nacional a los niveles seccionales determinada por la Ley 443 de 1998, está dada únicamente para los empleos de carrera, podría concluirse, acorde con la jurisprudencia expuesta, que los cargos del orden departamental o municipal que no pertenezcan a ella, no quedarían sometidos a la limitación en examen, salvo que lo prevean normas especiales para casos específicos, como lo indica la Corte respecto de los mandatarios seccionales.

Por lo tanto, ante el vacío que genera la inaplicación de las normas de carácter nacional a cargos de elección o de libre nombramiento y remoción del orden territorial, se estima entonces que respecto de estos no podría predicarse dicha restricción, mientras no exista norma expresa que la consagre para ellos como impedimento o inhabilidad'. (C-335/04).

19. Los conceptos proferidos con ocasión de una visita de supervigilancia efectuada por la Procuraduría, en la cual se decide no ejercer el poder preferente, pero se impetra el archivo del expediente, ¿son de obligatorio cumplimiento para el funcionario que adelanta la investigación disciplinaria?

Es necesario advertir que la función consultiva no comprende la posibilidad de resolver casos particulares o concretos, por esa razón las respuestas en estos casos se dan en abstracto, limitándose a suministrar elementos de juicio de carácter general que ilustren el tema que interesa al peticionario. En esas condiciones se atenderá su solicitud.

En torno a las facultades que ostenta la Procuraduría como máximo órgano de control disciplinario, se precisa que en relación con los procesos disciplinarios que adelantan las oficinas de control interno disciplinario, la entidad tiene va-

rias opciones que se identifican e individualizan como poderes o facultades independientes con características propias.

Es así como, además de tener como atribución la de adelantar las investigaciones disciplinarias contra los servidores del Estado, cualquiera sea su naturaleza, condición o nivel, excepto contra quienes tienen fuero especial, está investida de la potestad de ejercer vigilancia superior de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas, concretamente de quienes ejercen la atribución disciplinaria, y de ejercer preferentemente el poder disciplinario (artículo 277, numeral 6 de la Constitución Política).

Las funciones descritas se hacen efectivas mediante los procedimientos y competencias establecidos para el efecto y es así como en el Decreto 262 de 2000 se distribuyen las atribuciones entre las distintas dependencias de la entidad y en la Ley 734 de 2002, se fija el trámite a seguir.

- La vigilancia superior, asignada a las Procuradurías Delegadas, Regionales y Provinciales, se prevé para que la ejerzan de manera selectiva respecto de las actuaciones disciplinarias de los órganos de control interno disciplinario y se traduce como la posibilidad de hacerse parte en el respectivo proceso en defensa del orden jurídico, el patrimonio público o de los derechos o garantías fundamentales, artículo 89 de la ley disciplinaria. Esta opera siempre y cuando no se ejerza el poder preferente.

- El poder preferente se desarrolla en los artículos 3 y 69 de la Ley 734 de 2002 y especialmente se fija su trámite en la Resolución 346 de 2002.

Conforme a la normatividad en cita, la Procuraduría puede iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o

juzgamiento de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas, e incluso asumir la segunda instancia; asimismo, puede avocar, de oficio o a solicitud de parte, el conocimiento de tales asuntos, o desprenderse de ellos.

Para tales eventos, las oficinas competentes de la Procuraduría deben examinar las quejas que lleguen a la entidad y evaluar si es pertinente avocar el trámite, si no lo es, lo enviarán a la oficina de control interno sin motivación alguna; en esos casos, si los hechos denunciados tienen alguna relevancia por la calidad del disciplinado, la gravedad de la imputación o la trascendencia social del asunto, el funcionario competente de la Procuraduría podrá disponer supervigilancia administrativa constituyéndose en sujeto procesal, de conformidad con el artículo 89 de la Ley 734.

De igual manera, si la queja es recibida en las oficinas de control interno, estas deben informar a la Procuraduría sobre la aprehensión del conocimiento del asunto, dentro de los tres días siguientes a partir del momento en que se avoque y la Procuraduría, dentro de los tres siguientes al recibo de la misma, deberá decidir lo pertinente conforme a lo antes expuesto. Se advierte que si esta entidad no se pronuncia debe entenderse que se ha negado el ejercicio del poder preferente, pero sin perjuicio de que con posterioridad pueda asumir la investigación.

El poder preferente puede ser solicitado por el disciplinado, un servidor público o un tercero, mediante un escrito debidamente sustentado; en esos eventos, si no se encuentra soportado en debida forma la petición se rechazará in limine; en curso la solicitud, la Procuraduría debe practicar una visita al expediente para determinar si es o no procedente el ejercicio del dicha prerrogativa y si no lo es, así se indicará dentro

de los tres días siguientes, en decisión motivada no susceptible de recurso alguno, copia de lo cual se enviará a la Viceprocuraduría General. Por el contrario, si se estima procedente, entonces debe enviarse el informe y sus anexos a la Viceprocuraduría.

El Viceprocurador General de la Nación es el único facultado para decidir sobre la pertinencia y autorización del ejercicio del poder preferente. Para ello cuenta con un término de 5 días y tiene la posibilidad de designar funcionarios especiales o de integrar comisiones especiales para que asuman el asunto; en esos casos, las oficinas de control interno deben enviar inmediatamente el expediente al funcionario competente o al designado una vez requeridos para el efecto.

Las reglas como los criterios para esos efectos, los define el Procurador General en la citada resolución.

También se delega en el Viceprocurador la atribución de instituir la figura del Ministerio Público como sujeto procesal, a que se refiere el artículo 89 de la Ley 734 de 2002, en cualquier proceso que adelante la Procuraduría.

La anterior reseña se hace para significar, de una parte, que existe diferencia entre el poder preferente y la supervigilancia y, de otra, que salvo que se asuma directamente la investigación en ejercicio de la primera de estas facultades, la Procuraduría no puede adoptar determinaciones dentro de los procesos disciplinarios, facultad reservada por ley a los distintos operadores disciplinarios, en consecuencia, a menos que avoque el conocimiento directo de los asuntos, carece de facultades decisorias y por ende, en ejercicio de su intervención no puede interferir con las atribuciones que sobre el particular recaen en las autoridades internas.

Se aclara que la Procuraduría al actuar en calidad de sujeto procesal como Agente del Ministerio Público, tiene las facultades que corresponden a quienes se consideran parte del proceso disciplinario y por ello, puede solicitar en las distintas etapas del proceso o en las intervenciones que realice, los pronunciamientos que considere oportunos, peticiones que como las demás del proceso quedan sujetas a la valoración de respectivo competente.

A cualquier acto de la Procuraduría distinto de los que le corresponde adoptar cuando tiene a su cargo la investigación, esto es, los que emite como sujeto procesal o como resultado de las visitas que deben proferirse en el curso del trámite que se ha reseñado para la determinación del ejercicio del poder preferente, en concepto de esta oficina, no podría imprimirse carácter impositivo o imperativo, pues siempre estarán supeditados a la aceptación o rechazo de los respectivos competentes, quienes son los únicos autorizados dentro de los procesos disciplinarios para proferir las determinaciones a que haya lugar, fines para los cuales si están obligados a evaluar no sólo los conceptos o intervenciones de la Procuraduría sino el total del material que conforma la investigación. (C-334/04).

20. Dentro del procedimiento verbal consagrado en el Título XI Capítulo I del Código Disciplinario Único, artículo 175 a 181, ¿no existen las etapas procesales del auto de apertura de investigación y del pliego de cargos pertinentes del procedimiento ordinario?

Conforme a lo señalado en la norma, se entiende que el procedimiento verbal se aplica, entre otros, cuando el implicado es sorprendido en flagrancia o con elementos que provengan de la ejecución de la conducta, existe confesión, se

trata de faltas leves o gravísimas enunciadas en los numerales citados expresamente en la norma y además:

‘En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia’. (Subrayado fuera de texto).

Esta última constituye una causal independiente de las otras previstas, conforme a la cual, en cualquier caso, independientemente de la naturaleza de la falta o de las condiciones de su ejecución, se debe adelantar el procedimiento verbal; la viabilidad de la citación a audiencia en este evento está determinada por la etapa procesal y circunstancias en las que se encuentre la actuación, que no es otra que la del momento de hacer la evaluación sobre la decisión de apertura de investigación y siempre y cuando existan los requisitos para elevar pliego de cargos, lo que supone que si de la queja o de la indagación preliminar se deducen tales presupuestos, se debe continuar por el procedimiento verbal.

Al respecto, el doctor JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS, Procurador Delegado para la Moralidad Pública, en un estudio sobre el nuevo Código Disciplinario Único, publicado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público, señala que si se dan las condiciones descritas, *‘...resulta sin ningún sentido, que se pretenda adelantar el periodo de investigación absolutamente inútil, pues, está claro que tal periodo pretende esclarecer si la conducta objeto de queja o averiguación puede constituir falta disciplinaria y, además si se halla causa probatoria que comprometa en alguna forma la responsabilidad de la persona individualizada como disciplinable. Si esto ya se encuentra desde el albor*

del inter procesal, lo racional es ahorrar un paso que sólo significa indebida dilación'

Lo anterior, permite colegir que la decisión sobre el procedimiento verbal en el caso que se examina debe adoptarse en lugar de la decisión de apertura de investigación, pues lo que se pretende, si están dados los requisitos para formular cargos, es eludir esa etapa. En consecuencia, podría decirse que el acto de citación a audiencia reemplaza los autos de apertura y de cargos que obligan en el procedimiento ordinario para vincular al acusado". (C-335/04).

QUEJA CONTRA INDETERMINADOS —Juramento en etapa preliminar afecta validez de lo actuado

¿Puede juramentarse a los posibles autores de la falta en la etapa preliminar, cuando se trata de queja contra indeterminados?

“Cuando el operador disciplinario, de cualquiera de las piezas procesales deduzca la identidad del funcionario que puede resultar implicado en los hechos investigados, así sea durante la indagación preliminar abierta contra funcionario indeterminado, debe abstenerse de recibirle declaración bajo juramento, pues ello posteriormente afecta la validez de lo actuado, en la medida en que con dicha diligencia, en las condiciones descritas, se vulnera el derecho de defensa porque nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (artículo 33 de la Constitución Política). Esa la razón para que las normas en la materia solo admitan que a los sujetos procesales se les recepcione versión libre de apremio en cualquiera de las etapas procesales, al establecer este como uno de los derechos del investigado (artículo 92, numeral 3)”. (252/04).

PRUEBAS –Validez por declaratoria de nulidad

¿Tienen validez las pruebas recaudadas cuando se nulita una actuación procesal, que ya ha llegado a fallo de primera instancia?

“Sobre el particular, el estatuto disciplinario cuando trata sobre los efectos de la nulidad, prevé en su artículo 145 lo siguiente:

‘La declaratoria de nulidad afectará la actuación disciplinaria desde el momento en que se presente la causal. Así lo señalará el funcionario competente y ordenará que se reponga la actuación que dependa de la decisión declarada nula.

‘La declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria no invalida las pruebas allegadas y practicadas legalmente’ (Subraya fuera del texto)”. (C-252/04).

PROCESO DISCIPLINARIO –Viabilidad y trámite para suspender contratos y actos administrativos

En el trámite de la actuación disciplinaria, ¿se puede solicitar la suspensión de contratos y actos administrativos?, ¿cuál sería el procedimiento?

“El nuevo estatuto disciplinario, contenido en la Ley 734 de 2002, dentro de las normas procedimentales, en efecto prevé la posibilidad de decretar medidas preventivas relativas a lo siguiente:

‘Cuando la Procuraduría General de la Nación o la Personería Distrital de Bogotá adelanten diligencias disciplinarias podrán solicitar la suspensión del procedimiento

administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público. Esta medida sólo podrá adoptarla el Procurador General, por quien este delegue de manera especial, y el Personero Distrital'. (Artículo 160).

Se advierte que por sentencia C-037 de 2003, fueron declaradas inexequibles las expresiones '*Distrital de Bogotá*' y '*Distrital*', contenidas en la norma y referidas a la personería, porque se estimó que dicha atribución debía corresponder por igual a todas las personerías del país y no sólo a la del Distrito Capital, debido a la identidad de sus funciones.

En consecuencia, de acuerdo con lo así dispuesto, se tiene que en el trámite de un proceso disciplinario sí es posible que la Procuraduría o la personería, cualquiera que esta sea, soliciten a las autoridades administrativas la suspensión del contrato o su ejecución; en el caso de la Procuraduría la facultad la radica el legislador únicamente en el Procurador General o en quien este delegue de manera especial para esos fines.

La procedencia de la medida está determinada por las condiciones específicas que se establecen, entre las cuales se encuentra el de hacer cesar efectos o evitar perjuicios cuando se presente vulneración del ordenamiento jurídico o defraudación del patrimonio público, determinándose como requisito indispensable para su procedibilidad la existencia de un proceso disciplinario en curso, el cual debe contener el soporte probatorio de la medida. Asimismo, es menester que medie solicitud de los entes de control a la autoridad administrativa, sin que la misma pueda entenderse como una orden, pues carece de efectos vinculantes, pero obliga al

destinatario de la medida a que se adopte una decisión sobre el particular, bien acogiendo la petición o negándola expresando las razones por las cuales no se dispone la suspensión, tal como lo explicó la Corte en la sentencia mencionada.

Lo dicho permite colegir que mientras esté en curso el proceso es posible, si se dan las causas para ello, imponer la medida y hacer la solicitud de suspensión; es obvio que ello implica necesariamente la vigencia de la acción disciplinaria, pues el proceso sólo puede existir en la medida en que no haya prescrito la acción disciplinaria, pues transcurrido el término legal previsto para que opere dicho fenómeno jurídico (artículo 30 Ley 734 de 2002), se agotan las facultades disciplinarias del operador correspondiente y por ende, carece de toda atribución para disponer cualquier medida o decisión distinta a la declaración pertinente”. (C-215/04).

TÉRMINOS PROCESALES –Son perentorios e improrrogables, salvo en la investigación disciplinaria. Su vencimiento mantiene competencia / **PRUEBAS** –Validez

¿Son perentorios los términos establecidos para adelantar las etapas de indagación preliminar e investigación disciplinaria?

“La Ley 734 de 2002 es expresa al señalar los términos que se imponen y las condiciones para su observancia; en consecuencia, es indispensable hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 150 ...

Obsérvese que la norma, de acuerdo con su tenor literal, determina que la indagación procede para verificar si la conducta materia de queja existió, si esta es constitutiva de falta o si se ha actuado bajo una causal de exoneración de res-

ponsabilidad; igualmente, es viable cuando lo que se pretende es identificar o individualizar al actor de la misma. La mencionada disposición también es imperativa en cuanto al término de esta etapa al indicar que la indagación, salvo en el caso de la identificación o individualización del servidor público comprometido en los hechos y cuando se investiguen conductas relacionadas con la violación de los derechos humanos, evento este último en el que se encuentra prevista la prórroga por un plazo igual, tendrá una duración de 6 meses y a las decisiones a adoptar, al precisar que esta instancia deberá culminar con el archivo o la apertura de investigación.

Debe advertirse que el aparte del artículo 150 citado que sujetaba la extensión de la indagación a la individualización del actor, fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-036 de enero 28 de 2003, por considerar que al no fijarse un término cierto para esa etapa se viola el debido proceso, entre otras razones, porque uno de los fines de la indagación preliminar es precisamente despejar las dudas acerca del autor de la falta; además, el debido proceso impone una actuación sin dilaciones, que hace indispensable que se establezcan periodos determinados para las etapas procesales.

Lo anterior, implica entonces que el término de 6 meses establecido en las normas para cumplir con la indagación preliminar es absolutamente obligatorio y al cabo de estos, lo único que procede es evaluar lo que obra en el proceso y adoptar, conforme a ello, la decisión que corresponda; es decir, que si de la valoración del material probatorio existente no es posible deducir las circunstancias que permitan decretar la apertura de la investigación disciplinaria, conforme a lo establecido en el artículo 152 de la Ley 734 de 2002, habrá de decretarse el archivo (artículo 150, inciso 4).

Sobre la procedencia de la investigación, la citada disposición establece que el funcionario la iniciará cuando dé la queja, la información recibida o la indagación preliminar se encuentre identificado el autor de la falta, determinándose como finalidad de esta etapa precisamente la de verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta, esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo o lugar en que se cometió, el perjuicio causado y la responsabilidad disciplinaria (artículo 153).

- Conforme a lo señalado en la ley, se estima que los términos previstos son perentorios y por ende improrrogables, salvo los casos expresamente establecidos en la ley, concretados en circunstancias y condiciones especiales y específicas predeterminadas.

- Resulta claro que el legislador prevé las decisiones que proceden una vez evaluado el material obrante en el expediente, siendo el archivo definitivo o el auto de apertura de investigación para la indagación.

