

CONFLICTO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS - Entre la Superintendencia de Notariado y Registro y la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC. Solicitud de Nulidad / IMPEDIMENTO - De los Magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil por haber dado concepto previo sobre una misma materia / SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL – Función de emitir Concepto y de resolución de Conflictos de Competencias Administrativas

En el presente caso la Comisión Nacional del Servicio Civil fundamenta su solicitud de nulidad en el desconocimiento del numeral 11 del artículo 11 del CPACA, en cuanto al deber que habrían tenido los miembros de la Sala de Consulta de declararse impedidos para resolver el conflicto de competencias administrativas entre esa Comisión y la Superintendencia de Notariado y Registro, por el hecho de haber emitido previamente un concepto -en desarrollo de su función consultiva-, sobre las competencias de esas dos entidades. Se puede concluir entonces que la solicitud de nulidad debe ser desestimada, por cuanto no se afectó bajo ninguna circunstancia el derecho a la imparcialidad que fundamenta el régimen de impedimentos y recusaciones. Frente a este punto, con base en la constitución y la ley y atendiendo las consideraciones de los señores conjuces sorteados para este asunto, la Sala rectifica entonces su doctrina anterior en la que había interpretado que la participación en la respuesta a una consulta del Gobierno Nacional, generaba impedimento para sus magistrados cuando debieran conocer en el futuro de un conflicto de competencias administrativas que tratara de la misma materia. **NOTA DE RELATORIA:** Ver: Concepto 2070 de 2012, M.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Sala de Consulta y Servicio Civil.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 228 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 237 NUMERAL 6 / CPACA – ARTICULO 109 / CPACA – ARTICULO 112 / CPACA – ARTICULO 39 / CPACA – ARTICULO 137 / CPACA – ARTICULO 138 / CPACA – ARTICULO 107 / CPACA – ARTICULO 11 NUMERAL 11 / CPACA – ARTICULO 130 / LEY 270 DE 2012 – ARTICULO 38 / LEY 270 DE 2012 – ARTICULO 34 / LEY 270 DE 2012 – ARTICULO 125 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 150 NUMERAL 12 / CPACA – ARTICULO 237 /

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA (E)

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00006-00

Referencia: SOLICITUD DE NULIDAD. CONFLICTO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS ENTRE LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO Y LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC.

Pasa la Sala a pronunciarse sobre la solicitud presentada por la Comisión Nacional del Servicio Civil para que se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del 24 de enero de 2013, fecha en la cual la Comisión descorrió traslado dentro del procedimiento adelantado con ocasión del conflicto de competencias de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El representante de la Comisión Nacional del Servicio Civil solicita que se declare la nulidad antes aludida, dentro del conflicto de competencias entre la Superintendencia de Notariado y Registro y la Comisión Nacional del Servicio Civil, con radicación interna 201300006, que concluyó con la decisión del 14 de febrero de 2013, en la que la Sala declaró competente para adelantar los procesos de selección o concurso de los cargos de carrera administrativa en la Superintendencia de Notariado y Registro a esta última entidad.

Invoca los artículos 140 y 144 del Código de Procedimiento Civil que considera aplicables por remisión expresa del artículo 208 de la ley 1437 de 2011, y concluye que el proceso es nulo por falta de competencia, dado que los magistrados que adoptaron la decisión del conflicto de competencias a su vez participaron en la aprobación del concepto 2070 de 2012, configurándose la causal de impedimento señalada en el numeral 11 del artículo 11 de la ley 1437 de 2011.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

El 8 de marzo de 2013 la Comisión Nacional del Servicio Civil solicitó la nulidad de todo lo actuado a partir del 24 de enero de 2013, fecha en la cual la Comisión descorrió traslado dentro del procedimiento adelantado con ocasión del conflicto de competencias de la referencia. (Fls. 2 al 6)

El 9 de abril de 2013 los magistrados Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Augusto Hernández Becerra y William Zambrano Cetina, en aplicación del artículo 11 numeral 11 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se declararon impedidos para conocer del asunto porque el tema fue objeto de un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil. (Fl. 23)

Mediante providencia del 10 de mayo de 2013, los señores conjueces Susana Montes de Echeverri, Gustavo Aponte Santos y Hernando Yepes Arcila, sorteados para conocer del impedimento, lo declararon infundado y ordenaron devolver el expediente a la Sala de Consulta y Servicio Civil para que reasumiera el estudio de la solicitud de nulidad. (Fls. 29 al 42)

En auto del 24 de mayo de 2003, el consejero ponente dispuso aplicar el procedimiento señalado en el artículo 39, inciso tercero del CPACA, con miras a garantizar el derecho de defensa y contradicción. (Fls. 47 y 48). Así las cosas, el asunto permaneció fijado mediante edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la ley 1437 de 2011 (Fl. 49 a 51).

III. TRASLADO DE LA SOLICITUD DE NULIDAD

La Superintendencia de Notariado y Registro solicita que se deniegue por improcedente la nulidad presentada por la Comisión Nacional de Servicio Civil, atendiendo a las siguientes razones:

No puede sostenerse que la Sala de Consulta y Servicio Civil haya actuado sin competencia al resolver el conflicto, pues claramente está señalada como una de sus funciones por el artículo 112 numeral 10 de la ley 1437 de 2011.

Por otra parte, cuando la Sala emitió el concepto 2070 de 2012 también lo hizo en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales como máximo cuerpo consultivo del Gobierno Nacional, y no podían sus magistrados dejar de cumplir con su deber, so pena de incurrir en responsabilidad por una eventual omisión: Es por ello, que además no se configura la causal de impedimento señalada en el numeral 11 del artículo 11 ibídem.

Finalmente asevera que si la Comisión consideraba que concurría una causal de impedimento, debió manifestarlo en su oportunidad, es decir una vez se le corrió traslado de la actuación dentro del trámite del conflicto de competencias. (Fls. 52 al 59)

IV. CONSIDERACIONES

1. Inexistencia de impedimento para resolver la solicitud de nulidad

Como se señaló en los antecedentes, mediante auto del 10 de mayo de 2013 una Sala de Conjuces rechazó el impedimento manifestado por los miembros de la Sala para resolver el presente incidente de nulidad. Según la Sala de Conjuces, los magistrados titulares de la Sala de Consulta no están impedidos para resolver sobre la nulidad de lo actuado, en la medida que sus pronunciamientos anteriores sobre esta materia lo han sido en ejercicio de sus funciones y no a título personal.

Por tanto, pasa la Sala a resolver de fondo el incidente de nulidad que le ha sido propuesto.

2. Planteamiento del problema

De acuerdo con los antecedentes expuestos, la solicitud de nulidad elevada por la Comisión Nacional del Servicio Civil plantea como problema jurídico principal el interrogante de si las competencias asignadas a la Sala de Consulta y Servicio Civil de (i) absolver consultas al Gobierno Nacional y (ii) resolver conflictos de competencias administrativas, resultan excluyentes entre sí, en el sentido de que un pronunciamiento de la Sala en ejercicio de una de tales funciones, generaría automáticamente un impedimento de los miembros de la corporación para conocer un asunto similar planteado con base en la otra atribución. La respuesta afirmativa a dicho interrogante (como lo plantea la solicitud de nulidad) llevaría a que cuando la Sala resuelve una consulta del Gobierno Nacional, sus magistrados quedarían impedidos para decidir conflictos de competencias administrativas que versaran sobre la misma materia, y viceversa.

Según la Comisión Nacional del Servicio Civil, el impedimento se originaría en lo previsto en el numeral 11 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, según el cual el servidor administrativo está impedido para intervenir en la actuación administrativa cuando hayan dado concepto anterior sobre las cuestiones que son materia de ella.

Para resolver el asunto, la Sala estudiará entonces (i) el régimen jurídico de las funciones que según la Comisión Nacional del Servicio Civil dan origen al impedimento, (ii) la función de los impedimentos y su aplicación a la causal alegada; y (iii) la solución del asunto planteado.

3. Las funciones de emitir concepto y de resolución de conflictos de competencias administrativas.

a. La función de rendir concepto a solicitud del Gobierno Nacional

La función del Consejo de Estado de rendir conceptos tiene fundamento directo en la Constitución, que le asigna a la Corporación, además de su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, la de ser Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración (Artículo 237).

Con base en lo anterior, el artículo 109 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) señala también que el Consejo de Estado es “el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno”.

Como se sabe, la función de absolver consultas se encuentra asignada de manera particular a la Sala de Consulta y Servicio Civil, conforme al artículo 112 del CPACA, que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia señala:

“Artículo 112. **Integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil.** (...) La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:

1. Absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo.”

Las características especiales de esta función aparecen señaladas en el mismo artículo 112 del CPACA, así: (i) la solicitud de concepto sólo puede ser presentada por el Gobierno Nacional a través de los ministros y directores de departamentos administrativos; (ii) la consulta puede ser general o particular, aún cuando la Sala ha señalado que no debe referirse a asuntos concretos que estén ya en conocimiento de la jurisdicción contenciosa, con el fin de evitar interferencias con la autonomía que rodea a esta última¹; (iii) los conceptos emitidos no son vinculantes, salvo que la ley disponga otra cosa; y (iv) tales conceptos tienen carácter reservado por seis (6) meses, salvo que el Gobierno Nacional prorrogue la reserva hasta por cuatro años, o decida su levantamiento anticipado.

Cabe señalar, además, que cuando la Sala conceptúa por solicitud del Gobierno Nacional, cumple una labor preventiva y de orientación de la actividad administrativa siempre sobre la base de la necesaria observancia del principio de legalidad en el marco de la constitución. Por tanto, desde un punto de vista de la arquitectura institucional del Estado Colombiano, la función de atender las consultas del Gobierno Nacional, forma parte de los diversos mecanismos constitucionales de defensa de la Constitución y de garantía de los derechos fundamentales de las personas. Al respecto, esta Sala ha indicado lo siguiente:

¹ Sala de Consulta, 10 de junio de 2010, radicación, 2006: igualmente, Concepto del 15 de febrero de 2006. Rad. No. 1714, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Auto del 11 de marzo de 2010, Consulta 1991, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

“Esta función consultiva en *asuntos de administración* constituye una herramienta constitucional de colaboración interinstitucional, orientada a que el Gobierno Nacional pueda contar con un criterio jurídico objetivo e independiente para el mejor cumplimiento de las tareas administrativas a su cargo. En tal sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, con base en el ordenamiento vigente, conceptúa jurídicamente sobre asuntos o materias administrativas que el Gobierno debe resolver dentro de su autonomía para la buena marcha de la Administración.”²

Así mismo, es preciso resaltar que uno de los rasgos particulares de la función consultiva que la Constitución pone a disposición del Gobierno, es el hecho de ser ejercida desde la autonomía e independencia propia de la rama judicial y, por tanto, con la misma garantía de sujeción estricta a la Constitución y al ordenamiento jurídico vigente, conforme lo establece el artículo 228 superior.

Por tanto, la función de rendir conceptos sobre asuntos de la administración, forma parte del sistema integral de defensa de la supremacía constitucional, que le corresponde ejercer a esta Sala como parte de la arquitectura normativa de pesos y contrapesos prevista en el Estatuto Superior.

b. La función de resolución de conflictos de competencias administrativas

En desarrollo de lo previsto en el artículo 237-6 de la Constitución Política, que determina que el Consejo de Estado ejercerá las demás funciones que señale la ley, el CPACA le asignó a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de resolver los conflictos de competencias administrativas en que esté involucrada una autoridad administrativa del orden nacional o autoridades territoriales que no se encuentren ubicadas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo:

“Artículo 112. **Integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil.** (...) La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones: (...)

10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

El procedimiento para resolver estos conflictos de competencia administrativa se encuentra desarrollado en el artículo 39 del mismo CPACA que dispone lo siguiente:

“**Artículo 39. Conflictos de competencia administrativa.** Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.

En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados y se fijará un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que estas podrán presentar alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala de

² Expediente 2047 de 2011.

Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el tribunal, según el caso, decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes. Contra esta decisión no procederá recurso alguno.

Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán.”

