

MEMORANDO

MEM2022-12231-OAJ-1400
Bogotá D.C. martes, 10 de mayo de 2022

PARA: Coordinadora Grupo de Control Disciplinario Interno

DE: Lucia Margarita Soriano Espinel, jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Solicitud de Concepto Jurídico

Respetada señora coordinadora,

De la manera más atenta doy respuesta a su petición, en la cual solicita a esta oficina rendir concepto acerca de si, con la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019 el 29 de marzo de 2022, modificada por la Ley 2094 de 2021, el coordinador del Grupo de Control Disciplinario Interno de esta Cartera Ministerial debe pertenecer al nivel directivo de la entidad.

La solicitud se contesta con fundamento en lo dispuesto en lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Ley 2893 de 2011, que le atribuye a esta oficina la función de emitir de manera general conceptos relacionados con asuntos de su competencia sobre la interpretación y aplicación de las normas.

1. Antecedentes de la consulta

Se solicita a esta oficina emitir concepto sobre si, con la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019 el 29 de marzo de 2022, modificada por la Ley 2094 de 2021, el coordinador del Grupo de Control Disciplinario Interno de esta Cartera Ministerial debe pertenecer al nivel directivo de la entidad. La inquietud se deriva de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 93 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 14 de la Ley 2094 de 2021, relativo a que el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno debe ser abogado y pertenecer al nivel directivo de la entidad.

2. Marco jurídico

El fundamento normativo básico de este concepto es el siguiente:

- Ley 1952 de 2019.
- Ley 2094 de 2021.
- Decreto Ley 2893 de 2011.

- Resolución 1977 del 23 de septiembre de 2011 del Ministerio del Interior.
- Circular Conjunta 100-002 de 2022 del Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Directiva 013 del 16 de julio de 2021 de la Procuraduría General de la Nación.

3. Consideraciones

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, se seguirá la siguiente estructura. En primer lugar, se hará una breve referencia a separación de roles bajo la óptica de la nueva normatividad disciplinaria. En segundo lugar, se mencionará la conformación del control disciplinario interno según la nueva normatividad disciplinaria, para efectos de concluir si el jefe o director de la dependencia encargada de adelantar la etapa de instrucción e investigación disciplinaria, necesariamente tiene que pertenecer al nivel directivo de la entidad. Y, en tercer lugar, se plantearán unas alternativas generales para ajustar la normatividad interna y garantizar el debido proceso en los trámites disciplinarios que se encuentran en etapa de instrucción.

3.1. De la separación de roles de investigación y juzgamiento como manifestación del principio del debido proceso

Se comienza por señalar que uno de los aspectos principales de la Ley 2094 de 2021 es la separación de las funciones de instrucción y de juzgamiento en el proceso disciplinario, de manera que cada etapa sea asumida por dependencias diferentes e independientes entre sí. Sobre el particular, el artículo 12 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 3 de la Ley 2094 de 2021, dispone:

“Artículo 12. Debido proceso. El disciplinable deberá ser investigado y luego juzgado por funcionario diferente, independiente, imparcial y autónomo que sea competente, quienes deberán actuar con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y dándole prevalencia a lo sustancial sobre lo formal.

En el proceso disciplinario debe garantizarse que el funcionario instructor no sea el mismo que adelante el juzgamiento.

Todo disciplinable tiene derecho a que el fallo sancionatorio sea revisado por una autoridad diferente, su trámite será el previsto en esta ley para el recurso de apelación. En el evento en que el primer fallo sancionatorio sea proferido por el Procurador General de la Nación, la doble conformidad será resuelta en la forma indicada en esta ley”.

De acuerdo con el artículo 221 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 38 de la Ley 2094 de 2021, la etapa de instrucción termina con la evaluación de la investigación disciplinaria, esto es, con la emisión del auto de archivo o de formulación de cargos. Y por contrapartida lógica, según el artículo 225A de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 40 de la Ley 2094 de 2021, la etapa de juzgamiento comienza con la recepción del expediente por el funcionario a quien

corresponda adelantar esa fase del proceso disciplinario, la definición del trámite a seguir (ordinario o verbal) y termina con la emisión del fallo de primera instancia.

En coherencia con lo anterior, el artículo 91 de la Ley 1921 de 2019, modificado por el 13 de la Ley 2094 de 2021, requiere a las personerías y a las oficinas de control interno disciplinario, adoptar las medidas necesarias para garantizar la separación de estas funciones, en los siguientes términos:

“Artículo 92. Competencia por la calidad del sujeto disciplinable. Corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y, por servicios, disciplinar a sus servidores; salvo que la competencia esté asignada a otras autoridades y, sin perjuicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación.

La Procuraduría General de la Nación conocerá de la investigación y el juzgamiento de las faltas disciplinarias imputables a los servidores públicos de elección popular y las de sus propios servidores.

El particular disciplinable conforme a este código lo será por la Procuraduría General de la Nación y las personerías, salvo lo dispuesto en el artículo 76 de este código, cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u omisión.

Cuando en la comisión de una o varias faltas disciplinarias conexas intervengan servidores públicos y particulares disciplinables, la competencia será exclusivamente: de la Procuraduría General de la Nación y se determinará conforme a las reglas de competencia para los primeros.

Las personerías municipales y distritales se organizarán de tal forma que cumplan con todas las garantías del proceso disciplinario, para lo cual deberán contar con la infraestructura necesaria para su observancia.

En el evento en que las garantías de instrucción y juzgamiento no se puedan satisfacer el conocimiento del asunto, será de competencia de la Procuraduría General de la Nación, según la calidad del disciplinable”.

Sobre la forma en que deben organizarse internamente las entidades públicas para la implementación de la Ley 2094 de 2021, emitieron directrices la Procuraduría General de la Nación por un lado y el Departamento Administrativo de la Función Pública por el otro.

Por un lado, la Procuraduría General de la Nación mediante la Directiva 013 del 16 de julio de 2021, dispuso lo siguiente:

“Uno de los aspectos principales de la Ley 2094 de 2021 es la separación de las funciones de instrucción y de juzgamiento en el proceso disciplinario, de manera que cada etapa sea asumida por dependencias diferentes e independientes entre sí.

Por lo anterior, se requiere a las personerías y a las oficinas de control interno disciplinario, adoptar las medidas necesarias para garantizar la separación de estas funciones, según lo dispone el artículo 13 de la citada Ley que textualmente sostiene:

"Las personerías municipales y distritales se organizarán de tal forma que cumplan con todas las garantías del proceso disciplinario, para lo cual deberán contar con la infraestructura necesaria para su observancia. En el evento en que las garantías de instrucción y juzgamiento no se puedan satisfacer el conocimiento del asunto, será de competencia de la Procuraduría General de la Nación, según la calidad del disciplinable."

Cuando no se pueda cumplir lo anterior, la Procuraduría General de la Nación asumirá el conocimiento de los procesos disciplinarios a partir de la etapa de juzgamiento.

La presente directiva rige a partir de la fecha de su expedición".

De otra parte, el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante la Circular 100-002 del 3 de marzo de 2022, impartió lineamientos organizacionales para la adecuación de las unidades u oficinas de instrucción y juzgamiento de control disciplinario interno de las entidades públicas, en los siguientes términos:

"Las leyes 1952 de 2019 "Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario", y la 2094 de 2021 "Por medio de la cual se reforma la Ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones"; establecieron lineamientos para que las entidades públicas organicen sus estructuras con el fin de garantizar la doble instancia en el proceso disciplinario, adecuando las unidades u oficinas existentes que permitan preservar la garantía de la doble instancia.

Para el efecto, la Ley 1952 establece en su Artículo 93, modificado por el Artículo 14 de la Ley 2094, que en materia de control disciplinario interno toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, deben organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia.

El Departamento Administrativo de la Función Pública recomienda a las entidades a las que va dirigida la presente circular adelantar una revisión y análisis de sus capacidades institucionales, con el propósito de implementar alternativas que les permita dar cumplimiento a esta Ley.

Este Departamento ha diseñado un instrumento guía denominado "Caja de Transformación institucional para el Control Disciplinario Interno", el cual

aporta criterios relevantes que permitan identificar alternativas para la implementación de la doble instancia. El instrumento desarrolla aspectos que permiten ser el sustento de la eventual justificación técnica. Estos son:

- 1. Contexto de la evolución normativa.*
- 2. Datos del estado organizacional actual del control disciplinario interno.*
- 3. Cadena de valor del proceso integral.*
- 4. Proceso en cada fase.*
- 5. Políticas de operación.*
- 6. Preguntas orientadoras.*
- 7. Alternativas de adecuación de la estructura.*
- 8. Descripción de las funciones tipo para cada fase del proceso.*
- 9. Descripción de las funciones para los roles en cada fase de proceso.*

Para que las entidades a las cuales va dirigida la presente circular puedan dar cumplimiento al plazo establecido en la Ley, deberán desarrollar y formalizar la alternativa que más se adecúe a su capacidad institucional, a través de los medios formales existentes (modificación del acto administrativo de estructura, planta, manual de funciones y competencias laborales y sus justificaciones técnicas).

Toda vez que el término para dar cumplimiento a las leyes disciplinarias coincide con las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005 - Ley de Garantías, la cual impone restricciones para la provisión de empleos ; es importante que durante la vigencia de la misma se exploren alternativas que permitan dar cumplimiento a los preceptos establecidos en la Ley de Control Disciplinario Interno, como puede ser los encargos en los empleos que se llegaran a crear respetando las normas que regulan la materia, adecuar los equipos de trabajo adscritos en cada etapa del proceso e instancia, con la planta existente, adecuándola a la exigencia de la doble instancia .

Una vez finalice la restricción impuesta por la Ley de Garantías, se podrán adelantar los estudios técnicos para el fortalecimiento de los equipos, a través de la creación de empleos en los roles estrictamente necesarios.

Ei Departamento Administrativo de la Función Pública, considera de la mayor importancia el cumplimiento de lo establecido en las leyes 1952 de 2019 y 2094 de 2021, igualmente es consciente de las limitaciones particulares de

las entidades, y es promotor de los lineamientos de austeridad del gasto público, razón por la cual, estará dispuesta a prestar el acompañamiento necesario a través de diferentes medios de comunicación (página web , orientaciones virtuales , asesorías particulares), a fin que las entidades adecúen oportunamente su funcionamiento“.

De conformidad con lo anterior, las entidades públicas deben explorar y adelantar la alternativa que más se adecúe a su capacidad institucional para la división de funciones de investigación y juzgamiento de los procesos disciplinarios a su cargo, a través de los medios formales existentes (modificación del acto administrativo de estructura, planta, manual de funciones y competencias laborales y sus justificaciones técnicas). Y, en caso de que ello no sea posible, el proceso deberá ser remitido a la Procuraduría General de la Nación para que adelante la etapa de juzgamiento, con el propósito de preservar los principios de imparcialidad y debido proceso.

3.2. De la conformación del control disciplinario interno según la nueva normatividad disciplinaria

De acuerdo con el artículo 93 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 14 de la Ley 2094 de 2021, el control disciplinario interno ahora quedará de la siguiente manera:

*“**Artículo 93. Control disciplinario interno.** Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, debe organizar una unidad u oficina del más alto nivel encargada de **conocer** los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores.*

Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional, esta será de competencia de la Procuraduría General de la Nación de acuerdo con sus competencias.

En aquellas entidades u organismos en donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel con sus respectivas competencias.

La segunda instancia seguirá la regla del inciso anterior, en el evento en que no se pueda garantizar en la entidad. En los casos en donde se deba tramitar la doble conformidad, la decisión final estará siempre a cargo de la Procuraduría General de la Nación, atendiendo sus competencias.

El jefe o director del organismo tendrá competencia para ejecutar la sanción.

PARÁGRAFO 1o. *Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración. El jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno deberá ser abogado y pertenecerá al nivel directivo de la entidad.*

PARÁGRAFO 2o. *Las decisiones sancionatorias de las Oficinas de Control Interno y de las Personerías serán susceptibles de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *La Oficina de Control Disciplinario Interno de la Fiscalía General de la Nación, seguirá conociendo de los procesos disciplinarios cuyos hechos tuvieron ocurrencia hasta antes del 13 de enero de 2021 hasta su finalización, aplicando el procedimiento previsto en la Ley 734 de 2002". (Negrilla y subrayas fuera de texto)*

De conformidad con la disposición citada, en cada entidad pública deberá estructurarse una unidad u oficina del más alto nivel encargada de conocer los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores, que debe estar regentada por un funcionario que cumpla los siguientes requisitos: a) debe ser abogado y b) debe pertenecer al nivel directivo de la entidad.

Ahora bien, en consideración de la división de roles creada en la nueva normatividad, no resulta claro si esas condiciones de ser abogado y pertenecer al nivel directivo, deben ser cumplidas por el funcionario encargado de adelantar la etapa de instrucción, por el encargado de la fase de juzgamiento, o por los dos.

Sin embargo, siguiendo el criterio de interpretación sistemática de la ley, se desprende que la exigencia de las condiciones de ser abogado y pertenecer al nivel directivo de la entidad, únicamente resulta predicable respecto del Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno o, lo que es lo mismo, de la dependencia encargada de proferir los fallos disciplinarios en la actuación, y no respecto del funcionario encargado de adelantar la etapa de instrucción del proceso disciplinario.

A la anterior conclusión se llega al revisar los siguientes artículos. En primer lugar, el parágrafo segundo del artículo 93 ibídem, dispone que las decisiones sancionatorias de las Oficinas de Control Interno y de las Personerías serán susceptibles de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con lo cual claramente está haciendo referencia a los fallos que resuelven de fondo la actuación proferidos por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno y excluyendo del control judicial a los autos de archivo, que son aquellos que podría proferir el encargado de adelantar la etapa de instrucción.

En segundo lugar, el artículo 94 de la Ley 1952 de 2019 señala que cuando en el Código se utilice la locución "Control Disciplinario Interno", debe entenderse por tal, la oficina, dependencia o entidad que conforme a la ley tiene a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria. De esta manera, la exigencia de pertenecer al nivel directivo se predica sólo respecto del Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno o la dependencia encargada de definir los procesos disciplinarios, y no respecto del funcionario de adelantar la etapa de instrucción.

En tercer lugar, y en consonancia con lo anterior, el numeral 1º del artículo 202 de la referida norma, prevé como una causal de nulidad de la actuación disciplinaria o una pieza procesal, la falta de competencia del funcionario para proferir el fallo, que es la decisión que toma el jefe de la oficina de control disciplinario interno encargado de la etapa de juzgamiento. Así, se deja de lado la posibilidad de solicitar la nulidad por el hecho de que se profiera un auto de archivo, el pliego de cargos u otras decisiones que se adopten en la etapa de investigación sin competencia, lo cual refrenda la intención del legislador de maximizar la importancia de los fallos disciplinarios como la pieza procesal que define la actuación disciplinaria.

De lo anterior se desprende que la exigencia de pertenecer al nivel directivo es sólo predicable del Jefe de la dependencia encargada de adoptar las decisiones de fondo de primera instancia dentro de la actuación, que es el fallo de primera instancia. De manera concordante, el Consejo de Estado desde el 2009 ha reconocido que el acto administrativo definitivo del proceso disciplinario es el fallo de primera instancia, pues aquel *“concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración”*¹.

En ese orden, se concluye que la competencia disciplinaria al interior de las entidades públicas está expresamente asignada a la Oficina de Control Disciplinario Interno o a la dependencia encargada de proferir los fallos de primera instancia, la cual debe ser del más alto nivel en la entidad y estar regentada por un funcionario del nivel directivo de la entidad.

Por lo anterior, es el funcionario que regenta la función de definir los procesos disciplinarios en primera instancia y que ostenta la dirección de la oficina de control disciplinario interno, que en el caso el Ministerio del Interior es el Secretario General, quien debe ser del nivel directivo de la entidad.

Por contrapartida lógica, la etapa de instrucción se podría continuar adelantando mediante el Grupo Interno de Trabajo de Control Disciplinario Interno, siempre y cuando su coordinador pertenezca mínimo al nivel profesional de la administración. Empero, resulta indispensable que se modifique la Resolución 1977 del 23 de septiembre de 2011, en el sentido de que la facultad del Grupo Interno de Trabajo únicamente será para adelantar la etapa de instrucción, desde el auto de apertura hasta la evaluación de la etapa de investigación disciplinaria, ya sea mediante el auto de archivo o la formulación de cargos.

4. Conclusiones

¹ Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia 442 de 2009. C.P. Susana Valencia Buitrago.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, la interpretación de esta oficina concluye que el funcionario encargado de adelantar la etapa de instrucción del proceso disciplinario, bajo la égida de la nueva normatividad, NO debe pertenecer al nivel directivo de la entidad, sino que puede ser del nivel profesional o asesor. De manera que la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo Control Disciplinario Interno podría continuar adelantado los procesos disciplinarios en fase de instrucción.

Quien debe pertenecer al nivel directivo es el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno o, lo que es lo mismo, de la dependencia encargada de proferir los fallos disciplinarios de primera instancia, que en este caso es el Secretario General, quien claramente satisface esa exigencia.

Empero, resulta indispensable que se modifique la Resolución 1977 del 23 de septiembre de 2011, en el sentido de que la facultad del Grupo Interno de Trabajo únicamente será para adelantar la etapa de instrucción, desde el auto de apertura hasta la evaluación de la etapa de investigación disciplinaria, ya sea mediante el auto de archivo o el de formulación de cargos.

5. Naturaleza del concepto

La consulta se absuelve en los términos del artículo 28 del CPACA, subrogado por el artículo 1° de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Atentamente,

LUCÍA MARGARITA SORIANO ESPINEL
Jefe Oficina Asesora Jurídica



Documento emitido por el Ministerio del Interior. Verifique su autenticidad en:
<https://compromisos.mininterior.gov.co/consulta/?ID=ZOtpmEFn4lF0w8ubrILeZQ==>

Elaboró: Carlos Enrique Valdivieso, Abogado Oficina Asesora Jurídica
Revisó: Jeannette Patricia Muñoz Nieto, Coordinadora Grupo Actuaciones Administrativas.
Aprobó: Lucía Margarita Soriano, Jefe Oficina Asesora Jurídica

TRD-1400.250.12