- En cualquier evento, es obvio que conforme a las reglas enunciadas, el vencimiento de los términos reseñados sin que pueda adoptarse una decisión de investigación, por falta de prueba, impone como única decisión posible el archivo de la actuación (artículo 150).

Lo así previsto, impide que la autoridad disciplinaria, transcurrido el plazo fijado, pueda prolongar la instrucción en el tiempo o adoptar determinaciones distintas a las indicadas, pues, siendo los términos procesales de carácter perentorio –terminante–, estos deben acatarse por quienes aplican los procedimientos aludidos. En ese orden de ideas, se estima que las pruebas pertinentes deben decretarse, practicarse e incluso

incorporarse dentro de dichas etapas, y con base en ellas, agotado el plazo fijado, debe adoptarse la determinación correspondiente, una vez evaluado el material obrante.

– Al respecto, cabe recordar que las decisiones que se adopten con base en pruebas irregularmente allegadas al proceso, como podría calificarse la extemporaneidad, pueden comprometer la validez de lo actuado.

No obstante lo anterior, esta oficina considera que frente al caso de pruebas cuyos resultados dependan de autoridades distintas al funcionario instructor o del conocimiento (como por ejemplo dictámenes técnicos), que se han decretado y diligenciado oportunamente por parte de estos, excepcionalmente, es factible que las mismas puedan valorarse siempre y cuando se reciban dentro del periodo en el que corresponde hacer la evaluación respectiva y previa a la adopción de la decisión que deba adoptarse, sin que de manera alguna pueda ello entenderse como la prolongación del término probatorio establecido para los efectos descritos, pues, como se anotó, los señalados por el legislador para esos fines son de obligatoria observancia para quienes tramitan los procesos de esta naturaleza.

- Adicionalmente, debe tenerse presente que el vencimiento de los términos no implica pérdida de competencia para proferir la decisión que corresponda y por ello habrá de procederse de conformidad con lo que aparezca en el expediente y según los parámetros legales aludidos, a fin de darle el impulso procesal respectivo a cada una de las actuaciones a la mayor brevedad posible para evitar mayores dilaciones.

- De otra parte, es preciso que en cada caso, paralelamente, se determinen las causas que originaron la mora en el

mínimos legales diarios vigentes. La Procuraduría General de la Nación, o quienes ejerzan funciones disciplinarias, en los casos que se advierta la temeridad de la queja, podrá imponer sanciones de multa, previa audiencia del quejoso, por medio de resolución motivada contra la cual procede únicamente el recurso de apelación que puede ser interpuesto dentro de los dos días siguientes a su notificación’.

Como se observa, la norma dispone un trámite breve y sumario, que por la naturaleza del asunto por tratar, implica agilidad en su resolución, lo que se evidencia igualmente por el plazo corto que se fija para la interposición del recurso. En consecuencia, la norma impone entonces que advertida la temeridad, el juzgador cite a audiencia al quejoso, diligencia en la cual por obvias razones deberá explicar los motivos de su proceder, en ejercicio del derecho de defensa, debiéndose adoptar la decisión que corresponda mediante resolución motivada y respecto de la cual procede el recurso de apelación en el término indicado. Podría decirse que dicho procedimiento es mixto en cuanto la audiencia como tal, por la naturaleza de la misma, se impone como una actuación oral mientras que la decisión, al tenerse que adoptar por resolución motivada, tiene que darse por escrito.

- El funcionario competente para adelantar dicho procedimiento y teniendo en cuenta que la norma alude al investigador, debe entenderse, como ya se anotó, como funcionario del conocimiento, única autoridad autorizada para proferir tanto la decisión inhibitoria, como para disponer correctivos, cualquiera que estos sean.

Cabe precisar que la competencia en asuntos disciplinarios no está dada por la clase de procedimiento que deba adelantarse sino por la atribución o poder sancionatorio o

disciplinario que se ostenta y que otorgan las normas sobre la materia, el que necesariamente comprende las determinaciones que hayan de producirse sobre la información que da lugar a la investigación, tanto si responde como no a la realidad, eventos que imponen o la decisión de continuar con la investigación o la inhibitoria que se examina, que en los casos de temeridad conlleva la sanción aludida, previo el trámite en referencia.

- En cuanto a los eventos en los que puede presentarse temeridad o mala fe, se estima que a falta de estipulación por parte del estatuto disciplinario, puede recurrirse a lo dispuesto en los Código de Procedimiento Penal y Civil, en virtud de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 734 de 2003, sobre la aplicación de normas de los Códigos Contencioso Administrativo, Penal y de Procedimiento Penal y Civil, en lo no previsto por la ley disciplinaria y siempre y cuando no contravenga la naturaleza de estos procesos.

La Corte Constitucional, ante una acción de tutela, precisó:

‘La temeridad se ha entendido como la actitud de quien demanda o ejerce el derecho de contradicción a sabiendas de que se carece de razones para hacerlo, o asume actitudes dilatorias con el fin de entorpecer el desarrollo ordenado y ágil del proceso.

Como es fácil deducirlo, la temeridad vulnera los principios de la buena fe, la economía y la eficacia procesales, porque desconoce los criterios de probidad que exige un debate honorable, dilata maliciosamente la actuación judicial e impide alcanzar los resultados que el Estado busca con la actuación procesal’ (sentencia T-327 de agosto 12 de 1993).

- Es oportuno mencionar que la Corte Constitucional al decidir sobre la exequibilidad del término previsto para interponer el recurso al que alude la norma transcrita, en sentencia C-1076 de 2002, señaló:

‘...no se está estableciendo un tratamiento discriminatorio como quiera que el quejoso no se encuentra en la misma situación de hecho que los sujetos disciplinados, por lo tanto no se trata de situaciones semejantes a las que se les acuerdan efectos jurídicos distintos. Además, el quejoso cuenta con una etapa procesal (audiencia) para ejercer su derecho de defensa y con el término de dos días para presentar un recurso de apelación contra la decisión mediante la cual se impuso una multa. En suma, no se trata de una disposición discriminatoria ni mucho menos irrazonada o desproporcionada’.

- Sobre la sanción que se examina, cabe precisar que a falta de determinación expresa en torno a este aspecto, se estima viable aplicar lo dispuesto por el mismo estatuto en relación con la multa que se impone como consecuencia del proceso disciplinario propiamente dicho, en relación con lo cual se establece que la multa que se impone a particulares, condición en la que actúa el quejoso, deberá cancelarse en un plazo máximo de treinta días contados a partir de la ejecutoria de la decisión que la impone, a favor del Tesoro Nacional. En caso de que ello no se cumpla, para hacerla efectiva, junto con los intereses moratorios correspondientes, procederá el cobro coactivo por intermedio de la jurisdicción coactiva del Ministerio de Hacienda (incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 173 de la Ley 734 de 2002)”. (C-134/04).

PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO –Consecuencias del trámite irregular

¿Qué consecuencia jurídica conllevaría tramitar una falta disciplinaria por el procedimiento ordinario, cuando debió rituarse por el verbal, conforme a lo dispuesto en el artículo 175 del CDU?

“... si el proceso disciplinario es reglado y se encuentra sometido a unos parámetros que deben ser observados, como en efecto lo está y las nulidades están previstas para corregir fallas procedimentales y adecuar el proceso para que cumpla con el fin que persigue, precisamente porque las normas que lo regulan se encuentran establecidas para que sean respetadas no solo por el investigado sino también por el operador, pues ello es lo que permite el pleno ejercicio de todos los derechos y garantías, así como de los intereses comprometidos; esos supuestos imponen que en el caso de que se adelante el proceso por un procedimiento que no es el determinado por la ley, se genere la violación de las formas propias del debido proceso y por ende, pueda predicarse la nulidad de lo actuado”. (C-123/04).

No obstante, debe precisarse que, si bien todo procedimiento contiene unas reglas precisas que han de cumplirse y que al operador jurídico le corresponde acatar, las causales de nulidad serán entonces el último mecanismo que pueda utilizar para restarle eficacia a la actuación procesal²¹, toda vez que no toda irregularidad vicia el procedimiento y, para

²¹ Así lo señaló la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 12 de julio de 1989, M.P. Rodolfo Mantilla Jácome, al indicar “... la nulidad es un remedio extremo al cual sólo debe acudir cuando el vicio sea de tal magnitud y trascendencia que desquicie el proceso en su estructura o eche por tierra sus garantías fundamentales en forma irreparable, y aún en tales casos su declaratoria debe regirse por la idea de lo estrictamente necesario, procurando dejar vigente aquella parte del proceso que no adolece del vicio”.

el caso concreto, se destaca que el procedimiento ordinario, por su misma naturaleza, se presenta como más garantista en tiempo y posibilidades, en atención a la amplitud de los términos y de las etapas que lo componen, pero no por ello podría afirmarse que el procedimiento verbal carece de las garantías procesales que aquel ofrece y viceversa.

En esa medida, cuando se considere que ha de surtirse uno u otro trámite, el cambio del ordinario al verbal debe propiciarse con el mayor respeto por la ritualidad que cada uno de ellos contiene y, en el evento de advertirse anomalías que lo alteren, estas han de evaluarse conforme a los principios orientadores que en esta materia regula el Código de Procedimiento Penal, para su declaratoria o convalidación.

QUEJOSO –Comunicación para efectos de la impugnación

¿Cómo debe entenderse el término para interponer el recurso de apelación contra el auto de archivo consagrado en el artículo 109 de la Ley 734 de 2002?

“Como quiera que para enterar a los quejosos de las determinaciones del proceso la ley sólo contempla la comunicación, y que estos tienen derecho a impugnar las decisiones de archivo y el fallo absolutorio, dicha comunicación ha de entenderse para estos casos como la notificación. Lo anterior implica que tales determinaciones quedan en firme o ejecutoriadas pasados tres días después del día quinto, contado este a partir de la puesta en el correo de la comunicación.

Debe, de todos modos, advertirse que si el interesado se presenta con posterioridad, alegando que la comunicación la recibió después de los 5 días aludidos y así lo demuestra, tendrá derecho a interponer los recursos de ley dentro de los

tres días siguientes al momento en que se presente; igualmente, si lo hace antes de que se agoten los cinco días, la ejecutoria corre a partir de la fecha de su presentación, pues resultaría innecesario dejar pasar el término restante, cuando el objetivo del mismo es que durante ese lapso concurra la persona”. (C-123/04).

TERMINACIÓN DEL PROCESO-Procedencia

¿Puede aplicarse el artículo 73 del C.D.U. una vez formulado el pliego de cargos, sin que necesariamente deba proferirse fallo de primera instancia?

“La terminación del proceso, a la que se refiere el artículo 73 de la Ley 734 de 2002, se prevé como medida excepcional y opera sólo ante los eventos previstos para esos fines específicos, es una forma anticipada de concluir el proceso distinta a la manera normal que establece la ley y que se produce luego de cumplidas las ritualidades de forma y fondo consagradas para ello. La terminación pretende evitar diligencias inoficiosas y conlleva el archivo definitivo. Decisión que debe distinguirse de la determinación de archivo que se constituye en pieza de calificación y que se profiere luego de cumplido el procedimiento y de valorada la actuación como definición de las distintas etapas procesales, como también de los fallos absolutorio o sancionatorio que son las formas como normalmente se decide el asunto principal que ocupa la investigación.

La terminación se impone a cualquier otro pronunciamiento cuando aparece plenamente demostrada alguna de las causales que se enuncian en el citado artículo 73, independientemente del momento procesal en que se encuentre la averiguación, es de carácter definitivo y su consecuencia es la cesación del proceso”. (C-123/04).

NULIDAD EN SEGUNDA INSTANCIA –Procedencia del recurso de reposición

¿Contra un fallo de segunda instancia que declara una nulidad, procede el recurso de reposición de que trata el artículo 113 de la Ley 734 de 2002?

“Sobre el asunto planteado, debe tenerse en cuenta que conforme a lo señalado en el artículo 143 de la Ley 734 de 2002 la nulidad de lo actuado puede declararse de oficio en cualquier estado de la actuación disciplinaria por el funcionario del conocimiento; asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 146 del estatuto en cita, esta puede solicitarse por el sujeto procesal hasta antes de que se profiera fallo definitivo. Como quiera que la nulidad puede solicitarse o declararse de oficio en cualquiera de las etapas procesales, siendo una de ellas el trámite de segunda instancia que se surte en virtud del recurso de apelación, no existe ningún impedimento para que en el curso de la misma el funcionario una vez advertida la causal, de manera oficiosa declare la nulidad, o la parte, al no haberse proferido el fallo definitivo, la solicite, debiendo en consecuencia proferirse en cualquier caso la decisión sobre el particular.

En concordancia con lo anotado es necesario considerar lo previsto en el artículo 113 de la Ley Disciplinaria, que establece que el recurso de reposición procede, entre otras, contra la decisión que se pronuncie sobre la nulidad, nótese que la procedencia o viabilidad del recurso se soporta en la naturaleza de la determinación, sin hacer alusión a si dicha declaración se hace de oficio o a solicitud de parte, como tampoco si se produce en el curso de la primera o la segunda instancia.

Al respecto, se tiene que el señor Procurador General de la Nación y el señor Viceprocurador, en decisiones adoptadas en

asuntos de su competencia, han sostenido que en el curso de la segunda instancia no es procedente el recurso de reposición, pues el cuestionamiento de las actuaciones procesales son parte de las alegaciones que fundamentan los recursos de ley respecto del fallo pertinente, en razón a que la decisión objeto de los mismos no ha adquirido ejecutoria material y por lo tanto cabe revocarla, sin que sea viable abrir dos cuerdas procesales, una para la responsabilidad y otra para la nulidad, siendo en esta etapa uno de los deberes del operador disciplinario el pronunciarse sobre la validez de lo actuado, por lo que ambos aspectos pueden decidirse en una sola decisión.

De otra parte, los doctores JAIME BERNAL CUELLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, en su libro *‘El Proceso Penal’* 4^o Edición, igualmente señalan que el recurso de reposición es improcedente en segunda instancia, salvo cuando esta se solicite directamente en esa etapa y se argumenten puntos nuevos que no se controvertieron ante el a quo; evento en el que advierten: *‘procede el recurso de reposición, pues se estaría ante un hecho nuevo, en relación con el cual no hubo controversia en primera instancia, y por ende dicha decisión debe tenerse como de única instancia, susceptible del recurso horizontal...’*. Adicionalmente, indican que esa decisión puede adoptarse conjuntamente con la apelación o independientemente de ella”. (C-114B/04).

FALTAS DISCIPLINARIAS —Calificación por el operador disciplinario

¿Cuál es la gravedad de la conducta por el desconocimiento de las normas subjetivas de determinación?

“... la determinación de la gravedad o levedad de la falta no puede encuadrarse dentro de un parámetro único fijado

de manera independiente y ajena a los hechos que son objeto de investigación, por esa razón sólo corresponde establecerla al respectivo operador disciplinario de acuerdo con las circunstancias que surjan del material probatorio allegado al proceso y una vez aplicados los distintos factores que consagra para el efecto la ley disciplinaria, los cuales han de considerarse en relación con todas las actuaciones que son susceptibles de averiguación, pero necesariamente en referencia a las incidencias de cada caso en particular.

Es así como, de una parte, se define la falta disciplinaria como la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en dicho estatuto que conlleve el desconocimiento o incumplimiento de los deberes, extralimitación en el ejercicio de los derechos y funciones, prohibiciones y violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, que no esté amparado por una causal de exclusión de responsabilidad (artículo 23 de la Ley 734 de 2002).

Lo anterior, impone el examen y valoración por parte del juzgador de las normas que regulan el asunto y demarcan el campo de acción del servidor, que obviamente se encuentra limitado por las funciones que le competen y los deberes que le imponen la condición que ostenta; igualmente, son mandatos de obligatorio cumplimiento aquellos que definen la manera como puede y debe procederse.

Adicionalmente, el artículo 43 de la ley disciplinaria consagra los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, a los cuales debe remitirse el funcionario competente y aplicarlos a los hechos que sean objeto de investigación. Lo que obliga a que establecida la irregularidad, se analice la situación cuestionada en relación con cada uno de estos

Así las cosas, debe entenderse que tales decisiones sólo producen efectos a partir de la notificación, lo que resulta totalmente lógico, pues es a partir de esa diligencia que se cumple el principio de publicidad que rige en esta materia y mientras ello no ocurra es claro que no puede decirse que la decisión está en firme, por lo que en esas condiciones sólo podrá predicarse su existencia pero no su ejecutoriedad y efectividad.

Al respecto, debe reiterarse que los efectos legales de los actos administrativos de carácter particular comienzan a partir de la notificación, porque de una parte estos no deben ser secretos y de otra, porque únicamente pueden producir consecuencias respecto de los interesados después de que estos se enteren de su existencia y contenido. Lo anterior, quiere decir que el acto nace con su expedición y conlleva la prerrogativa de producir efectos jurídicos, pero su vigencia necesariamente está condicionada al conocimiento que de él tenga el particular.

Por lo tanto, se estima que el hecho de que la ley otorgue firmeza a las providencias mencionadas con la mera suscripción, como lo ha sostenido la Corte, no es óbice para cumplir las reglas sobre la forma como deben hacerse públicos estos actos en relación específicamente con los interesados, máxime cuando ello demarca la posibilidad y los términos para proceder ante otras autoridades, mediante el ejercicio de las acciones contempladas en la ley.

En consecuencia, se estima que el término establecido en el artículo 48, numeral 57 de la Ley 734 de 2002, en virtud del cual constituye falta gravísima el no enviar a la Procuraduría dentro de los 5 días siguientes a la '*ejecutoria del fallo*' de que se trate, la información que se debe remitir para efectos de los

registros que ordena la ley, de acuerdo con lo expuesto, debe contabilizarse una vez se agote la diligencia de notificación, pues tal como se ha señalado la ejecutoria de las providencias de segundo grado debe entenderse cumplida no sólo con la simple suscripción de los actos respectivos, sino también con la notificación correspondiente”. (C-103/04).

FALTA GRAVÍSIMA –Realización de una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo / **ACCIONES DISCIPLINARIA Y PENAL** –Independencia en la calificación y decisión de los comportamientos

¿Qué implicaciones podría tener que la investigación penal y disciplinaria por los mismos hechos tuvieren decisiones opuestas?

“Para efectos de la interpretación y aplicación de lo dispuesto en el numeral primero del artículo 48 del estatuto disciplinario vigente, en virtud del cual, constituye falta gravísima: *‘Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón , con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo’*, debe considerarse ante todo que la acción disciplinaria es totalmente independiente de la acción penal, por los fines, características y bienes tutelados que las identifican; para precisar este aspecto resulta oportuno recordar los pronunciamientos que la Corte Constitucional ha realizado en torno al tema.

Es así como, en sentencia C-427 del 29 de septiembre de 1994, al referirse a las normas del Decreto 2699 de 1991, por medio del cual se expidió el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, la citada Corporación señaló:

‘Es cierto que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley (tipicidad), en cuanto a la responsabilidad imputable al sindicado, y a la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y la medición de las sanciones; no es menos cierto que de lo anterior no puede concluirse que se trata de unos mismos procedimientos, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros.

La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que las faltas disciplinarias buscan proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública.

La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en las que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad y de acuerdo con criterios que permitan un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos...’.

Adicionalmente, en sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996, al decidir sobre demandas de inconstitucionalidad

presentadas contra algunas normas de la Ley 200 de 1995, y referirse a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 2 del citado estatuto, la Corte anotó:

‘...Cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de estos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.

Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado, demostrada esta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador; no es menos cierto que ellas no se identifican ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el

buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales.

La acción penal, en cambio, cubre tanto la conducta de los particulares como de los funcionarios públicos, y su objetivo es la protección del orden jurídico social. Cabe agregar que ya no es posible diferenciar la acción penal de la acción disciplinaria por la existencia en la primera de los conceptos de dolo o culpa...'

Aspectos que se reiteran en la sentencia C-124 del 18 de febrero de 2003, al determinar la exequibilidad del artículo 48, numeral 1 de la Ley 734 de 2002, en cuanto se consideraran igualmente las diferencias existentes entre uno y otro procedimientos con base en pronunciamientos de la misma Corporación Constitucional y se precisa que no existe desconocimiento del principio de legalidad, pues en el derecho disciplinario existe la posibilidad de consagrar tipos abiertos, mientras que en materia penal la determinación del hecho punible es más detallada y pormenorizada acerca de los elementos que conforman el tipo y en el cual la adecuación debe ser precisa y exacta; en tal virtud se afirmó que el investigador disciplinario 'dispone de un campo amplio para determinar si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, con base en los criterios señalados en el Art. 43 de la misma ley, lo cual obviamente no significa que aquel cree normas y que

asuma por consiguiente el papel de legislador, ya que sólo aplica, en el sentido propio del término, las creadas por este último con las mencionadas características...’.

Conforme a las precisiones expuestas, queda claro que el examen de las conductas que se hace frente a cada uno de tales procedimientos no puede ser el mismo, de ahí que el numeral 1 del artículo 48 simplemente para traer al proceso disciplinario otras conductas constitutivas de faltas gravísimas aluda a la descripción objetiva de tipos penales sancionables a título de dolo; sin embargo, en concepto de esta oficina no implica la intromisión del operador disciplinario en las competencias del juez penal, pues la labor del primero únicamente habrá de limitarse a tomar la enunciación legal y determinar si los elementos objetivamente indicados se presentan y si estos comprometen el ejercicio de la función o el cargo. Frente a la determinación de la falta resulta indispensable entonces no sólo que se configure el hecho como tal, lo que debe corresponder a la conducta que describe el tipo penal, sino que este altere la prestación del servicio. Por lo tanto, el juicio que debe hacer el juzgador disciplinario es totalmente ajeno al que debe realizar el penal, que como ya se indicó, por la naturaleza de las acciones, tienen objetivos y finalidades diferentes e imponen de las autoridades respectivas valoraciones jurídicas distintas para efectos de establecer si se configura la falta o el delito, según el caso.

Se anota que se hace uso de la descripción de la conducta que trae la norma penal, pero la estructuración de la falta debe hacerse bajo los parámetros que siempre la han identificado, en cuanto esas conductas tengan que ver con el servicio y la eficiencia de la administración pública y el cumplimiento de los deberes y funciones que le atañen a la persona como servidor público.

En ese orden de ideas, continúa vigente la independencia de las dos acciones, y por tanto no es menester que exista un proceso penal o que este se encuentre fallado para que pueda surtir el disciplinario, o viceversa; obviamente ello no descarta de ninguna manera la obligación que corresponde a todos los servidores de dar noticia sobre los ilícitos o irregularidades cometidos y que conozca por razón de sus funciones y si en el curso de cualquiera de las investigaciones se considera que puede presentarse o la comisión de un delito o de una falta, en su oportunidad, cada juzgador deberá comunicar al otro para los fines respectivos.

Adicionalmente, debe precisarse que el fallo absolutorio en cualquiera de las acciones no puede interferir la decisión de una u otra autoridad, precisamente por los aspectos que deben examinarse en cada caso y la manera como deben estructurarse las faltas y los delitos conforme a los parámetros que identifican las acciones y las orientaciones que rigen y son propias a cada una de ellas”. (C-071/04).

DEFENSOR DE OFICIO –Procedencia de su designación/
DESCARGOS –No presentación puede considerarse estrategia de defensa ni interrumpe el trámite de la actuación

¿Debe designarse defensor de oficio cuando, formulado el pliego de cargos con la Ley 734 de 2002, por hechos ocurridos en vigencia de la Ley 200 de 1995, no se presenta memorial de descargos? ¿tal actitud puede tomarse como una forma de defensa?

“...independientemente de la fecha en que hayan sucedido los hechos, circunstancia que determina las normas sustantivas que deben aplicarse, procesalmente las disposi-

ciones que rigen son las de la Ley 734 de 2002, si a 5 de mayo de ese año, no se había formulado pliego de cargos (artículo transitorio 223).

En relación con la duda propiamente dicha, se tiene que la situación del investigado que se notifica del pliego de cargos y no presenta descargos, sufrió un cambio a la luz de lo dispuesto en la Ley 734 de 2002, pues si bien es cierto que bajo el anterior régimen, que se reitera sólo es aplicable a las investigaciones en las que a 5 de mayo de 2002 se hubieran formulado cargos, se calificaba como ausente al disciplinado que no presentara su escrito de descargos y se establecía como obligación de la autoridad disciplinaria la de designarle un apoderado para que continuara la actuación (artículo 154 de la Ley 200 de 1995), bajo los parámetros de la Ley 734 de 2002 no se encuentra previsto de esa manera.

En efecto, el nuevo estatuto disciplinario en su artículo 17 prevé como uno de los principios de las normas disciplinarias el del derecho de defensa, que comprende tanto la defensa material como la técnica, es decir se reconoce el derecho del investigado a asumir directamente su defensa o de hacerlo a través de apoderado, el cual se designará cuando así lo solicite. Igualmente, se establece como parte del mismo principio, la obligación de que el inculcado esté representado *‘a través de apoderado judicial, si no lo hiciera se designará defensor de oficio’* cuando *‘se juzgue como persona ausente’*.

De otra parte, también se prevé de una parte que notificado de los cargos el expediente permanecerá en secretaría por un término de 10 días, lapso en el cual el investigado o su defensor podrán presentar descargos (artículo 166) y de otra, establece la renuencia, figura nueva no contemplada en el antiguo código, y conforme a la cual:

‘La renuencia del investigado o de su defensor a presentar descargos no interrumpe el trámite de la actuación’ (artículo 167).

Analizadas las normas en cita, se deduce que la presentación de los descargos por parte del inculpado o de su defensor es potestativa no obligatoria, es un derecho que se le reconoce del cual puede o no hacer uso y en caso de que no lo haga, es considerado como renuente, circunstancia que permite continuar la actuación, sin ninguna otra exigencia o formalidad.

Al respecto, se observa que si bien existe la obligación de designar apoderados de oficio, esta, al tenor de lo señalado en el artículo 17, debe cumplirse cuando el implicado se juzga como ausente, es decir cuando no se ha hecho presente en el proceso, situación distinta a la que se verifica cuando es conocedor de la investigación en su contra, se notifica de los cargos y no rinde descargos, es decir que no asume activamente su defensa; sin embargo, no por eso puede tenerse como ausente, pues es claro que de esa manera también está haciendo uso de uno de los derechos procesales que se le reconocen, ya que esta modalidad también se ha considerado como parte del derecho de defensa; al efecto la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

‘Entre los medios de defensa a que puede acudir el procesado, o el defensor en su nombre, está el de guardar silencio respecto de las circunstancias que rodearon el hecho motivo de investigación y su participación en él. Pero si se acude a este recurso defensivo, débese igualmente asumir los riesgos y consecuencias que de él se deriven, sin que pueda, luego, pretender alegar como ausencia de defensa esa actitud que conscientemente se asumió’ (Sala Penal. Casación, mayo 8 de 1984).

En consecuencia, se estima que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 167 cuando se ha vencido el plazo sin que el inculcado debidamente notificado presente las explicaciones respectivas, no es menester nombrar apoderado de oficio sino continuar la actuación como lo señala la norma”. (C-063/04).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN –Notificación del auto que lo dispone

¿Cómo se notifica el auto que ordena correr traslado a los sujetos procesales para alegar de conclusión, en orden a hacer efectivo el derecho previsto en el artículo 92, numeral 8°, de la Ley 734 del 2002?

“... resulta oportuno examinar lo que en relación con las notificaciones prevé el estatuto disciplinario.

En efecto, se tiene que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 100 del estatuto vigente, la notificación de las decisiones disciplinarias puede ser personal, por estado, en estrados, por edicto o por conducta concluyente; estableciéndose la personal para los autos de apertura de indagación preliminar y de investigación disciplinaria, el pliego de cargos y el fallo (artículo 101).

En concordancia con lo expuesto, debe tenerse en cuenta lo señalado en los artículos 103, 104 y 107 del Código.

Conforme a lo dispuesto en las normas transcritas, la notificación de las providencias interlocutorias, en general, entendidas estas como aquellas que deciden asuntos esenciales y primordiales del proceso, está supeditada al trámite previsto en el artículo 103. Sin embargo, el estatuto es expreso al excluir de dicho procedimiento al pliego de cargos, provi-

dencia para la que en el artículo 104 se contemplan unos parámetros diferentes, cuales son el de la notificación por comisionado cuando el acusado reside fuere de la sede del competente; opción que se observa, únicamente la prevé el legislador para el pliego de cargos.

De igual manera, se puede entender excluidos de ese procedimiento los autos de apertura citados y los fallos, en cuanto el artículo 101, en concordancia con el 107 prevén el trámite que debe surtirse para darlos a conocer al interesado. Es así como, obliga la notificación personal, la cual debe cumplirse una vez producida la decisión mediante la citación del investigado, quien tiene que presentarse en la secretaría del despacho que profirió la decisión en el término allí fijado, determinándose que en caso de que este no lo haga, procede como medida supletiva la notificación por edicto. Procedimiento que puede cumplirse con el apoderado, cuando se ha actuado asistido por uno.

Por las razones expuestas, se estima que para las demás providencias interlocutorias, concretamente aquellas para las cuales no se consagra un trámite de notificación específico, debe cumplirse el señalado en el artículo 103, que impone el envío de una comunicación al interesado, al día siguiente de emitido el acto y si pasados tres días de la misma, la persona no comparece a la secretaría del despacho que profirió la decisión, procede entonces la notificación por edicto o estado.

En consecuencia, esta oficina colige que al encontrarse previsto el edicto como medio supletivo en los casos de los autos que deciden la apertura de indagación, la investigación o los fallos, tratándose de decisiones distintas a estas, que no pueden comunicarse como lo establece el artículo 103, la notificación debe hacerse por estado.

Es así como, la disposición mencionada se remite a los criterios establecidos en el artículo 27 del estatuto en cita, que contemplaba los factores para determinar la gravedad o levedad de la falta, cuyo análisis por razones obvias sólo corresponde realizar al operador jurídico frente a cada caso concreto y a las circunstancias que hayan rodeado la comisión de los hechos. Naturalmente, a mayor entidad de la falta mayor sanción y a menor gravedad, sanciones más leves.

‘... es cierto que conforme a lo dispuesto en el párrafo del numeral 1 del artículo 30 de la Ley 200 de 1995, las faltas graves daban lugar a la imposición de sanción accesoria de inhabilidad para ejercer cargos públicos. Sin embargo, en concepto de esta oficina, la aplicación de la norma no podía darse en forma absoluta, por las siguientes razones:

–Las faltas graves, como se anotó, daban lugar a las sanciones de multa o suspensión en los términos previstos por el legislador, correctivos que ninguno comporta la separación definitiva del servicio.

–La Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad del artículo en examen, en sentencia C-187 de 1998 señaló, entre otros aspectos, que en los casos en que la sanción principal comporte inhabilidad, la sanción accesoria en ningún momento podía exceder a la principal.

–Como quiera que la inhabilidad representa la imposibilidad de acceder o de ejercer cargos públicos, surge necesariamente la desproporcionalidad entre la sanción principal, tratándose de las establecidas para faltas graves y la accesoria, cualquiera fuera el término de inhabilidad, pues es claro que esta última conlleva una cesación de funciones y, consecuentemente, el retiro del servicio, aspectos que no son de la esencia ni se derivan de las principales antes vistas.

... por esa razón, se considera que las sanciones de multa y suspensión, conforme a las normas examinadas, no podían imponerse acompañadas de inhabilidad.

Situación diferente se presentaba cuando la sanción principal era la destitución, única viable para faltas gravísimas (artículo 32, inciso final), pues en este caso, al producirse la desvinculación del servidor por la sanción principal, la inhabilidad para ejercer funciones públicas resultaba correlativa. Circunstancia que obligaba al juzgador a imponerla en el mismo fallo, determinado el tiempo durante el cual quedaba inhabilitado el acusado”. (C-049/04).

DESTITUCIÓN E INHABILIDAD —Efectividad cuando el sancionado no pertenece a la entidad u ocupa otro cargo / **MULTA** — Se convierte en esta sanción cuando el servidor está desvinculado o labora en otra entidad / **COBRO COATIVO** —Terminación del proceso por muerte

¿Qué se entiende por cargo similar, conforme al inciso final del artículo 45 de la Ley 734 de 2002?

Si la sanción disciplinaria consiste en destitución e inhabilidad general o suspensión e inhabilidad especial, ¿en qué casos se puede perseguir el cumplimiento de la sanción de destitución o suspensión cuando el servidor público sancionado se encuentra vinculado a la administración bien en la misma entidad o en otra, pero ya no ocupa el mismo cargo que ocupaba cuando cometió la falta, de acuerdo con dicha norma?

¿En qué casos se debe exigir únicamente el cumplimiento de la inhabilidad?

¿A qué autoridad compete convertir una sanción de suspensión en salarios y cuál es el procedimiento de ejecución si el servidor se encuentra vinculado a otra entidad o ya no presta servicio público?

¿Quién es el competente para iniciar el proceso de cobro coactivo?; ¿puede darse por terminado el proceso de cumplimiento si el servidor sancionado fallece?

