



Concepto Sala de Consulta C.E. 756 de 1995 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

PODER DISCIPLINARIO - Titularidad / POTESTAD DISCIPLINARIA DE LA ADMINISTRACION - Control interno disciplinario / CONTROL DISCIPLINARIO EXTERNO - Competencia del Procurador General.

El poder disciplinario conlleva al control disciplinario que en nuestro medio tiene dos grandes ámbitos de aplicación: uno, el de la potestad sancionadora de la administración de carácter interno, por medio de la cual el nominador o el superior jerárquico investiga la conducta administradora de su subordinado y en caso de que sea procedente, adopta y hace efectiva la sanción disciplinaria correspondiente. Otro consistente en el control disciplinario externo, de la potestad de supervigilancia disciplinaria y que está atribuido al Procurador General de la Nación. En este sentido el artículo 118 de la Carta dispone que el Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación a quien según el numeral 6º del artículo 277 de la misma Carta le corresponde "la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas". Así como también la de ejercer preferentemente el poder disciplinario. La potestad externa del Procurador, como lo señala la norma constitucional, es prevalente, por lo cual el Ministerio Público puede desplazar, dentro de un proceso disciplinario que se adelanta contra determinado funcionario, al nominador o jefe superior del mismo y una tal función de supervigilancia disciplinaria comporta la facultad constitucional del Procurador, sus delegados y sus agentes no sólo de adelantar las investigaciones correspondientes sino además de imponer, conforme a la ley, las sanciones respectivas.

Autorizada su publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

PROCESO DISCIPLINARIO - Proceso verbal de única instancia / FALTA GRAVE EN PROCESO DISCIPLINARIO - Competencia / PROCESO DISCIPLINARIO EN PRIMERA INSTANCIA - Competencia.

En toda entidad u organismo del Estado, dispone el artículo 48 de la Ley 200 citada y con excepción de la rama judicial, se debe constituir una unidad u oficina del más alto nivel encargada de conocer en primera instancia "de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores". Esta norma debe armonizársela con el artículo 57 del mismo estatuto legal, que admite la competencia para adelantar la investigación disciplinaria al "organismo de control interno disciplinario" o al "funcionario que señale el jefe de la entidad o de la dependencia regional o Seccional y deberá ser de igual o superior jerarquía a la del investigado", "corresponde al jefe inmediato del investigado, cuando la falta sea leve, fallar el proceso en única instancia" (artículo 61 inciso 1º ibídem). Pero cuando se trate de la comisión de falta calificada como grave o gravísima, el jefe de la dependencia o Seccional o regional correspondiente fallará el proceso en primera instancia, en cuyo caso la segunda instancia le compete al nominador" (inciso 2º ibídem).

Autorizada su publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

INCREMENTO PATRIMONIAL - Proceso disciplinario.

No es pertinente ordenar un establecimiento previo para establecer la cuantía del incremento patrimonial. Cuando un servidor público dotado de competencia para adelantar un proceso disciplinario, reciba una información proveniente de otro sobre una queja formulada por una persona, u otro medio que admita credibilidad sobre un incremento patrimonial deberá solicitar de inmediato al inculpado que solicite el nominador, a la Procuraduría General de la Nación o la Personería la procedencia del incremento. Si de ello aparece claramente demostrado que la cuantía es inferior a 1000 salarios mínimos, continuará con la investigación; de lo contrario dará aviso a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

Autorizada su publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

ACCION DISCIPLINARIA - Titularidad / PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Poder disciplinario prevalente / COMISION DE PERSONAL - Límite de facultad disciplinaria.

De conformidad con los artículos 1º y 2º de la Ley 200 de 1995 la titularidad de la acción disciplinaria está reservada al Estado a través de sus ramas y órganos; pero sin perjuicio del poder disciplinario preferente respecto de la Procuraduría General de la Nación. La titularidad de la acción disciplinaria de orden interno está asignada a las diversas ramas y órganos del Estado a quienes corresponde conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias. Esto quiere decir y en razón del factor competencia que, las comisiones de personal y los comités obrero patronales no tienen la competencia para proferir fallos disciplinarios en las investigaciones administrativas no obstante, toda entidad u organismo estatal, excepto los correspondientes a la rama jurisdiccional, deben constituir una unidad u oficina del más alto nivel, encargada de conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. La segunda instancia será de competencia del nominador.

Autorizada su publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

RESERVA BANCARIA - Inoponibilidad en investigación judicial y disciplinaria / INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO - Investigación disciplinaria.

La reserva bancaria tuvo su fundamento en la Constitución de 1886 en el artículo 38 y su desarrollo legal en los artículos 61 a 68 del Código de Comercio; con fundamento en ello se sostuvo que la reserva bancaria sólo podía levantarse para procesos de orden judicial. Así lo afirmó la Superintendencia Bancaria (Doctrina y conceptos, Tomo VI, pág. 196). A partir de 1982 e incluso por la misma Superintendencia se acogió la tesis de que la reserva bancaria no era oponible en las investigaciones de carácter judicial; ni en las disciplinarias adelantadas por la Procuraduría General de la Nación (Doctrina número 05 - 78, dic. 14 de 1982). En todas las demás sí lo era. A partir de 1985 la actuación se definió con la vigencia de la Ley 57; en efecto en el artículo 20 del estatuto citado se dispuso: "El carácter de reservado de un documento o será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones; corresponde a dicha autoridad asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer el desarrollo de lo previsto en este artículo". Esta disposición es aplicable a los procesos disciplinarios hoy en día por referencia del artículo 81 de la Ley 200 de 1995. Se tiene entonces que la reserva bancaria, en las investigaciones disciplinarias de toda índole, sobre incremento patrimonial no justificado, no puede ser oponible, pero el funcionario que conozca de los documentos correspondientes está obligado a observarlo.

Autorizada su publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

PROCESO DISCIPLINARIO - Sujetos procesales / FALLO ABSOLUTORIO EN PROCESO DISCIPLINARIO - Término de impugnación.

No existe contradicción en la aplicación del artículo 71 de la Ley 200 de 1995 que precisa quienes son intervinientes en el proceso: el acusado y su apoderado y el inciso 2º del art. 151 que considera la intervención excepcional del quejoso, para cuando se ha proferido fallo absolutorio y sólo en la eventualidad de que interponga el recurso de apelación en los términos y condiciones previstos en la misma norma. El quejoso dispone de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación del fallo absolutorio para interponer el recurso correspondiente de apelación. El hecho de informar al quejoso del fallo absolutorio proferido en los términos previstos en el art. 151 de la Ley 200 no atenta contra la reserva consagrada en el art. 33 de la Ley 190, por cuanto ambas actuaciones son de reglamentación legal, motivo por el cual se complementan y no se excluyen.

Autorizada su publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

PROCESO DISCIPLINARIO - Designación de defensor de oficio / DEFENSOR DE OFICIO - Designación / ESTUDIANTES DE CONSULTORIO JURIDICO - Imprudencia defensor de oficio.

No se pueden nombrar estudiantes en prácticas de los consultorios jurídicos como defensores de oficio. El defensor de oficio se designará de las listas de auxiliares de la justicia. El cargo de defensor de oficio es obligatorio, salvo las excepciones de ley.

Autorizada la publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

PROCESO DISCIPLINARIO - testigo renuente / TESTIGO RENUENTE - Imposición de multa / FUNCIONARIO INVESTIGADOR - Atribuciones.

Corresponde al funcionario investigador imponer la multa al testigo renuente en los términos y condiciones previstas en el art. 52 de la Ley 200 de 1995. Para ello se procederá mediante resolución motivada, la cual es susceptible de reposición ante el mismo funcionario.

Autorizada la publicación: Con oficio número 101782 de 22 de diciembre de 1995.

Santa fe de Bogotá, D. C., cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DOCTOR ROBERTO SUÁREZ FRANCO.

Radicación Número 756.

Referencia: Consulta sobre algunos aspectos en relación con la aplicación de las Leyes 190 y 200 de 1995 y las normas convencionales de la Empresa de Energía de Bogotá.

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Rodrigo Villamizar Alvar González, desea conocer el concepto de la Sala en relación con los siguientes temas:

1. ¿Si bajo las nuevas disposiciones, las comisiones de personal y los comités obreros patronales han perdido competencia para proferir fallos disciplinarios en las investigaciones administrativas, que cursan contra los servidores públicos?
2. ¿Para efectos del artículo 147 de la Ley 200 de 1995 y para cualquier otro referente a la asistencia jurídica al servidor público en el proceso disciplinario, debe conservarse la figura de la asesoría sindical, sean o no estos asesores abogados, y así mismo, tengan o no vínculo laboral con la empresa respectiva?
3. ¿Respecto a la creación de una unidad u oficina competente para conocer en primera instancia el proceso disciplinario, se consulta, si esta competencia implica que estas Unidades deban agotar la instancia, incluso profiriendo los respectivos fallos?

4. ¿En qué forma puede aplicarse el Código Disciplinario Unico, con arreglo a la legalidad, para dar cumplimiento al artículo 71 y al inciso 2º del artículo 151, cuando aparentemente existe contradicción entre las dos normas?
 5. ¿Así mismo, se requiere aclarar cuanto tiempo debe esperar una oficina investigadora, en términos de días para que un quejoso notificado de una decisión absolutoria o de archivo, resuelva pronunciarse mediante la respectiva impugnación y se pueda predicar que el caso gana ejecutoria y hace tránsito a cosa juzgada?
 6. ¿Se pregunta, si no constituye un desconocimiento al inciso 1º del artículo 33 de la Ley 190 de 1995 que concuerda con el inciso 2º del artículo 177 de la Ley 200 de 1995, el informar, dar acceso, expedir copias de una investigación preliminar a un servidor público que todavía reúne la condición procesal de investigado? ¿No se atenta contra la reserva consagrada en el Estatuto Anticorrupción?
 7. ¿La Ley 200 de 1995 reglamenta la operatividad del apoderado de oficio, pueden las Unidades investigadoras Disciplinarias, de acuerdo con el Decreto 196 de 1971 designar como apoderados de oficio, estudiantes en prácticas de los consultorios jurídicos de las universidades? ¿Se pueden designar abogados en ejercicio de la discrecionalidad de los investigadores? ¿Es posible como alternativa designar abogados consultando las listas de los auxiliares de la justicia?
- ¿El cargo de apoderado de oficio en el proceso disciplinario es de forzosa aceptación?
8. ¿Conservan su vigencia las normas referentes a los procedimientos de los reglamentos de trabajo?, ¿o por el contrario, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 177 de la Ley 200 han sido derogadas?
 9. ¿Respecto a los principios de celeridad y eficacia, para que las sanciones sean consecuentes y oportunas, se pregunta si la regulación de los términos y lo concerniente a prórrogas de los mismos, contradicen este principio, por cuanto hacen flexibles las investigaciones de forma tal que se pierde la consecuencia y oportunidad de la sanción disciplinaria?
 10. ¿Cuándo entidades diferentes a la Procuraduría conozcan casos referentes a incremento patrimonial, deben ordenar un procedimiento previo de valoración tendiente a establecer sobre cual cuantía se va a realizar la investigación disciplinaria antes de ordenarla, para verificar el cumplimiento del límite excluyente de los 1000 salarios mínimos y poder asegurar las condiciones de su competencia?
- ¿Resulta oponible la reserva bancaria en las investigaciones disciplinarias sobre incremento patrimonial no justificado?
- ¿Puede el funcionario investigador imponer multa al testigo renuente o si debe ejecutarse la anterior situación a través del nominador?. ¿Se pregunta si el mecanismo jurídico para imponer la multa es un auto ordinario o si se requiere proferir una resolución?. ¿La sanción de multa es susceptible de recursos?

I. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

1. El artículo 123 de la Carta prescribe que son servidores públicos los "miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

La norma citada en sus dos incisos siguientes agrega:

"Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad: ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

2. El artículo 122 de la Carta Política señala que "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento" y el artículo 124 ibídem agrega que "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva".

3. El artículo 91 de la Constitución prescribe que "en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta".

4. En el inciso segundo del artículo 209 se ordena a las autoridades administrativas "coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública en todos sus órdenes tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señala la ley".

5. Según el artículo 92 de la Carta "cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas".

6. Conforme al artículo 277 se asigna al Procurador General de la Nación la función de ejercer la "vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas inclusive las de elección popular".

7. El artículo 29 ibídem en su inciso primero consagra que "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".

8. Por último, el inciso 1º del artículo 209 de la Carta estatuye que:

"La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

II. FUNDAMENTOS LEGALES

1. El artículo 1º de la Ley 200 de 1995 asigna la titularidad de la potestad disciplinaria al Estado "a través de sus ramas y órganos" competentes; en el artículo 2º se agrega que "la acción disciplinaria corresponde al Estado. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación, corresponde a las ramas y órganos del Estado conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias".

En consonancia con las citadas disposiciones el artículo 47 de la misma ley agrega que la acción disciplinaria "se iniciará y adelantará de oficio, por información proveniente de servidor público, de queja formulada por cualquier persona o por cualquier otro medio que amerite credibilidad".

2. Siguiendo el anterior orden de ideas, y de acuerdo al artículo 57 de la ley citada "la investigación disciplinaria se adelantará por el organismo de control interno disciplinario o por el funcionario que señale el jefe de la entidad o de la dependencia regional o Seccional y deberá ser de igual o superior jerarquía a la del investigado. La investigación se realizará de conformidad con lo previsto en este Código".

El control disciplinario interno, de conformidad con el artículo 48 ibídem, impone a toda entidad u organismo del Estado, excepto la Rama Judicial, el deber de "constituir una unidad u oficina del más alto nivel, encargada de conocer en primera instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. La segunda instancia será de competencia del nominador".

Se agrega en el artículo 48 ibídem que "cuando en este código se utilice la locución, control interno o control interno disciplinario de la entidad debe entenderse por tal la oficina o dependencia que conforme a la ley tenga a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria".

3. La Ley 200 en cuanto a los factores de competencia se refiere dispone que "La competencia se determinará teniendo en cuenta la calidad del sujeto disciplinario, la naturaleza del hecho, el territorio, el factor funcional y el de conexidad".

4. Se agrega en el artículo 71 que:

"En el proceso disciplinario solamente pueden actuar el acusado y su apoderado, sin perjuicio de la intervención que en razón de la vigilancia superior pueda realizar la Procuraduría General de la Nación.

Ni el informador ni el quejoso son parte en el proceso disciplinario. Su actuación se limita a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento con el deber de aportar las pruebas que tenga en su poder".

5. Conforme al artículo 20 ibídem:

"Son destinatarios de la ley disciplinaria los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión de Lucha Ciudadana contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional".

6. En el artículo 71 ibídem se precisa que en el proceso disciplinario sólo pueden actuar el acusado y su apoderado, sin perjuicio de la intervención que en razón de la vigilancia superior pueda realizar la Procuraduría General de la Nación, además que el informador y el quejoso no son parte en el proceso disciplinario.

7. En el artículo 151 ibídem su inciso segundo ordena que el archivo provisional o definitivo de las diligencias y la sentencia absolutoria, deben comunicarse al quejoso para que pueda impugnar mediante recurso de apelación debidamente fundamentado en la forma y términos de los artículos 102 y 104 de este Código (los artículos 102 y 104 hacen referencia a la procedencia de la apelación y la sustentación de los recursos).

Tanto la Ley 190 como la Ley 200 de 1995 disponen la obligación de que el investigado tenga acceso a la investigación desde las diligencias preliminares (artículo 33 de la Ley 190 y de la Ley 200 de 1995).

8. La actuación disciplinaria se desarrollará, según el artículo 75 y en consonancia con el artículo 209 de la Constitución Política, "siguiendo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción".

9. Además la Ley 200 establece:

a) En el artículo 65 se otorga competencia exclusiva a la Procuraduría General de la Nación, en investigaciones referentes a incremento patrimonial, en los casos en que la cuantía exceda de 1000 salarios mínimos mensuales;

b) En el artículo 52, prescribe:

"Salvo las excepciones constitucionales y legales a su favor cuando el testigo sea un particular y se muestre renuente a comparecer podrá imponérsele multa de cinco a ciento ochenta salarios mínimos diarios, previa explicación sobre su no concurrencia, que deberá presentar dentro de los dos días siguientes a la fecha señalada para la declaración mediante resolución contra la cual sólo cabe recurso de reposición, quedando con la obligación de rendir la declaración.

Si la investigación cursa en la Procuraduría podrá disponerse, además, la conducción del renuente por la fuerza pública, para efectos de la recepción inmediata de la declaración sin que esta conducción implique privación de la libertad";

c) El numeral 20 del artículo 40 incluye como uno de los deberes de los servidores públicos "explicar de inmediato y satisfactoriamente la procedencia del incremento patrimonial obtenido durante el ejercicio del cargo, función o servicio".

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De la potestad disciplinaria

De las disposiciones constitucionales y legales que se han transcrito y para absolver la consulta en los términos que ha sido formulada se tiene que el "poder disciplinario" sobre los servidores públicos compete ejercerlo al propio Estado a través de los organismos y funcionarios competentes.

El poder disciplinario conlleva el control disciplinario que en nuestro medio tiene dos grandes ámbitos de aplicación: uno, el de la potestad sancionadora de la administración de carácter interno, por medio de la cual el nominador o el superior jerárquico investiga la conducta administradora de su subordinado y, en caso de que sea procedente, adopta y hace efectiva la sanción disciplinaria correspondiente. Otro consistente en el control disciplinario externo, de la potestad de supervigilancia disciplinaria y que está atribuido al Procurador General de la Nación. En este sentido el artículo 118 de la Carta dispone que el Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación a quien según el numeral 6º del artículo 277 de la misma Carta le corresponde "la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas". Así como también la de ejercer preferentemente el poder disciplinario.

La potestad externa del Procurador, como lo señala la norma constitucional, es prevalente, por lo cual el Ministerio Público puede desplazar, dentro de un proceso disciplinario que se adelanta contra determinado funcionario, al nominador o jefe superior del mismo. Y una tal función de supervigilancia disciplinaria comporta la facultad constitucional del Procurador, sus delegados y sus agentes no sólo de adelantar las investigaciones correspondientes sino además de imponer, conforme con la ley, las sanciones respectivas.

2. El debido proceso

Todo servidor público o particular que ejerza transitoriamente funciones públicas goza del derecho a ser juzgado conforme al debido proceso: esto es, de acuerdo a las leyes sustantivas y procesales vigentes previamente a las faltas disciplinarias que se le atribuyan, ante el funcionario competente y observando la plenitud de las formas del procedimiento regulado en la Constitución y leyes correspondientes.

Como es común en todo procedimiento y de acuerdo al artículo 91 en su numeral 1º los fallos deciden el objeto del proceso "previo el agotamiento del trámite de la instancia", los que en su contenido deben cumplir con los requisitos previstos por el artículo 93 de la Ley 200 citada.

En toda entidad u organismo del Estado, dispone el artículo 48 de la Ley 200 citada y con excepción de la rama judicial, se debe constituir una unidad u oficina del más alto nivel encargada de conocer en primera instancia "de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores". Esta norma debe armonizársela con el artículo 57 del mismo estatuto legal, que admite la competencia para adelantar la investigación disciplinaria al "organismo de control interno disciplinario" o al "funcionario que señale el jefe de la entidad o de la dependencia regional o seccional y deberá ser de igual o superior jerarquía a la del investigado". "Corresponde al jefe inmediato del investigado, cuando la falta sea leve, fallar el proceso en única instancia" (artículo 61 inciso 1º ibídem). "Pero cuando se trate de la comisión de falta calificada como grave o gravísima, el jefe de la dependencia o de la seccional o regional correspondiente fallará el proceso en primera instancia, en cuyo caso la segunda instancia le compete al nominador" (inciso 2º ibídem).

Se concluye que quien conozca de un proceso disciplinario en primera o en segunda instancia debe agotarla profiriendo el fallo respectivo, salvo el caso previsto por el artículo 54 según el cual "en cualquier momento del proceso en que aparezca plenamente probado que el hecho atribuido no ha existido, o que la conducta no está prevista como falta disciplinaria, o que está plenamente demostrada una causal de justificación, o que el proceso no podía iniciarse o proseguirse...".

3. De la acción disciplinaria

De conformidad con los artículos 1º y 2º de la Ley 200 de 1995 la titularidad de la acción disciplinaria está reservada al Estado a través de sus ramas y órganos; pero sin perjuicio del poder disciplinario preferente respecto de la Procuraduría General de la Nación.

La titularidad de la acción disciplinaria de orden interno está asignada a las diversas ramas y órganos del Estado a quienes corresponde conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

Esto quiere decir y en razón del factor competencia que, las comisiones de personal y los comités obrero patronales no tienen la competencia para proferir fallos disciplinarios en las investigaciones administrativas; no obstante, toda entidad u organismo estatal, excepto los correspondientes a la rama jurisdiccional, deben constituir una unidad u oficina del más alto nivel, encargada de conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. La segunda instancia será de competencia del nominador.

4. Otros aspectos procesales

a) El inciso segundo del artículo 147 prescribe que cuando a un servidor público se le reciba exposición espontánea, se le hará conocer el **Concepto Sala de Consulta C.E. 756 de 1995 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil**

derecho a ser asistido por un abogado el cual en su carácter de apoderado y para los fines de la defensa, tiene los mismos derechos del disciplinado. Cuando existan criterios contradictorios entre el disciplinado y su apoderado prevalecerán los de éste.

El artículo 71 de la Ley 200 restringe los sujetos intervinientes en el proceso al acusado y a su apoderado, sin perjuicio de la vigilancia superior en que pueda actuar la Procuraduría General de la Nación.

De lo anterior se concluye que la asistencia a un funcionario público en toda diligencia relacionada con un proceso disciplinario se limita a la de un abogado, quien actuará con el carácter de apoderado del disciplinado.

Mal podría aceptarse entonces que la asistencia legal a un servidor público y con fundamento en la ley, pueda extenderse a persona distinta de un abogado y mucho menos a una entidad colegial como es el sindicato.

Eso no obsta para que el disciplinado pueda asesorarse de personas, incluso del sindicato, para otros efectos legales distintos a la asistencia legal en el proceso, sin importar que sus integrantes sean abogados o no. Pero también debe tenerse en cuenta que conforme al numeral 25 del artículo 41 de la Ley 200 está prohibido a los servidores públicos "prestar a título particular servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con su cargo";

b) En cuanto a la situación del quejoso, el inciso segundo del artículo 151 ordena que se le debe remitir una comunicación a la dirección registrada en la queja, al día siguiente del pronunciamiento del fallo absolutorio. Por otra parte, las providencias según el artículo 98, quedarán ejecutoriadas cinco días después de la última notificación si contra ellas no procede o no se interpone recurso (subraya la Sala). Ha de entenderse entonces que el envío de la comunicación al quejoso hace las veces de notificación; el quejoso goza de cinco días hábiles a partir del día siguiente del envío del fallo para interponer el recurso de apelación si lo considera pertinente;

c) Una aparente contradicción entre dos normas:

El artículo 71 de la Ley 200 de 1995 sobre intervinientes en el proceso disciplinario dispone:

"En el proceso disciplinario solamente pueden actuar el acusado y su apoderado, sin perjuicio de la intervención que en razón de la vigilancia superior pueda realizar la Procuraduría General de la Nación.

Ni el informador ni el quejoso son parte en el proceso disciplinario. Su actuación se limita a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento con el deber de aportar las pruebas que tengan en su poder".

Por su parte el inciso segundo del artículo 151 estatuye:

"De los autos que ordenen el archivo provisional o definitivo de las diligencias investigativas, excepto cuando la causal sea la muerte del implicado, así como de la sentencia absolutoria se librára comunicación al quejoso en la dirección registrada en la queja al día siguiente de su pronunciamiento para que pueda impugnar mediante recurso de apelación debidamente fundamentado en la forma y términos de los artículos 102 y 104 de este Código".

Realmente no existe contradicción entre las dos normas. Mientras en la primera se precisan las personas que pueden actuar como sujetos en el proceso disciplinario, en cuya secuela el quejoso carece de personería para actuar hasta cuando se produzca el fallo, en el inciso segundo se le confiere al quejoso la facultad de impugnar el fallo absolutorio mediante lo que en la norma se designa como "recurso de apelación" el cual debe estar fundamentado, y que se concede en el efecto suspensivo, una especie de excepción de la reserva para el caso previsto en esta disposición y ciñéndose estrictamente a lo dispuesto en ella.

Al analizar el contenido de las dos normas se concluye que ellas no se oponen sino se complementan; en efecto el artículo 33 de la Ley 190 contempla un principio general sobre la reserva en todo proceso disciplinario según el cual sólo pueden actuar el acusado y su apoderado, hasta cuando se profiera el fallo. Mientras que por el 151 se le reconoce un derecho al quejoso para intervenir sólo cuando se profiera fallo absolutorio;

d) Sobre los alcances de la reserva en el proceso disciplinario se tiene según el artículo 33 de la Ley 190 de 1995:

"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 los preliminares.

Parágrafo 1º. La violación de la reserva será causal de mala conducta.

Parágrafo 2º. Tampoco podrán publicarse extractos o resúmenes del contenido de la investigación sometida a reserva, hasta que se produzca el fallo.

Parágrafo 3º. En el evento de que se conozca la información reservada, la entidad deberá verificar una investigación interna y explicarle a la opinión las posibles razones del hecho".

Por su parte, el inciso segundo del artículo 151 de la Ley 200 transcrita se contempla un derecho para el quejoso que consiste en poder interponer el recurso de apelación contra un fallo absolutorio. Se trata de dos normas que también se complementan: en la primera se consagra

la reserva como un principio general del proceso disciplinario, en la segunda se reconoce un derecho al quejoso para que interponga el recurso de apelación, obviamente después de proferido el fallo y cuando tenga el carácter de absolutorio, lo que debe entenderse como una excepción al principio general.

5. Del incremento patrimonial

El artículo 65 de la Ley 200 de 1995 precisa que, cuando la falta que se imputa al inculpado consista en un incremento patrimonial no justificado, la titularidad de la acción disciplinaria corresponde a las ramas y órganos del Estado cuando la cuantía no exceda de 1.000 salarios mínimos mensuales.

La acción disciplinaria, como ya se ha afirmado, se inicia y adelanta de oficio por información proveniente del servidor público, de queja formulada por cualquier persona o por otro medio siempre y cuando éste acredite credibilidad (artículo 47 de la Ley 200) y ciñéndose a los trámites y requisitos de la ley. El artículo 40 de la Ley 200 de 1995 impone al servidor público como uno de sus deberes el de "explicar de inmediato y satisfactoriamente al nominador, a la Procuraduría General de la Nación o a la Personería cuando éstas lo requieran, la procedencia del incremento patrimonial obtenido durante el ejercicio del cargo función o servicio".

El numeral 1º del artículo 76 de la Ley 200 es perentorio al ordenar que "En los procesos disciplinarios no se podrán establecer trámites o etapas diferentes a los expresamente contemplados en dicha ley"; y en el numeral 3º del mismo artículo agrega que "no se exigirán más documentos y copias de los estrictamente necesarios, ni autenticaciones, ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa".

De lo anterior se sigue que no es pertinente ordenar un procedimiento previo para establecer la cuantía del incremento patrimonial. Cuando un servidor público dotado de competencia para adelantar un proceso disciplinario, reciba una información proveniente de otro sobre una queja formulada por una persona, u otro medio que admita credibilidad sobre un incremento patrimonial deberá solicitar de inmediato al inculpado que explique al nominador, a la Procuraduría General de la Nación o a la Personería la procedencia del incremento. Si de ello aparece claramente demostrado que la cuantía es inferior a 1.000 salarios mínimos, continuará con la investigación; de lo contrario dará aviso a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

Por último, si de la indagación preliminar sobre la queja o del informe y sus anexos el investigador encuentre que puede haberse configurado la falta disciplinaria y exista duda sobre la cuantía se seguirá con el proceso hasta proferir el fallo; pero si en el transcurso de la investigación se allegan pruebas con las que se acredite una cuantía superior a los 1.000 salarios mínimos, procederá de inmediato a dar aviso a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

6. Del apoderado o mandatario en el proceso disciplinario

En el proceso disciplinario, y de acuerdo con lo previsto por el artículo 71 de la Ley 200 de 1995 solamente pueden actuar como intervinientes el acusado y su apoderado. En este orden de ideas el literal e) del artículo 73 de la misma ley le reconoce al disciplinado el derecho a "designar apoderado si lo considera necesario el cual para los fines de la defensa, tiene los mismos derechos del disciplinado".

El artículo 32 del Decreto 482 de 1985, dictado por el Gobierno en uso de las facultades que le confirió el ordinal 3º del artículo 120 de la anterior Constitución, hoy parcialmente anulado por el Consejo de Estado, consideraba la figura del defensor de oficio para los procesos disciplinarios. La norma establecía que "se designará como apoderado de oficio a un abogado en ejercicio de la entidad en el cual el investigado presta sus servicios. Si ello no fuere posible se recurrirá a la lista de auxiliares de la justicia". Esta disposición fue declarada nula por la Sección Primera del Consejo de Estado en cuanto a la frase "se designará como apoderado de oficio a un abogado en ejercicio de la entidad en la cual el investigado presta sus servicios. Si ello fuere posible..."; quedó entonces vigente la designación de apoderado de oficio, tomándolo de la lista de auxiliares de la justicia.

La causa de la anulación se debió entre otras cosas, al "riesgo que para una adecuada protección del derecho de defensa puede representar un profesional del derecho vinculado a la misma entidad en donde labora el funcionario investigado" (Sentencia de 19 de diciembre de 1987).

Hoy en día, la Ley 200 prescribe que el inculpado sólo puede actuar en su defensa personalmente o a través de apoderado. No se considera el defensor de oficio.

El artículo 46 de la Ley 200 de 1995 le da el carácter de pública a la acción disciplinaria y, conforme al artículo 28 de la Ley 176 de 1991 quien litigue en causa propia en este tipo de acciones puede hacerlo personalmente, sin valerse de apoderado.

El artículo 35 de la Ley 176 de 1991 prescribe que salvo los casos expresamente determinados en la ley, no se requiere ser abogado para actuar ante las autoridades administrativas, Pero si se constituye mandatario, éste deberá ser abogado inscrito.

El artículo 30 del Decreto 196 de 1971, sobre el estatuto del ejercicio de la abogacía, prevé la organización de consultorios jurídicos con alumnos de último año, en los términos y condiciones establecidos en la misma ley. En el inciso segundo prescribe que "los estudiantes, mientras pertenezcan a dichos consultorios, podrán litigar en causa ajena en los siguientes asuntos:

- a) En los procesos penales que conocen los jueces municipales y las autoridades de policía;
- b) En los procesos laborales de única instancia y en las diligencias administrativas de conciliación en materia laboral;

d) De oficio, en los procesos penales como voceros o defensores en audiencia".

Ordenamientos legales posteriores como los Decretos 765 de 1977, 3200 de 1979, 1291 de 1990 y la ley de descongestión judicial y en los que se hace referencia a los consultorios jurídicos, no modifican en lo pertinente las atribuciones asignadas a los inscritos en lo que toca con acciones disciplinarias.

De consiguiente el inculpado puede designar apoderado, si lo considera conveniente a sus intereses; pero no es legalmente pertinente, la designación de estudiantes que se hallen en práctica de consultorios jurídicos.

Por último, sobre el apoderado de oficio se impone agregar:

El artículo 29 de la Constitución reconoce en el inciso tercero a todo sindicado el derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento".

El artículo 32 del Decreto 482 de 1985 citado y que no es contrario a esta norma constitucional citada sino que se armoniza con ella prevé, la designación del defensor de oficio de la lista de auxiliares de la justicia.

La Ley 200 de 1995 guarda silencio al respecto. El artículo 1º del Código de Procedimiento Penal, que reglamenta lo pertinente al debido proceso, le reconoce al sindicado el derecho a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio.

Se impone agregar que de acuerdo con lo previsto por el artículo 29 del Decreto 196 de 1971, numeral 2, se puede litigar en causa propia o ajena en los "procesos de menor cuantía que se ventilen en los municipios que no sean cabecera de circuito y en donde no ejerzan habitualmente por lo menos dos abogados inscritos".

Consecuencialmente, una vez que se dé a "conocer la investigación al disciplinado" éste podrá designar apoderado, solicitar que se le nombre uno de oficio, o guardar silencio; la designación de defensor de oficio procederá en la segunda eventualidad o cuando lo solicite el inculpado. Pero por otra parte, si no es posible notificar a éste y hay necesidad de emplazarlo, también es procedente la designación de defensor de oficio, sin que esto imposibilite al inculpado para que en cualquier momento designe su propio defensor. En uno y otro caso deberá ser abogado y escogido de la lista de auxiliares de la justicia, salvo el caso previsto en el numeral 2 del artículo 29 del Decreto 196 de 1971.

El cargo de defensor de oficio es de forzosa aceptación, salvo las excepciones previstas en la ley (artículo 147 del Código de Procedimiento Penal).

Para los efectos del proceso disciplinario y cuando la causal que se invoque sea la del incremento patrimonial, en cuanto a la reserva bancaria se refiere la Sala observa:

La reserva bancaria tuvo su fundamento en la Constitución de 1886 en el artículo 38 y su desarrollo legal en los artículos 61 a 68 del Código de Comercio; con fundamento en ello se sostuvo que la reserva bancaria sólo podía levantarse para procesos de orden judicial. Así lo afirmó la Superintendencia Bancaria (Doctrina y Conceptos, Tomo VI, pág. 196).

A partir de 1982 e incluso por la misma Superintendencia se acogió la tesis de que la reserva bancaria no era oponible en las investigaciones de carácter judicial; ni en las disciplinarias adelantadas por la Procuraduría General de la Nación (Doctrina número 05 - 078, dic. 14 de 1982). En todas las demás sí lo era.

A partir de 1985 la situación se definió con la vigencia de la Ley 57; en efecto, en el artículo 20 del estatuto citado se dispuso: "El carácter de reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones; corresponde a dicha autoridad asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer el desarrollo de lo previsto en este artículo". Esta disposición es aplicable a los procesos disciplinarios hoy en día por referencia del artículo 81 de la Ley 200 de 1995.

Se tiene entonces que la reserva bancaria, en las investigaciones disciplinarias de toda índole, sobre incremento patrimonial no justificado, no puede ser oponible, pero el funcionario que conozca de los documentos correspondientes está obligado a observarlo.

7. Testigo renuente

El artículo 52 de la Ley 200 de 1995 impone al ciudadano la obligación de declarar como testigo. En caso de renuencia se hace acreedor a una "sanción consistente en multa de cinco a ciento ochenta salarios diarios mínimos, previa explicación sobre su concurrencia, que deberá presentar dentro de los dos días siguientes a la fecha señalada para la declaración mediante resolución contra la cual sólo cabe el recurso de reposición, quedando en la obligación de rendir la declaración". La sanción prevista en la norma y consistente en la multa corresponde imponerla al funcionario investigador, mediante resolución motivada, la cual se notificará al testigo renuente, quien goza del recurso de reposición ante el mismo funcionario. Todo lo cual se deduce del texto de la norma citada.

Por último, observa la Sala que los términos y sus prórrogas, tal como están previstos en la ley obedecen a principios constitucionales tales como el debido proceso y el derecho de defensa. De consiguiente mal puede sostenerse que se violan los principios de celeridad y eficacia.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Sala responde:

1. Bajo las disposiciones legales vigentes, el Estado, a través de sus ramas u órganos es el titular de la potestad disciplinaria. La acción

disciplinaria también corresponde al Estado. Toda entidad u organismo, excepto la Rama Judicial, debe constituir una unidad u oficina del más alto nivel, encargada de investigar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. La segunda instancia será de competencia del nominador (artículo 57 Ley 200 de 1995). De esta manera, las comisiones de personal y los comités obrero patronales no tienen competencia para proferir fallos disciplinarios en las investigaciones administrativas que cursen contra los servidores públicos.

2. La asesoría sindical en el proceso disciplinario sólo puede conservarse de manera externa al proceso por cuanto en éste sólo pueden actuar el acusado y su apoderado (artículo 75 ibídem).

3. Por principio a quien corresponda conocer en primera instancia de un proceso disciplinario debe agotar la respectiva instancia, profiriendo el fallo correspondiente.

No obstante, en cualquier estado del proceso y cuando aparezca plenamente probado que el hecho atribuido no ha existido, o que la conducta no está prevista como falta disciplinaria, o que está plenamente demostrada una causal de justificación, o que el proceso no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario competente, mediante decisión motivada, declarará terminado el procedimiento (artículo 54 Ley 200 de 1995).

4. No existe contradicción en la aplicación del artículo 71 de la Ley 200 de 1995 que precisa quiénes son intervinientes en el proceso: el acusado y su apoderado y el inciso segundo del artículo 151 que considera la intervención excepcional del quejoso, para cuando se ha proferido fallo absolutorio y sólo en la eventualidad de que interponga el recurso de apelación en los términos y condiciones previstos en la misma norma.

5. El quejo dispone de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación del fallo absolutorio, para interponer el recurso correspondiente de apelación.

6. El hecho de informar al quejoso del fallo absolutorio proferido en los términos previstos en el artículo 151 de la Ley 200 no atenta contra la reserva consagrada en el artículo 33 de la Ley 190, por cuanto ambas actuaciones son de reglamentación legal, motivo por el cual se complementan y no se excluyen.

7. No se pueden nombrar estudiantes en prácticas de los consultorios jurídicos como defensores de oficio.

El defensor de oficio se designará de las listas de auxiliares de la justicia. El cargo de defensor de oficio es obligatorio, salvo las excepciones de ley.

8. Las normas de procedimiento incluidas en los reglamentos de trabajo no tienen vigencia en la actualidad.

9. La regulación de términos y lo concerniente a sus prórrogas, ciñéndose estrictamente a la ley, no son contrarias a los principios de celeridad y eficacia. Aquellos son términos máximos, que no tienen por qué impedir la aplicación del principio de la celeridad en las actuaciones administrativas.

10. No se puede ordenar un procedimiento previo de valoración, tendiente a establecer la cuantía, en los procesos sobre el incremento patrimonial, por cuanto la misma ley lo prohíbe.

La reserva bancaria no es oponible para los asuntos relacionados con investigaciones disciplinarias.

11. Corresponde al funcionario investigador imponer la multa al testigo renuente en los términos y condiciones previstas en el artículo 52 de la Ley 200 de 1995. Para ello se procederá mediante resolución motivada, la cual es susceptible de reposición ante el mismo funcionario.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Minas y Energía y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

ROBERTO SUÁREZ FRANCO

Presidente de la Sala

JAVIER HENAO HIDRÓN

CÉSAR HOYOS SALAZAR

LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

Fecha y hora de creación: 2024-11-28 03:39:40