



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil doce (2012)

Número de Radicación: 110010306000201200187 00

Referencia: Conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Procuraduría General de la Nación-Procuraduría Primera Distrital.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pasa a resolver el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Procuraduría General de la Nación- Procuraduría Primera Distrital, para determinar la entidad que debe continuar con las diligencias de indagación preliminar que había iniciado la Dirección Nacional de Estupefacientes en el expediente radicado 460.

I. ANTECEDENTES

Con base en la información relacionada por las entidades de la referencia, se exponen a continuación los antecedentes que dan origen al presente conflicto:

1. El 15 de febrero de 2011, el Secretario General de la Dirección Nacional de Estupefacientes en su calidad de Director del Grupo de Control Disciplinario Interno resuelve adelantar indagación preliminar contra persona indeterminada con base en el memorando 20000-1394-2010 proveniente de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Estupefacientes (f.252 del cuaderno original 1).
2. El 27 de octubre de 2011, la representante legal de la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación solicita al señor Procurador General de la Nación ejercer el poder preferente sobre los expedientes que tenía a cargo la oficina de control interno disciplinario de la entidad. Dicha solicitud la hace teniendo en cuenta que mediante decreto 3183 de 2011 se ordenó la supresión y liquidación de la entidad y se suprimió el cargo de Director Nacional de Estupefacientes y mediante resolución 0045 del 11 de octubre de 2011 se aceptó la renuncia del Secretario General, personas encargadas de adelantar las investigaciones disciplinarias en primera y segunda instancia de los funcionarios y ex funcionarios de la entidad. (f.377 del cuaderno original 2).

3. El expediente correspondió por reparto a la Procuraduría Primera Distrital quien en auto del 16 de marzo de 2012, ordenó devolver el expediente radicado 460 a la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación, por considerar que la representante legal de la entidad tiene la facultad expresa de promover las acciones disciplinarias conforme al numeral 13 del artículo 6 del decreto 3183 de 2011. (f.382).

4. El 30 de marzo de 2012, la oficina de control interno de gestión de la Dirección Nacional de Estupefacientes en liquidación hace entrega de los expedientes disciplinarios que se encuentran bajo su custodia al grupo de control disciplinario interno del Ministerio de Justicia y del Derecho. (f.379).

5. Mediante auto del 30 de marzo de 2012, el coordinador del grupo de control disciplinario interno del Ministerio de Justicia y del Derecho avoca el conocimiento del asunto. (f.387).

6. En oficio del 25 de septiembre de 2012, el Secretario General del Ministerio de Justicia y del Derecho se dirigió mediante oficio al Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios y resumió la situación de la Dirección Nacional de Estupefacientes así: i) Mediante decreto 3183 de 2011 el Gobierno Nacional ordenó la supresión y liquidación de la entidad; ii) se dispuso que la liquidación se adelantaría por una fiduciaria que debería designar un apoderado general de la liquidación; iii) en el decreto se suprimió el cargo de Director Nacional de Estupefacientes, a quien correspondía la segunda instancia de los procesos disciplinarios de la entidad. Además, dentro de las medidas derivadas del proceso de liquidación se le aceptó renuncia al secretario general, quien tenía a su cargo la primera instancia de los procesos disciplinarios de la entidad; iv) la oficina de control interno fue suprimida del organigrama institucional. Para sustentar el rechazo de la competencia aduce algunos pronunciamientos de Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. (f.389).

7. El Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, en respuesta del 10 de octubre de 2012 al Secretario General del Ministerio de Justicia y del Derecho, manifiesta que la resolución 317 de 2004, en la cual se fijaron parámetros para determinar la competencia en relación con el conocimiento de las faltas disciplinarias cometidas y los procesos disciplinarios en curso en contra de servidores públicos de las entidades suprimidas y liquidadas, goza de presunción de legalidad, razón por la cual no puede debatir el contenido de dicho acto administrativo. Agrega que la resolución de los conflictos de competencia que hace el Consejo de Estado es vinculante únicamente entre las autoridades que son parte en el conflicto y no puede extender sus efectos a casos similares. Y finalmente declara que, aun cuando encuentra coherente y lógico el análisis de la Sala de Consulta y Servicio Civil, no puede conceptuar de manera diferente hasta tanto se modifique o aclare la resolución 317 de 2004 o se resuelva el conflicto de

competencias ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (f.392).

8. El 12 de octubre de 2012, el Secretario General del Ministerio de Justicia y del Derecho declara la nulidad del proceso por falta de competencia y plantea conflicto negativo de competencias administrativas frente a la Procuraduría General de la Nación. En consecuencia, ordena remitir la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (f.400).

II. ACTUACION PROCESAL

La presente actuación correspondió por reparto al Consejero William Zambrano Cetina. Se fijó edicto en la Secretaría de esta Corporación por el término de 5 días con el fin de que las partes y las personas con interés en el asunto presentaran sus alegatos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (f.404)

En escrito allegado en tiempo el Secretario General del Ministerio de Justicia y del Derecho manifestó:

1. Que conforme al artículo 76 de la ley 734 de 2002, corresponde a las entidades del Estado disciplinar a sus servidores o miembros, razón por la cual el Ministerio de Justicia y del Derecho no podría conocer y fallar los procesos disciplinarios adelantados contra ex servidores públicos de las entidades adscritas y vinculadas bajo el entendido de que se trata de organismos que no dependen administrativamente de esta entidad y que el legislador no le ha atribuido al Ministerio dicha función de manera expresa.

2. Que la resolución 317 de 2004 no puede suplir los vacíos legales en materia de competencia pues las facultades otorgadas al Procurador General de la Nación en el decreto 262 de 2000 no involucran esta posibilidad que esta reservada exclusivamente al legislador.

3. Que la función otorgada al liquidador por el decreto 3183 de 2011 de “promover las acciones disciplinarias” ha sido clarificada por la jurisprudencia del Consejo de Estado al señalar que un particular no puede ejercer competencia disciplinaria (f. 414).

En escrito allegado en tiempo el Procurador Primero Distrital manifestó:

1. Conforme a la ley disciplinaria toda entidad debe contar con una oficina de control disciplinario interno que conozca de manera directa los sucesos que ocurren al interior de sus dependencias.

2. La Constitución Política en su artículo 277 numeral 6, la ley 734 de 2002 artículos 3 y 69 y la resolución 346 de 2002 proferida por el Procurador General de la Nación, contemplan el ejercicio del poder preferente como una facultad de carácter discrecional.

3. El decreto 3183 de 2011 *“por el cual se suprime la Dirección Nacional de Estupefacientes, se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 6 dispuso:

“ARTICULO 6. DE LAS FUNCIONES DEL LIQUIDADOR.

(...)

13. Promover, en los casos previstos por la ley, las acciones disciplinarias, contenciosas, civiles o penales necesarias contra los servidores públicos, personas o instituciones que hayan participado en el manejo de los bienes y haberes de la entidad en liquidación”

4. Concluye que, conforme al aparte antes transcrito, la Dirección Nacional de Estupefacientes debe continuar conociendo de los procesos disciplinarios, y que de no hacerlo le corresponde esa función al Ministerio de Justicia y del Derecho, organismo al cual se encuentra adscrita. (f449)

III. CONSIDERACIONES

La Sala revisará en primer lugar la situación actual de la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación, a fin de determinar si la entidad cuenta con una oficina de control interno disciplinario que le permita fallar en primera y segunda instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Y en su defecto, si el régimen legal a que está sujeta la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación permite el ejercicio de la potestad disciplinaria a su Liquidador o a alguna otra autoridad en su estructura interna.

En segundo lugar analizará la constitucionalidad de la Resolución 317 de 2004 del Procurador General de la Nación a efecto de establecer la validez de la solución allí propuesta *“Cuando no se determine en la normatividad que regule el proceso de supresión o liquidación a quién corresponde la función disciplinaria y ninguna entidad estatal ha asumido las funciones”*.

De no resultar válida la anterior fórmula, de naturaleza reglamentaria, la Sala explorará la legislación a fin de determinar si eventualmente corresponde a la Procuraduría General de la Nación la competencia disciplinaria, en virtud de disposiciones legales expresas y de la cláusula general de competencia de que está revestida la institución.

1. Ausencia de autoridad interna que ejerza el control disciplinario

Atendiendo al mandato legal que ordena a todas las entidades del Estado implementar el control interno disciplinario, la Dirección Nacional de Estupefacientes había asignado el conocimiento de los procesos disciplinarios, en primera instancia, al secretario general de la entidad, y el de la segunda instancia al director de la Dirección Nacional de Estupefacientes.¹

El Gobierno Nacional, mediante decreto 3183 del 2 de septiembre de 2011, ordenó la supresión y liquidación de la Dirección Nacional de Estupefacientes, y en el artículo 5° dispuso que la liquidación se adelantaría a través de una entidad fiduciaria, la cual debía designar un apoderado general. A su vez, el párrafo segundo del mismo artículo suprimió el cargo de Director Nacional de Estupefacientes que, como se anotó, tenía a su cargo la segunda instancia de los procesos disciplinarios. Adicionalmente, se le aceptó la renuncia al secretario general y la oficina de control interno disciplinario se suprimió del organigrama institucional, con lo cual desapareció de la estructura de la Dirección Nacional de Estupefacientes toda la organización que le permitía ejercer internamente el poder disciplinario, incluida la posibilidad de una primera y una segunda instancia para el trámite de los respectivos procedimientos.

Ahora bien, el artículo 6° del decreto 3183 de 2011 estableció, dentro de las funciones del liquidador de la Dirección Nacional de Estupefacientes en liquidación, la de *“Promover, en los casos previstos por la ley, las acciones disciplinarias, contenciosas, civiles o penales necesarias contra los servidores públicos, personas o instituciones que hayan participado en el manejo de los bienes y haberes de la entidad en liquidación”*. De las funciones así otorgadas al liquidador se desprende que su intervención se limita a iniciar e impulsar las acciones a que haya lugar, es decir, a dar noticia de las faltas, y a interponer las demandas y denuncias ante el funcionario competente. Se trata de una tarea genérica, que no comporta la de adelantar y fallar los procesos disciplinarios en la entidad en liquidación. Debe anotarse de otra parte que, de acuerdo con la ley, la finalidad única del ente en liquidación es liquidar los activos y pagar pasivos, con el fin de extinguir en definitiva la persona jurídica, objetivo que no admite distracción alguna ni permite al liquidador asumir funciones incompatibles con la liquidación.

De todo lo anterior se concluye que en la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación no existe dependencia ni autoridad que pueda iniciar o continuar acciones disciplinarias en contra de servidores o de ex servidores de la entidad suprimida.

¹ Decreto 2568 de 2003. Por el cual se modifica la estructura de la Dirección Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones.

2. El acto reglamentario de la Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación, con fundamento en la resolución 317 de 2004 proferida por el señor Procurador, sostiene que compete al Ministerio de Justicia y del Derecho adelantar las acciones disciplinarias a que haya lugar contra los funcionarios y exfuncionarios de la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación.

La mencionada resolución 317 de 2004, *"Por medio de la cual se fijan parámetros para determinar la competencia en relación con el conocimiento de las faltas disciplinarias cometidas y procesos disciplinarios en curso en contra de los servidores públicos de las entidades suprimidas, liquidadas o en liquidación"* dispuso en el artículo cuarto:

"Cuarto. Cuando no se determine en la normatividad que regule el proceso de supresión o liquidación a quien corresponde la función disciplinaria y ninguna entidad estatal ha asumido las funciones, deberá conocer de las faltas disciplinarias atribuidas o de procesos disciplinarios pendientes, el Ministerio, Departamento Administrativo, Departamento o Municipio al cual se Encontraba (sic) adscrito o vinculado."

El epígrafe de la resolución 317 de 2004 enuncia como fundamento las atribuciones del artículo 7º, numerales 7, 18 y 36 del decreto ley 262 de 2000² que dicen así:

"ARTICULO 7o. FUNCIONES. El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones:

(...)

7. Expedir los actos administrativos, órdenes, directivas y circulares que sean necesarios para el funcionamiento de la entidad y para desarrollar las funciones atribuidas por la ley.

(...)

18. Coordinar y controlar el cumplimiento de la función disciplinaria.

(...)

36. Expedir, como supremo director del Ministerio Público, las directivas y circulares que resulten conducentes para el ejercicio de las funciones públicas y para prevenir la comisión de faltas disciplinarias de los servidores públicos".

Se observa que las funciones asignadas al Procurador General de la Nación en el decreto 262 de 2000 se refieren únicamente a la posibilidad de *"expedir los actos administrativos, órdenes, directivas y circulares que sean necesarios para el*

² Decreto ley 262 de 2000 *"por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos"*.

funcionamiento de la entidad y para desarrollar las funciones atribuidas por la ley". Con fundamento en estas atribuciones, el Procurador desarrolla la labor administrativa que le es propia como supremo Director del Ministerio Público (artículo 275 de la Constitución Política).

El análisis de las normas transcritas permite advertir que ninguna de ellas faculta al Procurador General de la Nación para fijar competencias administrativas a los órganos de la Rama Ejecutiva del poder público, y mal podría hacerlo dado que, como bien se sabe, la Constitución Política ha radicado esta atribución, de manera exclusiva, en el legislador.

Así las cosas, al contrastar las normas constitucionales con la resolución 317 de 2004, surge una manifiesta incompatibilidad, razón por la cual la Sala atenderá al deber que le impone el artículo 4° de la Constitución Política³ y aplicará la excepción de inconstitucionalidad.

Al respecto, la Corte Constitucional ha insistido en el deber que todas las autoridades de la República tienen de asegurar la supremacía de la Constitución⁴, consideración que la ha llevado a declarar:

*"25.- En primer término, en atención a la jurisprudencia constitucional, la excepción de inconstitucionalidad es una figura cuyo fundamento normativo se encuentra en el artículo 4 de la Constitución, del cual se deriva la obligación de aplicar preferentemente las normas constitucionales, cuando las normas de inferior jerarquía resultan incompatibles con las primeras. La jurisprudencia ha venido evolucionando en la comprensión del contenido normativo descrito, y en los últimos años ha desarrollado la interpretación según la cual, la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales..."*⁵

Precisamente en anterior oportunidad la Sala de Consulta y Servicio Civil⁶, al definir un conflicto de competencias administrativas, ya se había referido a la resolución 317 de 2004 expedida por el señor Procurador General de la Nación, y había aplicado la excepción de inconstitucionalidad. En esa oportunidad señaló:

³ Constitución Política. "Artículo 4°. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales."

⁴ Corte Constitucional, sentencias: T-614 de 1992, C-069 de 1995, C-037 de 1996, T-556 de 1998, T-826 de 2008, entre otras.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-389 de 2009. Ver también T-808 de 2007.

⁶ No escapa a la Sala que, en relación con una resolución anterior, similar a la que ahora se analiza, existe un pronunciamiento de la Sección Primera del Consejo de Estado en sentido contrario. Al respecto ver sentencia radicación 11001032400020040021601 del 19 de junio de 2008.

“... Con posterioridad al inicio del trámite de éste conflicto de competencias, se expidió Resolución 317 de 12 de agosto de 2004, publicada en el Diario Oficial N° 45.646, en la cual el Procurador General de la Nación fija los parámetros de competencia para conocer de los procesos disciplinarios que cursen en las entidades suprimidas o liquidadas. Ambas resoluciones deben ser inaplicadas por inconstitucionales, en cuanto su objeto es llenar vacíos legislativos relacionados con la determinación del órgano competente para ejercer el poder disciplinario, lo cual no corresponde con los mandatos que la Constitución y la ley le han otorgado al Jefe del máximo organismo del Ministerio Público.

Es así como, en desarrollo de los principios de división de poderes y legitimidad del derecho, se ha establecido para materias como la disciplinaria la “reserva legal” en consideración a que de su carácter sancionador se desprende una mayor y necesaria protección al derecho fundamental del “debido proceso”, que defiende el postulado según el cual el organismo competente de ejercer la potestad punitiva del Estado, adquiere vigencia sólo en la medida en que previamente así lo haya determinado el órgano legislativo en su libertad de configuración legislativa que de manera exclusiva le ha reconocido el constituyente.

Principios éstos reconocidos en instrumentos internacionales como el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷ y el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José-⁸. Igualmente, múltiples disposiciones de la Constitución Política lo consagran de manera expresa, entre otros, los artículos 6° (responsabilidad de servidores públicos), 29 (debido proceso), 122 (funciones detalladas de los empleos públicos), 123 (definición de servidores públicos y sus funciones) y 124 (responsabilidad de servidores públicos)”⁹

Deseable hubiera sido que el decreto 3183 de 2011, por el cual se suprimió la Dirección Nacional de Estupeficientes y se ordenó su liquidación, hubiera señalado quién debía ejercer las competencias en materia disciplinaria en la entidad suprimida¹⁰. No ha sido así y, por tanto, será necesario escrutar la

⁷ “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.”

⁸ “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter.”

⁹ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Conflicto de competencias administrativas, radicado: 2004-0432.

¹⁰ “Ha insistido esta Sala en que es tarea del legislador velar porque en el tránsito normativo, en la supresión o liquidación de entidades públicas, se anticipen las dificultades que pueden presentarse en dichos procesos, y en la medida de lo posible, se fijen parámetros claros que permitan finiquitar los asuntos en curso, se señalen de manera expresa y detallada las normas derogadas o modificadas; y se evite la asignación de competencias concurrentes o similares; o, como ocurre en este caso, se deje en el limbo la asignación de determinadas competencias”. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. “Memoria 2009”. Bogotá: Imaginate Editores, 2010, p. 116.

Constitución y la ley a efecto de determinar cuál es la autoridad competente para ejercer el poder disciplinario en relación con investigaciones que afecten a servidores o ex servidores de una entidad suprimida y en proceso de liquidación cuando, como ocurre en el presente caso, la normatividad que regule el proceso de supresión o liquidación no lo determina y ninguna entidad estatal ha asumido la función disciplinaria.

3. Competencia de la Procuraduría General de la Nación

a. La situación administrativa de la DNE en Liquidación

El análisis realizado en el acápite 1 permitió extraer las siguientes conclusiones:

- En la entidad denominada “Dirección Nacional de Estupefacientes - DNE en Liquidación”, entidad descentralizada adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia, fue suprimida la oficina de control interno disciplinario y no existe la menor posibilidad de implementarla.
- Debido a la reestructuración de la DNE, como consecuencia de su supresión y del desarrollo de la liquidación, desaparecieron de la estructura orgánica las autoridades a las cuales correspondía conocer de los procesos disciplinarios en primera instancia (Secretario General) y en segunda instancia (Director de la DNE). En otras palabras, no es posible garantizar en la DNE la segunda instancia (y ni siquiera la primera) por razones de estructura organizacional, irremediables por demás porque lo prohíbe el régimen legal de la liquidación de organismos y entidades públicas.
- El representante legal de la DNE en Liquidación es su liquidador, quien carece de facultad legal para ejercer el poder disciplinario en la entidad, porque no se la confieren las leyes generales, ni el Estatuto Disciplinario Único, ni el régimen legal de liquidación, ni los decretos que regularon el proceso de liquidación de la entidad.

b. Las reglas del artículo 76 de la ley 734 de 2002

La ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, determina la titularidad de la potestad y de la acción disciplinaria en los siguientes términos:

“Artículo 1°. Titularidad de la potestad disciplinaria. El Estado es el titular de la potestad disciplinaria.

Artículo 2°. Titularidad de la acción disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas,

órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias". (...)

Como se observa, la norma establece la titularidad del control disciplinario en dos niveles. Uno interno, radicado en las oficinas de control interno disciplinario, que por regla general y expreso mandato legal deben existir en todas las entidades del Estado con garantía de la segunda instancia.¹¹ Y uno externo, en cabeza del Ministerio Público, en ejercicio de la cláusula general de competencia, y del poder preferente, que opera de manera excepcional.

A su vez, el artículo 76 de la ley 734 de 2002 indica cómo opera el control disciplinario interno de las entidades u organismos del Estado y ofrece distintas soluciones para los eventos en que dicho control interno no se haya implementado o para cuando no sea posible garantizar la segunda instancia. Dice así la norma:

"Artículo 76. Control disciplinario interno. 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. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia.

Parágrafo 1°. La Oficina de Control Interno Disciplinario de la Fiscalía General de la Nación conocerá y fallará las investigaciones que se adelanten contra los empleados judiciales de la entidad. La segunda instancia será de competencia del señor Fiscal General de la Nación.

Parágrafo 2°. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

Parágrafo 3°. Donde no se hayan implementado oficinas de control interno disciplinario, el competente será el superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquel."

¹¹ Ley 734 de 2002. ARTÍCULO 34. DEBERES. Son deberes de todo servidor público: "(...) 32. Implementar el Control Interno Disciplinario al más alto nivel jerárquico del organismo o entidad pública, asegurando su autonomía e independencia y el principio de segunda instancia, de acuerdo con las recomendaciones que para el efecto señale el Departamento Administrativo de la Función Pública, a más tardar para la fecha en que entre en vigencia el presente código, siempre y cuando existan los recursos presupuestales para el efecto".

El cotejo de los hechos que resumen la situación jurídica de la DNE en Liquidación (literal a precedente) con las varias hipótesis que se leen en la norma transcrita, permite encontrar en el artículo 76 de la ley 734 de 2002 la solución al caso que nos ocupa. En efecto, se trata de identificar la entidad que es competente para ejercer el poder disciplinario respecto de los servidores o ex servidores de una entidad suprimida (la DNE), cuando, como dice la resolución 317 del Procurador arriba comentada, *“no se determine en la normatividad que regule el proceso de supresión o liquidación a quién corresponde la función disciplinaria y ninguna entidad estatal ha asumido las funciones”*.

El análisis efectuado sobre la situación jurídica de la DNE en Liquidación ha permitido establecer que en dicha entidad no se ha implementado oficina de control interno disciplinario, ni ello será ya posible. Y ocurre que, debido a *“razones de estructura organizacional”* no es factible que el superior inmediato del investigado asuma competencia, porque no existen ni el superior ni la competencia legal. Por estas mismas razones no es posible garantizar la segunda instancia, por vía jerárquica, en la organización interna de la DNE. Es decir, *la estructura jerárquica de la DNE en Liquidación no permite preservar la garantía de la doble instancia*, que es el principio del que arranca el artículo 76. Así las cosas, el parágrafo 3° del artículo 76 transcrito no ofrece solución al problema planteado en este conflicto.

Ahora bien. Puesto que no es posible preservar la garantía de la doble instancia en la estructura jerárquica de la DNE en Liquidación y, por ende, no es *posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional*, el artículo 76 da la respuesta a este inconveniente en el inciso primero: *“Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias”*. A esta solución de naturaleza legal se acoge la Sala.

Finalmente, si se tratara de investigaciones disciplinarias en contra del Director o representante legal de la DNE, la competencia corresponde a la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con las reglas del decreto 262 de 2000.

c. La Procuraduría General de la Nación como titular de la cláusula general de competencia disciplinaria

Además de lo anterior, cabe recordar que el numeral 6° del artículo 277 de la Carta Política confía a la Procuraduría General de la Nación tres funciones distintas:¹²

¹² Al respecto ver sentencia de la Corte Constitucional C- 948 de 2002.

“6. Ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”

La norma transcrita consagra una especie de cláusula general de competencia que ubica a la Procuraduría como el órgano máximo en materia disciplinaria, y de esta manera garantiza que, a pesar de vacíos legales o de anomalías organizacionales que pudieran presentarse en la administración pública, no habrá faltas disciplinarias que queden sin sanción.

La Corte Constitucional ha definido dicha atribución en los siguientes términos:

“La Constitución Política de 1991 no concentra la función disciplinaria en cabeza de un organismo único, aunque establece una cláusula general de competencia en la materia a cargo de la Procuraduría General de la Nación. A ésta encomienda la atribución de ‘ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley’ (artículo 277, numeral 6° C.N.)

Esa competencia de la Procuraduría se ejerce respecto de todo funcionario o empleado, sea cualquiera el organismo o rama a que pertenezca, salvo sobre aquellos que gocen de fuero especial según la Constitución. En cuanto a éstos se refiere, como ya se dijo, el Procurador General tan sólo tiene a su cargo la función de emitir concepto dentro del proceso que adelante la autoridad competente (artículo 278, numeral 2, C.N.).”¹³

En consonancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya en varios pronunciamientos esta Sala ha sostenido que del numeral 6° del artículo 277 de la Carta se desprende la “cláusula general de competencia” en materia disciplinaria. Sobre este particular ha dicho:

“Paralelo al poder disciplinario preferente que se desarrolla en el artículo 3° de la ley 734 de 2002, en la Procuraduría General de la Nación se radica la facultad de ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, tal como lo establece el artículo 277 de la Constitución Política.

Es por lo anterior que se afirma que la Procuraduría General de la Nación ostenta una facultad amplia en el tema disciplinario, que contiene el ejercicio del poder preferente predicable frente a las demás entidades que adelantan procesos disciplinarios a sus servidores públicos y la vigilancia superior de la conducta respecto a todo aquel que desempeñe funciones públicas. Estas

¹³ Corte Constitucional. C 417 de 1993.

atribución lleva implícita la facultad de imponer las sanciones correspondientes, de acuerdo con la ley.

De estos mandatos constitucionales se desprende la "cláusula general de competencia" que se radica en la Procuraduría General de la Nación, potestad que mantiene, incluso con el tránsito legislativo de la ley 200 de 1995 a la ley 734 de 2002, en cuanto aquella se deriva de los mandatos constitucionales expuestos anteriormente..."¹⁴

En conclusión, ante la actual inexistencia de una oficina de control interno disciplinario en la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación, y dada la imposibilidad jurídica y material de *garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional* en dicha entidad, corresponde a la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con el artículo 76 de la ley 734 de 2002 y en su condición de titular de la cláusula general de competencia en materia disciplinaria, continuar las investigaciones disciplinarias a que haya lugar dentro del expediente radicado 460. Esta solución, como es obvio, excluye la competencia del Ministerio de Justicia y del Derecho para conocer de las investigaciones disciplinarias contra servidores o ex servidores públicos de la DNE, ahora en Liquidación. En consecuencia, la Sala ordenará remitir la presente actuación administrativa a la Procuraduría Primera Distrital- Procuraduría General de la Nación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

RESUELVE:

Primero. Declárase competente a la Procuraduría General de la Nación-Procuraduría Primera Distrital, para continuar las investigaciones disciplinarias a que haya lugar dentro del expediente radicado 460.

Segundo. Remítase el expediente a la Procuraduría General de la Nación-Procuraduría Primera Distrital, para lo de su competencia.

Tercero. Comuníquese esta decisión a la Procuraduría General de la Nación-Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, a la Procuraduría Primera Distrital, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Liquidador de la Dirección Nacional de Estupefacientes - DNE en Liquidación.

¹⁴ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Conflictos de competencias administrativas radicados: 2004-0432 y 2009-0054 entre otros.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



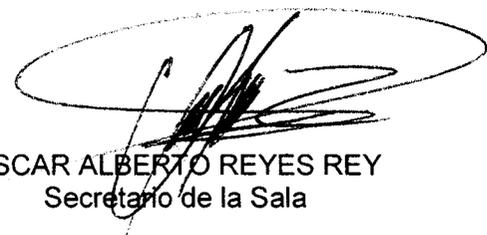
AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA
Presidente de la Sala



LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Consejero de Estado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado



OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala