

ALCALDE AD HOC - Competencia para su designación / DESIGNACION DE ALCALDE AD HOC - Es una atribución exclusiva del Alcalde Mayor elegido popularmente o del Alcalde Encargado / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Carece de competencia para designar alcalde ad hoc

Sobre el asunto asegura la parte demandante que la designación de un alcalde ad hoc es una “atribución exclusiva del Alcalde Mayor elegido popularmente o del Alcalde Encargado, cuando se presenta una falta temporal del primero.” De otro lado, para la Presidencia de la República la competencia del Presidente se sustenta en la atribución residual contenida en el artículo 66 de la ley 4 de 1913, que indica: “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”, toda vez que no existe norma que exactamente indique el procedimiento para la designación de alcaldes ad hoc. Pues bien, encuentra la Sala que sobre el punto no le asiste la razón a la parte demandante y tampoco a la Presidencia de la República ya que, la competencia para designar un alcalde ad hoc no radica ni en el alcalde encargado ni en el Presidente de la República, razón por la cual, este obró sin competencia, que, si bien, no fue sustentada por la parte demandante en la violación del artículo 30 del C.C.A., será declarada de oficio por esta Sala.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Eventos en los que tiene competencia para designar Alcalde / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Carece de competencia para designar alcalde ad hoc / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - No es superior jerárquico de alcalde / / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - No es competente para decidir impedimento de alcalde / MINISTERIO PUBLICO - Decide impedimento de alcalde por conflicto de intereses

Por regla general la designación de Alcalde corresponde a un asunto que, conforme con los principios democráticos, se hace por la voluntad popular manifestada a través del voto de los ciudadanos residentes en el correspondiente municipio o distrito (artículos 316 y 323 de la Carta), esta regla sólo halla excepción en los eventos establecidos en la propia Constitución y en las normas legales especiales en cuanto contengan restricciones necesarias para armonizar el principio de autonomía de los entes territoriales con el modelo de Estado unitario. Algunos de esos eventos corresponden a los establecidos en los incisos terceros de los artículos 314 -suspensión y destitución- y 323 -falta absoluta a menos de 18 meses de que finalice el período constitucional-, de la Carta o en el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 –sobre faltas temporales-. En nuestro caso, la alcaldesa que manifestó su impedimento para conocer del asunto fue justamente nombrada por el Presidente de la República con ocasión de la falta temporal que se presentó con la suspensión de Samuel Moreno Rojas. Ahora bien, no obstante el Presidente de la República fungió como nominador de la alcaldesa encargada, ello ocurrió con la única finalidad de asegurar la continuidad en el desempeño del cargo y no por ello puede válidamente sostenerse que por tal virtud el Presidente de la República se convierte en superior jerárquico del Alcalde Mayor de Bogotá. Sostener lo contrario llevaría al extremo de afirmar que las decisiones del Alcalde Mayor son apelables, en sede gubernativa, ante el Presidente o que incluso, en caso de duda, el primero tuviera que consultar al segundo. Por lo anterior el Presidente de la República carecía de competencia para decidir sobre el impedimento presentado por la alcaldesa encargada y también para designar una alcaldesa ad hoc al radicar dicha atribución en un agente del Ministerio Público. En los anteriores términos, el cargo prospera y la Sala se exime de revisar el segundo.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 106 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 314 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 316 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 323

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D. C., siete (7) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-28-000-2011-00041-00

Actor: SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA - SINTRATELEFONOS

Demandada: ALCALDESA AD HOC DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA

Decide la Sala en única instancia el proceso electoral promovido por el actor contra el nombramiento de doctora Plazas Michelsen como alcaldesa ad hoc del Distrito Capital de Bogotá, hecho por el Presidente de la República mediante Decreto 1755 de 26 de mayo de 2011, aclarado por Decreto 1921 de 1º de junio de 2011.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Teléfonos de Bogotá (ETB), SINTRATELEFONOS, a través de apoderado judicial, instauró demanda electoral el 30 de mayo de 2011 contra Cristina Plazas Michelsen, como alcaldesa *ad hoc* de Bogotá a través de designación efectuada por el Presidente de la República mediante Decreto 1755 de 26 de mayo de 2011, aclarado por el Decreto 1921 de 1º de junio de 2011, con el especial propósito de conocer y decidir lo relacionado con la presentación de un proyecto de acuerdo ante el Concejo Distrital, que autorizaba al Distrito para enajenar su propiedad accionaria en la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, S.A. E.S.P.

La demanda fue corregida (fls. 24-27) en cumplimiento del auto de 10 de junio de 2011 (fls. 21-23), en el sentido de precisar que el actor era SINTRATELEFONOS y no el representante legal en su propio nombre, señor Oscar Penagos Ortiz, y que los actos demandados eran los Decretos 1755 de 26 de mayo y 1921 de 1º de junio de 2011.

1.2. Hechos

A manera de hechos de la demanda, el actor narró los antecedentes de los actos administrativos demandados, iniciando con la elección de Samuel Moreno Rojas como alcalde de Bogotá para el período 2008-2011 y su posterior suspensión durante tres meses por la Procuraduría General de la Nación el 2 de mayo de 2011.

Luego informó que para suplir la falta temporal del alcalde elegido, el Presidente de la República encargó, mediante Decreto 1390 de 4 de mayo de 2011, encargó como alcaldesa de Bogotá a María Fernanda Campos, quien se desempeñaba como ministra de Educación, acto en el que también el Primer Mandatario solicitó la terna al partido Polo Democrático Alternativo, para de conformidad con la exigencia constitucional.

Igualmente expuso que la alcaldesa encargada manifestó al Presidente de la República su impedimento para conocer y decidir sobre la presentación ante el Concejo Distrital de un proyecto de acuerdo que autorizara la enajenación de la propiedad accionaria del Distrito en la Empresa de Teléfonos de Bogotá, ETB.

Finalmente indicó que el Presidente de la República expidió los actos administrativos demandados para aceptar el impedimento y hacer el encargo *ad hoc* que motivó la demanda.

1.3. Fundamentos de derecho y concepto de la violación

El actor formula dos cargos contra el encargo demandado. Por un lado, invocando los artículos 1º, 287 y 323 de la Constitución Política, 3º, 35, 41 y 51 del Decreto 1421 de 1993 y 106 de la Ley 136 de 1994, sostiene que el Presidente de la República desconoció la autonomía del Distrito Capital de Bogotá porque nombró una alcaldesa *ad hoc* sin tener competencia para hacerlo, pues la facultad que le

otorgan la Constitución y la ley es para el caso de falta temporal del alcalde distrital, pero no para designar un alcalde *ad hoc*.

Al respecto, agrega que la designación de un alcalde *ad hoc* es una “atribución exclusiva del Alcalde Mayor elegido popularmente o del Alcalde Encargado, cuando se presenta una falta temporal del primero.” (fl. 6, subrayado original).

De otro lado, con fundamento en los artículos 313 y 315 de la Constitución Política, asegura que al expedir los decretos demandados el Presidente de la República se inmiscuyó en un asunto de competencia exclusiva del Distrito Capital, pues de acuerdo con dichas normas *“la facultad de presentación de proyectos de acuerdo al concejo (iniciativa administrativa) sobre una empresa distrital, en el caso de la referencia la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, ETB, le corresponde al Alcalde Mayor de Bogotá o, en su defecto, al Alcalde Encargado, pero, jamás, al Presidente de la República, quien no es funcionario de superior jerarquía que el Alcalde Distrital...”* (fl. 8).

1.4. La solicitud de suspensión provisional

En escrito adicional, presentado antes de la admisión de la demanda, el actor solicitó la suspensión provisional del Decreto 1755 de 2011, por considerar que éste se oponía de forma directa a los artículos 1º, 287 y 322 de la Constitución Política, *“al designar el Presidente de la República una Alcaldesa Ad Hoc, figura totalmente extraña nuestro Derecho Territorial y, por ende, debe suspenderse por vulnerar normas superiores jerárquicamente.”*(fl. 19).

1.5. La admisión de la demanda y la negación de la solicitud de suspensión provisional

Por auto de 11 de julio de 2011 (fls. 37-42) la Sala admitió la demanda por su presentación oportuna y el cumplimiento de los requisitos formales.

En contraste, la suspensión provisional de los decretos demandados fue negada porque consideró que no se observaba una *“flagrante y evidente”* contradicción entre aquellos y las normas invocadas como violadas, sobre el particular se advirtió:

“...para establecer la conformidad o no de los decretos demandados con las normas superiores es imprescindible, entre otros aspectos: i) precisar si existe norma especial que regule el trámite que deba seguirse en el evento en que el Alcalde Mayor de Bogotá manifieste impedimento para conocer de un asunto, ii) establecer si el artículo 66 de la Ley 4ª de 1913, respecto del cual no se hace ninguna consideración en la solicitud de suspensión provisional, y que se invoca como sustento jurídico en el acto administrativo demandado es aplicable y se encuentra vigente bajo el actual marco constitucional, iii) determinar cuáles son los límites que el ordenamiento jurídico impone al principio de autonomía de las entidades territoriales y finalmente, iv) verificar si la circunstancia de que la nominación cuestionada hubiere sido dispuesta con ocasión de la aceptación del impedimento manifestado por la Alcaldesa Encargada, doctora María Fernanda Campo Saavedra, hace plausible considerar que mediante los actos demandados se ejerció la misma facultad con la que se efectuó el encargo inicial.” (fl. 41).

1.6. Contestación de la demanda e intervenciones

Dentro de la oportunidad concedida por el auto admisorio de la demanda de 11 de julio de 2011 (fls. 37-42), la doctora Plazas Michelsen no efectuó intervención alguna.

El Presidente de la República y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, intervinieron, a través de apoderado judicial (fls. 54-62), para defender la designación de la demandada como alcaldesa *ad hoc* del Distrito Capital. El apoderado advierte que ni la Ley 136 de 1994 ni el Decreto 1421 de 1993 resultaban aplicables porque, como el mismo actor reconoce, no regulan el nombramiento de alcalde *ad hoc* para atender determinado asunto ante el impedimento del titular, lo que justificó el ejercicio de la competencia residual del Presidente de la República prevista en el artículo 66 de la Ley 4 de 1913.

Añade que las normas invocadas por el actor tampoco sustentan su afirmación según la cual corresponde al alcalde mayor (titular o encargado), designar a un *ad hocy*, además, que *“resulta apenas lógico que de verificarse un motivo de*

*impedimento no sea el funcionario impedido quien designe la persona encargada de decidir el asunto que lo provocó.”(fl. 56).*De hecho esa facultad 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.

Con relación al cargo por desconocimiento del principio de autonomía, reprocha que el demandante se limite a transcribir los textos de los artículos 1º y 287 de la Constitución Política, sin ofrecer un solo argumento o prueba de su acusación. Sobre el particular reitera la competencia del Presidente de la República para expedir los decretos demandados, lo que a su juicio descarta la acusación contra el principio de autonomía, *“pues cualquier censura en este sentido recaería sobre la norma que lo habilita y no sobre el ejercicio de la facultad.”(fl. 58).*

Igualmente resalta que la afectación al principio de autonomía no depende del sentido en que resuelva la alcaldesa *ad hoc* frente al proyecto de acuerdo sobre la enajenación de la participación accionaria del Distrito Capital en la ETB y que, en todo caso, aquella no fue designada para cumplir la voluntad caprichosa del Presidente de la República, como lo demuestran los antecedentes del asunto, según los cuales el proyecto fue el resultado de la recomendación de la junta directiva de la ETB y la Secretaría de Hacienda Distrital. Asimismo por que las entidades distritales con participación en la ETB habían dado antes de la designación de la alcaldesa *ad hoc* el visto bueno para proceder con la enajenación de su participación accionaria, la Secretaría de Hacienda Distrital conceptuó sobre su conveniencia técnica e incluso la Procuraduría General de la Nación conminó para la adopción de medidas frente a la situación económica de la ETB.

A partir de lo anterior asegura que *“era el Gobierno Distrital quien en ejercicio de su autonomía y de la garantía de autogobierno, el que había llegado a una conclusión sobre el rumbo que debería adoptarse en cuanto a la participación en la empresa.”* (fl. 59) y que la acusación del actor es una *“fachada”* para oponerse a la enajenación de la participación accionaria del Distrito en la ETB.

Refuerza su argumento manifestando que *“la suerte de la ETB y/o de los recursos que se obtengan por su enajenación, si ella ocurriera, no impacta directamente en*

la gestión de los intereses Nacionales como para teorizar sobre intereses oscuros o legítimos del Presidente de la República en este asunto.”(fl. 61).

Por último, se opone al cargo fundado en el artículo 10 del Decreto 1421 de 1993, a partir del cual el demandante indica que la competencia para convocar a sesiones extraordinarias al Concejo corresponde de forma exclusiva al alcalde mayor. Según el apoderado de la Presidencia, *“de hacer carrera esa caprichosa hermenéutica la designación de funcionarios ad hoc estaría proscrita en prácticamente todos los supuestos, pues las normas que asignan competencias a los funcionarios públicos nunca tienen una previsión expresa en el sentido de que las mismas puedan ejercerlas excepcionalmente funcionarios ad hoc.”(fl. 61).*

Con fundamento en lo anterior, solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda.

1.7. Alegatos de conclusión

Las partes guardaron silencio (fl. 138).

1.8. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda. Consideró que le asiste razón al actor en cuanto a la infracción del principio de autonomía de las entidades territoriales por parte de los decretos demandados.

Acudiendo a un precedente de esta Sección sobre el nombramiento de un gobernador encargado mientras se realizaban nuevas elecciones por falta absoluta del elegido (Rad. 3883, sentencia de 6 de julio de 2006), sostiene que en todos los casos en que le corresponde designar encargado en la Alcaldía Mayor de Bogotá, el Presidente de la República debe solicitar una terna a la organización política que inscribió al elegido, incluidos los casos en que es necesario un alcalde *ad hoc*.

Resaltó que la demandada no milita en el Polo Democrático Alternativo, sino que hace parte del Gobierno Nacional, que es de una filiación política distinta.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

El numeral 3 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el numeral 3º del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 de la Sala Plena del Consejo de Estado, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003, otorgan a esta Sala la competencia para decidir en única instancia la demanda electoral contra el Decreto 1755 de 26 de mayo de 2011, aclarado por el Decreto 1921 de 1º de junio de 2011, por el cual el Presidente de la República encargó como alcaldesa *ad hoc* de Bogotá D.C. a Cristina Plazas Michelsen, para conocer y decidir lo relacionado con la presentación de un proyecto de acuerdo ante el Concejo Distrital, que autorizaba al Distrito para enajenar su propiedad accionaria en la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, S.A. E.S.P.

2.2. El caso concreto

Como se reseñó en el capítulo de antecedentes de esta providencia, SINTRATELEFONOS propone dos cargos contra el Decreto 1755 de 26 de mayo de 2011, aclarado por Decreto 1921 de 1º de junio de 2011, por el cual el presidente de la República encargó a la demandada como alcaldesa *ad hoc* de Bogotá para presentar un proyecto de acuerdo ante el Concejo de Bogotá dirigido a la venta de acciones del Distrito en la Empresa de Teléfonos de Bogotá.

El primer cargo consiste en el desconocimiento del principio de autonomía de las entidades territoriales, con fundamento en los artículos 1º, 287 y 323 de la Constitución Política, 3º, 35, 41 y 51 del Decreto 1421 de 1993 y 106 de la Ley 136 de 1994, **pues a su juicio, de esas normas se desprende que la competencia para hacer tal designación ante el impedimento de la alcaldesa encargada la tenía la misma funcionaria.**

El segundo cargo lo sustenta el actor en los artículos 313 y 315 de la Constitución Política, que considera violados por los actos administrativos demandados porque según esas normas la competencia para presentar proyectos de acuerdo está asignada al alcalde mayor o al encargado, pero nunca al presidente de la República, que en su concepto es quien acaba presentando el proyecto de acuerdo para la venta de acciones del Distrito en la ETB, a través de la figura del encargo *ad hoc*.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala decidir si los decretos demandados están o no viciados de nulidad por: (i) falta de competencia para dictar el acto, (ii) violación de la autonomía territorial del Distrito Capital y (iii) falta de competencia para presentar proyectos de acuerdo ante el Concejo Distrital.

Para proveer sobre el fondo de las pretensiones de la demanda y por efectos metodológicos, la Sala estudiará los temas propuestos en su orden salvo que encontrare probado algún cargo, evento en el cual se relevará del estudio de los demás.

2.2.1. La competencia para designar un alcalde *ad hoc*

Sobre el asunto asegura **la parte demandante** que la designación de un alcalde *ad hoc* es una *“atribución exclusiva del Alcalde Mayor elegido popularmente o del Alcalde Encargado, cuando se presenta una falta temporal del primero.”* (fl. 6, subrayado original).

De otro lado, para la **Presidencia de la República** la competencia del Presidente se sustenta en la atribución residual contenida en el artículo 66 de la ley 4 de 1913, que indica: *“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”*, toda vez que no existe norma que exactamente indique el procedimiento para la designación de alcaldes *ad hoc*.

Pues bien, encuentra la Sala que sobre el punto no le asiste la razón a la parte demandante y tampoco a la Presidencia de la República ya que, la competencia para designar un alcalde *ad hoc* no radica ni en el alcalde encargado ni en el Presidente de la República, razón por la cual, este obró sin competencia, que, si bien, no fue sustentada por la parte demandante en la violación del artículo 30 del C.C.A., será declarada de oficio por esta Sala, como pasará a explicarse.

La competencia, elemento del acto administrativo, se define como la *“esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente. En otros términos, la competencia de*

los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren la Constitución Nacional, la Constitución provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos. La competencia es irrenunciable e improrrogable. Debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes¹. (Subrayas ajenas al texto original).

Al respecto, como lo sostiene el profesor Marienhoff “cabe advertir que una ‘grosera’ incompetencia puede constituir una verdadera ‘vía de hecho’, con todas sus implicancias”².

De igual forma el profesor Rivero considera que “[la incompetencia, como vicio del acto administrativo] es la más grave: los agentes públicos no tienen poder sino con fundamento y en los límites de los textos que fijan sus atribuciones; más allá, ellos dejan de participar en el ejercicio de la potestad pública. Es por ello que las competencias son de orden público: la incompetencia debe ser declarada de oficio por el juez, incluso si el demandante no la ha invocado con apoyo a su demanda”³.

En el mismo sentido, esta Corporación⁴ ha admitido, en tratándose de falta de competencia para la expedición de los actos administrativos, la posibilidad oficiosa de declaratoria de nulidad en los siguientes términos:

*“[...] la incompetencia absoluta del órgano administrativo, con ocasión de la usurpación de las atribuciones que por mandato constitucional o legal corresponde a otra autoridad, o como en este caso –tratándose del ejercicio de la potestad reglamentaria- que han de ejercerse conjuntamente con otra, es sin duda una de las formas de ilegalidad más grave que puede ostentar un acto administrativo. **Esta circunstancia -que no puede pasar por alto la Sala así no haya sido alegada por el actor- entraña la infracción manifiesta de uno de los principios medulares de todo Estado de Derecho: el de legalidad.***

¹ Dromi. José Roberto, *Derecho Administrativo Tomo I*, Buenos Aires. Astres, p. 164.

² Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, p. 523.

³ Rivero, Jean, *Derecho Administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 274.

⁴ En el mismo sentido se puede revisar las sentencias con número interno 16493, 18292, 23650 o 35749.

[...]

La magnitud de la irregularidad autoriza al fallador para destruir la presunción de legalidad que acompaña al acto administrativo, y en consecuencia invalidarlo oficiosamente cuando en el ejercicio de las acciones pertinentes los interesados no hayan invocado esta agresión grosera y brutal al orden jurídico, que desborda todos los límites de la legalidad, resultante de la usurpación de atribuciones que competen a otras autoridades, o -como en el sub lite- que deban ejercerse conjuntamente con otras, aún si éstas son subalternas.

Expresado en otros términos, cuando el funcionario obra por fuera de sus atribuciones como vía de hecho que es, se permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aún y a pesar de que el actor no la haya invocado en su escrito de demanda, dada la naturaleza de orden público de las normas atributivas de competencia y por lo mismo constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad⁵. Vicio de incompetencia que además “no puede ser subsanado por la aprobación posterior de la autoridad competente, ni ésta puede renunciar a ella en beneficio de un administrado (...) Tampoco puede ser la competencia objeto de convención entre las partes ni modificarse, en principio, por razones de urgencia^{6”}.⁷

En este contexto, no escapa a la Sala la existencia del artículo 30 del CCA cuya adopción se justifica por virtud de deberes como los de imparcialidad, que gobiernan el ejercicio de la función pública en general, y de la administrativa en particular, y que tiene por finalidad garantizar la prevalencia del interés general, ante circunstancias que representen conflicto de intereses que lleven a que los empleados públicos revestidos de cualquier clase de autoridad, deban apartarse del conocimiento de algunos asuntos manifestando impedimento.

⁵ En el mismo sentido la Corporación se ha pronunciado, Cfr. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia del 16 de diciembre de 1994, Exp. 7879, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de mayo 11 de 1999. Exp. 10.196. C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 16 de febrero de 2006, Rad. 13001-23-31-000-1988-07186-01(13414), C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 25 de febrero de 2009, Rad. 73001-23-31-000-1997-05889-01(16493) y sentencia de 15 de abril de 2010, Rad. 76001-23-31-000-1995-01791-01(18292), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶ Betancur Jaramillo, Carlos, *op. cit.*, pp. 218 y 219.

El artículo 30 del Código Contencioso Administrativo -que regía para la época de los hechos de la demanda- establece:

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 tuviere.***

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 del conocimiento.

(...)”(Negrillas adicionales).

En los anteriores términos, la manifestación, por regla general, debe hacerse ante el superior jerárquico quien ha de decidir si es fundada y amerita la separación del conocimiento del asunto. Sin embargo, en aquellos eventos en que por razón de la forma como se cumple la función pública, por ejemplo por descentralización, el respectivo agente oficial no tenga superior, la manifestación debe hacerse ante el Agente del Ministerio Público, tal como fluye del contenido normativo del artículo 30 antes citado.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercero, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 27 de octubre de 2011, número interno 34144.

De este modo 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 asunto⁸.

Así, la norma nos ofrece dos escenarios posibles aplicables al caso concreto: **el primero**, si se entiende que el Presidente de la República es el superior jerárquico del Alcalde Mayor de Bogotá, **el segundo**, si por el contrario se sostiene que el Alcalde Mayor no tiene tal superior. Bajo el primer escenario el acto acusado está revestido de legalidad y no ocurre lo mismo en el segundo.

Ahora bien, por regla general la designación de Alcalde corresponde a un asunto que, conforme con los principios democráticos, se hace por la voluntad popular manifestada a través del voto de los ciudadanos residentes en el correspondiente municipio o distrito (artículos 316 y 323 de la Carta), esta regla sólo halla excepción en los eventos establecidos en la propia Constitución y en las normas legales especiales en cuanto contengan restricciones necesarias para armonizar el principio de autonomía de los entes territoriales con el modelo de Estado unitario.

Algunos de esos eventos corresponden a los establecidos en los incisos terceros de los artículos 314 -suspensión y destitución- y 323 -falta absoluta a menos de 18 meses de que finalice el período constitucional-, de la Carta o en el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 –sobre faltas temporales-.

En nuestro caso, la alcaldesa que manifestó su impedimento para conocer del asunto fue justamente nombrada por el Presidente de la República con ocasión de la falta temporal que se presentó con la suspensión de Samuel Moreno Rojas.

Ahora bien, no obstante el Presidente de la República fungió como nominador de la alcaldesa encargada, ello ocurrió con la única finalidad de asegurar la continuidad en el desempeño del cargo y no por ello puede válidamente sostenerse que por tal virtud el Presidente de la República se convierta en superior jerárquico del Alcalde Mayor de Bogotá.

⁸A título de ejemplo puede consultarse el artículo 110 de la Ley 142 de 1994, que precisa que los impedimentos manifestados por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios – entidad dotada de personería jurídica que, por lo mismo, hace parte del nivel descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del poder público - deben ser resueltos por el Presidente de la República.

Sostener lo contrario llevaría al extremo de afirmar que las decisiones del Alcalde Mayor son apelables, en sede gubernativa, ante el Presidente o que incluso, en caso de duda, el primero tuviera que consultar al segundo.

Por lo anterior el Presidente de la República carecía de competencia para decidir sobre el impedimento presentado por la alcaldesa encargada y también para designar una alcaldesa *ad hoc* al radicar dicha atribución en un agente del Ministerio Público.

En los anteriores términos, el cargo prospera y la Sala se exime de revisar el segundo.

En este punto, y sólo para efectos académicos, repara la sala en que la Ley 1437 de 2011, en sus artículos 11 y 12, introdujo reglas de proceder muy parecidas a las consagradas en el artículo 30 del CCA para igualmente garantizar que funcionarios que estén impedidos o puedan llegar a tener un conflicto de interés se separen del conocimiento de ciertos asuntos. El aspecto es regulado de la siguiente forma por el CPACA:

ARTICULO 11. CONFLICTOS DE INTERES Y CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACION. 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. (...)

*ARTICULO 12. TRAMITE 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.

Los anteriores artículos deben revisarse en concordancia con las demás normas sobre la materia contenidas en la Ley 734 de 2002.

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

FALLA:

Declárase la nulidad del Decreto 1755 de 26 de mayo de 2011 por el cual el presidente de la República encargó a la demandada como alcaldesa *ad hoc* de Bogotá para presentar un proyecto de acuerdo ante el Concejo de Bogotá dirigido a la venta de acciones del Distrito en la Empresa de Teléfonos de Bogotá, así como del Decreto 1921 de 1º de junio de 2011 que lo aclaró.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidente

MAURICIO TORRES CUERVO

ALBERTO YEPES BARREIRO