

ACCION DE CUMPLIMIENTO - Finalidad

La finalidad de la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política a la cual puede acudir cualquier persona natural o jurídica, es hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que impone determinada actuación u omisión a la autoridad. Su objeto es la observancia del ordenamiento jurídico existente.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 87

RENUENCIA - Requisito de procedibilidad

En desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 393 de 29 de julio de 1997 que reglamenta esta acción, exige como requisito de procedibilidad la renuencia (artículo 8), esto es, haber reclamado en sede administrativa antes de ejercitar la demanda la atención de la norma o del acto administrativo que se considera desacatado, y que la autoridad no responda transcurridos 10 días o se niegue a atender su cumplimiento.

FUENTE FORMAL: LEY 393 DE 1997 - ARTICULO 8

CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO - Creación de unidad u oficina con estructura jerárquica que preserve la garantía de la doble instancia / CREACION DE UNIDAD U OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO - Se ordena el cumplimiento de lo establecido en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002

De conformidad con lo establecido en la norma que se señala como incumplida, así como en lo dispuesto por DAFP en conjunto con la PGN, si dadas las circunstancias de la entidad, bien sea porque cuenta con una planta de personal reducida, o porque la cantidad de procesos internos de tipo disciplinario que allí se adelanten es muy reducida, la función disciplinaria se ejercerá de conformidad con lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 76 del C.D.U., por el jefe inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico del mismo; entendiéndose por jefe inmediato del mismo, el coordinador o jefe de dependencia o el jefe del organismo, según el caso y, cuando el superior inmediato sea el jefe del organismo, la segunda instancia corresponderá a la Procuraduría General de la Nación, a través del funcionario competente. Así las cosas, deberá confirmarse la decisión de primera instancia que ordenó el cumplimiento de la norma referida, pero se modificará la orden de primera instancia, con el fin de que el COPNIA para dar cabal cumplimiento a lo establecido en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia; en consecuencia, el COPNIA deberá organizar la referida unidad u oficina, atendiendo a lo dispuesto en esta providencia por lo que deberá establecer claramente quién es el superior inmediato de cada servidor y así determinar la primera y la segunda instancia en dichos procesos.

NOTA DE RELATORIA: la Corte Constitucional mediante sentencia C-1061 de 2003, declaró exequibles el numeral 32, parcial, del artículo 34 y el párrafo 3 del artículo 76 de la Ley 734 de 2002.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00974-01(ACU)

Actor: ALCIRA PEREZ HUERTAS

Demandado: CONSEJO PROFESIONAL NACIONAL DE INGENIERIA - COPNIA

Conoce la Sala de la apelación presentada por el Consejo Nacional Profesional de Ingeniería, en adelante COPNIA, contra la sentencia de 16 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B" que accedió a las peticiones de cumplimiento.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La señora Alcira Pérez Huertas, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 de la Constitución Política¹, desarrollada en la Ley 393 de 1997, demandó al COPNIA, con el objeto de que diera cumplimiento al artículo 76 de la **Ley 734 de 2002** en el sentido de *"organizar una entidad u oficina del más alto nivel, que permitiera preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores"*².

1.2. Hechos

Como sustento de la acción de cumplimiento, la accionante relacionó los siguientes fundamentos de hecho que sintetiza la Sala:

Señaló que el COPNIA es una entidad pública, creada a partir de las Leyes 94 de 1937 y 64 de 1978, y actualmente reglamentada por la Ley 842 de 2003 y presidido por el Ministro de Transporte.

Adujo que el COPNIA debe atender y acatar todos los lineamientos del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), que en su artículo 76 impuso a todas las entidades del Estado, el deber de organizar una unidad o una oficina del más alto

¹ La acción de cumplimiento fue presentada el 20 de abril de 2015 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

² Folio 3.

nivel, que permitiera preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores.

Indicó que dicha entidad no ha organizado una oficina que permita garantizar la doble instancia en los procesos disciplinarios que se adelantan contra sus servidores.

Señaló que, en respuesta dada por el COPNIA, a través de Oficio No. NAL-CE-2013-05670 de 7 de octubre de 2013, esta entidad le indicó a la accionante que la Junta Nacional, mediante Resolución No. 1897 de 2012, definió que la primera instancia de las investigaciones disciplinarias de orden interno sería responsabilidad de la Subdirección Jurídica, con lo cual la entidad considera que dio cumplimiento a la norma que se señala incumplida.

Indicó que en dicha respuesta, la entidad se refirió a la sentencia C-1061 de 2003, de la Corte Constitucional, sin señalar cuál de sus apartes era aplicable al caso concreto.

Considera la accionante que no hay garantía de la doble instancia con la estructura jerárquica del COPNIA, pues la Subdirección depende directamente de la Dirección General y además, es la dependencia encargada de los asuntos jurídicos de la entidad, por lo que si la Subdirección falla en primera instancia, y en segunda lo hace la Dirección General que se apoya en esa Subdirección, no habría en estricto sentido una doble instancia.

Hizo mención a varios casos en los que, a su juicio debió iniciarse un proceso disciplinario contra funcionarios de la entidad, pero que la entidad se abstuvo de ello, lo que señala, obedeció a que coincidentalmente todas las actuaciones jurídicas del COPNIA son revisadas por la Subdirección Jurídica y es justamente esa misma dependencia la encargada de adelantar las investigaciones disciplinarias internas que *“nunca se inician cuando están implicados los funcionario adscritos a ella”*³.

1.3. Pretensión

La actora solicitó que se ordenara al COPNIA *“dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002 y como consecuencia, organizar una unidad o una 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”*; y agregó que *“la unidad u oficina debe ser independiente de la*

³ Folio 7.

*Subdirección Jurídica del COPNIA para que así se garantice en realidad la doble instancia en esos procesos disciplinarios*⁴.

1.4. Actuación procesal

Por auto de 7 de mayo de 2015, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, remitió por competencia la acción de cumplimiento de la referencia, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conforme a lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 152 del C.P.A.C.A., por ser el COPNIA un órgano público que pertenece al nivel central del orden nacional.

Posteriormente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, con auto de 19 de mayo de 2015 admitió la demanda y ordenó notificarla al Presidente del COPNIA, o su delegado para que interviniera en el trámite de la actuación (fls. 41 a 43).

1.5. La contestación

El COPNIA, a través de su Director General, con escrito de 27 de mayo de 2015, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la acción.

Señaló que el COPNIA cumple adecuadamente con la función disciplinaria y preserva el principio de la doble instancia como lo establece el artículo 76 de la Ley 734 de 2002, asegurando la autonomía y la independencia en los términos de dicha normativa, pues la Junta Nacional, mediante Resolución No. 1897 de 2012, en su artículo 8º, numeral 17 definió que la primera instancia de las investigaciones disciplinarias de orden interno del COPNIA, serían de responsabilidad de la Subdirección Jurídica, conforme a lo establecido en la referida norma y, en tal sentido, organizó esa oficina para que conociera en primera instancia, y que en segunda, conocería la Dirección General, con lo que indicó, se garantiza la doble instancia que establece el referido artículo 76.

Subsidiariamente, pidió que se declare improcedente la acción de cumplimiento, toda vez que, a su juicio, se configuraron las causales del artículo 9º de la Ley 393 de 1997.

1.6. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, mediante sentencia de 16 de junio de 2015 dispuso:

“1º) **Declárese no probadas** las excepciones alegadas por la parte demandada.

2º) **Ordénase** al Presidente del Consejo Nacional de Ingeniería – COPNIA el cumplimiento de lo establecido en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002, en el sentido de crear la Unidad u Oficina de Control Interno Disciplinario en la entidad o modificar correctamente sus

⁴ Folio 11.

estatutos, establecer claramente quién es el superior inmediato de cada servidor y poder tener certeza acerca de la primera y segunda instancia de los procesos disciplinarios adelantados en la entidad. (...)” (fls. 78 a 89).

Para arribar a esta decisión explicó que, en cuanto a la condición de inobjetable de la norma que se demanda incumplida, señaló que es evidente que ese requisito se configura en el caso concreto, pues la norma tiene un mandato al ordenar a las entidades 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 que se adelanten contra sus servidores o implementar el trámite de la primera y la segunda instancia de conformidad con el parágrafo tercero del artículo demandado.

Señaló que de los documentos obrantes en el expediente, se advierte que el COPNIA emitió la Resolución No. 1897 de 2012 *“por la cual se modifica la estructura orgánica del COPNIA”*, donde se estableció que la Subdirección Jurídica resolvería en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten al interior de la entidad, sobre funcionarios que no sean del nivel directivo; sin embargo, esta dependencia no es el órgano superior inmediato de todos los servidores del COPNIA, ni se preceptuó quién conocería de la segunda instancia.

Así, teniendo en cuenta que el COPNIA no cuenta con Oficina de Control Interno Disciplinario, le corresponde a esa entidad disponer ya sea de la creación de la oficina, o modificar correctamente su estructura orgánica, para así establecer quién conoce de esos procesos en primera y segunda instancia.

Por lo anterior, encontró que el Presidente del COPNIA incumplió el deber contenido en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002 al no haber creado o implementado correctamente la Unidad o la Oficina de Control Interno Disciplinario y señaló que si bien está establecida la primera instancia, la dependencia que la conoce, no es el superior inmediato de todos los servidores de la entidad y no se tiene conocimiento de quién conocerá en segunda instancia de tales procesos.

1.7. Impugnación

Inconforme con la anterior decisión el COPNIA, la impugnó a través de apoderado judicial, con escrito de 24 de junio de 2015, en el que solicitó que se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda.

Reiteró los argumentos de la contestación y agregó que el COPNIA, con el fin de adelantar la función pública en todo el territorio nacional a través de los respectivos Consejos Seccionales, actualmente solo cuenta con 122 empleos a nivel nacional, planta muy reducida para las pretensiones de la actora, en el sentido de que se ordene mediante sentencia, sin tener en cuenta los gastos que ello implica, crear una Unidad u Oficina de Control Interno Disciplinario, pues así

como la planta de personal es reducida, el volumen de los procesos disciplinarios a los que se refiere la Ley 734 de 2002 es bajo, pues en la actualidad solo existen 6 trámites activos.

Adujo que la orden de la decisión de primera instancia es improcedente toda vez que implica atentar contra las normas o reglas vigentes de austeridad del gasto, y en consecuencia, en contravía de las normas que regulan la acción de cumplimiento, pues este mecanismo no puede ser utilizado para ordenar gastos a las entidades.

Afirmó que además de lo anterior, la acción es improcedente porque la entidad no está incumpliendo la norma, pues el COPNIA, de conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002 estableció la competencia que adelanta los procedimientos disciplinarios internos y existe certeza de la primera y la segunda instancia de esos procesos.

Se refirió a la sentencia C-1063 de 2003 de la Corte Constitucional, según la cual la exigencia del párrafo del mencionado artículo, en el sentido de que sea el superior inmediato quien investigue, es una situación transitoria para los eventos en que no se haya organizado una unidad u oficina de Control Interno Disciplinario y, señaló que teniendo en cuenta la organización administrativa del COPNIA, no es posible afirmar que el contenido del artículo 76 de la Ley 734 de 2002, se trate de un mandato imperativo e inobjetable.

Además reiteró que el COPNIA sí tiene creada y organizada la función disciplinaria al habersele adscrito a la Subdirección General de la entidad, que tiene legitimidad para actuar como tal, como dependencia de segundo nivel que es dentro de la entidad.

Indicó que, contrario a lo manifestado por el Tribunal, sí está especificada tanto la primera, como la segunda instancia de los procesos disciplinarios al interior de la entidad, lo que puede observarse en la misma Resolución No. 1897 de 2012 *Por la cual se modifica la estructura orgánica del Consejo Nacional de Ingeniería COPNIA*".

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

Esta Sala es competente para conocer de esta impugnación con fundamento en lo dispuesto en el artículo 150 del C.P.A.C.A. y en el Acuerdo 015 de 22 de febrero de 2011 emanado de la Sala Plena del Consejo de Estado, que asignó a esta Sección el conocimiento de la segunda instancia en este tipo de acciones, cuando se dirijan contra organismos y entidades del orden nacional⁵.

⁵ De igual manera destaca la Sala que el asunto fue conocido en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en razón al domicilio del accionante. (Bogotá).Lo anterior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3° de la Ley 393 de 1997.

2.- Generalidades sobre la acción de cumplimiento

La finalidad de la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política a la cual puede acudir cualquier persona natural o jurídica, es hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que impone determinada actuación u omisión a la autoridad. Su objeto es la observancia del ordenamiento jurídico existente.

En desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 393 de 29 de julio de 1997⁶ que reglamenta esta acción, exige como requisito de procedibilidad “*la renuencia*” (artículo 8º), esto es, haber reclamado en sede administrativa antes de ejercitar la demanda la atención de la norma o del acto administrativo que se considera desatendido, y que la autoridad no responda transcurridos 10 días o se niegue a atender su cumplimiento.

Para que la demanda proceda, se requiere:

- a) Que la norma legal o acto administrativo contenga un mandato imperativo e inobjetable radicado en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, al cual se reclama el cumplimiento; y que en efecto se establezca que existe la desatención de la norma o acto;
- b) Que el actor pruebe que antes de presentar la demanda exigió al que consideró como obligado, el cumplimiento de su deber legal;
- c) Que el afectado no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el acto administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción; que no se trate de una norma que establezca gastos, ni tampoco del reclamo de un derecho que pueda garantizarse por la vía de la acción de tutela.

3.- De la norma cuya reglamentación se solicita:

Por medio de esta acción la demandante pretende que se ordene al COPNIA, dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002 “*Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*” el cual es del siguiente tenor:

“**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.

⁶ “Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política”.

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 aquél. (Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-1061 de 2003).

4. Del agotamiento del requisito de procedibilidad

Mediante escrito de 24 de septiembre de 2013, dirigido a la Ministra de Transporte, en calidad de presidenta del COPNIA, la accionante pidió, entre otras cosas, y con el fin de constituir en renuente a la entidad, que se diera cumplimiento por parte del COPNIA a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 134 de 2002, en el sentido de *“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 su estructura organizacional, conocerá el asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias”*.

En respuesta a lo anterior, la entidad le manifestó que la Junta Nacional del COPNIA, mediante Resolución No. 1897 de 29 de octubre de 2012 *“por la cual se modifica la Estructura Orgánica del Consejo Profesional de Ingeniería – COPNIA”*, en su artículo 8º, numeral 17 definió que la primera instancia de las investigaciones disciplinarias de orden interno serían responsabilidad de la Subdirección Jurídica así:

“17) Resolver en primera instancia las investigaciones de carácter disciplinario que se adelanten a los servidores del Consejo Nacional de Ingeniería distintos a los del nivel directivo, de conformidad con lo establecido en la Ley 734 de 2002 o la norma que la modifique, adicione o sustituya”.

5. Caso concreto

En el *sub lite* la actora demandó al COPNIA, con el objeto de que diera cumplimiento al artículo 76 de la Ley 734 de 2002, en el sentido de “organizar una entidad u oficina del más alto nivel, que permitiera preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores”⁷.

Destaca la Sala que en virtud del referido artículo, el COPNIA debía organizar una unidad u oficina 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; y que, de no ser posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional la segunda instancia del asunto sería de conocimiento de la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

La norma establece además que 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; e indicó que, en todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario y, 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.

La referida norma especificó en su párrafo segundo que se entiende por oficina del más alto nivel, la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración y, en el párrafo tercero señaló que donde no se hayan implementado oficinas de control interno disciplinario, el competente sería el superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquél.

En relación con esto último advierte la Sala que, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1061 de 2003, declaró exequibles el numeral 32, parcial, del artículo 34 y el párrafo 3° del artículo 76 de la Ley 734 de 2002 y específicamente en relación con este último artículo señaló:

“El artículo 76 de la Ley 734 de 2002 es perentorio en señalar que en toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias del Consejo Superior de la Judicatura, habrá una unidad u oficina encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores.

En ese contexto, y tal como lo pone de presente quien interviene por el Ministerio de Justicia y del Derecho, **resulta claro que el párrafo tercero acusado se refiere a una situación de transición**. Esto es, no regula un régimen distinto de control disciplinario interno, que se aplicaría de manera permanente en ciertas entidades, por oposición al que de manera general se desarrolla en el artículo 76, sino **que**

⁷ Folio 3.

contiene una previsión transitoria, para aquellos eventos en los cuales no se haya organizado la oficina de control disciplinario interno, y hasta tanto dicha oficina entre a operar. De este modo, la competencia especial del superior inmediato sólo se predica de aquellas hipótesis en las que, debiendo organizarse, conforme al mandato general, una oficina de control interno, la misma todavía no se haya establecido.

A tal conclusión se llega si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 34 de la Ley 734 de 2002, al servidor público competente le correspondía, en cada entidad, organizar el control disciplinario interno, a más tardar, para la fecha de entrada en vigencia del Código Disciplinario, como un deber cuyo incumplimiento da lugar a responsabilidad disciplinaria. **La única excepción a ese deber es la ausencia de recursos presupuestales para el efecto.**

Luego el alcance del párrafo 3° del artículo 76 es el de que cuando, por razones presupuestales, todavía no haya sido posible establecer la oficina de control interno disciplinario, el competente será el superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquel. En este sentido se pronunció la Corte en la Sentencia C-095 de 2003, al expresar que la Ley 734 de 2002 ‘... prevé como circunstancia transitoria y excepcional que **en aquellas entidades del Estado donde no se hayan implementado Oficinas de Control Interno Disciplinario, el competente para adelantar dichas investigaciones y juicios disciplinarios en primera instancia ‘es el superior inmediato del investigado’ y la segunda instancia corresponderá entonces al ‘superior jerárquico de aquél’.**

La disposición objeto de estudio no contiene una autorización para dejar de organizar la unidad u oficina de control disciplinario interno, ni la previsión de una dualidad de regímenes, de manera que, en unos casos, la investigación y el fallo de primera instancia correspondan a la unidad u oficina de control disciplinario interno, y, en otros, al superior inmediato. Se repite, se trata tan solo de una previsión para aquellos casos en los que, por razones presupuestales, todavía no haya sido posible establecer la oficina de control interno disciplinario, en aquellas entidades cuyo volumen de asuntos disciplinarios haga necesaria esa modalidad de organización del control disciplinario interno.

(...)

Encuentra la Corte que *per se* no es contrario a la Constitución atribuir al superior inmediato del investigado el ejercicio del control disciplinario en primera instancia. Se trata de una opción que, en principio, se encuentra dentro del ámbito de configuración del legislador, sin que resulte un imperativo del debido proceso que el control disciplinario, en su primera instancia, se ejerza por una unidad u oficina especializada. Por el contrario, tradicionalmente se había considerado que hacía parte de la naturaleza de la función disciplinaria, su atribución a los respectivos superiores jerárquicos, como un instrumento de control para la buena marcha de la Administración (...). (La negrilla es de la Sala).

Por su parte, el artículo 34, numeral 32 de la misma Ley 734 de 2002 (norma que fue igualmente declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1061 de 2003), estableció como deber de todo servidor público:

Artículo 34. Deberes.

(...)

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.

Así mismo, el Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP, en conjunto con la Procuraduría General de la Nación – PGN, a través de la Circular No. 001 de 2 de abril de 2002, señaló que, dada la entrada en vigencia de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, se hacía imperativa la necesidad de implementar, previamente los mecanismos pertinentes para la operatividad de la función disciplinaria, para lo cual, en dicha circular se realizaron las siguientes precisiones y recomendaciones que sintetiza la Sala:

En primer lugar, se señaló que el mecanismo para cumplir la función disciplinaria sería la conformación de un grupo formal de trabajo, mediante acto interno del jefe del organismo, adscrito a una de las dependencias del segundo nivel jerárquico de la organización, coordinado por el Director de dicha dependencia.

Por otro lado, se estableció que en el evento en que la magnitud de la entidad o la índole de la función, determinen un volumen significativo de procesos disciplinarios, que haga necesaria la creación de una oficina disciplinaria dentro de la estructura formal de la entidad, se debería adelantar el trámite técnico, administrativo y presupuestal necesario para formalizar, en una norma expedida por autoridad competente⁸, la oficina disciplinaria; a la cual, se le asignarían los cargos que se requirieran, ya sea modificando la planta de personal o reubicando internamente los ya existentes y, la segunda instancia sería de conocimiento igualmente del nominador.

Cuando la entidad cuente con una planta de personal muy reducida, **que haga imposible la conformación del grupo de trabajo**, la función disciplinaria se ejercerá, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo 3º del artículo 76 del Código Disciplinario Único, por el jefe inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico del mismo. En este caso se entiende por jefe inmediato, a la luz de las normas de administración de personal vigentes, el coordinador o jefe de dependencia o el jefe del organismo, según el caso y, cuando el superior inmediato sea el jefe del organismo, la segunda instancia corresponderá a la Procuraduría General de la Nación, a través del funcionario competente.

⁸ Decreto nacional, Ordenanza departamental, Acuerdo distrital o municipal, etc.

Por otro lado, se señaló en la referida circular que, tanto en el caso en que se conforme el grupo formal en las condiciones anotadas, o se cree la dependencia estructural, el número de funcionarios de la unidad disciplinaria así organizada, dependerá del promedio de procesos disciplinarios que se hayan venido adelantando y del respectivo estudio de cargas de trabajo.

Indicó que el personal de la unidad u oficina disciplinaria que adelante la indagación preliminar, la investigación y el fallo, deberá tener formación académica no inferior al nivel profesional y estar nombrado en cargos de dicho nivel o niveles superiores.

Finalmente, señaló que en cualquier momento, la Procuraduría General de la Nación, o las Personerías Municipales o Distritales, según el orden territorial al cual corresponda el organismo o entidad, podrá asumir la indagación preliminar, la investigación o el fallo, en ejercicio del poder disciplinario preferente que les otorga la ley.

Así las cosas, para la Sala no hay duda de que la norma que la accionante señala incumplida, contiene un mandato claro, expreso e imposible de eludir a cargo de la entidad, consistente en *“organizar una unidad u oficina del más alto nivel, que permitiera preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores”*.

Frente a lo cual, se observa que el COPNIA emitió la Resolución No. 1897 de 2012 *“por la cual se modifica la estructura orgánica del COPNIA”*, donde se estableció que la Subdirección Jurídica resolvería en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten al interior de la entidad, y que en segunda, conocería la Dirección General, con lo que se advierte que se garantiza la doble instancia que establece el referido artículo 76; máxime cuando la misma norma señala que cuando el superior inmediato sea el jefe del organismo, la segunda instancia corresponderá a la Procuraduría General de la Nación, a través del funcionario competente.

No obstante lo anterior, de conformidad con lo establecido en la norma que se señala como incumplida, así como en lo dispuesto por DAFP en conjunto con la PGN, si dadas las circunstancias de la entidad, bien sea porque cuenta con una planta de personal reducida, o porque la cantidad de procesos internos de tipo disciplinario que allí se adelanten es muy reducida, la función disciplinaria se ejercerá de conformidad con lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 76 del C.D.U., por el jefe inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico del mismo; entendiéndose por jefe inmediato del mismo, el coordinador o jefe de dependencia o el jefe del organismo, según el caso y, cuando el superior inmediato sea el jefe del organismo, la segunda instancia corresponderá a la Procuraduría General de la Nación, a través del funcionario competente.

Así las cosas, deberá confirmarse la decisión de primera instancia que ordenó el cumplimiento de la norma referida, pero se **modificará** la orden de primera instancia, con el fin de que el COPNIA para dar cabal cumplimiento a lo establecido en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002, deberá **organizar** una unidad u oficina del más alto nivel, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores, cuya estructura jerárquica permita **preservar la garantía de la doble instancia**; en consecuencia, el COPNIA deberá organizar la referida unidad u oficina, atendiendo a lo dispuesto en esta providencia por lo que deberá **establecer claramente quién es el superior inmediato** de cada servidor y así determinar la primera y la segunda instancia en dichos procesos.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- Confirmar la decisión de primera instancia de 16 de junio de 2015 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B" que accedió a las pretensiones de cumplimiento, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, **modificar** la orden de cumplimiento, la cual quedará así:

Ordenar al COPNIA **organizar** una unidad u oficina del más alto nivel, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores, cuya estructura jerárquica permita **preservar la garantía de la doble instancia**; en consecuencia, **deberá** establecer claramente quién es el superior inmediato de cada servidor y así determinar la primera y la segunda instancia en dichos procesos.

Segundo.- Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

Tercero.- En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidente

Alberto Yepes Barreiro
Consejero de Estado

Esperanza Gómez de Miranda
Conjuez

Bertha Lucía González Zúñiga
Conjuez