

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES EN CONTRA DE LOS GOBERNADORES Y ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ - El Presidente de la República no es competente para resolverlos. Tal competencia está radicada en cabeza del Procurador General de la Nación respecto del Alcalde Mayor de Bogotá, D.C., y en cabeza de los procuradores regionales en relación con los gobernadores / GOBERNADORES Y ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ AD-HOC - El Presidente de la República es la autoridad competente para designar gobernadores y Alcalde Mayor de Bogotá ad-hoc cuando se acepte un impedimento o recusación de tales funcionarios

El señor Ministro del Interior solicita el concepto de esta Sala en relación “con la competencia para resolver impedimentos y designar gobernadores y alcaldes ad-hoc”, según las previsiones del artículo 75, numeral 15, del Decreto 262 de 2000, el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 y el numeral 19 del Decreto ley 2893 de 2011. La consulta, en primer lugar, hace referencia a las disposiciones constitucionales y legales e interpretaciones jurisprudenciales que configuran el marco jurídico de la misma y, en segundo lugar, expone las consideraciones que la motivan. El problema jurídico que se le plantea a la Sala con la consulta formulada por el Ministro del Interior consiste en establecer si el contenido del artículo 12 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA (Ley 1437 de 2011), otorga competencia a la Procuraduría General de la Nación no solo para decidir los impedimentos y recusaciones de servidores públicos del orden nacional o territorial, según el caso, sino también para designar funcionarios ad-hoc cuando estos carezcan de superior y se les acepte un impedimento. A manera de sinopsis de la argumentación precedente, la Sala se permite exponer los siguientes puntos: 1. La competencia para decidir los impedimentos y recusaciones respecto del Alcalde Mayor de Bogotá, D.C. está atribuida al Procurador General de la Nación. La competencia para decidir los impedimentos y recusaciones respecto de los gobernadores está radicada en cabeza de los procuradores regionales. Ambas competencias se encuentran atribuidas por el artículo 12 del CPACA. 2. El Ministerio Público, en especial bajo la estructura del Estado consagrada por la Constitución Política de 1991, carece de competencia para nombrar funcionarios de la rama ejecutiva. En cambio el Presidente de la República tiene para ese efecto facultad expresa. 3. En efecto, el artículo 66 de la Ley 4 de 1913, le asigna al Presidente de la República una competencia genérica que para este caso lo faculta para nombrar funcionarios ad hoc en los casos en los cuales sea aceptado el impedimento o la recusación de un servidor en ejercicio de funciones administrativas que no tiene superior ni cabeza de sector. 4. Una interpretación distinta implicaría el desconocimiento de la estructura del Estado determinada por la Constitución Política de 1991, especialmente en los artículos 1, 113, 115 y 117, así como de la regulación legal de esta materia contenida en los Decretos Leyes 262 de 2000 y 2893 de 2011. 5. La anterior interpretación del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 resulta congruente con el diseño institucional y funcional del Estado que estableció la Constitución Política de 1991. En efecto, tiene plena justificación constitucional que la competencia para decidir los impedimentos y recusaciones respecto del Alcalde Mayor de Bogotá, D.C. esté atribuida al Procurador General de la Nación y la competencia en esos mismos eventos respecto de los gobernadores esté radicada en los procuradores regionales, por tratarse precisamente la Procuraduría General de la Nación de un organismo autónomo e independiente que tiene por función la de velar y controlar que las actuaciones administrativas sean adelantadas por funcionarios imparciales y, por ende, sean resueltas con ajuste a la ley, la moralidad y la rectitud necesarias en la función pública. Es decir, existe una conexidad sustancial entre las funciones de la Procuraduría y los objetivos perseguidos con la institución de los impedimentos y recusaciones. Al

contrario, se observa que la designación de funcionarios ad hoc en la Rama Ejecutiva en los casos en que sea aceptado el impedimento o la recusación, resulta extraña a la misión y funciones asignadas a la Procuraduría General de la Nación, y podría generar dificultades para el ejercicio autónomo e independiente que se predica de esta respecto de las funciones de control y vigilancia sobre la conducta oficial de esos funcionarios ad hoc y la de velar por el ejercicio diligente o eficiente de las funciones administrativas que ellos desempeñen (numerales 5 y 6 artículo 277 C.P). En este caso, por virtud de la Constitución Política de 1991 (arts. 115 y 189) y del artículo 66 de la Ley 4 de 1913, resulta armónico que quien funge como Suprema Autoridad Administrativa o máxima autoridad del ejecutivo, sin desconocer la autonomía de los entes territoriales, sea quien tenga la competencia para realizar las designaciones de los funcionarios ad hoc en reemplazo de aquellos que la Procuraduría General de la Nación considere que están impedidos en una actuación en particular. Esta hermenéutica además es la que privilegia la vigencia y cumplimiento de los principios constitucionales de separación de poderes y de colaboración armónica entre estos, tal y como lo enseña el artículo 115 superior según el cual “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 113 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 115 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 117 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 118 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 275 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 276 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 287 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 296 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 303 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 304 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 28 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 30 / LEY 4 DE 1913 - ARTICULO 66 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 30 / DECRETO 262 DE 2000 - ARTÍCULO 75 NUMERAL 15 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 12 / DECRETO 2893 DE 2011 - NUMERAL 19 / DECRETO 1755 DE 2011 / DECRETO 1921 DE 2011

RAMAS DEL PODER PÚBLICO, EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN - En la Constitución de 1886 y sus reformas. En la Constitución de 1991

En síntesis, en el ordenamiento constitucional vigente entre 1886 y 1991, operó una estrecha relación entre el Presidente de la República, el Ministerio Público y el Procurador General, y en ese contexto constitucional se expidió el C.C.A. y por consiguiente su artículo 30. Destaca la Sala que dicha estrecha relación no fue óbice para que el C.C.A. regulara apenas como subsidiaria la intervención de los procuradores regionales en el trámite de los impedimentos y recusaciones de los funcionarios públicos de la Rama Ejecutiva y defiriera la función de designar funcionario ad hoc sólo en el caso de que fuera preciso (“pudiendo, si fuere preciso”). Sobre esta distancia que la norma traza en protección de los fueros de la Rama Ejecutiva insistirá la Sala más adelante al abordar el análisis del artículo 12 del CPACA. Se advierte, por supuesto, que mientras que el artículo 30 del C.C.A. no hizo diferencia por razón del nivel del cargo para fijar la competencia en los procuradores regionales a falta de superior, el artículo 12 del CPACA sí la hizo al disponer que sería el Procurador General de la Nación respecto del Alcalde Mayor de Bogotá, y de manera supletoria en relación con las autoridades nacionales, quien ejercería las atribuciones conferidas -también de manera supletoria- a los procuradores regionales respecto de las autoridades territoriales.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 30 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 12

LAS RELACIONES PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, GOBERNADORES, ALCALDES - En la Constitución de 1886 y sus reformas. En la Constitución de 1991

Como expresión de la república unitaria, la Constitución de 1886 estableció los departamentos y previó su división en provincias y estas en distritos municipales (artículo 182) y dispuso que los Gobernadores fueran nombrados y separados libremente por el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa (artículo 120, numeral 4). Entre las funciones del gobernador le asignó la de ejercer “las funciones del Poder ejecutivo como Agente de la Administración central, por una parte, y por otra, como Jefe superior de la Administración departamental” (artículo 193) y la de “cumplir y hacer que se cumplan en el Departamento las órdenes del Gobierno” (artículo 195, numeral 1). Las normas que en la Constitución de 1991 regulan la integración de la Rama Ejecutiva y dentro de ella las relaciones del Presidente de la República con las autoridades propias de las entidades territoriales, en especial con los gobernadores y el Alcalde Mayor de Bogotá, sustentan la vigencia de leyes anteriores a la reforma constitucional en las cuales se consagran regulaciones relacionales que no solo no riñen sino que se acompañan con el nuevo ordenamiento constitucional, como es el caso del artículo 66 de la Ley 4 de 1913 que adscribe al Presidente competencia general sobre “Todo lo relativo a la administración general de la República, que no esté especialmente atribuido a otros poderes públicos, conforme a la Constitución y a las leyes...”.

FUENTE FORMAL: LEY 4 DE 1913 - ARTICULO 66 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 30 / DECRETO 262 DE 2000 - ARTÍCULO 75 NUMERAL 15 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 12

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00049-00(2203)

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR

Referencia: Gobernadores y Alcalde Mayor de Bogotá. Impedimentos y recusaciones. Competencias para aceptación y designación de servidores ad-hoc.

El señor Ministro del Interior solicita el concepto de esta Sala en relación “con la competencia para resolver impedimentos y designar gobernadores y alcaldes ad-hoc”, según las previsiones del artículo 75, numeral 15, del Decreto 262 de 2000,

el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 y el numeral 19 del Decreto ley 2893 de 2011.

I. ANTECEDENTES

La consulta, en primer lugar, hace referencia a las disposiciones constitucionales y legales e interpretaciones jurisprudenciales que configuran el marco jurídico de la misma y, en segundo lugar, expone las consideraciones que la motivan.

De la Constitución Política destaca:

El artículo 115 conforme al cual el Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa; forma el Gobierno Nacional con los ministros y los directores de departamento administrativo y en cada caso particular es gobierno con el ministro o el jefe de departamento administrativo respectivo; sus actos como jefe de gobierno tienen valor y fuerza una vez suscritos y comunicados por el correspondiente ministro o director de departamento administrativo, excepto los de nombramiento y remoción de estos mismos servidores; y "las gobernaciones, las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva."

Los numerales 10 y 11 del artículo 189, según los cuales son funciones del Presidente de la República promulgar, obedecer y velar por el cumplimiento de las leyes y ejercer la potestad reglamentaria.

El artículo 209, que dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe actuar bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones; ordena a las autoridades administrativas coordinarse para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado; y establece el control interno en los términos que señale la ley.

La consulta cita y comenta las siguientes normas con rango de ley:

Ley 57 de 1887, artículo 5¹, y la Ley 153 de 1887, artículos 2 y 5², que contienen las reglas de interpretación en los casos de incompatibilidad entre normas de carácter general y normas de carácter especial, aplicación de la ley en el tiempo y en casos de oscuridad o incongruencia.

¹ Ley 57 de 1887, artículo 5: "Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla. / Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1a. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general; 2a. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública."

² Ley 153 de 1887, artículo 2º: "La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior." // Artículo 5º. "Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes."

El artículo 75, numeral 15, del Decreto Ley 262 de 2000³, que confiere a las procuradurías regionales, cuando lo determine el Procurador General y dentro de su jurisdicción territorial, las funciones de conocer y decidir los impedimentos y las recusaciones de los servidores públicos que carezcan de superior jerárquico, según lo previsto en el artículo 30 del C.C.A.

El artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, CPACA, conforme al cual los impedimentos y las recusaciones de los servidores públicos deben ser decididos por el respectivo superior o, si no lo hay, por la cabeza del sector administrativo y, a falta de ambos, por el Procurador General de la Nación si son autoridades nacionales o el Alcalde Mayor de Bogotá, y por los procuradores regionales para los demás servidores. El superior, la cabeza del sector administrativo, el Procurador General y los procuradores regionales también están llamados a determinar a quién corresponde conocer del asunto, "pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc". Este artículo 12 del CPACA se transcribirá y comentará *in extenso* más adelante.

El Decreto Ley 2893 de 2011⁴, que modificó los objetivos, la estructura orgánica y las funciones del Ministerio del Interior y en el artículo 10, numeral 19, asignó a la Oficina Asesora Jurídica las funciones de estudiar y conceptuar sobre los impedimentos y recusaciones de los gobernadores y del Alcalde Mayor de Bogotá y preparar los proyectos de decreto para designar los funcionarios ad hoc, si fuere del caso.

La consulta cita pronunciamientos del Consejo de Estado que aplican los criterios de generalidad y especialidad de las leyes para establecer su vigencia en el tiempo y el del efecto útil de las normas.⁵

Las consideraciones expuestas por el señor Ministro consultante parten de la prevalencia de la ley posterior sobre la anterior y de la ley especial sobre la general, para destacar que en su criterio la designación de gobernadores y Alcalde Mayor de Bogotá D.C., ad hoc, en los casos de impedimentos aceptados, es competencia directa del Presidente de la República, pues:

³ Decreto 262 de 2000 (febrero 22), "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."

⁴ Decreto Ley 2893 de 2011, "por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo", dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 1444 de 2011 que ordenó la escisión del Ministerio del Interior y de Justicia.

⁵ Sentencia del 30 de enero de 1968: "... la ley posterior deroga la ley anterior cuando ambas tienen la misma generalidad o la misma especialidad, pero la especial, aunque sea anterior a una general, subsiste en cuanto se refiere a la materia concreta regulada en ella, a menos que la segunda derogue expresamente la primera o que entre ellas exista incompatibilidad." // Sentencia del 27 de marzo de 2008: "Conforme al criterio de la especialidad si el legislador adopta una disposición especial sobre una materia, es su deseo exceptuarla de la regulación general, canon sintetizado en el viejo aforismo *lex specialis derogat generalis* adoptado positivamente por el derecho colombiano (ley 57 de 1887 art. 5 y ley 153 de 1887, art.3)." // Sentencia del 27 de octubre de 2005: "Por el conocido principio de interpretación de las normas jurídicas, a partir del 'efecto útil de estas' se debe preferir la interpretación que confiere pleno efecto a la constitución de la que no lo reconoce(...)."

- El numeral 15 del artículo 75 del Decreto 262 de 2000 solo otorga competencia al Procurador Regional para “conocer y resolver los impedimentos”, no para hacer designaciones;

- El artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es una norma general aplicable salvo norma especial;

- La regulación contenida en el artículo 12 de la Ley 1437 no es nueva, pues ya el artículo 30 del Decreto 01 de 1984 preveía la posibilidad de que el competente para resolver el impedimento "al decidir señalará quien debe continuar el trámite, pudiendo si es preciso designar funcionario ad-hoc", situación normativa idéntica que le hace cobrar mayor relevancia a la expedición posterior de la disposición contenida en el numeral 19 del artículo 10 del decreto ley 2893 de 2011;

- El numeral 19 del artículo 10 del Decreto ley 2893 de 2011 es la norma especial para la designación de gobernadores y Alcalde Mayor de Bogotá ad hoc cuando les son aceptados impedimentos o recusaciones, porque al asignar a la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Interior la función de estudiar y conceptuar sobre esas situaciones y preparar los decretos de designación cuando fuere el caso, solo puede referirse a los decretos que deba suscribir el Ministro del Interior como parte del Gobierno Nacional;

- Si bien la Ley 1437 de 2011 entró a regir el 2 de julio de 2012 y el Decreto ley 2893 el 11 de agosto de 2011, el numeral 19 del artículo 10 del Decreto ley 2893 prevalece sobre el artículo 12 de la Ley 1437, porque el citado numeral 19 es de carácter especial y el artículo 12 de la ley 1437 es de carácter general.

Concluye la consulta que como existen dudas sobre las competencias para resolver los impedimentos y las recusaciones en mención y para hacer las designaciones consecuentes, se requiere el concepto de la Sala, y aclara que se circunscribe a los casos de los gobernadores y alcaldes, en los que el Presidente de la República no actúa como superior jerárquico.

A continuación formula las siguientes

PREGUNTAS:

“a. Es competente el Presidente de la República para resolver los impedimentos y recusaciones que se manifiesten o presenten en contra de los gobernadores y Alcalde Mayor de Bogotá, teniendo en cuentas las normas reseñadas, y, entre ellas, lo previsto en el numeral 10 del artículo 10 del Decreto-Ley 2893 de 2011, norma especial y posterior al artículo 12 de la Ley 1437 de 2011?”

“b. ¿Es competente el Presidente de la República para designar gobernadores y Alcalde Mayor de Bogotá ad-hoc, cuando se acepte un impedimento o recusación de tales funcionarios, teniendo en cuenta las normas reseñadas anteriormente?”

II. CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico

El problema jurídico que se le plantea a la Sala con la consulta formulada por el Ministro del Interior consiste en establecer si el contenido del artículo 12 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA (Ley 1437 de 2011), otorga competencia a la Procuraduría General de la Nación no solo para decidir los impedimentos y recusaciones de servidores públicos del orden nacional o territorial, según el caso, sino también para designar funcionarios ad-hoc cuando estos carezcan de superior y se les acepte un impedimento.

En particular, deberá la Sala analizar si la expresión “pudiendo, si es preciso”, tiene una connotación especial que faculte al Procurador General de la Nación y a los procuradores regionales para nombrar Alcalde Mayor de Bogotá y gobernadores ad hoc, respectivamente, como consecuencia de la aceptación de impedimentos o recusaciones en relación con dichos servidores públicos.

Como lo señala la consulta, el artículo 12 en comento regula el trámite de los impedimentos y recusaciones de los servidores públicos y lo hace en los mismos términos del artículo 30 del C.C.A., salvo el haber adicionado que sería el Procurador General de la Nación respecto de las autoridades nacionales y el Alcalde Mayor de Bogotá, quien ejercería las atribuciones conferidas a los procuradores regionales respecto de las autoridades territoriales.

De la mayor relevancia para este asunto resulta determinar la vigencia del artículo 66 de la ley 4 de 1913 que dejaría el nombramiento de los gobernadores y aún el del Alcalde Mayor de Bogotá, D.C. -en condición de ad hoc por causa de impedimento o recusación- como una atribución del fuero presidencial por no estar dicho asunto “especialmente atribuido a otros poderes públicos, conforme a la Constitución y a las leyes...”, y por la pertenencia de las gobernaciones y alcaldías a la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Igualmente resulta importante analizar si la lectura que de estas normas se ha realizado durante más de veinte años, desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, según la cual corresponde a la Procuraduría General de la Nación la competencia para decidir sobre impedimentos y recusaciones en el caso de los gobernadores y el Alcalde Mayor de Bogotá, y al Presidente de la República la potestad de nominación de funcionarios ad-hoc para esos mismos cargos cuando se acepte el impedimento por aquella, se mantiene bajo la vigencia del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 (antes artículo 30 del C.C.A., en concordancia con el artículo 66 de la Ley 4^o de 1913 y a partir del año 2000 con el artículo 75, numeral 15, del decreto-ley 262 de 2000).

Observa la Sala que entre el artículo 30 del CCA y el artículo 12 del CPACA media la reforma constitucional de 1991 que cambió sustancialmente las relaciones de las Ramas del Poder Público, la naturaleza del Ministerio Público y de las funciones del Procurador General de la Nación, y la relación del Presidente de la República con los gobernadores y alcaldes, no obstante lo cual el artículo 30 del C.C.A. continuó vigente y aplicable bajo la nueva estructura del Estado al punto que sus previsiones fueron reiteradas en el artículo 12 del CPACA.

Conforme se sustentará a continuación, las dos normas en cita confieren al funcionario que resulte competente, el superior o la cabeza del respectivo sector administrativo, o en su defecto los procuradores regionales, o el Procurador General en el caso de autoridades nacionales y Alcalde Mayor de Bogotá, las mismas funciones: resolver el impedimento o la recusación y, si lo acepta, disponer quién debe continuar conociendo el asunto de que se trate. Asimismo

dichas autoridades reciben de la ley la facultad de designar "si es preciso" los funcionarios ad hoc, expresión que denota una condición de concreta necesidad y de condigna valoración de otras posibilidades legales.

A la vez, la competencia de los procuradores regionales y del Procurador General es subsidiaria porque solo se activa si el servidor que se declara impedido o es recusado "no tuviere superior".

La identidad en las hipótesis jurídicas contenidas en los artículos 30 del C.C.A. y 12 del CPACA no obstante las transformaciones estructurales derivadas de la Constitución de 1991, fuerzan a iniciar con el examen de la Constitución de 1886, sus reformas, y la Constitución de 1991, en los temas específicos ya mencionados, esto es, las relaciones de las Ramas del Poder Público, la naturaleza del Ministerio Público y de las funciones del Procurador General de la Nación, y la relación del Presidente de la República con los gobernadores y alcaldes.

En resumen, la Sala estudiará:

(i) La Constitución de 1886 y sus reformas, y la Constitución de 1991, en los puntos específicos de estructura y relaciones entre la Rama Ejecutiva y la Procuraduría General de la Nación, y del Presidente de la República, como Suprema autoridad administrativa, para determinar si el Ministerio Público podría tener competencia nominadora en relación con los funcionarios de la Rama Ejecutiva.

(ii) Los artículos 30 del C.C.A. y 12 del CPACA y el artículo 66 de la Ley 4 de 1913, para determinar cómo aquellos vendrían a ser impactados en lo que hace a su hermenéutica por la vigencia del artículo 66 citado.

(iii) El tratamiento legislativo que los Decretos Extraordinarios 262 de 2000 y 2893 de 2011 dan a la función de nombramientos ad hoc en la Procuraduría General de la Nación y en el Ministerio del Interior.

(iv) Por último se presentará una sinopsis de la argumentación elaborada por la Sala, a manera de conclusiones.

2. Las Ramas del Poder Público, el Ministerio Público y el Procurador General de la Nación

a. En la Constitución de 1886 y sus reformas

El texto original de la Constitución de 1886 adoptó la división tripartita del poder público y, respecto del Poder Ejecutivo, dispuso que el Presidente de la República fuera su Jefe (artículo 59).

También dispuso que hubiera un Ministerio Público que sería "ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno", por un Procurador General, los Fiscales de Tribunales Superiores de Distrito y los demás funcionarios que estableciera la ley (artículo 142). Aunque no mencionó a la autoridad que lo nombraría, al tratarse de una función sujeta a la dirección del Gobierno y de un funcionario nacional, correspondía al Presidente de la República, como suprema autoridad

administrativa en ejercicio de la función del numeral 6 del artículo 120⁶. Así pues, en la Constitución de 1886 la función y su titular estaban subordinados al Poder Ejecutivo.

La Reforma Constitucional de 1945 dio al Procurador General de la Nación voz en los debates de las Cámaras y Comisiones del Congreso de la República y dispuso que su nombramiento lo hiciera la Cámara de Representantes de terna conformada por el Presidente de la República. El ejercicio de la función siguió bajo la dirección del Gobierno y el Presidente de la República nombraba a los fiscales de tribunales superiores de las ternas que le enviara el Procurador General.⁷

La reforma constitucional de 1968⁸ incluyó la conformación de la terna para Procurador General como una de las funciones del Presidente de la República “en relación con la administración de justicia”.

En síntesis, en el ordenamiento constitucional vigente entre 1886 y 1991, operó una estrecha relación entre el Presidente de la República, el Ministerio Público y el Procurador General, y en ese contexto constitucional se expidió el C.C.A. y por consiguiente su artículo 30.

Destaca la Sala que dicha estrecha relación no fue óbice para que el C.C.A. regulara apenas como subsidiaria la intervención de los procuradores regionales en el trámite de los impedimentos y recusaciones de los funcionarios públicos de la Rama Ejecutiva y defiriera la función de designar funcionario ad hoc sólo en el caso de que fuera preciso (“pudiendo, si fuere preciso”). Sobre esta distancia que la norma traza en protección de los fueros de la Rama Ejecutiva insistirá la Sala más adelante al abordar el análisis del artículo 12 del CPACA.

b. La Constitución de 1991

El Título V, “Organización del Estado”, en el Capítulo I conformó la “Estructura del Estado”, de la siguiente manera:

- Las Ramas del Poder Público, legislativa, ejecutiva y judicial, con otros órganos “autónomos e independientes” cumplen las funciones y realizan los fines del Estado con “funciones separadas”, pero en colaboración armónica (artículo 113);
- El Ministerio Público es uno de los órganos de control (artículo 117); le “...corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas” y lo ejercen el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los procuradores delegados y los agentes del ministerio público ante las autoridades jurisdiccionales, los personeros municipales y los demás funcionarios que determine la ley (artículo 118).

⁶ “Artículo 120.- Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

(...) 6. Nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según esta Constitución o leyes posteriores. / En todo caso el Presidente tiene facultad de nombrar y remover libremente sus agentes. (...)”

⁷ Acto Legislativo No. 1 de 1945, confrontar los artículos 6º, 13, 21, 28, 44 y 45.

⁸ Acto Legislativo 1 de 1968 (11 diciembre), “Por el cual se reforma la Constitución Política de Colombia”, confrontar artículos 29 y 40.

- El Procurador General de la Nación es “el supremo director del Ministerio Público” y es “... elegido por el Senado, para un período de cuatro años, de terna integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.” (Artículos 275 y 276).

Así pues, en la Constitución vigente el Ministerio Público y el Procurador General de la Nación son instituciones externas a las Ramas del Poder Público, dotadas con autonomía e independencia y titulares de claras funciones de control; en cumplimiento del artículo 113 constitucional el poder público y los órganos de control deben cumplir “funciones separadas”, sin perjuicio de la colaboración armónica.

Bajo estas nuevas relaciones entre la Rama Ejecutiva, el Presidente de la República y el órgano de control Ministerio Público y el Procurador General de la Nación, la garantía de imparcialidad de los servidores públicos en ejercicio de funciones administrativas, sujetos del C.C.A. en sus actuaciones y deberes, impedimentos y recusaciones, así como su trámite, siguieron tratándose bajo las voces del artículo 30 del citado Código.

Por supuesto, adquiere mayor sentido y significado que la intervención de los procuradores regionales para la decisión de impedimentos y recusaciones de servidores públicos en ejercicio de funciones administrativas prevista en el artículo 30 del C.C.A. sea apenas supletoria, en la medida en que resalta la excepcionalidad y el condicionamiento del ejercicio de la facultad de designar, “si fuere preciso”, funcionario ad hoc.

Como las anotadas intervención supletoria y facultad condicionada se recogen en el artículo 12 del CPACA, su alcance y aplicación no pueden ser distintos. Volverá la Sala sobre este tema.

3. Las relaciones Presidente de la República, gobernadores, alcaldes

a. En la Constitución de 1886 y sus reformas

Como expresión de la república unitaria, la Constitución de 1886 estableció los departamentos y previó su división en provincias y estas en distritos municipales (artículo 182) y dispuso que los Gobernadores fueran nombrados y separados libremente por el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa (artículo 120, numeral 4).

Entre las funciones del gobernador le asignó la de ejercer “las funciones del Poder ejecutivo como Agente de la Administración central, por una parte, y por otra, como Jefe superior de la Administración departamental” (artículo 193) y la de “cumplir y hacer que se cumplan en el Departamento las órdenes del Gobierno” (artículo 195, numeral 1).

A los alcaldes les dio “el doble carácter de Agente del Gobernador y mandatario del pueblo” (artículo 200).

El carácter de Agentes fue conservado en las reformas constitucionales de 1936 (artículo 32) y 1945 (artículos 79, 86 y 88).

El Acto Legislativo 01 de 1986 consagró la elección popular de los alcaldes (artículo 1), por lo que estos quedaron como jefes de la administración municipal y dejaron de ser agentes de los gobernadores.⁹

b. La Constitución de 1991

Desde el artículo 1º la Constitución de 1991 contempló la autonomía de las entidades territoriales, que en las voces del artículo 287¹⁰ es “para la gestión de sus intereses” y debe ejercerse “dentro de los límites de la Constitución y la ley”, pues no de otra manera puede serlo cuando se trata de las reparticiones territoriales de una República unitaria.

El mismo artículo 287 constitucional estructura la autonomía de las entidades territoriales en torno a un conjunto de derechos, el primero de los cuales es el de “gobernarse por autoridades propias”, que en el régimen constitucional y legal alude a la elección popular de los gobernadores, introducida en la Constitución de 1991, y a la de los alcaldes, las asambleas y los concejos, que es anterior a esa Constitución.

Con la autonomía territorial, la Carta de 1991 deja expresa la pertenencia de las gobernaciones y alcaldías a la Rama Ejecutiva del Poder Público (artículo 115, citado en la consulta) y la sujeción funcional de los gobernadores al Presidente de la República en algunos dominios, señaladamente en los asuntos que corresponden a la conservación y el mantenimiento del orden público¹¹:

En el mismo artículo 303, la Constitución ordena a la ley reglamentar los asuntos relativos a calidades, inhabilidades, incompatibilidades, faltas absolutas y temporales, formas de llenarlas, así como “*dictar las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos*”, a la vez que en el artículo 304¹² asigna al Presidente de la República la competencia para suspender o destituir a los gobernadores.

Respecto de los alcaldes el motivo de la consulta remite específicamente al Alcalde Mayor de Bogotá, lo que hace menester poner de presente que la Constitución de 1991 consagra un régimen especial a través de normas que integran capítulo específico y en las que, debe subrayarse, se asignan al

⁹ Acto legislativo 01 de 1986 (Enero 9) "Por el cual se reforma la Constitución Política". Artículo 1. "El artículo 171 de la Constitución Política quedará así: Todos los ciudadanos eligen directamente Presidente de la República, Senadores, Representantes, Diputados, Consejeros Intendenciales y Comisariales, Alcaldes y Concejales Municipales y del Distrito Especial." // Artículo 2. "El artículo 200 de la Constitución Política quedará así: En todo municipio habrá un Alcalde que será Jefe de la Administración Municipal."

¹⁰ C.P., Artículo 287. "Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales."

¹¹ C.P., "Artículo 296. Para la conservación del orden público o para su restablecimiento donde fuere turbado, los actos y órdenes del Presidente de la República se aplicarán de manera inmediata y de preferencia sobre los de los gobernadores; los actos y órdenes de los gobernadores se aplicarán de igual manera y con los mismos efectos en relación con los de los alcaldes." En concordancia con el artículo 303 (modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2002) según el cual el gobernador es el jefe de la administración seccional y representante legal del departamento, y es "agente del Presidente para el mantenimiento del orden público".

¹² C.P. Artículo 304. "El Presidente de la República, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderá o destituirá a los gobernadores. / Su régimen de inhabilidades e incompatibilidades no será menos estricto que el establecido para el Presidente de la República."

Presidente de la República competencias directamente relacionadas con el Alcalde Mayor.¹³

Las normas que en la Constitución de 1991 regulan la integración de la Rama Ejecutiva y dentro de ella las relaciones del Presidente de la República con las autoridades propias de las entidades territoriales, en especial con los gobernadores y el Alcalde Mayor de Bogotá, sustentan la vigencia de leyes anteriores a la reforma constitucional en las cuales se consagran regulaciones relacionales que no solo no riñen sino que se acompañan con el nuevo ordenamiento constitucional, como es el caso del artículo 66 de la Ley 4 de 1913 que adscribe al Presidente competencia general sobre “Todo lo relativo a la administración general de la República, que no esté especialmente atribuido a otros poderes públicos, conforme a la Constitución y a las leyes...”.

4. Los artículos 30 del C.C.A. y 12 del CPACA y la Ley 4 de 1913

Como se enunció atrás, los artículos 30 del C.C.A. y 12 del CPACA han reglado sucesivamente durante la vigencia de la Constitución Política de 1991 el trámite de los impedimentos y recusaciones en el ejercicio de las funciones administrativas a cargo de las ramas del poder público, los órganos estatales autónomos y los particulares.

La imparcialidad en las actuaciones y decisiones de quienes ejercen funciones públicas, particularmente administrativas para el caso consultado, debe estar garantizada por la ley; para tal efecto la Constitución y la ley han previsto, entre otras instituciones, la de los impedimentos y las recusaciones que con la observancia del trámite también establecido por la ley, permiten separar del conocimiento de determinados asuntos a quienes estén incurso en alguna de las situaciones así reguladas.

Corolario de las decisiones de aceptar un impedimento o una recusación es la designación de quien deba continuar conociendo del asunto de que se trate para que este no quede sin atender o concluir por falta de funcionario competente.

Para el ejercicio de las funciones administrativas el artículo 30 del C.C.A. y el artículo 12 del CPACA han sido –en vigencia de la Constitución Política de 1991, se reitera-, las disposiciones legales con finalidad de hacer efectiva la garantía de imparcialidad, lo cual explica que regulen de la misma manera las hipótesis jurídicas y el trámite que conciernen a tal garantía cuando se trata de situaciones configuradas como impedimentos.

Se advierte, por supuesto, que mientras que el artículo 30 del C.C.A. no hizo diferencia por razón del nivel del cargo para fijar la competencia en los procuradores regionales a falta de superior, el artículo 12 del CPACA sí la hizo al

¹³ Confrontar C.P. TÍTULO XI De la organización territorial (...) CAPITULO 4. DEL REGIMEN ESPECIAL, Artículo 322 (modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 2000) “Bogotá, Capital de la República y el Departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital. / Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios. / Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas. / A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio. // Artículo 323. “(...) En los casos taxativamente señalados por la ley, el Presidente de la República suspenderá o destituirá al Alcalde Mayor. (...)”

disponer que sería el Procurador General de la Nación respecto del Alcalde Mayor de Bogotá, y de manera supletoria en relación con las autoridades nacionales, quien ejercería las atribuciones conferidas -también de manera supletoria- a los procuradores regionales respecto de las autoridades territoriales.

Resulta pertinente la transcripción de las disposiciones en comentario:

C.C.A., artículo 30:

“Garantía de imparcialidad. A los funcionarios que deban realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, se aplicarán, además de las causales de recusación previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil, las siguientes: (...)

El funcionario, dentro de los cinco (5) días siguientes a aquél en que comenzó a conocer del asunto o en que sobrevino la causal, manifestará el impedimento por escrito motivado y entregará el expediente a su inmediato superior, o al procurador regional, si no lo tuviera.

La autoridad ante quien se manifieste el impedimento decidirá en el término de diez (10) días y en forma motivada, sin que contra la decisión quepa recurso; y al decidir señalará quién debe continuar el trámite, pudiendo si es preciso designar funcionario ad hoc; en el mismo acto ordenará la entrega del expediente al designado que ha de sustituir al separado de conocimiento.

Las causales de recusación también pueden declararse probadas de oficio por el inmediato superior o por el procurador regional; los interesados también podrán alegarlas en cualquier tiempo. En estos eventos se aplicará, en lo pertinente, el procedimiento antes descrito.

El superior o el procurador regional podrán también separar del conocimiento a un funcionario cuando, a su juicio, en virtud de denuncias puestas por el interesado, aquel no garantice la imparcialidad debida.

El trámite de un impedimento suspenderá los plazos para decidir o para que opere el silencio administrativo.”

Ley 1437 de 2011, CPACA, artículo 12:

“Trámite de los impedimentos y recusaciones. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.

La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.

Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.

La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo, se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este artículo.”

La lectura de los dos textos permite compararlos de la siguiente manera:

(a) Respecto del funcionario o servidor público de quien pueda predicarse un impedimento o una recusación, y de la autoridad que debe resolver sobre el impedimento o la recusación:

(i) El funcionario, o servidor, estima que puede estar incurso en alguna causal de impedimento o recusación y debe manifestarlo y sustentarlo ante su superior, porque efectivamente lo tiene o cree tenerlo.

(ii) El funcionario, o servidor, no tiene superior pero está vinculado a un sector administrativo; entonces, debe manifestar su situación ante la cabeza del sector, esto es, ante el ministro o el jefe del departamento administrativo correspondiente.¹⁴

Observa la Sala que el artículo 12 del CPACA incorpora la organización por sectores administrativos que desarrolla la Ley 489 de 1998 por la cual se adaptan la organización y el funcionamiento de la administración pública a los principios, normas y estructura contenidos en la Constitución de 1991.

Esa organización no existía cuando se expidió el C.C.A. pero su adopción en el CPACA resalta claramente la decisión del legislador de que el conocimiento y las decisiones sobre los impedimentos y recusaciones dentro de actuaciones de naturaleza administrativa sean asumidos por las autoridades de la Rama Ejecutiva.

(iii) Si el funcionario, o servidor, no tiene superior y tampoco está vinculado a un sector administrativo, entonces sí debe dirigirse al Procurador Regional o al Procurador General de la Nación, según sea un servidor del nivel territorial o del nivel nacional o el Alcalde Mayor de Bogotá.

Acudir a los procuradores regionales estaba ya establecido en el artículo 30 del C.C.A. y, conforme se explicó atrás, guardaba plena coherencia con el contexto constitucional vigente en 1984 conforme al cual las relaciones del Ministerio Público y el Procurador General de la Nación con la Rama Ejecutiva se reglaban como funciones sujetas a la dirección del Gobierno.

(b) Respecto de la autoridad que debe, en caso necesario, producir el nombramiento ad hoc:

(i) El superior puede aceptar o no el impedimento; si lo acepta, los artículos 30 y 12 en estudio, estatuyen que este señalará quién debe continuar conociendo del asunto y, además, “si es preciso”, lo facultan para designar un funcionario ad hoc.

¹⁴ Ley 489 de 1998 (diciembre 29) “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.” Artículo 42. “SECTORES ADMINISTRATIVOS. El Sector Administrativo está integrado por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley o el Gobierno Nacional definan como adscritas o vinculadas a aquéllos según correspondiere a cada área.” (Aparte tachado, INEXEQUIBLE, Sentencia C-1437-00) // Artículo 44. “ORIENTACION Y COORDINACION SECTORIAL. La orientación del ejercicio de las funciones a cargo de los organismos y entidades que conforman un Sector Administrativo está a cargo del Ministro o Director del Departamento Administrativo a cuyo despacho se encuentran adscritos o vinculados, sin perjuicio de las potestades de decisión, que de acuerdo con la ley y los actos de creación o de reestructuración, les correspondan.”

(ii) Las mismas decisiones – aceptar el impedimento, determinar quien continúa conociendo y designar funcionario ad hoc “si es preciso” - , competen al procurador regional cuando el funcionario que está impedido es del orden territorial y no tiene superior.

(iii) El elemento nuevo en el artículo 12 de la Ley 1437, CPACA, hace referencia a las autoridades nacionales para establecer que si consideran que están incurso en causal de impedimento y no tienen superior, deben dirigirse a la cabeza del sector administrativo, esto es, al ministro o jefe del departamento administrativo y, “a falta de los anteriores al Procurador General de la Nación”. Igual previsión se dispone respecto del Alcalde Mayor de Bogotá.

El superior, la cabeza del sector administrativo o el Procurador General, de acuerdo con la norma en cita, toman las mismas decisiones: aceptar el impedimento, decidir quién continúa conociendo y, “si es preciso” designar el funcionario ad hoc.

(c) La expresión “si es preciso”.

En virtud de la aceptación de un impedimento o una recusación es necesario reasignar el conocimiento del asunto de que se trate, o designar funcionario ad hoc. En principio se supondría que las dos decisiones debieran estar deferidas a la misma autoridad, sea el superior, la cabeza del sector administrativo, el Procurador General de la Nación o los procuradores regionales.

Sin embargo, el legislador da un tratamiento especial a la designación del servidor ad hoc que entraría a actuar en lugar del titular, en tanto la establece como una facultad - “pudiendo”- y bajo una condición “si es preciso”.

Según las reglas generales de la interpretación de la ley las palabras que esta use “se entenderán en su sentido natural y obvio” salvo que “el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias” porque entonces se les dará el significado legal (artículo 28 C.C.); y que “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto” (artículo 30 C.C.).

En su interpretación gramatical, el vocablo “preciso” es un adjetivo que califica algo como “necesario, indispensable, que es menester para un fin”.

Entonces, cuando aceptado el impedimento o la recusación no es factible determinar a quién corresponde conocer del asunto, los artículos 30 del C.C.A. y 12 del CPACA resuelven la dificultad autorizando la designación de un funcionario ad hoc, es decir, se remiten a la función nominadora pues es en ejercicio de esta que se ha de hacer tal designación.

Como quien decide el impedimento o la recusación no es necesariamente idéntico a quien tiene la competencia nominadora, si las normas en comento confirieran a aquel de manera automática esa función, desconocerían *prima facie* las competencias constitucionales y legales en materia de nombramientos y generarían eventuales causales de anulación de la respectiva actuación administrativa. Ni el CCA ni el CPACA son ordenamientos con capacidad para desvertebrar la Constitución en materia de competencias nominadoras.

Estas consecuencias son las mismas bajo los dos marcos constitucionales en los que fueron expedidos respectivamente los artículos 30 del C.C.A. y 12 del CPACA, pero son mucho más claras en vigencia de la Constitución de 1991.

En vigencia de la Constitución de 1886 y sus reformas, como se explicó, los gobernadores y el Alcalde de Bogotá eran nombrados por el Presidente de la República y los gobernadores nombraban a los alcaldes hasta cuando se introdujo la elección popular de los alcaldes con el Acto Legislativo 1 de 1986 y la de los gobernadores a partir de la Constitución de 1991. Asimismo, la función a cargo de los procuradores regionales se ejercía bajo la dirección del Gobierno.

Bajo la Constitución de 1991, la estructura de los poderes públicos, la autonomía de los órganos de control, las funciones separadas, las nuevas formas de relación entre las autoridades nacionales y las territoriales exigieron respecto del artículo 30 del C.C.A. y exigen ahora para la aplicación del artículo 12 del CPACA, tener en cuenta lo siguiente:

- Los gobernadores, los alcaldes y el Alcalde Mayor de Bogotá siguen integrando la Rama Ejecutiva del Poder Público porque así lo expresa de manera categórica el artículo 115 constitucional en su parte final refiriéndose a las gobernaciones y alcaldías, a la vez que inicia su texto con el reconocimiento del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa.
- El Ministerio Público y el Procurador General de la Nación constituyen uno de los órganos de control, autónomos e independientes de las Ramas del Poder Público, de acuerdo con el artículo 117 constitucional.
- Las Ramas del Poder Público y los órganos de control ejercen “funciones separadas”, porque así lo manda el artículo 113 de la Carta.
- El ejercicio de la función nominadora está sujeto a la normatividad legal que, con fundamento en la Constitución, es expedida para cada uno de los órganos y ramas del poder público que integran la estructura del Estado.
- Se desconocería la Constitución misma si al órgano de control (en el caso en estudio, por medio del Procurador General de la Nación y de los procuradores regionales) se le asignara la función de nombrar el funcionario ad hoc como efecto directo de la aceptación del trámite de los impedimentos y recusaciones. Una disposición como esa no solo rompería con la lógica constitucional sino que llevaría a afectar negativamente el ejercicio mismo de la función de control respecto del servidor así designado.

Así pues, la especialísima excepcionalidad del artículo 30 del C.C.A., en cuanto a la designación del funcionario ad hoc por la autoridad de control, encontró mayor fuerza en la Constitución de 1991, apreciación que se entiende ínsita en la decisión del legislador del año 2011 de reproducir de manera casi literal el texto del citado artículo 30 en el artículo 12 del CPACA. Como ya se dijo, no estaba en cuestión el darle a ese código pretendidos alcances en materia de modificar los arreglos constitucionales sobre competencias nominadoras.

(d) La Ley 4 de 1913

La condición para que el órgano de control excepcionalmente designe funcionario ad hoc para el ejercicio de funciones administrativas por servidores de la Rama

Ejecutiva, como resultado de la aceptación de impedimentos o recusaciones, es que no haya en dicha Rama Ejecutiva una autoridad con la competencia o atribución legal para hacer tal designación.

Ahora bien, en la Constitución de 1886 con sus reformas y en la Constitución de 1991, el Presidente de la República es reconocido y se le han asignado funciones como la máxima autoridad en la Rama Ejecutiva.

Acorde con tales mandatos constitucionales la Ley 4 de 1913¹⁵ asignó al Presidente de la República una competencia general para asegurar la debida y permanente atención de los asuntos públicos:

“Artículo 66: Todo lo relativo a la administración general de la república, que no esté especialmente atribuido a otros poderes públicos, conforme a la Constitución y a las leyes, corresponde al Presidente.”

Esta competencia general está vigente porque no ha sido derogada expresamente y porque se acompasa sin dificultad a los mandatos y estructura de la Constitución de 1991 respecto de las ramas del poder público y en particular de la rama Ejecutiva.

Por virtud del artículo 66 en cita, el Presidente de la República tiene la competencia para nombrar funcionarios ad hoc en los casos en los cuales sea aceptado el impedimento o la recusación de un servidor en ejercicio de funciones administrativas que no tiene superior ni cabeza de sector.

Vale decir que en armonía con la estructura y formas de relación constitucionales que ha destacado la Sala, el artículo 66 de la Ley 4 connota el carácter excepcionalísimo de cualquier facultad exógena al ejecutivo para hacer nombramientos ad hoc dentro de la rama ejecutiva del poder público, en la medida en que vacía la operacionalidad de la expresión “si es preciso” del artículo 12 del CPACA.

En otras palabras, por virtud del artículo 66 de la Ley 4 de 1913, **no “es preciso”**, que una autoridad distinta del Presidente de la República quede facultada para hacer designaciones ad hoc.

A este respecto la Sala advierte que la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación profirió fallos relacionados con designación de funcionarios ad hoc en los que se parte del reconocimiento de la competencia general nominadora conferida por el artículo 66 de la Ley 4 de 1913 al presidente de la República¹⁶.

Por otra parte, mediante fallo de siete (7) de febrero de dos mil trece (2013) de la Sección Quinta el Consejo de Estado declaró la nulidad de los Decretos 1755 de 26 de mayo de 2011 y 1921 de 1º de junio de 2011 (aclaratorio del anterior), por los cuales el presidente de la República aceptó un impedimento de la alcaldesa por él mismo encargada, y designó alcaldesa *ad hoc* de Bogotá. Sobre el fallo en cuestión gravitan circunstancias particulares, como la competencia del Presidente de la República para decidir sobre el impedimento presentado por una alcaldesa encargada -que obligaría al análisis concreto sobre si entre ambos funcionarios

¹⁵ Ley 4 de 1913 (11 de mayo de 1911, promulgada el 20 de agosto de 1913), “sobre régimen político y municipal”.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Rad. 11001-03-28-000-2001-(0056 y 0057) -01 (2778-2779), sentencia de agosto 30 de 2002; Sección Quinta, Rad. 11001-03-28-000-2010-00099-01, sentencia de febrero 20 de 2012

existe o no relación de dependencia jerárquica-, y el que la designación ad hoc se hubiese hecho para presentar un específico proyecto de acuerdo ante el Concejo dirigido a la venta de acciones del Distrito en la ETB. La Sala se contraerá a responder las preguntas tal y como fueron formuladas en la consulta elevada y por tanto no tocará las antedichas particularidades ni lo referente a si el Presidente de la República tiene que dar cumplimiento, y cómo, a la exigencia constitucional relativa a la identidad de filiación partidista del funcionario que haya de remplazar - por falta absoluta o temporal, o por impedimento o recusación aceptadas-, a un mandatario elegido popularmente.

Destaca la Sala que, en relación con la facultad de decidir sobre impedimentos y recusaciones, tal como sostiene el fallo en comentario, “la previsión contenida en el Código Contencioso Administrativo se erige en una regla general aplicable a los casos en que no hay disposición especial que regule, de otra manera, el asunto”. Esta previsión fue luego reiterada en el CPACA y precisada en cuanto toca con el Alcalde Mayor de Bogotá. En lo referente a la competencia para designar en condición de ad hoc a gobernadores y Alcalde Mayor de Bogotá, sin embargo, la Sala –como queda dicho-, la encuentra radicada en el Presidente de la República (en virtud de la plena vigencia del artículo 66 de la Ley 4 de 1913, cuya aplicación no desconoce el principio de autonomía de las entidades territoriales), así como en razón de la estructura del estado emanada de la Carta de 1991 que fuerza a leer como inconstitucional cualquier pretensión de radicar dicha atribución en un agente del Ministerio Público, habida cuenta de la nueva ubicación de este órgano por fuera de la rama ejecutiva, y sus precisas atribuciones como órgano de control.

En efecto, como se dejó establecido a propósito del planteamiento del problema jurídico en la parte inicial de este concepto, la lectura que defiere a la Procuraduría General de la Nación la competencia para decidir sobre impedimentos y recusaciones en el caso de los gobernadores y el Alcalde Mayor de Bogotá, y mantiene la potestad de nominación de funcionarios ad hoc para esos mismos cargos en el Presidente de la República, es la que en efecto se hizo durante más de veinte años desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, con base en la vigencia del artículo 66 de la Ley 4 de 1913. La observación que aquí se retrotrae encuentra apoyo también en la jurisprudencia del Consejo de Estado que avaló dicha vigencia, arriba citada.¹⁷

(e) El tratamiento legislativo a la función de nombramientos ad hoc en la Procuraduría General de la Nación y en el Ministerio del Interior: Decretos Extraordinarios 262 de 2000 y 2893 de 2011

El conocimiento y las decisiones sobre impedimentos y recusaciones en los términos antes reglados por el artículo 30 del C.C.A y actualmente por el artículo 12 del CPACA, tienen normas correlativas en las leyes que rigen la organización y el funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación y, recientemente, del

¹⁷ La propia sentencia 41 de siete (7) de febrero de dos mil trece (2013) de la Sección Quinta trae a colación que “la suspensión provisional de los decretos demandados fue negada porque consideró que no se observaba una “flagrante y evidente” contradicción entre aquellos (los decretos; nota de la Sala) y las normas invocadas como violadas”. En la misma sentencia, en el escrito de contestación a la demanda, la Presidencia de la República hizo notar que “De hecho esa facultad (la de designación ad hoc por parte del Presidente; nota de la Sala) ya se había ejercido frente a los impedimentos del propio alcalde suspendido, Samuel Moreno Rojas y de la encargada Clara López Obregón, el primero para ejercer funciones electorales, debido al parentesco de consanguinidad con un candidato al Senado de la República y la segunda para aceptar las renunciaciones de dos concejales que integraban la misma lista de candidatos al Concejo a la que pertenecía su esposo.” Radicación Rad. 11001-03-28-000-2011-0041-01.

Ministerio del Interior, sobre las cuales la Sala estima útiles los siguientes breves comentarios:

En la Procuraduría General de la Nación (Decreto ley 262 de 2000):

Al entrar en vigencia la Constitución de 1991, fue expedida la Ley 201 de 1995 que definió la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación acorde con su nuevo contexto constitucional. Ese estatuto legal no incluyó función alguna que recogiera la ya establecida en el artículo 30 del C.C.A.

La citada Ley 201 fue derogada por el Decreto ley 262 de 2000¹⁸, actualmente vigente, que en su artículo 75, numeral 15, dispuso:

"ARTÍCULO 75. FUNCIONES. Las procuradurías regionales tienen, dentro de su circunscripción territorial, las siguientes funciones, cuando lo determine el Procurador General en virtud de las facultades contenidas en el artículo 7 de este Decreto.

(...)

15. Conocer y resolver los impedimentos manifestados por los servidores públicos que desempeñen funciones dentro de su circunscripción territorial y carezcan de superior jerárquico, así como las recusaciones que contra ellos se formulen, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo."

Hace notar la Sala que la disposición transcrita no incluyó la facultad de nombrar funcionarios ad hoc, como resultado de la aceptación del impedimento o recusación, sin perjuicio, por supuesto, de la remisión al artículo 30 del C.C.A. hecha en dicho artículo 75.

La lectura hecha desde la expedición del citado artículo 30, antes y después de la Constitución de 1991, tanto en la práctica administrativa como en la jurisprudencia, según se ha explicado, permite entender por qué al adoptar las leyes específicas para la Procuraduría General de la Nación no se consideraron las facultades nominadoras del supradicho artículo 30 como de la naturaleza y funciones del órgano de control.

En el Ministerio del Interior (Decreto ley 2893 de 2011):

La Ley 1444 de 2011 dispuso la escisión del Ministerio del Interior y de Justicia y, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para el efecto, se expidió el Decreto ley 2893 de 2011¹⁹, norma posterior al CPACA y que establece reglas especiales de asignación de funciones para el desarrollo de una competencia del Gobierno nacional. En efecto:

El artículo 2º se ocupó de las funciones de ese Ministerio y entre ellas incluyó:

"ARTÍCULO 2o. FUNCIONES. El Ministerio del Interior, además de las funciones determinadas en la Constitución Política y en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 cumplirá las siguientes:

¹⁸ Salvo los artículos 171, 172, 192, 193, 194, 196, 197, 198 y las disposiciones de dicha ley relacionadas con la Defensoría del Pueblo.

¹⁹ Decreto Ley 2893 de 2011, "por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo".

(...)

3. *Servir de enlace y coordinador de las entidades del orden nacional en su relación con los entes territoriales y promover la integración de la Nación con el territorio y el desarrollo territorial a través de la profundización de la descentralización, ordenamiento y autonomía territorial y la coordinación y armonización de las agendas de los diversos sectores administrativos, dentro de sus competencias, en procura de este objetivo.*"

A la vez el artículo 6º asignó al Ministro la función de:

"6. Coordinar la actividad del Ministerio en lo relacionado con sus objetivos y funciones, con las entidades públicas del orden nacional del sector central y del descentralizado, los entes territoriales y sus entidades, el Congreso de la República, la Organización Electoral y los organismos de control."

Y el artículo 10º fijó en la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio la función de:

"19. Estudiar y conceptuar sobre los impedimentos y recusaciones de los gobernadores y el Alcalde Mayor de Bogotá, D.C. y, cuando fuere el caso, preparar los decretos designando gobernadores y alcaldes ad hoc."

Este grupo de normas permite concluir que por las mismas razones de práctica administrativa e interpretación jurisprudencial, respecto de la competencia general del Presidente de la República conferida por el artículo 66 de la Ley 4 de 1913, el legislador extraordinario incorporó la función de asesoría y sustanciación en una dependencia del Ministerio del Interior que soporta técnicamente el ejercicio de la función presidencial respecto de la designación de funcionarios ad hoc en los casos de aceptación de impedimentos y recusaciones de gobernadores y Alcalde Mayor de Bogotá.

CONCLUSIONES DE LA SALA

A manera de sinopsis de la argumentación precedente, la Sala se permite exponer los siguientes puntos:

1. La competencia para decidir los impedimentos y recusaciones respecto del Alcalde Mayor de Bogotá, D.C. está atribuida al Procurador General de la Nación. La competencia para decidir los impedimentos y recusaciones respecto de los gobernadores está radicada en cabeza de los procuradores regionales. Ambas competencias se encuentran atribuidas por el artículo 12 del CPACA.
2. El Ministerio Público, en especial bajo la estructura del Estado consagrada por la Constitución Política de 1991, carece de competencia para nombrar funcionarios de la rama ejecutiva. Encambio el Presidente de la República tiene para ese efecto facultad expresa.

3. En efecto, el artículo 66 de la Ley 4 de 1913, le asigna al Presidente de la República una competencia genérica que para este caso lo faculta para nombrar funcionarios ad hoc en los casos en los cuales sea aceptado el impedimento o la recusación de un servidor en ejercicio de funciones administrativas que no tiene superior ni cabeza de sector.
4. Una interpretación distinta implicaría el desconocimiento de la estructura del Estado determinada por la Constitución Política de 1991, especialmente en los artículos 1, 113, 115 y 117, así como de la regulación legal de esta materia contenida en los Decretos Leyes 262 de 2000 y 2893 de 2011.
5. La anterior interpretación del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 resulta congruente con el diseño institucional y funcional del Estado que estableció la Constitución Política de 1991. En efecto, tiene plena justificación constitucional que la competencia para decidir los impedimentos y recusaciones respecto del Alcalde Mayor de Bogotá, D.C, esté atribuida al Procurador General de la Nación y la competencia en esos mismos eventos respecto de los gobernadores esté radicada en los procuradores regionales, por tratarse precisamente la Procuraduría General de la Nación de un organismo autónomo e independiente que tiene por función la de velar y controlar que las actuaciones administrativas sean adelantadas por funcionarios imparciales y, por ende, sean resueltas con ajuste a la ley, la moralidad y la rectitud necesarias en la función pública. Es decir, existe una conexidad sustancial entre las funciones de la Procuraduría y los objetivos perseguidos con la institución de los impedimentos y recusaciones.

Al contrario, se observa que la designación de funcionarios ad hoc en la Rama Ejecutiva en los casos en que sea aceptado el impedimento o la recusación, resulta extraña a la misión y funciones asignadas a la Procuraduría General de la Nación, y podría generar dificultades para el ejercicio autónomo e independiente que se predica de esta respecto de las funciones de control y vigilancia sobre la conducta oficial de esos funcionarios ad hoc y la de velar por el ejercicio diligente o eficiente de las funciones administrativas que ellos desempeñen (numerales 5 y 6 artículo 277 C.P).

En este caso, por virtud de la Constitución Política de 1991 (arts. 115 y 189) y del artículo 66 de la Ley 4 de 1913, resulta armónico que quien funge como Suprema Autoridad Administrativa o máxima autoridad del ejecutivo, sin desconocer la autonomía de los entes territoriales, sea quien tenga la competencia para realizar las designaciones de los funcionarios ad hoc en reemplazo de aquellos que la Procuraduría General de la Nación considere que están impedidos en una actuación en particular. Esta hermenéutica además es la que privilegia la vigencia y cumplimiento de los principios constitucionales de separación de poderes y de colaboración armónica entre estos, tal y como lo enseña el artículo 115 superior según el cual “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.”²⁰

²⁰ Ejemplo práctico es el Decreto 0966 del 9 de mayo de 2012, “Por el cual se designa Gobernador Ad hoc para el departamento de Cundinamarca”, pues como se enuncia en la parte considerativa, la Procuraduría Regional de Cundinamarca había aceptado el impedimento manifestado por el doctor Álvaro Cruz Vargas y, en consecuencia, con fundamento en el artículo 66 de la Ley 4 de 1913, el Gobierno nacional hizo la designación de Gobernador Ad hoc.

III. La Sala RESPONDE:

“a. Es competente el Presidente de la República para resolver los impedimentos y recusaciones que se manifiesten o presenten en contra de los gobernadores y Alcalde Mayor de Bogotá, teniendo en cuentas las normas reseñadas, y, entre ellas, lo previsto en el numeral 10 del artículo 10 del Decreto-Ley 2893 de 2011, norma especial y posterior al artículo 12 de la Ley 1437 de 2011?”

No. El Presidente de la República no es competente para resolver los impedimentos y recusaciones que se manifiesten o presenten en contra de los gobernadores y el Alcalde Mayor de Bogotá, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 75, numeral 15, del decreto ley 262 de 2000. Tal competencia está radicada en cabeza del Procurador General de la Nación respecto del Alcalde Mayor de Bogotá, D.C., y en cabeza de los procuradores regionales en relación con los gobernadores.

“b. ¿Es competente el Presidente de la República para designar gobernadores y Alcalde Mayor de Bogotá ad-hoc, cuando se acepte un impedimento o recusación de tales funcionarios, teniendo en cuenta las normas reseñadas anteriormente?”

Sí. El Presidente de la República es la autoridad competente para designar gobernadores y Alcalde Mayor de Bogotá ad-hoc cuando se acepte un impedimento o recusación de tales funcionarios, teniendo en cuenta la pertenencia de las gobernaciones y alcaldías a la Rama Ejecutiva del Poder Público, las normas constitucionales que determinan las funciones generales del Presidente de la República en la estructura del Estado, y las normas legales que las desarrollan, en particular la que hace corresponder al Presidente “Todo lo relativo a la administración general de la República, que no esté especialmente atribuido a otros poderes públicos, conforme a la Constitución y a las leyes”.

Remítase al señor Ministro del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala