



SALIDA Nro.: 133149 Fecha: 11-10-2017
ANONIMO
ANONIMO
NO PRESENTA
TODOS (TODOS)

OFICINA JURIDICA

Bogotá D.C. 09 OCT 2017

O.J. - - 1966

Señor
ANÓNIMO

REF. Derecho de petición E-2017-771368

Respetad señor:

Fue allegado a esta Oficina, el día 29 de septiembre del año en curso, derecho de petición de la referencia, a través del cual solicita se absuelvan los siguientes interrogantes:

1. ¿Dentro de un proceso disciplinario cuánto tiempo hay para dar contestación a una recusación efectuado conforme los artículos 86, 90 y 187 de la Ley 734 de 2002?
2. ¿Después de haber recusado a una persona qué sigue en el proceso?
3. ¿Un funcionario público con funciones específicas desde el manual de funciones y competencias laborales de adelantar procesos disciplinarios, puede delegar en un tercero contratista mediante contrato de prestación de servicios cuyo objeto es la sustanciación de procesos disciplinarios? ¿El contratista puede hacer las funciones del funcionario público, así sea proyectarlas para firma de aquel servidor?

En cuanto a los interrogantes primero y segundo, este Despacho señala los artículos 84 y siguientes de la Ley 734 de 2002 contemplan las causales de impedimento y recusación para los servidores públicos que ejerzan la acción disciplinaria y el trámite que debe surtir ante la configuración de alguna de ellas.

De este modo, los artículos 86 y 87 *Ibíd*em señalan que una vez el sujeto procesal dentro del proceso disciplinario realice la recusación contra el operador disciplinario, **éste dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha de su formulación, deberá manifestar si la acepta o no.**

Acto seguido, una vez ha vencido el término de los dos días arriba mencionado se enviará la actuación disciplinaria al superior del funcionario recusado, quien deberá decidir de plano la solicitud de recusación dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de su recibo. Si se encuentra fundada la recusación, el superior determinará el servidor público a quien corresponda continuar con el conocimiento de las diligencias.

Finalmente, el inciso final del artículo 87 *Ibíd*em dispone que la actuación disciplinaria se suspenderá desde que se presente la recusación y hasta cuando esta se decida.

Ahora bien, frente al proceso disciplinario verbal, el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011 señala el trámite para las recusaciones formuladas en el marco de este tipo de proceso, a saber:

"ARTÍCULO 59 RECURSOS. El artículo 180 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

El recurso de reposición procede contra la decisión que niega la práctica de pruebas, las nulidades y la recusación, el cual debe interponerse y sustentarse verbalmente en el momento en que se profiera la decisión. El director del proceso, a continuación, decidirá oral y motivadamente sobre lo planteado en el recurso.

El recurso de apelación cabe contra el auto que niega pruebas, contra el que rechaza la recusación y contra el fallo de primera instancia, debe sustentarse verbalmente en la



OFICINA JURIDICA

misma audiencia, una vez proferido y notificado el fallo en estrados. Inmediatamente se decidirá su otorgamiento.

[...]

De proceder la recusación, el ad quem revocará la decisión y devolverá el proceso para que se tramite por el designado. (Subrayado y Resaltado fuera del texto)

En desarrollo del precepto legal, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-315 de 2012, del 02 de mayo de 2012, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa, al realizar su estudio de constitucionalidad sostuvo:

"[...] La jurisprudencia constitucional ha precisado que a diferencia del proceso ordinario, el verbal se caracteriza por su celeridad; se aplica a las situaciones establecidas expresamente en la ley que por su naturaleza no requieren de un exhaustivo proceso investigativo. Por ello, los términos son breves; las intervenciones de los sujetos procesales se recogen en medio magnético y sólo se levanta un acta con un resumen sucinto de las mismas.⁴⁸

[...]

En este orden de ideas, la Corte ha considerado constitucionalmente admisible que, el legislador, en ejercicio de la libertad de configuración normativa, establezca procesos especiales en los que la naturaleza de la conducta permita un procedimiento abreviado y en donde los principios de celeridad, oralidad y publicidad sean preponderantes, pero además, como todo trámite judicial o administrativo éste debe regirse por las garantías del debido proceso [...]

Así las cosas, teniendo en cuenta el pronunciamiento realizado por el Alto Tribunal, la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios mediante Concepto PAD C-135-2014 del 15 de octubre de 2014, afirmó que como consecuencia de la modificación realizada por el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011 a la Ley 734 de 2002 el trámite de una recusación dentro de un proceso disciplinario ordinario es distinto al que debe adelantarse en un proceso verbal, pues frente a este último el operador disciplinario deberá decidir oralmente sobre dicha solicitud y sobre los recursos de reposición y apelación frente a la negativa o rechazo de la pretensión, si el sujeto procesal los llegare a interponer. Igualmente, a diferencia de lo contemplado en el inciso final del artículo 87 de la Ley 734 de 2002, la recusación no dará lugar a suspensión la actuación disciplinaria. En efecto, dijo:

"[...] Es evidente que el legislador estimó pertinente modificar el trámite que se le daba a la recusación dentro del procedimiento verbal, motivo por el que, en ejercicio de sus facultades, dispuso que en los casos en que se interpusiera la plurimencionada recusación en el procedimiento verbal debía continuar la actuación y, además, pronunciarse sobre el recurso de reposición sobre la negativa de declararse impedido. Igualmente, una vez proferido y notificado el fallo de instancia, conceder la palabra al recusante para que sustente del recurso de apelación y decidir sobre su otorgamiento.

Es decir, el análisis que de esta norma hace la alta corte da lugar a que se concluya que la intención del legislador era la no suspensión de la actuación debido a la naturaleza especial del proceso verbal, descartando una violación de garantías en el proceso, que son salvaguardadas con la posibilidad de que el recusador impugne la decisión que niegue o rechace su pretensión, con el fin de obtener el resultado diferente al inicialmente decidido, trámite amparado en la libertad de configuración normativa.

Queda totalmente claro que la reglamentación de la figura jurídica de recusación está sujeta a la antes señalada libertad de configuración normativa, en cada procedimiento en particular, motivo por el cual colige este despacho que al existir una reglamentación específica en el proceso verbal disciplinario para atender las posibles recusaciones que se



OFICINA JURIDICA

puedan proponer, no es posible acudir a la aplicación del contenido del artículo 87 de la Ley 734 de 2002.

Es tan clara la intención del legislador de que en estos casos no se suspendiera la actuación disciplinaria, que la misma norma establece que el ad quem (funcionario de segunda instancia) devolverá el proceso para que sea tramitado por el que sea designado para ejercer la primera instancia en caso de que prospere la impugnación. [...]” (Subrayado y Resaltado fuera del texto).

Respecto al tercer interrogante, esta Dependencia resalta que quien ejerce la potestad disciplinaria únicamente es el Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario, de conformidad a la Ley 734 de 2002 que debe ser del más alto nivel, esto es nivel Directivo, o el Coordinador del Grupo Formal de Trabajo, de acuerdo con la Circular Conjunta 01 de 2002, funcionario debe ser Director de una dependencia de segundo nivel jerárquico a falta de la primera posibilidad y; a falta de cualquiera de las dos anteriores será el superior jerárquico del investigado siendo la segunda instancia competencia del superior jerárquico de aquél, de conformidad con el parágrafo 3 del artículo 76 de la Ley 734 de 2002.

Sobre el asunto, la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales en Concepto C-041-2009 al abordar el tema de impedimentos y recusaciones sostuvo que estos recaen sobre quien ejerce la potestad disciplinaria, razón por la que se lo trae a colación:

“[...] se debe empezar por recordar que, en sentido estricto, el impedimento o la recusación recae sobre quien ejerza la acción disciplinaria, que no es otro que aquel que tiene la facultad para tomar decisiones de fondo o definitivas en una instancia, tal como es el jefe de una oficina de control interno disciplinario o de quien haga sus veces. Por lo tanto, un abogado instructor no tiene capacidad para declararse impedido o para ser recusado; sin embargo, si el jefe de la oficina de control interno disciplinario considera que la probada enemistad entre un investigado y el abogado instructor puede tener injerencia en el trámite o desarrollo de un proceso, debe examinar la posibilidad de separar a dicho funcionario de su conocimiento y reasignárselo a otro servidor, mediante una decisión administrativa”.

Por consiguiente, es clara la diferencia entre quien ostenta de la potestad disciplinaria y aquellos funcionarios de nivel profesional encargados de sustanciar y practicar pruebas dentro del proceso disciplinario, funcionarios que fungen como colaboradores del primero, quienes, se insiste, no ejercen la potestad disciplinaria lo que permite que las Entidades Públicas en presencia de determinadas circunstancias, acudan a la figura de contrato de prestación de servicios para vincular a los colaboradores en mención.

Al respecto, en Concepto C-044-08, la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, en cuanto los parámetros generales para la implementación u organización del control disciplinario interno, afirmó:

*“[...] 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.** (Negrilla de la dependencia).*

*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 corresponda el empleo, salvo las competencias propias de la Procuraduría General de la Nación y de otras*



OFICINA JURIDICA

autoridades, según lo dispuesto en la Constitución Política y en el mismo Código Disciplinario único". (Negrilla del Despacho).

No obstante lo anterior, frente a la posibilidad de acudir a la figura de personal vinculado a través de contrato de prestación de servicios con el fin de prestar colaboración en la instrucción del proceso disciplinario, la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios C057 de 2012, señaló:

"[...] Conforme a definición legal que no ha sido modificada "El Estado es titular de la potestad disciplinaria" (artículo 1° del C.D.U.) y la acción disciplinaria le corresponde en nombre suyo, también por definición legal, "a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado", "sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales", así como a la jurisdicción disciplinaria respecto a los funcionarios judiciales (artículo 2° ib ídem).

Sin embargo, una cosa es la adopción de las decisiones que la potestad disciplinaria implica, para lo cual las únicas legalmente habilitadas por el legislador son las autoridades precedentemente señaladas y otra, la instrucción de los procesos que, mediante el recaudo probatorio pertinente, permite la adopción de dichas decisiones. Para esta última labor, es posible apoyarse en personal vinculado mediante los contratos de prestación de servicios profesionales que fueren necesarios.

Se debe aclarar que por "ejercicio de funciones públicas de índole sancionatoria", este Despacho entiende la adopción de las decisiones propias del proceso disciplinario, como autos de apertura, decisiones de archivo, decretos de nulidad, formulación de cargos, citación a audiencias, adopción de fallos, etc. Las actuaciones intermedias, que constituyen mera ejecución de una decisión precedentemente adoptada por el funcionario competente, como lo es el recaudo probatorio del expediente, no significa ejercicio de funciones públicas, por cuanto no conlleva el ejercicio de las potestades inherentes al Estado (se recomienda la lectura de las precisiones hechas por la Corte Constitucional, respecto del alcance de la expresión "funciones públicas" dentro del artículo 53 del C.D.U. –Sentencia C-037 de 2003).

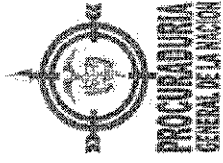
En conclusión, la administración puede, en presencia de determinadas circunstancias, como por ejemplo una reducción significativa del personal de planta, acudir a la figura del contrato de prestación de servicios para apoyar las áreas misionales que así lo requieran, en procura de preparar las decisiones que han de proferir quienes tienen la habilitación legal para ello. [...]" (Subrayado fuera del texto)

Finalmente, este Despacho le recuerda que de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, **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.**

Cordialmente,



LILIANA GARCÍA LIZARAZO
Jefe Oficina Jurídica



CONSTANCIA DE FIJACIÓN

De conformidad con el inciso segundo del artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, el presente AVISO, por el cual se notifica el Oficio O.J. No. 1966 de 09 OCT 2017 de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación, se fija por el término de cinco (5) días en lugar visible al Público de la Oficina Jurídica de la Entidad a las 08:00 a.m. del día de octubre de 2017. Se advierte que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