En este caso, la ley le asigna a la Sala la función de decidir con *carácter vinculante*, cuál es la autoridad administrativa competente para adelantar una determinada actuación administrativa. Se trata de un *control previo de legalidad* sobre el elemento *competencia* de la decisión administrativa.

Característica esencial de esta función es que la solución de los conflictos de competencias administrativas se hace de manera definitiva, pues como señala el artículo 39 en cita, contra lo decidido por la Sala o los Tribunales Administrativos, según el caso, no cabe recurso alguno. Por tanto, este trámite especial que se surte por fuera de la propia Administración, da certeza a las autoridades y a los interesados sobre la facultad legal para resolver un determinado asunto, evitando discusiones posteriores o, lo que sería peor, decisiones inhibitorias de la administración.

No se trata, como advertía Fleiner, de cuestiones accesorias o secundarias entre autoridades administrativas, sino de un asunto de estricta legalidad, pues “sólo dentro del marco de su competencia legal puede un órgano del Estado realizar actos de voluntad política”³.

Como señaló recientemente la Sección Segunda del Consejo de Estado en el trámite de una acción de tutela relacionada con esta función, en el procedimiento de resolución de conflictos de competencias administrativas la Sala de Consulta y Servicio Civil actúa precisando las reglas de juego en las actuaciones administrativas y garantizando el principio de legalidad y el debido proceso.⁴

Por ello, cuando el ordenamiento jurídico le asigna a la Sala la función de dirimir las discusiones competenciales entre autoridades administrativas y vincula a éstas y a los particulares a lo decidido por ella, busca garantizar, tanto la efectividad del derecho de petición (asegurando que la persona tendrá una respuesta de fondo a su solicitud⁵), como la vigencia del principio de legalidad y del debido proceso (desde el punto de vista de las competencias constitucionales o legales que habilitan la actuación de una determinada entidad en un caso concreto).

La importancia y efectividad de este procedimiento de resolución de competencias administrativas, hace que, como ha dicho la Corte Constitucional, constituya “*un mecanismo idóneo, expedito y de mayor o equivalente agilidad a la tutela*”, que impide recurrir a la acción de amparo de forma transitoria “*pues, la agilidad del proceso especial descarta la configuración del perjuicio irremediable*”.⁶

Se tiene entonces que en nuestro ordenamiento jurídico el control de legalidad de *la competencia administrativa* como elemento de validez de los actos administrativos, puede operar *de manera previa o posterior* a la decisión administrativa. De manera previa, a través del trámite de definición de

³ Fleiner, Fritz. Instituciones de Derecho Administrativo, ed. Labor, Traducción de la 8ª edición alemana. Barcelona, 1933, p.23-24. Sobre el origen y evolución de los conflictos de competencias administrativas, ver Consejo de Estado, Memorias, 2009.

⁴ Sentencia del 9 de mayo de 2013, expediente 2013-00726. M.P. Bertha Lucía Ramírez (E)

⁵ Ver decisiones de la Sala de Consulta del 24 de mayo de 2007 y del 26 de enero de 2006, expedientes 2007-00030 y 2005-00012, respectivamente.

⁶ Sentencia T-443 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

competencias administrativas que se analiza, en el cual, como se ha visto, se define con carácter vinculante la autoridad que debe adoptar una determinada decisión (artículo 39 CPACA); de manera posterior, a través de las pretensiones de nulidad contra la decisión definitiva adoptada por la Administración (artículos 137 y 138 C.P.A.C.A.).

Claro está que cuando se ha agotado el primero de tales controles, el segundo se torna de suyo improcedente para discutir nuevamente los elementos materiales, temporales u orgánicos de la competencia administrativa que ya hubieran quedado definidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 del C.P.A.C.A.

Se trata por tanto, de dos mecanismos de control de legalidad de la competencia administrativa, que operan desde afuera de la Administración, en momentos distintos de su actividad y con carácter vinculante para ella.

c. Elementos comunes a ambas funciones

Ahora bien, al lado de las características que permiten diferenciar cada una de las funciones arriba analizadas, también pueden encontrarse semejanzas entre ellas que son especialmente relevantes en el presente asunto.

En primer lugar se tiene que como sucede con cualquiera de las demás funciones asignadas a la Sala, tanto en la labor de atender consultas como en la solución de los conflictos de competencias administrativas, los parámetros de actuación de la corporación no son otros que los fijados por la Constitución y el ordenamiento jurídico vigente. Dicho de otro modo, en ambos escenarios, los magistrados de la Sala actúan en ejercicio de su competencia funcional, de la cual solamente pueden separarse cuando haya una causa legal y expresa que así lo determine.

En este sentido es claro que cuando la Sala se pronuncia sobre una consulta elevada por el Gobierno o resuelve un conflicto de competencias administrativas, en ambos casos se enfrenta al ejercicio de funciones que le han sido asignadas expresamente por la Constitución y la ley; de este modo, los conceptos o decisiones que adopte en uno u otro caso son expresión de esas atribuciones y no de actuaciones personales de los miembros de la corporación.

En segundo lugar se observa que al igual que sucede con la emisión de conceptos, la resolución de conflictos de competencias administrativas se hace desde la autonomía e independencia propia de la Sala de Consulta y Servicio Civil como parte del Consejo de Estado y, por tanto, de la rama judicial (Artículo 237 C.P., 34 LEAJ y 107 C.P.A.C.A.). En consecuencia, si bien la Sala interviene en un momento de la actuación administrativa para definir la autoridad competente que debe tramitarla, no por ello se convierte en un órgano administrativo, ni sus magistrados en servidores públicos de la administración. Los integrantes de la Sala, en cualquier caso, hacen parte de la Rama Judicial y mantienen la calidad de magistrados del poder judicial que les otorga la Constitución y la ley (art. 125 LEAJ)⁷.

Por ello, cabe decir que en cualquiera de los dos casos (atención de consultas o resolución de conflictos de competencias administrativas), los impedimentos de

⁷ Como lo señalaron los señores conjuces: "Ciertamente, la intervención de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al resolver un conflicto de competencias administrativas corresponde a una atribución especial asignada por la ley a la Sala, pero sin que ello signifique que sus magistrados dejen su condición de servidores de la rama judicial, como expresamente lo señala el artículo 125 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia". (Auto de conjuces del 10 de mayo de 2013 en este mismo expediente 2013-0006)

los miembros de la Sala de Consulta no son los previstos en el artículo 11 del CPACA para los funcionarios administrativos, sino los del artículo 130 del mismo estatuto para los magistrados y jueces de la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁸.

4. El impedimento por razón de haber dado concepto o consejo previo sobre la materia

Como ha reiterado la jurisprudencia, los impedimentos responden a situaciones que permiten inferir que el servidor público puede estar inclinado a separarse de las normas que rigen su actividad, por consideraciones personales o de favorecimiento propio o de terceros, que afectan el derecho de las personas a una decisión objetiva e imparcial:

“(...) los impedimentos constituyen un mecanismo procedimental dirigido a la protección de los principios esenciales de la administración de justicia: la independencia e imparcialidad del juez, que se traducen así mismo en un derecho subjetivo de los ciudadanos, pues una de las esferas esenciales del debido proceso, es la posibilidad del ciudadano de acudir ante un funcionario imparcial para resolver sus controversias. (...) Técnicamente, el impedimento es una facultad excepcional otorgada al juez para declinar su competencia en un asunto específico, separándose de su conocimiento, cuando considere que existen motivos fundados para que su imparcialidad se encuentre seriamente comprometida. Sin embargo, con el fin de evitar que el impedimento se convierta en una forma de evadir el ejercicio de la tarea esencial del juez, y en una limitación excesiva al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (Artículo 228, C.P.), jurisprudencia coincidente y consolidada de los órganos de cierre de cada jurisdicción, ha determinado que los impedimentos tienen un carácter taxativo y que su interpretación debe efectuarse de forma restringida.”⁹

Aunque no resulta aplicable a la situación particular de los miembros de la Sala, tal como ya se aclaró, cabe llamar la atención sobre la regla contenida en el encabezado del artículo 11 del CPACA, por ser ésta expresión del principio general de imparcialidad estructura los impedimentos en cualquier orden judicial o administrativo: esto es, que la objetividad del servidor público se afecta cuando el interés general propio de la función pública entra en conflicto con el interés particular y directo de aquél¹⁰.

En particular, el numeral 11 del artículo 11 del CPACA dispone lo siguiente:

“Artículo 11. Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

*11. Haber dado el servidor consejo o concepto **por fuera de la actuación administrativa** sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.” (negrilla fuera de texto).*

⁸ El artículo 130 del CPACA señala que las causales de impedimento de los jueces y magistrados de la jurisdicción contenciosa serán las mismas del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, más cuatro causales adicionales que se establecen en dicho artículo 130.

⁹ Corte Constitucional, auto 039 de 2010.

¹⁰ “3. Las causales de recusación establecidas en la ley, tienen como finalidad asegurar la imparcialidad que debe existir en toda actuación judicial y garantizar a las partes la objetividad que se le imprimirá a las decisiones que se adopten en relación con sus pretensiones”. (Consejo de Estado, Sala Plena, auto del 25 de abril de 2006, M.P. Ruth Stella Correa Palacio).

Este impedimento es materialmente igual al que prevé el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil¹¹, este sí aplicable a los miembros de la Sala de Consulta y Servicio Civil por remisión del artículo 130 del CPACA. Su texto es el siguiente:

“Artículo 150. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes: (...)

12. Haber dado el juez consejo o concepto **fuera de actuación judicial** sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.”

Como bien advirtió la Sala de Conjuces al negar el impedimento de los miembros de la Sala para resolver la presente solicitud de nulidad, uno de los elementos esenciales de este impedimento tiene que ver con el hecho de que el concepto o consejo haya sido dado *por fuera de las competencias* propias del respectivo funcionario:

“De esta manera, se debe centrar la atención en el segundo elemento, esto es, el “consejo o concepto” que emanó del servidor público. Al respecto, debe distinguirse si este se da en ejercicio de las funciones o fuera de las mismas. Si es lo primero, es decir, dentro de las funciones del servidor se encuentra la de emitir “consejo o concepto”, dicho servidor está en la obligación de proferirlo, y no hacerlo, le puede generar consecuencias o responsabilidades por la omisión en el ejercicio de sus funciones.”¹²

Así lo ha señalado también de manera categórica el propio Consejo de Estado al referirse a este motivo de recusación en particular:

“La norma es expresa al indicar que el consejo o concepto debe darse “por fuera de actuación judicial”. Reiteradamente ha considerado el Consejo de Estado que para configurar la causal de impedimento prevista en el numeral 12 del artículo 150 del C.P.C., es preciso que el aludido “concepto o consejo” se haya emitido en un escenario distinto del propio a la actividad judicial, y que el mismo se refiera de manera clara al asunto objeto de discusión. Es decir, que el consejo o concepto como causal de impedimento no está referido al que emite el juez en el ejercicio de su función judicial, sino al expresado por fuera de la misma y cuando compromete su criterio con la decisión de fondo que se deba adoptar.”¹³

De manera que no basta la identidad de materia en el primer pronunciamiento que hace el funcionario y los que posteriormente se le ponen a su consideración. En efecto, para que surja el impedimento es necesario que el concepto o consejo previo haya sido realizado por fuera su actividad funcional, pues sólo en este último caso se rompería la imparcialidad y objetividad exigible a quien debe decidir los asuntos puestos a su conocimiento.

Bajo esta óptica, al referirse al impedimento que surge por haber participado previamente en asuntos relacionados con el objeto de la decisión, la Corte Constitucional señaló que “*resultaría absurdo y contradictorio que el cumplimiento fiel de sus deberes como funcionario público, conduzcan a la estructuración de una causal en dicho sentido*”¹⁴.

Por demás, puede verse que *el concepto, consejo o decisión* adoptada en relación con un mismo asunto pero dentro del marco de las funciones públicas asignadas al respectivo servidor, lejos de afectar la imparcialidad, fortalece la

¹¹ En el Código General del Proceso que entrará a regir en el 2014, las causales de recusación se encuentran en el artículo 141, cuyo numeral 12 consagra este mismo impedimento por haber dado consejo o concepto previo por fuera de actuación judicial.

¹² Auto de conjuces del 10 de mayo de 2013 en este mismo expediente 2013-0006.

¹³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Rad. 15574, Agosto 25 de 2005. Ver también auto del 19 de febrero de 2008, exp.2006-01308.

¹⁴ Auto 080A de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, expediente D-5094.

especialización y el conocimiento de la materia y con ello, una mayor calidad de las decisiones adoptadas.

En síntesis, como bien señalaron los conjuces en su auto del 10 de mayo de 2013, no existe impedimento del servidor público cuando el consejo o concepto previo ha sido dado en ejercicio de sus funciones, pues en tal caso *“no se trata de exponer su criterio u opinión personal, sino de proferir una decisión en cumplimiento de los deberes que la constitución y la ley le imponen”*.

4. La solución del asunto

Como se señaló, en el presente caso la Comisión Nacional del Servicio Civil fundamenta su solicitud de nulidad en el desconocimiento del numeral 11 del artículo 11 del CPACA, en cuanto al deber que habrían tenido los miembros de la Sala de Consulta de declararse impedidos para resolver el conflicto de competencias administrativas entre esa Comisión y la Superintendencia de Notariado y Registro, por el hecho de haber emitido previamente un concepto -en desarrollo de su función consultiva-, sobre las competencias de esas dos entidades.

Cabe preguntarse entonces si la situación expuesta por el incidentante, quiebra realmente el principio de imparcialidad y, por ende, su derecho a una decisión ajena a consideraciones subjetivas y personales.

Como ya se aclaró, es necesario recordar que los miembros de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en su calidad de magistrados del Consejo de Estado, se rigen por las causales de impedimento del artículo 130 del CPACA, y no por las del artículo 11 del mismo estatuto, que se aplica a las autoridades administrativas.

Pese a ese defecto en la invocación de la norma aplicable, en virtud de los principios *pro actione* y de prevalencia del derecho sustancial, es procedente resolver el fondo del asunto a la luz del artículo 150 numeral 12 del Código de Procedimiento Civil (al que remite el artículo 130 del CPACA), en el cual se consagra materialmente el mismo impedimento que se invoca en la solicitud de nulidad.

Pues bien, según quedó expuesto con claridad, para que se estructure la causal de impedimento por *consejo o concepto previo* dado por el servidor público sobre la misma materia que le es puesta a su consideración, es necesario que dicha opinión o recomendación se haya dado al margen de sus funciones. Dicho de otro modo, el impedimento no se genera por el ejercicio de las competencias asignadas al respectivo cargo.

En el presente caso, como quedó analizado, tanto la actividad de rendir conceptos, como la de resolución de conflictos de competencias administrativas, son expresión de las funciones constitucionales y legales asignadas a la Sala de Consulta y Servicio Civil; ambas se ejercen con estricta sujeción al principio de legalidad y en modo alguno responden a simples opiniones particulares y subjetivas de sus miembros.

Por tanto, la emisión de un concepto no impide a los miembros de la Sala resolver posteriormente un conflicto de competencias administrativas sobre la misma materia, y viceversa. Los conceptos o decisiones proferidos en ejercicio de cualquiera de tales funciones son resultado de las competencias asignadas a los

magistrados de la Corporación y, por ende, no constituyen “concepto o consejo previo” proferido por fuera de la actividad funcional que les es propia.

Se puede concluir entonces que la solicitud de nulidad debe ser desestimada, por cuanto no se afectó bajo ninguna circunstancia el derecho a la imparcialidad que fundamenta el régimen de impedimentos y recusaciones.

Frente a este punto, con base en la constitución y la ley y atendiendo las consideraciones de los señores conjuces sorteados para este asunto, la Sala rectifica entonces su doctrina anterior en la que había interpretado que la participación en la respuesta a una consulta del Gobierno Nacional, generaba impedimento para sus magistrados cuando debieran conocer en el futuro de un conflicto de competencias administrativas que tratara de la misma materia¹⁵.

Conforme a lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO. Negar la solicitud de nulidad impetrada por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

SEGUNDO. Comuníquese el contenido de esta decisión a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Consejero de Estado

ÁLVARO NÁMEN VARGAS
Consejero de Estado

OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala

¹⁵ Expediente 2012-00082.