“En relación con las inquietudes planteadas, se tiene que en efecto el legislador disciplinario al definir las sanciones en este campo, señala en el artículo 45 de la Ley 734 de 2002:

‘Si al momento del fallo el servidor público o el particular sancionado presta servicios en el mismo o en otro cargo similar en la misma entidad o en otra entidad oficial, incluso en periodo diferente, deberá comunicarse la sanción al representante legal o a quien corresponda, para que proceda a hacerla efectiva’.

Sobre el particular, precisa anotar que de acuerdo con lo previsto en el estatuto vigente, unas son las autoridades competentes para imponer las sanciones y otras las que deben hacerlas efectivas y en relación con estas, es el legislador el que hace su enunciación taxativa en el artículo 172 de la Ley 734 de 2002. Asimismo y aunque la sanción disciplinaria siempre responde a la incursión en una falta disciplinaria que se concreta por la acción u omisión del servidor respecto de las funciones que le competen en el cargo que desempeña, lo cierto es que a efectos de que la sanción no resulte inocua o un acto meramente simbólico, el Código establece unos mecanismos que deben operar para que estas se hagan efectivas; es así como, por ejemplo prevé que la decisión, una vez ejecutoriada, debe comunicarse a la autoridad respectiva sea en la misma enti-

dad en la que se cometió la irregularidad o a la que el empleado se encuentre vinculado; también dispone que la suspensión puede convertirse a multa y que esta, se pague aun cuando la persona ya no se encuentre vinculada al servicio.

En cuanto al primer aspecto, la norma establece que la sanción debe hacerse efectiva en el mismo cargo o en uno similar, sea en el mismo organismo o en otro distinto y en torno a lo que debe entenderse por un cargo similar, no puede olvidarse que en la administración pública, en términos generales, los empleos se encuentran clasificados dentro de una tabla de niveles que incorpora a los distintos cargos, según el grado de autoridad o jerarquía y el tipo de funciones que tienen asignadas; en razón a ello y así respondan a denominaciones distintas, lo cierto es que entre los distintos cargos se presenta una relativa identidad según pertenezcan a un determinado nivel; igualmente, se han previsto para algunos casos ciertas equivalencias que equiparan unos cargos a otros, lo que generalmente sucede cuando estos pertenecen a diferentes ramas del poder público. Lo anterior, se considera una herramienta indispensable para determinar cuándo se está o no ante un cargo similar, pues lo que se pretende es contar con un parámetro de comparación en orden a fijar la existencia de semejanzas entre los empleos, lo que en estos casos solo es posible estructurar a través de la categoría y labores que correspondan.

De otra parte, es claro que cuando la persona ya no se encuentra vinculada al servicio pierden, en principio, alguna efectividad ciertas decisiones en materia disciplinaria como es el caso de la destitución, que implica la separación definitiva del servicio o terminación del vínculo entre el servidor y la administración, ya que al no encontrarse la persona en ejercicio de funciones públicas no es posible, por obvias razo-

nes, que su retiro como consecuencia de la decisión disciplinaria se produzca; evento en el que la decisión sólo puede operar como antecedente, lo que implica que la inhabilidad que la acompañe deberá cumplirse si se presenta el reingreso a la administración en cualquier cargo, advirtiéndose que la inhabilidad general que se contempla para estos casos no es otra cosa que la imposibilidad de ejercer funciones públicas en cualquier empleo o función (ver artículo 45 del estatuto en cita). A diferencia de lo anotado, en el caso de la suspensión y de la multa, como ya se vio, el legislador ha previsto la manera de que dichas sanciones operen aun cuando ya se haya producido el retiro de la administración (artículos 46, inciso 2 y 173).

—En relación con la suspensión, expresamente se establece:

‘...Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo con el monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial’.

Al respecto, se considera que como la imposición de la sanción disciplinaria solo está reservada a determinados funcionarios, tratándose de la variación o cambio de este tipo de determinaciones, corresponde solo a estas autoridades adoptar la decisión respectiva. Por ello, en el caso que se examina será menester que quien debe hacer efectiva la sanción haga conocer del competente disciplinario las circunstancias que impiden la ejecución de la misma, para que acreditadas estas, este profiera la decisión a que haya lugar.

- En cuanto al cobro coactivo, le informo que esta oficina ya ha emitido concepto sobre ese tema, a raíz de otras consultas formuladas sobre el mismo aspecto. Por ese motivo y para su ilustración, le transcribo a continuación lo expuesto en oficio 6645 de noviembre 1° de 2002 (Consulta de FINDETER, radicada con el No. C-463-02), reiterada ante la consulta 427 del presente año, formulada por el Banco de la República:

‘Sobre el tema, este despacho considera que impuesta una sanción, una vez agotado el proceso disciplinario pertinente, sea por el órgano de control externo o interno, es a la administración a la que le corresponde hacerla efectiva, para lo cual las normas que regulan el tema, entre ellas la ley disciplinaria, establecen unas reglas a seguir por las autoridades competentes para el efecto, las cuales han discriminado en su oportunidad los estatutos disciplinarios (artículos 94 de la Ley 200 de 1992 y 172 de la Ley 734 de 2002), figurando entre ellas: el Presidente de la República, respecto de gobernadores y alcaldes de Distrito; los gobernadores, respecto de los alcaldes de Departamento; el nominador respecto de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción y de carrera; los presidentes de las corporaciones de elección popular, respecto de sus miembros y los servidores públicos nombrados por estas; el representante legal de la entidad o quienes hayan contratado respecto de trabajadores oficiales y la Procuraduría General de la Nación, respecto del particular que ejerza funciones públicas.

Antes de hacer cualquier otra observación sobre el tema y para efectos de tener mayor claridad acerca del trámite que obliga para efectos del cumplimiento de estos correctivos, concretamente el que atañe al cobro de las sanciones de tipo pecuniario, es necesario hacer referencia a la naturaleza y

destinación de las mismas, para lo cual resulta oportuno recordar lo señalado por la Corte Constitucional sobre este aspecto, Corporación que al decidir sobre la exequibilidad de algunas expresiones de los artículos 29 y 31 de la Ley 200 de 1995, en sentencia C-280 de 1996, expuso lo siguiente:

‘...Las multas son sanciones pecuniarias que derivan del poder punitivo del Estado, por lo cual se distinguen nítidamente de las contribuciones fiscales y parafiscales, pues estas últimas son consecuencia del poder impositivo del Estado. Esta diferencia de naturaleza jurídica de estas figuras jurídicas se articula a la diversidad de finalidades de las mismas. Así, una multa se establece con el fin de prevenir un comportamiento considerado indeseable, mientras que una contribución es un medio para financiar los gastos del Estado...las multas impuestas como sanciones disciplinarias deben destinarse a la entidad a la que preste o haya prestado sus servicios el funcionario. En efecto, se reitera, las multas no tienen naturaleza tributaria, como lo demuestra precisamente el artículo 27 del Decreto 111 de 1995 que la sitúa dentro de los ingresos no tributarios, subclasificación de los ingresos corrientes de la Nación...Y, finalmente, esa destinación tiene unas finalidades sociales razonables, pues los artículos 6º y 7º del Decreto 2170 de 1992 establecen que las multas impuestas en virtud de una sanción disciplinaria se cobrarán por cada una de las entidades a las cuales pertenezca el servidor sancionado y se destinarán para financiar programas de bienestar social de los empleados de las entidades’.

En relación con el pago de la sanción en examen, las normas disciplinarias prevén que cuando el servidor continúe vinculado al servicio público, este podrá descontarse por cuotas mensuales, tanto si está en la misma o en distinta

entidad en la que se cometió la falta; en caso de que no esté al servicio de ningún organismo oficial, la multa se deberá cancelar a favor de la entidad a la que pertenecía, en un plazo máximo de treinta días, contados a partir de la ejecutoria de la decisión que la impuso, en el evento de que ello no se produzca se autoriza el cobro coactivo (artículos 31 ley 200 de 1995 y 173 de la Ley 734 de 2002).

Si se es particular, la multa deberá cancelarse a favor del Tesoro Nacional y si no se hace en el plazo de treinta días, también procede el cobro coactivo por parte del Ministerio de Hacienda (artículo 173 de la Ley 734 de 2002).

En cuanto al procedimiento de cobro coactivo, se debe precisar que es una atribución que se asigna a un funcionario administrativo para que directamente y sin recurrir a los estrados judiciales, se hagan efectivas, por vía ejecutiva, deudas expresas, claras, exigibles a favor de la entidad respectiva; se constituye en la forma más expedita para que la administración cobre y obtenga el pago de sus acreencias, sin recurrir a ninguna otra autoridad. Esta facultad es de carácter restringido, pues solo pueden ejercerla quienes están investidos de esos poderes, los que se otorgan únicamente por disposición de la Constitución o la ley, referidos exclusivamente a las obligaciones que taxativamente señalan las normas legales y, aunque carece de un trámite específico, su ejercicio se encuentra supeditado a los lineamientos establecidos en los Códigos Contencioso Administrativo y de Procedimiento civil.

En ese sentido, el Decreto 2170 de 1992, por el cual se suprimió el Fondo Nacional de Bienestar Social, entidad a favor de la cual se consignaba el valor de las multas derivadas de un proceso disciplinario para fines eminentemente sociales, en su artículo 7 dispuso:

‘... Las multas por sanciones disciplinarias que se impongan a los servidores públicos, se cobrarán por cada una de las entidades a las cuales pertenezca el servidor sancionado y se destinarán para los mismos fines establecidos en el artículo anterior del presente decreto.

Para efectos del cobro de las multas pendientes en el Fondo Nacional de Bienestar Social, se remitirán los expedientes a las correspondientes entidades donde labora o laboró el servidor público sancionado’.

Se estima que lo allí dispuesto no fue modificado por la ley disciplinaria, pues tanto la antigua como la vigente, distinguen entre dos autoridades, a saber: unas las que deben hacer efectiva la sanción, entendiéndose por estas aquellas a quienes corresponde disponer lo pertinente dentro de la administración para que se dé cumplimiento a lo ordenado por el ente de control de que se trate, que en el caso de la multa debe ser un acto administrativo que permita a los tesoreros o pagadores hacer los descuentos pertinentes, y otras, referidas a los funcionarios que les está permitido hacer cobros coactivos cuando las multas no se cancelan. Es así como el anterior estatuto disponía que en esos eventos el nominador debía remitir los documentos a los jueces de ejecuciones fiscales o quien hiciera sus veces y, el actual, determina igualmente que ‘el nominador promoverá el cobro coactivo’, (‘Iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro’, Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española).

Lo anterior, en sentir de esta oficina, significa que las entidades oficiales están autorizadas para hacer el cobro de las sanciones enunciadas por el Decreto 2170 de 1992, y ninguno de los estatutos dispone lo contrario en cuanto a las

autoridades que pueden adelantar ese procedimiento para obtener la cancelación de este tipo de acreencias.

En ese orden de ideas, comunicada la decisión contentiva de la sanción aludida a la administración o entidad correspondiente, se deberá disponer su cancelación mediante los actos administrativos de rigor, y en caso de que no se produzca el pago respectivo, deberá procederse al cobro coactivo a instancias de los nominadores, o en su defecto de quien deba hacer efectiva la sanción; cobro que tratándose de sanciones disciplinarias compete a las entidades en la que preste o haya prestado sus servicios el sancionado, si es un servidor público o la jurisdicción coactiva del Ministerio de Hacienda si se trata de particulares.

Es necesario en consecuencia establecer la condición en la que se impuso la sanción para determinar qué autoridad debe efectuar el cobro coactivo; advirtiéndose que este deberá hacerse atendiendo los lineamientos de la Ley 734 de 2002, pues tratándose de la manera como deben cumplirse las sanciones disciplinarias, tal normatividad obliga a partir del 5 de mayo del presente año, independientemente de si la sanción se impuso de acuerdo con el trámite señalado en la Ley 200 de 1995, porque de una parte este resulta más favorable por la manera como pueden cancelarse y de otra, porque la aplicación del procedimiento anterior, a la luz de lo señalado en el artículo 223 del estatuto vigente, obliga sólo hasta el fallo definitivo y ello se agota una vez en firme las decisiones de segunda o única instancia, de donde el trámite para hacerlas efectivas deben ceñirse a la nueva reglamentación.

A propósito de los correctivos pecuniarios, se reitera que los estatutos disciplinarios (artículos 31 de la Ley 200 de 1995 y 173 de la Ley 734 de 2002) han sido expresos al se-

ñalar que estas cuantías se destinarán para los fines establecidos en el Decreto 2170 de 1992, norma que prevé que a partir de ese momento las multas deben ser cobradas por cada entidad con una destinación específica (artículo 7), cual es la señalada en el artículo 6 del mismo decreto, que alude exclusivamente a ‘programas de bienestar social de los empleados de las entidades’.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en las normas mencionadas, independientemente de que las entidades cuenten con una dependencia que se encargue del bienestar social de los empleados, lo que se impone es que lo recaudado por concepto de multas consecuencia de procesos disciplinarios, se utilice en programas específicos en ese campo y que representen el bienestar de los funcionarios de la misma entidad’.

- Por último, en concepto de esta oficina, sí es posible la interrupción del proceso de cobro coactivo por muerte del servidor sancionado, debido a que se trata de acción personalísima que se deriva únicamente del actuar del implicado; lo anterior, con base en lo dispuesto en el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, que establece como una causal para la interrupción del proceso la muerte o enfermedad grave del deudor. De igual forma, el cumplimiento de cualquiera de las sanciones disciplinarias perdería eficacia ante el hecho descrito”. (C-599/03).

INHABILIDAD –Diferencia con la interdicción de derechos y funciones públicas/**DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO**

¿Cuál es el alcance que se debe dar a la inhabilidad contenida en el numeral 1 del artículo 38 de la Ley 734 de

2002? ¿Es una inhabilidad intemporal o solamente tiene vigencia por 10 años?, en este caso ¿desde cuándo empieza a correr el término?; si la sentencia dictada por el juez impone una interdicción (inhabilidad) menor o superior a 10 años, ¿prevalece la contenida en la Ley 734 o la dictada por el juez? ¿Cuál es el criterio a seguir: especialidad o favorabilidad?, ¿puede entenderse que esta norma modificó el Código Penal?

“El artículo 38 de la Ley 734 de 2002, establece:

‘... También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político’.

Sea lo primero advertir, como ya se sabe, que en materia de inhabilidades la interpretación es restrictiva y, por ende, no pueden extenderse a hechos o circunstancias distintas de las establecidas por el legislador; igualmente, debe tenerse en cuenta que salvo en el caso de delitos contra el patrimonio del Estado (artículos 122 de la Constitución Política y 46 de la Ley 734 de 2002), este tipo de restricciones o impedimentos no son intemporales o permanentes sino limitados en el tiempo, conforme a las condiciones que se establezcan en las normas respectivas.

Asimismo, ha de precisarse que una es la inhabilidad que se deriva del proceso disciplinario y otra diferente la interdicción de derechos y funciones públicas que deviene del proce-

so penal, en virtud de lo cual esta última no hace parte del ámbito administrativo disciplinario ni se puede acomodar a las necesidades del operador en este campo, aplicable solo por los funcionarios judiciales en forma integral y no separada.

Conforme a lo expuesto, la inhabilidad en examen se refiere a la existencia de una pena privativa de la libertad superior a 4 años por delito doloso dentro de los 10 años anteriores, lo que determina la contabilización del término de 10 años en forma retrospectiva a la fecha en que se pretende el acceso a la administración o a la expedición del respectivo antecedente.

Se estima que la inhabilidad prevista por el legislador disciplinario es totalmente independiente de la interdicción de derechos y funciones que puede fijar el juez penal, acorde con las disposiciones en la materia; en ese orden de ideas, las dos medidas pueden coexistir y aplicarse en la forma como lo dispone el legislador en cada caso, sin que pueda pensarse que la norma transcrita modificó el Código Penal o las atribuciones del funcionario judicial en ningún aspecto, ya que simplemente determinó una circunstancia específica que impide el desempeño de cargo público, basado en la existencia de una condena, sin ninguna referencia a la pena accesoria consecuencia de un proceso penal”. (C-599/03).

INHABILIDAD –Se genera por reincidencia en los últimos cinco años

La inhabilidad contenida en el numeral 2 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, ¿comprende las faltas gravísimas realizadas a título de culpa gravísima, las graves sancionadas con suspensión e inhabilidad especial y las graves a

título de culpa?; ¿cómo se cuentan los cinco años?; si se completa la tercera sanción ¿se genera automáticamente inhabilidad por tres años?; cuando dentro del año siguiente se registra otra sanción, antes de cumplirse los 5 años, ¿se crea una nueva inhabilidad y así sucesivamente?

“El numeral 2 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, consagra como otra inhabilidad para el desempeño de funciones públicas:

‘haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción’.

Tal como ya se indicó, las inhabilidades son de aplicación restringida y por ello, no pueden cobijar casos distintos de los que expresamente prevé el legislador, así que cuando en la norma transcrita se determina que la inhabilidad se genera por sanciones a faltas graves o leves dolosas o por ambas, no puede extenderse esta a las impuestas por las gravísimas, ya que ello corresponde a una categoría de falta distinta de la señalada en la citada disposición (artículo 42 de la Ley 734 de 2002). Ahora bien, en relación con las graves, el precepto las comprende cualquiera sea el tipo de sanción que por ellas se imponga, pues el impedimento se hace depender de la clase de conducta y no del tipo de correctivo. Se advierte que una es la clasificación de las primeras en leves, graves y gravísimas, y otra distinta la de las sanciones, que no solo atiende a la clase de falta, sino también al grado de culpabilidad que se impute y con el que haya actuado el servidor, según lo que prevé el artículo 44 del estatuto disciplinario vigente.

La inhabilidad en examen, se genera por la existencia de tres o más sanciones y su duración se fija en tres años contados a partir de la última ejecutoria; sin embargo, su configuración está determinada por el momento en que se pretende el acceso al cargo público que se trate, pues la norma alude a los últimos cinco años, contados necesariamente de esa época hacia atrás; periodo que coincide con el que debe comprender el certificado de antecedentes (artículo 174 de la Ley 734-Sentencia Corte Constitucional C-1066 de 2002). Lo anterior, implica que si al expedir dicho certificado para los fines descritos aparecen registradas tres o más sanciones y la última de ellas no presenta una antigüedad superior a los tres años, se estructura el impedimento.

Por lo tanto, se considera que no puede hacerse la contabilización por ciclos como se propone en la consulta, ya que es solo la acumulación de sanciones (tres o más), en los términos descritos y en la medida en que pretenda un cargo público, lo que hace imposible el desempeño del mismo”.

INHABILIDAD –Se extiende a los socios del sancionado y a las empresas que este integre en el futuro

¿Cuál es el alcance de las inhabilidades para contratar con el Estado cuando estas se extienden a los socios de la empresa sancionada?; ¿comprende únicamente sociedades limitadas?; ¿qué pasa si un socio sancionado pasa a formar parte, también como socio, de otra empresa?, ¿esta queda inhabilitada?

“... frente a las restricciones que establece el estatuto contractual para negociar con el Estado, debe hacerse refe-

rencia a lo dispuesto en las normas sobre la materia y atenerse únicamente a lo en ellas previsto.

En consecuencia, es necesario tener en cuenta lo señalado en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual:

‘1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

...

i) Los socios de las sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria’.

En concepto de esta oficina, la norma es lo suficientemente clara y expresa al prohibir la contratación con los socios de sociedades de personas a las que se les haya declarado la caducidad y con las sociedades de personas de las que estos puedan hacer parte, sea que se creen nuevas o que se incorporen a empresas existentes.

Al respecto, cabe indicar que esta es una innovación que se incorporó al estatuto, para efectos de evitar que se burlara la ley, porque al imponerse al contratista (persona jurídica) la caducidad, sanción por el incumplimiento y que generaba el impedimento aludido, se constituían nuevas sociedades, diferentes a la sancionada, o sus integrantes contrataban como personas naturales; por ello, no solo las personas naturales o jurídicas (artículo 8, numeral 1, literal c), sino también los socios de las sociedades de personas a las que se les haya declarado la caducidad, quedan imposibilitados para entablar relaciones contractuales con la administración pública, impedimento que se extiende a las sociedades de las que estos hagan parte con posterioridad.

Adicionalmente y tal como lo sostiene el autor JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ, en su obra ‘Teoría General de las Sociedades’, la denominación de sociedades de personas obedece a uno de los criterios que se han considerado para clasificar las formas asociativas y es así como se han distinguido entre las sociedades de personas y las de capital, teniéndose por las primeras las que se forman *intuito personae*, es decir en consideración a la persona propiamente dicha, en la que se obliga no solo la sociedad sino también los socios, con sus patrimonios individuales, presentes o futuros, mientras que en las de capital solo cuentan los aportes efectuados y se responde en la medida y cantidad de los mismos. Tanto el aporte como el capital son elementos esenciales para la conformación de los entes asociativos, pero para dilucidar lo atinente a la clasificación examinada debe tenerse en cuenta el factor que predomina (el subjetivo o el del capital), lo que determina que en la primera categoría se ubique a las sociedades colectivas y comandita simple, y en la segunda a la comandita por acciones y la anónima.

En lo que respecta a la sociedad de responsabilidad limitada se ha reputado de carácter mixto, debido a que tiene unos aspectos que la asemejan a la anónima, prototipo de las capitalistas y otros a la colectiva, representante de la de personas.

Aunque el Código de Comercio no se refiere a la clasificación aludida, sino a las sociedades por partes de interés o por cuotas o por acciones, esto es a la forma como se divide el capital social, para efectos de la ley contractual podría decirse que además de aquellas a las que se ha hecho mención expresa dentro de la categoría descrita, participa de ella la de responsabilidad limitada, por las características subjetivas que la identifican”. (C-599/03).

De ese carácter el patrimonio adquiere una connotación unilateral e integral, y por consiguiente indivisible, que hace presumir en su tratamiento jurídico una solidaridad y obligaciones en relación con los gestores que le causen un detrimento.

Visto de otra manera, no es lógico ni jurídico que en un proceso de responsabilidad con responsables plurales se divida a prorrata el daño producido (daño que, por demás, es jurídicamente indivisible), cuando la intensidad del mismo, además de económica, tiene profundas connotaciones de moral administrativa y de orden social, que plantean una escala valorativa diferente para medir las consecuencias derivadas del deber de garante que asume el agente desleal o descuidado al afectar patrimonialmente ese especial bien jurídico.

De tal suerte que dogmáticamente se puede afirmar que en tales eventos existe una sola obligación con pluralidad subjetiva, que ocasiona- según el agudo planteamiento del maestro FERNANDO HINESTROSA-, 'una representación virtual del grupo por cada uno de los integrantes que hace recaer los efectos de la conducta individual no solamente sobre quien la adelanta sino sobre quienes ocupan en la relación el mismo sitio'.

Cuando concurren varias conductas de agentes plurales en la causación jurídica del daño al patrimonio público, provenientes de la misma unidad de fuente temporal y circunstancial, surge una relación convergente y conjunta frente al deber general de reparación (de connotaciones jurídicas y éticas, tal y como se ha dicho), derivada no sólo de la ruptura económica del patrimonio, sino adicionalmente del incumplimiento del deber especial de protección y custodia que el ordenamiento jurídico encomendó a ellos, y de la confianza que por ese medio normativo les depositó la sociedad.

Esta responsabilidad reparadora es unitaria en cuanto cada uno de los agentes (in solidum), dado que la naturaleza de la prestación reparadora surge como consecuencia de la relación jurídica especial que vincula al agente-garante frente al bien jurídico (patrimonio público); lo importante aquí no es la naturaleza divisible o no del bien afectado, sino la expresa cualificación de la obligación debitoria que atañe propiamente al contenido de la relación jurídica que predetermina la función pública.

Esa cualificación produce un deber vinculatorio de todos los agentes involucrados, de manera solidaria.

Entonces, la Contraloría asume de modo genérico las atribuciones procesales propias del acreedor frente al deudor solidario pasivo...

En todo caso, la obligación extinguida por uno de los sujetos responsables fiscalmente produce la subrogación de la misma por ministerio de la ley (arts. 1668 y 1579 C.C.)' (negrilla fuera del texto).

Las anteriores apreciaciones, permiten absolver las inquietudes planteadas en los dos primeros acápites de este punto.

En cuanto al tercer aspecto formulado, se tiene que la inhabilidad que genera la responsabilidad fiscal, prevista en el numeral 4 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, solo comprende a quien ha sido declarado responsable fiscalmente y la norma no prevé la extensión de la misma a otras personas naturales o jurídicas distintas de los afectados con la medida y en ese orden, no podría el operador disciplinario hacer interpretaciones en ese sentido". (C-599/03).

CERTIFICADO DE ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS –Registro de sanciones de distinta naturaleza.

El certificado de antecedentes que expide la Procuraduría ¿debe comprender también las sentencias penales?

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, corresponde a la Procuraduría el registro de todas las sanciones no sólo disciplinarias, sino también penales, así como las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos de responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que ejerzan función pública en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía; todo ello *‘para efectos de la expedición del certificado de antecedentes’* y para lo cual se establece como deber de las autoridades competentes para adoptar dichas decisiones que las comuniquen a esta entidad.

En virtud de dicho mandato, se estima en consecuencia que el certificado debe contener todos los registros existentes cualquiera sea la naturaleza de los mismos; nótese que en concordancia con lo señalado en los primeros incisos, en el tercero se indica que el certificado *‘deberá contener las anotaciones de las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición’*, sin hacer distinción alguna al respecto, ni limitarlos a una clase específica de providencias, que admita que puedan excluirse de estos documentos las sanciones penales, que expresamente se reseñan en el primer aparte de la norma en cita”. (C-599/03).

CONDENADO –Suspensión de la pena principal y accesoria / ANTECEDENTE.

¿Cuándo un condenado goza del beneficio de suspensión de la pena se entiende que se suspende tanto la pena principal como la accesoria? ¿En este caso, la sentencia aparecerá únicamente como antecedente?'

“Lo ideal es que siempre en la sentencia se diga de forma expresa lo que ocurre con las sanciones accesorias. Si se concede el sustitutivo penal de la suspensión condicional de la pena privativa de la libertad en la parte resolutive se debe indicar lo que sucede con la interdicción de derechos y funciones públicas. En el caso que se omita indicar lo que sucede con la accesoria, debe entenderse que si la principal fue suspendida, también ocurre lo mismo con esa accesoria. De manera tal que en el registro del antecedente también debe quedar señalado: “suspendida la pena y suspendida la interdicción de derechos y funciones públicas”.

DOCENTES UNIVERSITARIOS –Son sujetos disciplinables.

¿Son disciplinables los docentes vinculados a universidad pública, en las modalidades de tiempo completo, medio tiempo, hora cátedra, especial u ocasional?

Mediante oficio PAD 5494 del 5 de septiembre de 2002 (C-192/02), se respondió lo siguiente:

“... la Corte Constitucional en distintos pronunciamientos (C-310 de 1996, C-1435 de 2000) ha dicho que la libertad de acción garantizada a los entes autónomos, y en particular a las universidades, no los califica como órganos soberanos de naturaleza supraestatal –ajenos al mismo Esta-

do y a la sociedad a la que pertenecen—, ni les otorga una competencia funcional ilimitada que desborde los postulados jurídicos, sociales o políticos que dieron lugar a su creación o que propendan a mantener el orden público, preservar el interés general y garantizar el bien común. También dicha Corporación ha sostenido que cualquier entidad pública (o privada) por el simple hecho de pertenecer a un Estado de derecho, se encuentra sujeta a límites y restricciones determinados por la Constitución y la ley.

En este sentido, el Procurador General de la Nación al referirse sobre la autonomía universitaria y la aplicación de la ley disciplinaria, en concepto N° 2911 de 13 de junio de 2002, expediente No. D-4003, demanda de inconstitucionalidad parcial contra los artículos 75 literal d), 79, parcial, de la Ley 30 de 1992, ‘Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior’, y contra el artículo 26, parcial, del Decreto 1210 de 1993, ‘Por el cual se reestructura el régimen orgánico especial de la Universidad Nacional de Colombia’, demandante: RICARDO SILVA BETANCOURT, Magistrado Sustanciador: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA, dijo:

‘...Siendo así, no se entendería porqué la inclusión del régimen disciplinario de las universidades estatales, dentro de la normatividad disciplinaria única adoptada por el legislador, vulnera el principio de la autonomía universitaria, si la finalidad del procedimiento disciplinario, según lo dispuesto en el artículo 13 del Código Disciplinario Único (Ley 200 de 1995), que derogó el régimen disciplinario especial de las universidades estatales, estaba definida como el logro de los fines y funciones del Estado y el cumplimiento de las garantías debidas a las personas y, si la función de la sanción disciplinaria, según el Código Disciplinario Único vigente, es la 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 función pública.

Suponer que tal inclusión vulnera la autonomía universitaria sería como suponer que la libertad de acción, en lo académico y en lo administrativo, que la Constitución le garantiza a las universidades estatales, mediante la institucionalización de ese principio, fuese incompatible con la realización de los principios en que ha de fundamentarse la prestación de los servicios públicos, entre los cuales se cuenta la educación superior, como son, entre otros, los de igualdad, moralidad y eficacia, principios que, a su vez, son salvaguardados por la normatividad disciplinaria unificada en beneficio del interés general y que deben ser observados por docentes y empleados administrativos de dichas universidades por mandato de la Carta Política, habida cuenta de su condición de servidores públicos y a los que, por esta condición, les es predicable la responsabilidad de que trata el artículo 6 constitucional, esto es, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones...'

En estas condiciones, ha de aplicarse el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) y su artículo 25 establece que 'son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código', y entre los primeros se encuentran, como usted lo anota, los docentes de las universidades públicas.

Así las cosas, se tiene que el artículo 76 de la Ley 734 de 2002 ordena que 'toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u

oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores (...) En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario’.

Esta competencia debe entenderse que obliga desde el momento en que empezó la vigencia del Código Disciplinario Único, 5 de mayo de 2002, ya que el artículo 7º de dicho estatuto así lo ordena cuando establece que: ‘La ley que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso se aplicará desde el momento en que entre a regir, salvo lo que la misma ley determine’. En efecto, la única excepción o salvedad consagrada en la ley disciplinaria sobre esta materia es la que se refiere a procedimiento mas no a competencia, puesto que el artículo 223 ejusdem estipula que ‘los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con auto de cargos continuarán su trámite hasta el fallo definitivo’.

Pero, la competencia arriba descrita sólo se modifica cuando en las entidades no se hayan creado las aludidas oficinas de control interno disciplinario; evento en el que la competencia para la primera instancia se asigna al jefe inmediato del investigado y la segunda al superior jerárquico de aquel (parágrafo 3º). Sin embargo, en lo que hace a este aspecto, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Procuraduría General de la Nación expidieron la Circular Conjunta No. 001 de 2 de abril de 2002, en la que consignaron algunos parámetros generales sobre la implementación y organización del control interno disciplinario, que pueden resumirse así:

En primer lugar, se recuerda la obligación de la creación de una oficina de control interno disciplinario dentro de la estructura de la entidad, en caso de que no exista, para lo cual debe adelantarse el trámite administrativo correspondiente ante la autoridad competente (decreto nacional, ordenanza o acuerdo), con la denominación que corresponda a la organización interna (subdirección, oficina, división, etc.).

En segundo, se indica como alternativa que, en caso de que no sea posible la creación inmediata de la oficina de control interno disciplinario –a efectos de garantizar tanto la autonomía de las citadas oficinas como el principio de segunda instancia, que corresponde al nominador–, el mecanismo para cumplir la función disciplinaria debe ser la conformación de un grupo formal de trabajo ‘adscrito a una de las dependencias del segundo nivel jerárquico de la organización, coordinado por el Director de dicha dependencia’, lo cual puede efectuarse mediante un acto administrativo interno del jefe del organismo, y,

En último lugar, cuando la entidad cuente con una planta muy reducida, que haga imposible la conformación del grupo de trabajo, la función disciplinaria se ejercerá, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 3º del artículo 76 del Código Disciplinario Único, por el jefe inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico del mismo, pero con la indicación de que se trata del Control Interno Disciplinario (artículo 34, numeral 32, Ley 734 de 2002). En este caso, dice la circular, ‘se entiende por jefe inmediato, a la luz de las normas de administración de personal vigentes, el coordinador o jefe de dependencia o el jefe del organismo, según el caso’.

Sobre este tema, la citada circular, puntualiza:

‘En cualquiera de las alternativas que se adopte para organizar o implementar la Unidad u Oficina de Control Disciplinario Interno, a la misma le compete adelantar tanto la indagación preliminar como la investigación y el fallo de primera instancia, respecto de los servidores públicos del organismo o entidad correspondiente.

Esta competencia cubre a todos los servidores públicos del respectivo organismo o entidad, cualquiera sea la naturaleza del cargo (empleados públicos y trabajadores oficiales así como empleados de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa o provisionales) y cualquiera sea el nivel al cual corresponde el empleo, salvo las competencias propias de la Procuraduría General de la Nación y de otras autoridades, según lo dispuesto en la Constitución Política y en el mismo Código Disciplinario Único’.

Con base en lo expuesto, se considera que si dentro de las entidades del Estado ya están operando las oficinas o unidades de control interno, estas, cualquiera sea la denominación que tengan o adopten, deben asumir el conocimiento de las investigaciones que se estén adelantando, pues los funcionarios que al tenor de lo señalado en la Ley 200 de 1995 venían conociendo de las mismas, perdieron las atribuciones disciplinarias que les otorgaba esta normatividad, precisamente, porque la ley actual radica la competencia en autoridades distintas, concentrándolas únicamente en las oficinas de control para la primera instancia y en el nominador, para la segunda.

Ahora bien, con fundamento en lo que se ha dicho, se estima que si en las entidades venían funcionando autoridades encargadas del control disciplinario que no respondieran a los lineamientos señalados en la Circular, lo que corresponde es adecuar estas a las condiciones que allí se precisan.

Es así como, para el primer caso y en los eventos que no se cuente con una oficina propiamente dicha que haga parte de la estructura organizacional, bastaría –se repite– con un acto administrativo interno que diera a las autoridades existentes la connotación de un grupo de trabajo formal y que lo adscribiera a una dependencia de segundo nivel, bajo la coordinación del titular de la misma; grupo que, como se vio, es el que debe encargarse de cumplir la potestad disciplinaria de acuerdo con las competencias del nuevo estatuto, y lo deberá hacer, incluso, mientras se organiza una oficina propiamente dicha, si es eso lo que se pretende y, además, es la obligación legal. En consecuencia, debe ser ese grupo el que conozca y evacue los procesos disciplinarios en curso y los que se inicien mientras se pueda crear dentro de la estructura organizacional de la entidad la oficina o unidad de control interno disciplinario.

Por demás, es del caso precisar que dichas unidades deben estar a cargo de un funcionario específico, que en el caso de los grupos de trabajo no es otro que el coordinador que se asigne para tal efecto, que debe ser el jefe del segundo nivel al cual esté adscrito el grupo; funcionario a quien, por obvias razones y ante el silencio que guarda la ley sobre este particular, debe estar asignada la función de proferir las decisiones de fondo dentro de la investigación como único competente dentro de la citada dependencia para esos fines, pues es claro que la competencia radicada en la oficina no puede estar difundida o diseminada entre los distintos servidores que la conforman, ya que solo uno puede tener la autoridad para dirigir el trabajo y demarcar criterios en relación con las facultades disciplinarias que le corresponden. Esto obedece no solo a razones de funcionamiento interno de cualquier dependencia dentro del sistema organizacional de las entidades, sino a

la necesidad de que haya una persona responsable de la misma y de las decisiones que por ley se adopten.’

Adicionalmente, debe señalarse lo relativo a la vigencia del nuevo estatuto, aspecto sobre el cual la ley es expresa al indicar que esta deroga las disposiciones que le sean contrarias, salvo las normas referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 190 de 1995 y el régimen especial disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública.

De lo anterior, se infiere que en lo concerniente a regímenes especiales el único que queda vigente es el de la fuerza pública, lo que implica que cualquier otra entidad u organismo del Estado debe sujetarse en esta materia a lo que dispone el Código Disciplinario Único, contenido en la Ley 734 de 2002.

Igualmente, debe anotarse que en materia de derechos de los servidores el Código Disciplinario en mención admite que se consideren, además de los consagrados expresamente en ese estatuto, los señalados en otras disposiciones como los previstos en la Constitución, las leyes, las ordenanzas, los acuerdos municipales, los reglamentos y manuales de funciones, convenciones colectivas y contratos de trabajo (artículo 33, numeral 10); igualmente, en lo que atañe a las prohibiciones remite también a las establecidas en la ley y reglamentos (artículo 35, numeral 35). En consecuencia, en lo que tiene que ver con estos dos aspectos, a los servidores públicos los cobija no sólo la Ley 734 de 2002, sino también las normas internas respectivas.

De otra parte, conforme a lo señalado en el numeral 49 del artículo 48 del estatuto en mención, constituye falta gravísima ‘Las demás conductas que en la Constitución o en

la ley hayan sido previstas con sanción de remoción o destitución , o como causales de mala conducta’, previsión que eventualmente permitiría la aplicación de otros estatutos en lo relativo a ese aspecto en particular y, siempre y cuando las conductas en cuestión estén previstas en la Constitución o en la ley con las sanciones aludidas, lo que descarta la aplicación en ese sentido de reglamentos o acuerdos internos.

Esclarecido lo relativo a la aplicación del régimen disciplinario al personal que labora en las universidades oficiales o públicas, con las acotaciones reseñadas, procede hacer algunas precisiones sobre la categoría de los docentes hora cátedra y docentes ocasionales, trabajadores en relación con los cuales debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional al decidir sobre la constitucionalidad del artículo 74 de la Ley 30 de 1992, fijó el alcance de esta norma y del artículo 73 del mismo estatuto (normas que definen a esta clase de profesores) y mediante sentencia 006 de 1996, señaló:

‘Los servidores públicos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la Carta, son aquellos que desempeñan funciones públicas; algunos de ellos lo hacen de manera temporal, debiendo el legislador establecer el régimen que les es aplicable. En el caso analizado nos encontramos ante docentes que por un periodo de tiempo determinado prestan sus servicios como profesores en las universidades estatales u oficiales, para quienes la norma impugnada establece un régimen especial que se sintetiza en los siguientes elementos:

...

Es claro que los ‘profesores ocasionales’, al igual que los catedráticos, cumplen las mismas funciones que un pro-

fesor de planta, además deben acreditar para efectos de su vinculación similares requisitos de formación y experiencia, tienen las mismas obligaciones que los docentes empleados públicos; la diferencia con aquellos estriba en su forma de vinculación, a través de resolución, y en la temporalidad de la mismas.

...

Se ha dicho que la categoría ‘profesores ocasionales’, responde a las singulares necesidades de las universidades, a las características sui generis de su actividad, luego su origen se ubica en circunstancias que en el caso propuesto son atribuibles al ‘patrono’, la universidad estatal u oficial, y no al trabajador, el cual debe acreditar similares condiciones de formación y experiencia y desarrollar actividades también similares a las de los profesores que ingresan por concurso, a quienes sí se les reconocen, como parte de su retribución, las prestaciones sociales.

El hecho de que la institución requiera transitoriamente los servicios del docente, al cual vincula para que cumpla actividades inherentes a sus funciones y naturaleza, la docencia y la investigación, y a quien le exige acreditar requisitos y calidades similares a los docentes de planta, no justifica que se le restrinjan sus derechos como trabajador.

...

Ha quedado establecido que la realidad de las condiciones de trabajo de los profesores ocasionales, es similar a la que presentan los profesores de carrera; ello implica que dicha realidad supere la intención que al parecer subyace en la formalidad que consagra la norma impugnada, referida a que sus servicios se reconocerán a través de resolución, lo que no

puede entenderse como razón suficiente para que el patrono, en este caso la universidad estatal u oficial, desconozca las obligaciones que le asisten en una relación de trabajo, diferente a la contratación administrativa, como sí lo es la de los profesores catedráticos, a los que se refiere el artículo 73 de la Ley 30 de 1992, y los derechos del trabajador por ser este ocasional.

..., los profesores empleados públicos que no son de libre nombramiento y remoción, los cuales ingresan por concurso, y los profesores ocasionales, son dos categorías distintas, que se originan en necesidades institucionales diferentes, y que se diferencian en cuanto al modo de vinculación y la transitoriedad de la segunda; sin embargo en ambas se genera una relación de trabajo que como tal debe sustentarse en el reconocimiento y respeto de los derechos y deberes que para las partes señala ley...

...

...En ese sentido los profesores ocasionales de las universidades estatales u oficiales, a los que se refiere dicha norma, tendrán derecho, a partir de la fecha de este pronunciamiento, proporcional de las prestaciones sociales que se aplican a los profesores empleados públicos de carrera, de que trata el artículo 72 de la ley 30 de 1992.

Ahora bien, esta misma interpretación cabe aplicarla a los profesores de cátedra a que se refiere el artículo 73 de la misma ley, pues ellos son servidores públicos que están vinculados a un servicio público y en consecuencia los respectivos actos administrativos determinarán las modalidades y efectos de su relación jurídica de acuerdo con la ley.

En efecto, como se ha sostenido anteriormente, estos profesores de cátedra tienen también una relación laboral subordinada, por cuanto cumplen la prestación personal de servicio, igual a la que realizan los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales a que se refiere el artículo 74. Ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación como se les exige a los otros, como horarios, reuniones, evaluaciones, etc., contemplados en el reglamento.

Entonces frente a esta similar situación de hecho que identifica la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos, debe corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales... Otro tratamiento desconocería el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio...’.

Ante tales precisiones, puede colegirse que los docentes a los que se alude en la consulta, como lo indica la Corte, se encuentran vinculados a la administración en condiciones especiales y específicas, que generan en ambos casos (catedráticos y ocasionales) una relación laboral y de subordinación que impide que puedan ser considerados como personal ajeno al servicio público y por esa razón, son sujetos de los mismos derechos y obligaciones que los del personal de carrera. Sin embargo, como quiera que no puede ubicárseles en ninguna de las categorías generales y usuales que se tienen para clasificar a los servidores públicos, como empleados públicos o trabajadores oficiales, ya que su vinculación no se realiza ni por una relación legal o reglamentaria ni por contrato de trabajo, para efectos disciplinarios habría que considerarlos como particulares que ejercen función pública, conforme a la clasificación consagrada en el artículo 123 de la Constitución Política”. (C-473/03).

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO/CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS –Contratistas son sujetos disciplinables.

Las personas que prestan servicios en una entidad en virtud del contrato de prestación de servicios celebrado con Cooperativas de Trabajo Asociado, para realizar procesos asistenciales y administrativos, conforme al cual suministran el personal requerido, ¿son o no disciplinables de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 734 de 2002?

“Ante una solicitud similar, se trató el asunto en los términos contenidos en el oficio No. 2683 del 7 de julio de 2004:

‘... La Ley 734 de 2002 consagra la posibilidad de que los particulares que ejerzan funciones públicas sean sujetos disciplinables. Estatuto legal que en su artículo 25, consagra como destinatarios de la ley disciplinaria, además de los servidores públicos, a los particulares señalados en el artículo 53 de esa normatividad; disposición que contempla como tales a quienes cumplan labores de interventoría, ejerzan funciones públicas (en lo que tiene que ver con estas), presten servicios públicos a cargo del Estado (los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política) o administren recursos del mismo, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el derecho privado. En los casos de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria corresponde solo al representante legal o a los miembros de junta directiva.

Esta reforma tiene que ver con el traslado de las actividades íntimamente relacionadas con el cumplimiento de los fines del Estado que en principio deben cumplir organismos o funcionarios del sector público, a manos de personas aje-

nas a este y por lo tanto, la incorporación de los particulares al régimen disciplinario obedece a la necesidad de crear mecanismos adecuados para el juzgamiento de los mismos cuando su conducta atente contra la legalidad o el patrimonio público.

La competencia para adelantar esas investigaciones se radica de manera exclusiva en la Procuraduría General de la Nación (artículo 75), conforme a la distribución de competencias determinada por el titular del Ministerio Público mediante Resolución 108 de mayo 3 de 2002 y en torno a las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, faltas y sanciones descritas en el libro tercero del estatuto.

Como se observa, entre los particulares que quedan sometidos al régimen disciplinario se encuentran aquellos que desarrollan funciones públicas, entendiéndose por estas las actividades que por su naturaleza son de aquellas que corresponde cumplir a la entidad para desarrollar los fines estatales y que por razones administrativas o estructurales se desplaza hacia personas que no se encuentran vinculadas a la administración como servidores propiamente dichos (relación legal y reglamentaria o contrato de trabajo).

Visto los anteriores lineamientos generales, procede determinar en qué condiciones se encuentran las personas que son vinculadas a la entidad pública por intermedio de personas jurídicas que no tienen naturaleza oficial; al respecto, cabe señalar que según lo que se tiene entendido, en tales eventos la entidad interesada celebra un contrato de prestación de servicios con estas instituciones para que le suministren el personal necesario para desarrollar algunas funciones, sujetos a las obligaciones derivadas de ese tipo de acuerdos y en virtud de los cuales, el vínculo laboral de

quienes así prestan los servicios se genera directamente con las mencionadas empresas, lo que impide que en esos términos puedan considerarse como servidores públicos y estén supeditados al estatuto disciplinario.

Sin embargo, al tenor de lo dispuesto en el nuevo código es claro que los particulares que cumplen funciones públicas sí son sujetos de investigación disciplinaria y como quiera que las normas que regulan lo atinente al régimen que se les aplica en este aspecto, no hacen distinción sobre la modalidad que genere la relación de servicio, pues solamente aluden al ejercicio mismo de una actividad que por su naturaleza es de aquellas que corresponde cumplir a la entidad para desarrollar los fines estatales y que por razones administrativas o estructurales se desplaza hacia los particulares, se estima que respecto de quienes son contratados a través de dichas empresas, en cada caso habría que verificar si la labor que ejecutan es de naturaleza administrativa o no y de ser así, serían disciplinables en relación con la función que cumplan, en los términos y condiciones previstas en el Código Disciplinario Único vigente a partir del 5 de mayo de 2002.

Para los efectos descritos habrá de precisarse entonces que aunque la función pública ha sido considerada como aquella que corresponde desarrollar al Estado para el cumplimiento de los fines que le son propios y que esta expresión se refiere igualmente a la relación de sujeción que existe entre el servidor público y el Estado, que se crea precisamente por el conjunto de labores que se predicen del cargo que se ocupa y que se compromete a cumplir al ingresar a la administración, siendo la función el vínculo entre esta y el funcionario, no es menos cierto que pueden presentarse un conjunto de labores que corresponden al Estado para desarrollar actividades relacionadas con su administración o

funcionamiento, que por razones de operabilidad se trasladan a manos de particulares contratados para esos fines específicos, sin que por ello se desvirtúe la naturaleza de la función como tal y su carácter administrativo.

Lo anterior, permite colegir que el ejercicio de las funciones públicas o administrativas no está supeditado necesariamente a la condición de empleado o trabajador del Estado, sino que los particulares pueden participar de ellas y es factible que lo hagan bajo la modalidad del contrato y que por el ejercicio de las mismas deben responder disciplinariamente; situación que los coloca como sujetos disciplinables conforme al procedimiento y competencias señalados en la Ley 734 de 2002, a la que ya se hizo mención.

Se reitera que tratándose de funciones públicas o administrativas, lo que no puede resultar extraño de ninguna manera es que en la actualidad los particulares desarrollen este tipo de labores y que el Estado controle su ejecución, estimándose que en tales condiciones también deben responder por acción u omisión respecto de la función concreta que cumplen.

Lo dicho, debe complementarse con las precisiones que hace la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 2003, en la que al decidir sobre la exequibilidad del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, entre otros aspectos, señaló que el particular que ejerce funciones públicas es sujeto disciplinable, solo en lo que tiene que ver con ellas y que la función de esta naturaleza es la exteriorización de potestades públicas que se manifiestan en el ejercicio de una autoridad inherente al Estado (que se traducen generalmente en el señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción), que corresponde desarrollarlas a los servidores y

Frente a lo señalado en estas disposiciones, el Procurador General de la Nación en la Guía de Proceso Disciplinario, expedida por Resolución 191 de abril de 2003 y modificada por la Resolución 089 de marzo de 2004, mediante la cual se establecen reglas para la interpretación y aplicación de la Ley disciplinaria (Ley 734 de 2002), expresamente se precisó sobre el particular lo siguiente:

‘Contra el acto que niega total o parcialmente la solicitud de pruebas de descargos, procede el recurso de reposición y en subsidio el de apelación. Este último se concederá en el efecto suspensivo si la negativa es total y no se decretaron pruebas de oficio; diferido si la negativa es total y se decretaron pruebas de oficio; y devolutivo, cuando la negativa es parcial’. (C-098/05).

DEFENSOR DE OFICIO-Facultad de designarlo en las etapas previas al juicio.

La obligación de designar defensor de oficio prevista en el artículo 165 del CDU, acorde con el artículo 17 ídem, sólo es aplicable para el juzgamiento del ausente y no en las etapas previas?

“Para atender el interrogante se retomó el criterio expuesto en el concepto 063 de 2004, en el que sobre el normado 17 *eiusdem* se manifestó que el derecho a la defensa material y técnica allí establecido, es uno de los principios de las normas disciplinarias que reconoce la prerrogativa del investigado a asumir directamente su defensa o de hacerlo a través de apoderado, facultad esta última que ejerce cuando así lo solicite.

El precepto también establece, como parte de aquel postulado, el deber de asegurar al inculcado, cuando fuere juz-

gado como persona ausente, a que esté ‘representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio’.

Es entonces esta la primera norma de la Ley 734 de 2002 que se ocupa de mencionar el tratamiento que se debe dar a quien no concurre al proceso en la etapa del juicio; su dicción remite a lo previsto en el artículo 165, inciso 3°, del mismo Código, en cuanto consagra la notificación personal del pliego acusatorio al defensor de oficio que designe el funcionario de conocimiento cuando, pese a haberse librado las comunicaciones al procesado o, si lo tuviere, al representante, ninguno de los dos se presenta.

La interpretación sistemática de estas disposiciones, con lo regulado por los artículos 91, inciso 2°, 101 y 107 del C.D.U., en materia de publicidad de los proveídos disciplinarios permitiría concluir que, tal como usted lo afirma, la decisión de nombrar defensor de oficio está limitada al citado estadio procesal de juzgamiento.

No obstante, este Despacho estima que, atendiendo las altas atribuciones que el Constituyente le otorgó a la *Procuraduría General de la Nación*, a ella le compete salvaguardar y promover el respeto por el derecho fundamental al debido proceso, que lleva ínsito el de defensa en sus modalidades material y técnica; por tanto, al ser garante del mismo sus operadores han de ubicarse en los siguientes contextos de las fases preliminar, instructiva y de juicio:

–Cuando el disciplinable se ha enterado por cualquier medio legal de la indagación, de la investigación o del auto de cargos, y de ello aparece constancia en el informativo, mas sin embargo guarda silencio, es claro que esa actitud corresponde a la potestad de ejercer o no el derecho de de-

fensa que como tal le reconocen la Constitución y la ley, evento en el cual la actuación disciplinaria en sus primeras etapas continúa bajo las orientaciones del precepto 91 *ibidem*, en tanto que si aquel comportamiento es asumido luego de conocerse el acusatorio, al imputado o a su representante se les tiene como renuentes en los términos del artículo 167 *idem*.

Tales circunstancias autorizan la continuidad del diligenciamiento sin dar lugar a la figura del ausente, pues de esa manera también se está haciendo uso del derecho procesal, como modalidad de defensa, en apoyo de lo cual esta oficina se remite a criterio auxiliar²² según el cual:

‘Entre los medios de defensa a que puede acudir el procesado, o el defensor en su nombre, está el de guardar silencio respecto de las circunstancias que rodearon el hecho motivo de investigación y su participación en él. Pero si se acude a este recurso defensivo, débese igualmente asumir los riesgos y consecuencias que de él se deriven, sin que pueda, luego, pretender alegar como ausencia de defensa esa actitud que conscientemente se asumió’.

En estas situaciones no habría lugar a la designación oficiosa de abogado, a menos que, en uso de aquella facultad, el sujeto procesal solicite la asignación de uno, caso en el que así procederá el servidor de instancia, en aplicación del artículo 17 de la Ley 734 de 2002.

- En la construcción de una hipótesis contraria, vale decir, donde se adelanta indagación o investigación por imputaciones contenidas en anónimo, queja, informe proveniente de servidor público o de oficio, y la persona no conoce por

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 8 de mayo de 1984

derarse para clasificar la falta y que corresponde a los criterios subjetivos de la imputación determinados por el dolo y la culpa.

En consecuencia, es necesario precisar lo que atañe a dicha culpabilidad, que si bien se divide también en leve o levísima, grave o gravísima, solo resultan punibles las dos últimas, motivo por el cual el párrafo del artículo 44, que alude precisamente a la definición de las clases de culpa, en relación con el límite de las sanciones allí previstas, sólo se refiere a los grados de culpa gravísima y grave y deja de lado la leve.

... Lo anterior, permite colegir que sólo son dos los grados de culpa que pueden ser objeto de reproche, en relación con lo cual la culpa leve, referida a descuidos que carecen de relevancia porque no alteran de ninguna manera la prestación del servicio y tampoco el ejercicio del deber sustancial, ha sido excluida por el legislador de la ponderación para efectos de determinación de las faltas y sanciones disciplinarias previstas en los artículos 44 del estatuto en referencia.

Son precisamente estas faltas de mínima entidad, que no representan el desconocimiento de los deberes funcionales del servidor, las que admiten el llamado de atención a que alude el artículo 51, establecidas para preservar el orden interno de las oficinas y que no están sujetas al proceso disciplinario propiamente dicho que obliga a adelantar la investigación conforme al procedimiento ordinario allí establecido. En esos eventos se le otorga atribuciones al jefe inmediato para que a través de un llamado de atención recrimine al autor de los hechos, advirtiéndose expresamente que para esos fines ‘no hay necesidad de acudir a formalismo procesal alguno’

A propósito de esta norma debe recordarse que la Corte Constitucional, en Sentencia 1076 de 2002, declaró inexequibles las expresiones ‘por escrito’, ‘se anotará en la hoja de vida’ y el último inciso de la norma relativo a las consecuencias de la reiteración de la conducta,... Lo que deja en claro que en esos casos el llamado de atención es verbal sin formalidad alguna y no puede dar lugar a ninguna anotación o antecedente”. (C-203-03)

FALTA LEVE CULPOSA –Determinación a través de proceso disciplinario

Para las faltas leves culposas se aplica el artículo 51 del CDU o ¿son objeto de un proceso disciplinario?

“... lo previsto en el artículo 51 es una facultad que se otorga a los jefes inmediatos para llamar la atención de sus subalternos ante la presencia de actuaciones que contraríen en menor grado el orden administrativo interno y que no representen afectación sustancial de los deberes funcionales; lo cual bien podía atender a la clasificación de las faltas leves.

Situación que, como ya también se anotó en la respuesta que antecede, debe diferenciarse de la clasificación de las faltas según el grado de culpabilidad que se infiere del comportamiento del actor, acorde con los criterios subjetivos de valoración y que representan el dolo o la culpa que motivan las faltas en las acepciones previstas por el legislador en el citado artículo 44, entre las cuales figuran las leves culposas o con culpa grave que son las que dan lugar a la imposición de amonestación escrita y que están supeditadas a la observancia del procedimiento disciplinario, con todas sus etapas”. (C-203/03).

OFICINAS DE CONTROL DISCIPLINARIO –Prevalencia de la doble instancia / **PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN** – Competencia en única instancia

De acuerdo con el artículo 113 del C.D.U., aparte del Procurador General de la Nación, ¿existe otra autoridad disciplinaria, por ejemplo las Oficinas de Control Disciplinario, para conocer procesos disciplinarios en única instancia?

“La norma en referencia ciertamente establece el recurso de reposición para los fallos de única instancia. En relación con ello y la posible existencia de procesos de única instancia, debe indicarse que conforme a lo previsto en la Ley 734 de 2002, a nivel interno no pueden darse procesos de estas características, pues al establecer las reglas que rigen el control interno disciplinario, impone no sólo que en toda entidad debe organizarse una unidad u oficina del más alto nivel encargada de conocer y fallar ‘en primera instancia’ los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores, sino que además debe implementarse de tal forma que su estructura jerárquica permita ‘preservar la garantía de la doble instancia’. Igualmente, y en todo caso fija la competencia para la segunda instancia en cabeza del nominador y señala que en caso de no poderse garantizar esta etapa, el expediente sea conocido por el funcionario de la procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor en primera (artículo 76).

Además indica que en los casos en los que no se haya implementado la mencionada oficina u unidad, la primera instancia corresponde al superior inmediato del investigado y la segunda al superior jerárquico de aquel (parágrafo tercero).

Una interpretación integral y armónica del estatuto en referencia, permite colegir entonces que respecto del poder

sancionatorio que ostenta la misma administración sobre sus funcionarios, se descarta cualquier posibilidad de que esos procesos sean de única instancia y, por lo tanto, cuando la norma disciplinaria alude al recurso de reposición en los fallos de esta naturaleza, debe entenderse referido a las actuaciones que así lo admitan, que como se vio no serían las de nivel interno, sino por ejemplo las de competencia exclusiva del Procurador General, que por mandato legal tiene atribuciones de juzgador único frente a determinados funcionarios, en atención a la categoría de los cargos que desempeñan, la dignidad que ocupan o las funciones que cumplen (artículo 7° del Decreto 262 de 2000) y a los cuales se aplican los procedimientos establecidos en el nuevo estatuto de acuerdo con lo previsto en el artículo 78.

Por lo tanto, no hay norma que autorice a las autoridades disciplinarias internas para que adelanten actuaciones de única instancia, pues como se vio, en su caso el principio que impera es el de la doble instancia establecido y reconocido como única posibilidad para los procesos que corresponde adelantar a las entidades y organismos del Estado, en ejercicio del poder disciplinario que la ley les impone.

Esta misma interpretación procede respecto de la alusión que se hace a los procesos de única instancia en el artículo 180 del Código en cita, respecto del procedimiento verbal”. C-203/03.

IMPEDIMENTO –Procedimiento en caso de que el designado para reemplazar al competente también esté impedido

¿A qué funcionario se le asigna el conocimiento de un asunto cuando el competente se declaró impedido y el designado también lo hizo posteriormente?

Se entiende, en principio, que la solicitud se hace al producirse el fenómeno jurídico aludido, es decir, transcurridos los 5 años que se consagran para el efecto (artículo 34 de la Ley 200 de 1995), puesto que es de la prescripción que se predica la renuncia y es esta última la que habilita de nuevo al ente disciplinario para conocer de fondo, facultándolo para que en el periodo de un año profiera la decisión. En consecuencia, este plazo debe tenerse como un término adicional en el que puede operar la función punitiva del Estado que surge nuevamente sólo a raíz de la manifestación que formula el implicado de querer que su caso sea decidido mediante la determinación de su responsabilidad frente a los hechos por los que se le investigó.

Obviamente, nada impide que los implicados, si así lo quieren, renuncien a la prescripción antes de que esta se produzca, pero ello de manera alguna puede conllevar la reducción del término prescriptivo legalmente previsto, pues ese no es el sentido de la disposición transcrita, que alude no solo a la existencia misma del fenómeno, sino además a la posibilidad de proseguir con la acción, lo que significa que la misma ya se ha suspendido. Lo anterior, impone entonces que el término de un año allí consagrado debe contarse sólo a partir de la fecha en que se cumplan los 5 años establecidos para que opere fenómeno jurídico en examen.

Así también lo ha entendido la Corte Constitucional, cuando al decidir sobre la constitucionalidad de la citada disposición en Sentencia C-556 del 31 de mayo de 2001, se refirió expresamente a: la reanudación por un año de la acción para que se profiera una decisión en relación con la cual ya se había perdido toda posibilidad de actuación; el nuevo plazo que se consagra para proferir la decisión; o la

DESCARGOS –Facultad del operador disciplinario de valorarlos cuando su presentación ha sido extemporánea.

¿Qué sucede con la presentación extemporánea de los descargos?

“Sobre el particular debe precisarse que el legislador ha previsto un término específico y perentorio para la presentación de las explicaciones por parte del acusado, que se traduce en 10 días a partir de la notificación de los cargos, lapso que en el cual el expediente debe permanecer en secretaría para su examen. Al respecto, no se previó la posibilidad de ninguna prórroga, lo que implica que precluido este plazo precluye la oportunidad para ejercer el derecho y por esa razón no deben ser de recibo los descargos que se presenten vencido el término aludido.

Lo anterior, no significa que recibidos no puedan examinarse y que si de ello resulta indispensable para la valoración de la conducta y esclarecimiento de los hechos la práctica de alguna prueba, esta pueda decretarse de oficio de conformidad con la facultad que se otorga al juzgador disciplinario en el artículo 168 de la Ley 734 de 2002, única manera de obtener todos los elementos de juicio necesarios para brindar una decisión lo más ajustada a la realidad, que es lo que se espera de las autoridades que deben resolver situaciones de esta naturaleza”. (C-157/03).

REVOCATORIA DIRECTA –Procedencia cuando se ha desistido del recurso de apelación

¿Procede la revocatoria directa contra el fallo de primera instancia sancionatorio, cuando el disciplinado ha interpuesto el recurso de apelación dentro del término y posteriormente desiste del mismo?

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 734 de 2002, el recurso de apelación procede, entre otros proveídos, contra el fallo de primera instancia. De otra parte, el artículo 120 del mismo estatuto, preceptúa:

‘Quien hubiere interpuesto un recurso podrá desistir del mismo antes de que el funcionario competente lo decida’.

El desistimiento es una renuncia al derecho que se tiene y en ese sentido, dado que debe darse antes de que se decida el recurso, determina la firmeza de la providencia de instancia, ya que este se tiene por no presentado y si siendo procedentes, estos no se interponen, la decisión pertinente queda ejecutoriada tres días después de la última notificación, tal como lo consagra el artículo 119, al indicar *‘Las decisiones disciplinarias contra las que proceden recursos quedarán en firme tres días después de la última notificación...’*.

Vale anotar que la figura en examen, se encuentra prevista tanto en las normas de procedimiento penal, como civil, y es en este último estatuto en el que expresamente se determina que las partes pueden desistir de los recursos interpuestos y ello *‘deja en firme la providencia materia del mismo, respecto de quien lo hace’* (artículo 334).

Dada la inquietud formulada, además de lo anterior debe tenerse presente que la revocatoria directa procede contra los fallos sancionatorios, de oficio o a petición del sancionado, por el Procurador General de la Nación o por quien los profirió (artículo 122). Como requisitos de procedibilidad para los casos en que medie solicitud al respecto, el legislador, en el artículo 125 del Código Disciplinario, determina que es viable siempre y cuando no se hubieren interpuesto contra la decisión los recursos ordinarios previstos en la ley y aun cuando se haya acudido a la Jurisdicción Contencioso

administrativa y no se hubiere proferido sentencia definitiva o cuando la hubiere la revocatoria se fundamente en causa distinta a la que motivó la decisión jurisdiccional; adicionalmente, se consagra que la petición debe formularse dentro de los cinco años siguientes a la ejecutoria de la decisión, por escrito que debe satisfacer las exigencias que se discriminan en el artículo 126.

De lo expuesto, se deduce que si la consecuencia del desistimiento del recurso de apelación es la ejecutoria del fallo de primera instancia, pues implica la no presentación del mismo, la solicitud de revocatoria de la providencia resultaría procedente, pues esta es viable cuando no se han interpuesto los recursos de ley y una vez ejecutoriado el fallo respectivo”. (C-107/03).

MILITARES EN COMISIÓN –Competencia para investigarlos / **FUNCIÓN MILITAR Y ADMINISTRATIVA**

¿Quién investiga a los militares que se encuentran en comisión de servicios?

“... en relación con la figura de la comisión cabe señalar que esta puede tener varias modalidades, ya que existe la posibilidad de que se otorgue para ejercer funciones propias de las labores que se cumplen dentro de la entidad a la cual se encuentra vinculado el funcionario, pero que deben ser desarrolladas fuera de la sede de trabajo o en otro cargo de la misma institución; así también puede darse para cumplir funciones distintas a las que ordinariamente debe ejecutar el servidor e incluso propias de un ente u organismo distinto al que pertenece originalmente. Según sea la forma de la comisión se aplicarán las competencias disciplinarias, pues en el primer caso la persona no deja de pertenecer a los cuadros

administrativos de la entidad que lo comisiona y, por ende, continúa dentro de las jerarquías y bajo la subordinación de las autoridades de la misma, según la estructura y reparto organizacional entre las distintas dependencias, independientemente del lugar donde deba ejercer sus labores; diferente es cuando las funciones corresponden a otra institución, pues en estos casos el servidor durante el tiempo que dure la comisión se separa de una entidad para hacer parte de otra, por lo que puede decirse que ingresa al personal de esta última y, en consecuencia, queda sometido a su estructura y organización.

Este último caso es el que puede predicarse del oficial que siendo miembro activo de las fuerzas militares, es nombrado como director de alguna entidad descentralizada en cualquiera de sus modalidades, quien si bien no se desprende de su condición de miembro de la fuerza de que se trate, no podría ser juzgado como tal, pues nombrado y posesionado para ejercer un cargo específico, que tiene asignadas unas funciones concretas, es en relación con ellas que debe examinarse su conducta en caso de la existencia de alguna falta, debido a que las irregularidades cometidas en el ejercicio de las mismas corresponde analizarlas dentro del contexto fáctico y legal en el que se produjeron. En dicho evento, es obvio que si se tiene la calidad de jefe supremo de determinada entidad, no podría garantizarse en su caso la doble instancia del proceso que es una garantía procesal en todo disciplinario interno, lo cual obliga a que sea la Procuraduría General de la Nación, la que conozca de dicha averiguación, conforme a lo señalado en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002.

Otra situación es la que se presenta con el personal que simplemente ejerce funciones militares en entidades distintas a la misma institución, pues en esos casos, la actividad no varía, sólo cambia el sitio de trabajo; así las cosas, se estima

que dicho personal continúa bajo la dependencia funcional y orgánica de las directivas de la fuerza respectiva y, por ende, las investigaciones disciplinarias en su contra deben avocarlas las autoridades disciplinarias que al interior de esta tengan esa atribución, conforme a las competencias señaladas en la Ley 734 de 2002, las cuales deben acoplarse en cada organismo según su estructura administrativa”. (C-087/03).

JEFE INMEDIATO –Competencia para hacer llamados de atención / **JEFES DE PERSONAL** –No ostentan la calidad de superior jerárquico

¿Puede el Jefe de Personal de una entidad, hacer llamados de atención a servidor que labore en cualquier oficina de esta, con base en el artículo 51 de la Ley 734 de 2002, con ocasión de una conducta constitutiva de falta leve, o debe remitirse la queja al jefe inmediato para que lo haga?

“Como se observa, la norma..., para preservar el orden interno de cada dependencia, prevé la facultad de imponer llamados de atención sin formalismo alguno; atribución otorgada a los jefes inmediatos. Dicho correctivo, por sus características, sólo procede al interior de cada oficina o dependencia y por el respectivo jefe de la misma; ello, necesariamente implica la existencia de grados de autoridad y poderes en razón de la investidura de ciertos funcionarios, en virtud de lo cual los superiores gozan de un poder de mando y dirección, que correlativamente conlleva un deber de subordinación o dependencia y obediencia para los inferiores; poder jerárquico que se manifiesta dictando normas internas, vigilando y controlando la actuación de los inferiores o revocando o reformando sus actos, delegando competencias, etc.

Ese nivel de jerarquía, generalmente se predica de quien es titular de cada oficina o dependencia que conforma el organigrama de la entidad y respecto de quienes se encuentran adscritos a las mismas y desarrollan sus funciones bajo el mando de esos jefes. A contrario sensu, dicho orden jerárquico no se presenta entre el titular de una dependencia y los funcionarios de otra, por obvias razones y menos por parte de quienes internamente colaboran con la coordinación de tareas o actividades, escogidos la mayoría de la veces del personal que conforma la respectiva oficina, cuyas tareas están orientadas simplemente a organizar, distribuir y ordenar al interior las funciones a cargo de los distintos despachos en relación con los servidores que lo integran, con el fin de lograr un desempeño adecuado de las mismas; lo anterior, porque en ninguno de los eventos descritos se genera subordinación alguna.

En esas condiciones, se estima que los jefes de personal no tendrían facultades para imponer el llamado de atención a que se refiere el artículo 51 en examen, en relación con los funcionarios que conforman la planta globalizada, a excepción, lógicamente, de quienes hacen parte de esa dependencia en particular, pues, como se ha dicho, tal correctivo, bajo los supuestos legales establecidos sólo procede al interior de cada oficina y por el respectivo jefe inmediato”. (C-047/03).

Modelo para imponer multa al quejoso temerario

DESPACHO PROCURADOR GENERAL
DE LA NACIÓN

RESOLUCIÓN No. _____ DE _____

*por medio de la cual se impone una multa, comprobada
la temeridad de una queja.*

El Procurador General de la Nación, en uso de las atribuciones legales y especial de la otorgada por el parágrafo 2° del artículo 150 de la Ley 734 de 2002,

CONSIDERANDO:

El señor ... impetró ante el Consejo de Estado acción pública de nulidad de carácter electoral, con el fin de obtener la nulidad de las elecciones de los señores ... y ... como Representantes a la Cámara por la circunscripción territorial del Vaupés, para el período 2002-2006.

Mediante Sentencia de 11 de octubre de 2002, dicha Corporación declaró la nulidad de tales elecciones, y como consecuencia de lo anterior, dispuso que las autoridades competentes convocarían y adelantarían las elecciones de

Representantes únicamente en el corregimiento de Acaricuara y en las Inspecciones de Yapú y Yuruparí del municipio de Mitú y en los municipios de Tairaira y Carurú, y que se cancelaran las credenciales que los acreditaban.

El señor ... solicitó a la Procuraduría General de la Nación, que se investigara a dichos Parlamentarios, por cuanto estaban cometiendo falta gravísima al desconocer el aludido proveído, porque continuaban asistiendo a sesiones en sus respectivas comisiones, votando proyectos, y seguían cobrando sueldos y demás prestaciones como Congressistas, y que por lo tanto se ordenara de manera inmediata la suspensión provisional de tales Representantes.

Con el fin de verificar la ocurrencia de los hechos denunciados, el Despacho ordenó apertura de indagación preliminar mediante auto de 22 de octubre de 2003.

Con base en el material probatorio allegado durante la etapa de indagación preliminar, el Despacho decretó la terminación de la actuación disciplinaria, adelantada contra los señores ... y ..., por cuanto quedó establecido que no hubo desconocimiento por parte de ellos del fallo de 11 de octubre de 2002, proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta- del Consejo de Estado, teniendo en cuenta que la sentencia no había sido notificada a las autoridades respectivas, por encontrarse pendientes de resolver por el máximo Tribunal de lo Contencioso, algunas solicitudes de aclaración, nulidad y algunos recursos. Y en consecuencia, se ordenó en la parte resolutive del mismo, valorar si era procedente la declaratoria de temeridad de la queja formulada.

Por auto de 11 de junio de 2004, se abrió incidente con el fin de escuchar al señor ... y explicara las razones por las que formuló la queja contra los mencionados representantes,

y en especial para que ejerciera su derecho de defensa y el de contradicción en los términos del artículo 2° de la Ley 734 de 2002, para lo cual se comisionó con amplias facultades al Director Nacional de Investigaciones Especiales, para que fijara fecha y hora para citarlo a audiencia.

Obra dentro de las diligencias radicadas con el No. 001-82102 que el doctor ... fue citado a audiencia para los días martes y viernes, 27 y 30 de julio del presente año, según consta en oficios Nos. 3354 y 3425 de 22 y 27 de julio de 2004, respectivamente, en los que aparece firma de recibidos por diferentes personas, dirigidos a la Calle ... oficina 202, de esta ciudad, dirección esta que coincide con la indicada en un memorial dirigido a este organismo de control, sin que se hubiere presentado en ninguna de estas dos oportunidades, según dejó constancia el funcionario comisionado.

Este Despacho consideró que la queja dirigida por el señor ... fue recibida en este organismo de control el 24 de enero de 2003, y aparece en el informativo que el 15 de noviembre de 2002, contestó el incidente de nulidad propuesto por el apoderado de uno de los representantes de los investigados, además, el 28 de febrero de 2003, presentó memorial de aclaración por las últimas actuaciones realizadas dentro del incidente de nulidad.

De manera que, para la época de presentación de la queja, y dada su condición de actor de la acción de nulidad formulada, era viable que conocía plenamente que la sentencia, sobre la cual aseveró ser desconocida por los señores Representantes, no estaba ejecutoriada, por estar pendientes de resolución, algunas decisiones en torno a la misma, que no son inmediatamente resueltas.

Luego, por el interés en su pronunciamiento, difícilmente podía ignorar, que el Consejo de Estado en la fecha de produ-

cido el fallo, no podía efectuar en la fecha de producido el fallo, las comunicaciones de ley, y pese a ello solicitó investigación disciplinaria y ejemplar sanción para los mismos.

Efectivamente, consta que la solicitud de nulidad de lo actuado, se negó mediante auto de 24 de abril de 2003, que los recursos de súplica y reposición interpuestos contra dicho auto, se resolvieron el 29 de mayo del mismo año, según lo manifestó el Secretario de la Sección Quinta del Consejo de Estado, doctor ..., mediante oficio No. 2003-0473, situación que confirma la falta de su ejecutoria.

Con su actitud, demostró que hubo temeridad al presentar la queja ante este organismo de control, pues como actor de la acción por él promovida sabía que se trataba de una decisión a la que todavía no se le podía dar cumplimiento, en aras de cumplir con las garantías procesales que ofrece la ley en esta clase de asuntos electorales y que toman tiempo en resolverse y demandan estudio, al interior de cualquier autoridad encargada de administrar justicia.

La conducta observada por el señor ... está contenida en el parágrafo 2° del artículo 150 de la Ley 734 de 2002, por lo cual se hace acreedor de la sanción de multa consistente en ochenta (80) salarios mínimos legales diarios vigentes.

Es competencia del Procurador General de la Nación, imponer la sanción de multa, comprobada la temeridad de la queja, en razón a la exposición que de los hechos hizo el señor ..., siendo estos contrarios a la realidad, y que pusieron en funcionamiento innecesariamente a este organismo de control, máxime que la providencia no se encontraba ejecutoriada.

Contra la presente decisión, no procede recurso alguno, dada la naturaleza del proceso adelantado por este Despacho

contra los señores Congresistas ... y ..., que es de única instancia, razón por la que se dará aplicación al tenor del artículo 150, parágrafo 2° de la Ley 734 de 2002, que contempla únicamente el recurso de apelación, y siendo el asunto de única, conforme al principio de configuración legal del procedimiento, no procede recurso alguno contra esta determinación

RESUELVE:

PRIMERO: IMPONER al señor ... identificado con la Cédula de Ciudadanía No. ... expedida en ..., una multa consistente en ochenta (80) salarios mínimos legales diarios vigentes al momento de la comisión de la falta, esto es, en el año 2003, la que pagará a favor del Tesoro Nacional, en la cuenta "*otras tasas, multas y contribuciones no especificadas*" No. 61011110 del Banco de la República, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión. Posteriormente, deberá presentar constancia de dicho pago ante la Procuraduría General de la Nación. Hágasele saber, que en caso de no ser cancelada en este plazo, corresponde a la jurisdicción coactiva del Ministerio de Hacienda adelantar el trámite procesal para hacerla efectiva.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta Resolución al señor...

TERCERO: Contra la presente Resolución no procede recurso alguno, por las razones expuestas en la parte considerativa.

CUARTO: REMÍTASE copia de esta Resolución a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN
Procurador General de la Nación.

IV.

GLOSARIO

| | Pág. |
|--|-------------|
| ABANDONO DEL CARGO –Concepto y carácter del término “función” . | 138 |
| AGENTES DE TRÁNSITO –Sujetos disciplinables | 153 |
| ALEGATOS DE CONCLUSIÓN –Notificación del auto que lo dispone | 208 |
| APRENDICES –Sujetos disciplinables | 147 |
| ARCHIVO DEFINITIVO –Diferencias frente a la terminación del proceso | 109 |
| CERTIFICADO DE ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS –Registro de sanciones de distinta naturaleza | 231 |
| COMISIÓN –Incorporación al expediente. Notificación a las partes para invocar una eventual nulidad por exceso en la comisión | 117 |
| CONDENADO –Suspensión de la pena principal y accesoria / ANTECEDENTE. | 232 |
| CONTRATISTAS –Sujetos Disciplinables | 157 |
| CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS –Calidad de los contratistas | 130 |
| CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS –Falta gravísima. Excepciones legales | 119 |
| COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO/CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS –Contratistas son sujetos disciplinables | 244 |
| CULPA LEVE –Existencia / JEFE INMEDIATO –Llamado de atención | 252 |
| | 273 |

| | Pág. |
|--|-------------|
| DEBIDO PROCESO –Declaratoria de ilegalidad del paro. Independencia con el proceso disciplinario | 142 |
| DEFENSOR DE OFICIO –Procedencia de su designación / DESCARGOS –No presentación puede considerarse estrategia de defensa ni interrumpe el trámite de la actuación | 205 |
| DEFENSOR DE OFICIO-Facultad de designarlo en las etapas previas al juicio | 249 |
| DESCARGOS –Facultad del operador disciplinario de valorarlos cuando su presentación ha sido extemporánea | 261 |
| DESTITUCIÓN E INHABILIDAD –Efectividad cuando el sancionado no pertenece a la entidad u ocupa otro cargo / MULTA –Se convierte en esta sanción cuando el servidor está desvinculado o labora en otra entidad / COBRO COATIVO –Terminación del proceso por muerte | 212 |
| DISCIPLINABLE –Derecho de interrogar al quejoso | 90 |
| DOCENTES UNIVERSITARIOS –Son sujetos disciplinables | 232 |
| EDAD DE RETIRO FORZOSO –Alcance / PERSONERO MUNICIPAL | 164 |
| EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO –Régimen de los gerentes e integrantes de las Juntas Directivas | 98 |
| ENTIDADES EN LIQUIDACIÓN –Competencia disciplinaria | 123 |
| EXPEDIENTES –Reserva entre entidades | 104 |
| FALLOS DE SEGUNDA INSTANCIA –Constituye falta gravísima la omisión de enviar a la Procuraduría, previa ejecutoria, la decisión para registro . | 198 |
| FALTA GRAVÍSIMA –Realización de una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo /ACCIONES DISCIPLINARIA Y PENAL –Independencia en la calificación y decisión de los comportamientos | 200 |
| FALTA LEVE CULPOSA –Determinación a través de proceso disciplinario . | 254 |
| FALTAS DISCIPLINARIAS –Calificación por el operador disciplinario | 196 |

| | Pág. |
|--|-------------|
| FUNCIONARIOS CON FUERO –Procedimiento | 93 |
| IMPEDIMENTO -Jefe de la Oficina de Control Interno | 100 |
| IMPEDIMENTO –Procedimiento en caso de que el designado para reemplazar al competente también esté impedido | 256 |
| INHABILIDAD –Diferencia con la interdicción de derechos y funciones públicas/DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO | 221 |
| INHABILIDAD –Responsabilidad fiscal. Solidaridad | 228 |
| INHABILIDAD –Se extiende a los socios del sancionado y a las empresas que este integre en el futuro | 225 |
| INHABILIDAD –Se genera por reincidencia en los últimos cinco años ... | 223 |
| INIMPUTABILIDAD –Causal de exclusión de la responsabilidad | 107 |
| JEFE INMEDIATO –Competencia para hacer llamados de atención / JEFES DE PERSONAL –No ostentan la calidad de superior jerárquico | 265 |
| JURISDICCIÓN COACTIVA –Procedibilidad contra servidor desvinculado . | 109 |
| MIEMBRO DE COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO–Competencia para investigarlo | 99 |
| MILITARES EN COMISIÓN –Competencia para investigarlos / FUNCIÓN MILITAR Y ADMINISTRATIVA | 263 |
| MORA SISTEMÁTICA- Incursión injustificada. Alcance | 161 |
| MULTA –Ejecución. Entidad intervenida | 96 |
| NULIDAD EN SEGUNDA INSTANCIA –Procedencia del recurso de reposición | 195 |
| OFICINAS DE CONTROL DISCIPLINARIO –Prevalencia de la doble instancia/ PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN –Competencia en única instancia | 255 |
| OPERADOR DISCIPLINARIO- Responsabilidad | 163 |
| PLIEGO DE CARGOS –Notificación por comisionado | 103 |
| | 275 |

| | Pág. |
|---|-------------|
| PRESCRIPCIÓN –Renuncia | 258 |
| PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO –Consecuencias del trámite irregular . | 192 |
| PROCEDIMIENTO VERBAL –Cambio. Faltas gravísimas | 92 |
| PROCEDIMIENTO VERBAL –Recurso de apelación. Interpretación | 115 |
| PROCESO DISCIPLINARIO –Viabilidad y trámite para suspender contratos y actos administrativos | 182 |
| PROCESO PENAL –Preclusión. Consecuencias en materia disciplinaria | 125 |
| PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL –Vigilancia por la Procuraduría | 151 |
| PRUEBAS –Confesión en materia penal y disciplinaria. Remisión al Código de Procedimiento Civil | 134 |
| PRUEBAS –Negación en etapa de descargos. Recursos procedentes.. | 248 |
| PRUEBAS –Práctica por comisionado de la misma sede y entidad | 97 |
| PRUEBAS –Práctica por el funcionario informante o quejoso | 101 |
| PRUEBAS –Recaudo en las zonas donde no ha entrado a regir la Ley 906 de 2004 | 136 |
| PRUEBAS –Suscripción de oficios por el Secretario para su recaudo .. | 116 |
| PRUEBAS –Validez por declaratoria de nulidad | 182 |
| QUEJA CONTRA INDETERMINADOS –Juramento en etapa preliminar afecta validez de lo actuado | 181 |
| QUEJA TEMERARIA –Procedimiento para la imposición y cobro de la multa | 188 |
| QUEJOSO –Comunicación para efectos de la impugnación | 193 |
| REINCIDENCIA –Calificación de la falta | 90 |
| REINCIDENCIA –Causal de agravación | 95 |
| REVOCATORIA DE AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA- Improcedencia | 162 |



www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Diagonal 22 B No. 67-70
Bogotá, D. C., Colombia

Coordinación Editorial:
JOSÉ PATROCINIO CASTAÑEDA R.

