



Concepto Sala de Consulta C.E. 2261 de 2015 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D.C., tres (03) de agosto de dos mil quince (2015).-

Rad. No. 11001-03-06-000-2015-00125-00

Número interno 2261

Referencia: LEY 1551 DE 2012 SOBRE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE MUNICIPIOS.

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

El Departamento Administrativo de la Función Pública consulta a esta Sala sobre la vigencia del artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, en particular sobre la exigencia de realizar un concurso público de méritos para la elección de personeros.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con el organismo consultante, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. El artículo 313 de la Constitución Política le asigna a los concejos municipales, entre otras funciones, la de nombramiento de los personeros.

2. El artículo 170 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, establece que la elección de los personeros se hará dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que el concejo municipal inicia su periodo constitucional, "previo concurso público de méritos" a cargo de la Procuraduría General de la Nación.

3. La Corte Constitucional en Sentencia C-105 de 2013 declaró la constitucionalidad del artículo 35 de la ley 136 de 1994, salvo la competencia asignada a la Procuraduría General de la Nación, pues consideró que la realización de los concursos públicos de méritos para el nombramiento de personeros solo podía corresponder a los concejos municipales. Además indicó que el concurso debía someterse a los parámetros mínimos señalados por la jurisprudencia para garantizar la objetividad, publicidad y transparencia del respectivo proceso de selección.

4. Mediante Decreto 2485 de 2014, compilado en el Título 27 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, se reglamentó el artículo 35 de la Ley 1551 de 2015 en relación con los estándares mínimos del concurso público de méritos para la elección de personeros; en dicho decreto se acogieron las directrices jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional, particularmente las señaladas en la referida Sentencia C-105 de

2013.

5. Posteriormente el artículo 2º del Acto Legislativo 2 de 2015 adicionó el artículo 126 de la Constitución Política, en el sentido de establecer que *“salvo los concursos regulados en la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección”*.

Según el organismo consultante esta reforma constitucional ha generado el interrogante de si el concurso público de méritos para la elección de los personeros se encuentra dentro de la excepción allí contemplada (“salvo los concursos regulados en la ley”) o quedó derogado (afectado por el fenómeno de inconstitucionalidad sobreviniente), en la medida que entienda que a partir de dicha reforma se necesitaría adelantar, no un concurso de méritos, sino una *convocatoria pública previamente reglada por la ley*.

6. En caso de que se considere que el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 se encuentra vigente y no quedó derogado por el Acto Legislativo 2 de 2015, surge la inquietud de si los actuales concejos (que terminan su periodo en diciembre), pueden convocar desde ya al concurso público de méritos con el fin de que los concejos municipales que se posesionan en enero próximo puedan terminarlo y hacer la elección de personeros dentro del plazo de 10 días que les concede la ley. Lo anterior porque según el organismo consultante la realización de un concurso público de méritos requiere en tiempo promedio de seis (6) meses, con lo cual, si fuera realizado en su integridad por los nuevos concejos municipales, la elección de personeros se retrasaría por lo menos hasta la mitad del año siguiente, lo que produciría una interinidad en la función de control que resultaría contraria a la Constitución Política.

Con base en lo anterior, SE PREGUNTA

“1. ¿El concurso de personeros regulado por la Ley 1551 de 2012 se encuentra dentro de la excepción contemplada en el artículo 2º del Acto Legislativo 2 de 2015?

2. De ser negativa la anterior respuesta ¿cuál sería el procedimiento que deben seguir los concejos para la elección de personero?

3. ¿El concurso público de méritos lo debe convocar y adelantar el actual concejo municipal, el cual termina periodo el 31 de diciembre, o debe adelantar el concejo que se posesione el 1 de enero del año siguiente?

4- De no ser posible constitucionalmente que sea adelantado por el actual concejo, ¿este empleo se podrá proveer mediante encargo mientras el nuevo concejo adelanta el concurso?

5. En caso afirmativo ¿cuál sería el término del encargo?”

2. CONSIDERACIONES

1. Los problemas jurídicos que se deben revisar.

La presente consulta se refiere inicialmente a la vigencia del artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, en particular a la exigencia de un concurso público de méritos para la elección de personeros. Específicamente se debe establecer si esa disposición legal quedó derogada por el Acto Legislativo 2 de 2015 y, en esa medida, si sería necesaria una nueva ley que regule ahora, no un “concurso”, sino una “convocatoria pública” que permita la provisión de dichos cargos.

En caso de que se considere que el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 no fue derogado y se encuentra vigente, se debe establecer por la Sala si el concurso público de méritos para la elección de personeros puede ser iniciado por el actual concejo municipal y finalizado por el que se posesiona el próximo 1 de enero, con el fin de que este último pueda hacer la elección dentro de los primeros 10 días del año, tal como lo ordena la Ley 136 de 1994. En caso de que lo anterior no fuera posible se deberá estudiar la forma de proveer provisionalmente el cargo mientras el nuevo concejo realiza el proceso de selección y elige al personero.

En el orden anteriormente enunciado la Sala abordará entonces la revisión de los temas que plantea la consulta.

2. Sobre la vigencia del artículo 35 de la Ley 1551 de 2012: no se ve afectada con la expedición del Acto Legislativo 2 de 2015.

2.1 La exigencia de la Ley 1551 de 2012 de realizar un concurso público de méritos para la elección de personero

Tal como indica la consulta, el artículo 313 de la Constitución Política les asigna a los concejos municipales la elección de personeros municipales, así:

“ARTÍCULO 313. Corresponde a los concejos:

8. Elegir Personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que ésta determine.”

Según se observa, la Constitución no sujeta la elección de personeros a un procedimiento especial; sin embargo eso no obsta para que el legislador determine, dentro del ámbito de configuración normativa que le es propio (artículo 150 C.P.), las condiciones dentro de las cuales se debe desarrollar esa potestad¹.

En este sentido el artículo 170 de la Ley 136 de 1994 desarrolla la potestad constitucional de los concejos municipales, en el sentido de establecer un periodo trienal para los personeros y fijar las fechas para su elección y posesión:

“ARTÍCULO 170. A partir de 1995, los personeros serán elegidos por el Concejo Municipal o Distrital, en los primeros diez (10) días del mes de enero del año respectivo, para períodos de tres años, que se iniciarán el primero de marzo y concluirán el último día de febrero.

PARÁGRAFO. Los personeros municipales o distritales elegidos a la vigencia de la presente ley, concluirán su período el 28 de febrero de 1995.”

En un primer momento la Ley 1031 de 2006 modificó el citado artículo 170 de la Ley 136 de 1994, pero solamente para aumentar el periodo de los personeros a cuatro (4) años. En lo demás mantuvo las fechas para su elección y posesión².

Hasta aquí el legislador no había establecido un trámite o procedimiento especial para la elección de personeros, de modo que esta se hacía con relativa discrecionalidad por parte de los concejos municipales.

Sin embargo, la anterior situación cambia con la expedición de la Ley 1551 de 2012, por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, en particular porque se establece que la elección de personeros debe estar precedida de un concurso público de méritos:

“ARTÍCULO 35. El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

ARTÍCULO 170. Elección. Los concejos municipales según el caso, elegirán personeros para periodos institucionales de cuatro 4 años los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su periodo constitucional, previo concurso público de méritos *que realizará la Procuraduría General de la Nación*, de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su periodo el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.

Corresponde a la Procuraduría General de la Nación comunicar a los Concejos Municipales y Distritales los resultados del concurso público de méritos, indicando los respectivos puntajes en estricto orden numérico, hasta agotar la lista de elegibles que tendrá vigencia por el periodo institucional.

Para ser elegido personero municipal se requiere: en los municipios de categorías especial, primera y segunda títulos de abogado y de postgrado. En los municipios de tercera, cuarta y quinta categorías, título de abogado. En las demás categorías podrán participar en el concurso egresados de facultades de derecho, sin embargo, en la calificación del concurso se dará prelación al título de abogado.

Si en un municipio no se presentan candidatos al concurso de méritos, o ninguno de ellos lo hubiere superado, el Procurador General de la Nación elaborará la lista con los candidatos de los municipios vecinos que figuren en la lista de elegibles de acuerdo al puntaje, siempre y cuando los municipios pertenezcan a la misma categoría. De esa lista, el concejo municipal o distrital respectivo elegirá personero.

En caso de falta absoluta de personero municipal o distrital, el respectivo concejo designará como tal a la persona que siga en lista, y si no hubiere lista para hacerlo, designará un personero encargado, quien desempeñará el cargo hasta tanto la Procuraduría General de la Nación realice el concurso correspondiente. (Sic).

Para optar al título de abogado, los egresados de las facultades de Derecho, podrán prestar el servicio de práctica jurídica (judicatura) en las personerías municipales o distritales, previa designación que deberá hacer el respectivo decano.

Igualmente, para optar al título profesional de carreras afines a la Administración Pública, se podrá realizar en las personerías municipales o distritales prácticas profesionales o laborales previa designación de su respectivo decano." (El aparte en negrilla fue declarado exequible y los apartes en cursiva fueron declarados inexecutable en Sentencia C-105 de 2013).

Esta disposición fue demandada por dos cargos ante la Corte Constitucional. El primero en relación con la constitucionalidad misma de someter la elección de personeros a un concurso público de méritos: se consideraba por los demandantes que la inclusión de dicho procedimiento comportaba una restricción indebida (inconstitucional) de los espacios de deliberación política y de discusión pública que se surten dentro de los concejos municipales, con lo cual se violaba el principio democrático y la discrecionalidad política que debe regir la elección de personeros. El segundo, respecto de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para adelantar el correspondiente concurso público de méritos, al considerar que se desconocía la autonomía territorial y de los concejos municipales.

La Corte Constitucional en Sentencia C-105 de 2013 desestimó el primer cargo y accedió al segundo. Con base en lo anterior declaró ajustada a la Constitución la obligación de hacer un concurso público de méritos para la elección de personeros e inexecutable la expresión "*que realizará la Procuraduría General de la Nación*" del inciso primero, así como los incisos 2, 4 y 5 que se referían a las competencias de dicho organismo dentro del referido procedimiento de selección³.

En particular sobre la constitucionalidad de someter la elección de personeros a un concurso público de méritos, que es lo que interesa a esta consulta, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

"En definitiva, la regla jurisprudencial que avala el concurso público de méritos como instancia previa a la elección de los funcionarios que no son de carrera, es perfectamente aplicable al caso que se examina en esta oportunidad.

(...) Pero aún en gracia de la discusión, y suponiendo que el precedente anterior fuese inaplicable, los cargos formulados por el demandante no ponen en evidencia la inconstitucionalidad del precepto acusado.(Sic)

En este sentido, encuentra la Corte que las consideraciones relativas a la anulación del principio democrático y al desconocimiento del procedimiento constitucional de elección, por bloquear la dinámica natural de las corporaciones públicas como órganos que canalizan y representan la voluntad general, no son de recibo.

(...) En consonancia con los postulados de la democracia participativa, el concurso público de méritos materializa la intervención ciudadana en distintos sentidos: de un lado, porque cualquier persona que cumpla los requisitos y condiciones para ejercer el cargo de personero, puede tomar parte en el respectivo proceso de selección; esta apertura no es propia ni característica de las dinámicas informales en las que discrecionalmente los concejos conforman su repertorio de candidatos. Y de otro lado, porque como se trata de un procedimiento público y altamente formalizado, cualquier persona puede hacer el seguimiento respectivo, y detectar, informar y controvertir las eventuales irregularidades. En definitiva, la publicidad, transparencia y formalización del proceso incentivan la participación ciudadana. Se trata de un proceso democrático, no en tanto se delega en los representantes de la ciudadanía la conducción política, sino en tanto la ciudadanía interviene activamente y controla la actividad estatal.

Además, el concurso es coherente con los postulados de la democracia sustancial, pues las determinaciones en torno a la integración de las entidades estatales se estructuran alrededor de los derechos fundamentales a la igualdad, a la participación en la función pública y al debido proceso. La garantía de estos derechos no se deja librada al juego de las mayorías, sino que constituye el presupuesto fundamental, el referente y la finalidad de la actividad estatal.”⁴

Resalta entonces la Sala la compatibilidad constitucional del concurso público de méritos con la facultad de elección de personeros de los concejos municipales. Especialmente debe destacarse que la utilización de dicho sistema de selección no afecta los postulados básicos de democracia participativa que inspiran la facultad otorgada a dichas corporaciones públicas, además de que permite concretar otros valores, principios y derechos constitucionales de gran importancia dentro de nuestro sistema jurídico, como los de participación, igualdad, publicidad, transparencia, debido proceso y mérito, entre otros. Así mismo se reduce la discrecionalidad de los concejos municipales al obligárseles a seguir criterios objetivos y de mérito en la elección de los personeros.

En este sentido la Corte Constitucional advirtió en la misma sentencia que el concurso público de méritos para la elección de personeros establecida en la Ley 1551 de 2012 debía seguir las directrices fijadas por la jurisprudencia para ese tipo de procedimientos de selección, en particular: (i) ser abierto a cualquier persona que cumpla los requisitos para ocupar el cargo; (ii) las pruebas de selección deben orientarse a buscar el mejor perfil para el cargo; (iii) la valoración de la experiencia y preparación académica y profesional debe tener relación con las funciones que se van a desempeñar; (iv) la fase de oposición debe responder a criterios objetivos; (v) el mérito debe tener un mayor peso en el concurso que los criterios subjetivos de selección; (vi) debe garantizarse su publicidad; y (vii) para la realización de los concursos pueden suscribirse convenios con entidades públicas especializadas que asesoren a los concejos municipales⁵.

Cabe señalar finalmente que el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 fue reglamentado mediante el Decreto 2485 de 2014, compilado en el Título 27 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015. Esta reglamentación, dictada con base en las directrices jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional en Sentencia C-105 de 2013, establece las etapas para la realización del concurso público de méritos, los mecanismos de publicidad, la conformación de lista de elegibles y la posibilidad de hacer convenios interadministrativos para la realización de estos procedimientos.

En síntesis, a partir de la Ley 1551 de 2012 la elección de personeros quedó sujeta a la realización previa de un concurso público de méritos a cargo de los propios concejos municipales, el cual debe desarrollarse con base en dicha ley, en el Decreto 2485 de 2014 y en las directrices fijadas por la jurisprudencia para tales efectos.

2.2 El Acto Legislativo 2 de 2015: no se opone al concurso público de méritos para la elección de personeros

Según se indicó existe un cuerpo normativo complejo (Constitución, ley y reglamento) que fija las condiciones para la elección de personeros por parte de los concejos municipales. En particular, la ley exige la realización de un concurso público de méritos que garantice objetividad, transparencia, publicidad y mérito en la escogencia de dichos funcionarios.

Se pregunta entonces por el organismo consultante si ese concurso público de méritos para la elección de personeros quedó derogado implícitamente por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015 que adicionó el artículo 126 de la Constitución Política de la siguiente manera (se resalta el aparte pertinente):

“ARTÍCULO 2º. El artículo 126 de la Constitución Política quedará así: Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.(Sic)

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección (...) .” (Negrilla fuera del texto)

Según el organismo consultante la modificación del artículo 126 de la Constitución ha generado el interrogante de si el concurso público de méritos para la elección de los personeros se encuentra dentro de la excepción allí contemplada (“salvo los concursos regulados en la ley”) o, por el contrario, quedó derogado (afectado por el fenómeno de inconstitucionalidad sobreviniente), por lo que ahora la elección de personeros necesitaría una “convocatoria pública” y una “nueva ley” que la reglamente.

Para responder este interrogante debe recordarse previamente que el fenómeno de inconstitucionalidad sobreviniente, el cual “opera cuando concurre una reforma constitucional, cuyos contenidos normativos tienen efectos derogatorios respecto de las disposiciones legales expedidas con anterioridad y que se muestran contrarios a los nuevos preceptos superiores”⁶, exige una oposición real, clara y evidente entre la nueva norma constitucional y los contenidos legales anteriores⁷. De lo contrario, como quiera que las reformas constitucionales no conllevan *per se* la derogatoria en bloque de la normatividad anterior, opera la presunción de vigencia de la legislación preexistente⁸.

También debe tenerse en cuenta que los concursos públicos de méritos tienen fundamento en el artículo 125 de la Constitución Política, el cual no fue modificado por el acto Legislativo 2 de 2015. De esta manera su uso y regulación por el legislador conserva respaldo constitucional suficiente.

Dicho lo anterior, lo primero que puede observarse es que aunque el nuevo texto del artículo 126 de la Constitución parece darle un significado distinto a los términos “concurso público” y “convocatoria pública”, en el fondo ambos persiguen la misma finalidad (la escogencia de las personas más idóneas para el desempeño del cargo) y se sujetan a los mismos principios: publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito, entre otros. Por tanto, de entrada se descarta una oposición directa, abierta y evidente entre el concurso público de méritos de la Ley 1551 de 2012 y lo establecido en el artículo 2º del Acto Legislativo 2 de 2015, y se elimina de plano un posible fenómeno de inconstitucionalidad sobreviniente.

Pero incluso, aún si se aceptara que “concurso público” y “convocatoria pública” son términos “sutilmente” diferentes -en ningún caso llegarían a ser abiertamente contrarios o excluyentes-, lo cierto es que el propio numeral 2 del artículo 126 de la Constitución deja a salvo “los concursos regulados por la ley”. Por tanto, la reforma analizada no excluye sino que preserva los concursos públicos de méritos establecidos por el legislador, lo que ratifica la imposibilidad de hablar de un fenómeno derogatorio o de inconstitucionalidad sobreviniente de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

Como se observa, con la adición del artículo 126 de la Constitución Política se establece una regla general para la provisión de cargos públicos por las corporaciones públicas de elección popular (convocatoria pública), que se aplica para los casos en que, a diferencia de lo que sucede con la elección de personeros, no existe una norma legal que ordene la utilización del concurso público de méritos. De este modo la función del nuevo dispositivo normativo no es derogatoria, sino *complementaria* de lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, por lo que así como no reduce ni elimina la función que el constituyente de 1991 le otorgó al concurso público de méritos, tampoco afecta o deroga las normas legales anteriores que los hubieran desarrollado.

En este sentido no puede olvidarse, como ya se señaló, que el uso del concurso público de méritos para la selección de servidores públicos también tiene respaldo constitucional (art.125) y forma parte de los elementos definitorios (insustituibles) de nuestro sistema jurídico, tal como se señaló en la Sentencia C-588 de 2009, en la cual se declaró inexecutable la inscripción automática a carrera administrativa (sin concurso) para algunos funcionarios del Estado:

“Desplazado el mérito, es obvio que también queda desplazado el concurso público que sólo tiene sentido cuando se trata de evaluar el mérito y las distintas calidades de los eventuales aspirantes. Expresamente el artículo demandado señala que la inscripción extraordinaria en carrera administrativa opera “sin necesidad de concurso público” y, de otra parte, suspende “todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente parágrafo”.

Cabe destacar, entonces, que, una vez más, se establece una excepción a una regla general, puesto que el concurso público, en tanto componente esencial del sistema de carrera administrativa tiene, en la concepción del Constituyente de 1991, el carácter de regla general para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado.”⁹

La Sala observa entonces que un análisis sistemático de la Constitución Política permite afirmar que la regla general es la utilización del concurso público de méritos para todos los casos en que la propia Constitución o la ley lo establecen expresamente (artículo 125), y que el artículo 126 Superior opera apenas de forma subsidiaria o residual, es decir, para las elecciones de servidores públicos por parte de las corporaciones de elección popular en que no se haya establecido, precisamente, la utilización del concurso público de méritos.

De este modo, los artículos 125 (concurso público de méritos) y 126 (convocatoria pública), en lugar de excluirse se integran entre sí para extender la regla de mérito y de selección objetiva a la mayor cantidad de cargos del Estado. Por tanto, sería un contrasentido considerar contrario al artículo 126 de la Constitución, en lugar de *complementario* de este, un sistema de selección de funcionarios que la propia Carta Política respalda suficientemente (artículo 125).

En consecuencia, resulta forzoso concluir que el concurso público de méritos para la elección de personeros establecido en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 no fue derogado o invalidado con el Acto Legislativo 2 de 2015, así como tampoco se ven afectadas las consideraciones hechas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-105 de 2013 sobre el respaldo constitucional de esa opción legislativa.

3. La posibilidad de que los actuales concejos municipales den inicio al concurso público de méritos para que los que empiezan su periodo el próximo año puedan elegir personeros dentro del plazo que les concede la ley

Establecida la vigencia del artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 se debe determinar ahora si el concurso público de méritos para la elección de personeros puede ser iniciado por el actual concejo municipal y finalizado por el que se posesiona el próximo 1 de enero, con el fin de que este último pueda hacer la elección dentro del plazo que establece la ley.

Al respecto, cabe recordar lo que sobre el particular dispone la primera parte del artículo 170 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012:

“ARTÍCULO 35. El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

“ARTÍCULO 170. Elección. Los concejos municipales según el caso, elegirán personeros para períodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero en que inicia su período constitucional, previo concurso público de méritos, de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su período el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año (...).”

Como se observa, este artículo les asigna a los concejos municipales que inician su periodo (no a los salientes) la función de elegir a los personeros, los cuales tienen también un periodo institucional de cuatro (4) años. Se encuentra asimismo que el ejercicio de dicha función está sujeto, como ya se estudió, a un procedimiento previo y objetivo de selección (concurso público de méritos), aún cuando en este caso la ley no indica que dicho concurso deba ser adelantado necesariamente y en su integridad por los nuevos concejos municipales.

Igualmente se puede ver que la competencia de los concejos municipales gira alrededor de tres (3) fechas distintas, pero concatenadas entre sí: (i) la de la elección de los personeros (dentro de los 10 días del mes de enero de inicio del periodo del concejo municipal); (ii) la de inicio del periodo de los personeros (1 de marzo siguiente a la elección); y (iii) la de terminación del periodo de dichos funcionarios (último día del mes de febrero del cuarto año de ejercicio).

En consecuencia, el retraso en la elección de los personeros conllevaría el incumplimiento mismo de los términos previstos en la ley y también una reducción injustificada del periodo de dichos servidores.

En esta medida los términos, plazos y fechas establecidos en la norma analizada adquieren un carácter reglado y no discrecional, lo que determina que deban ser observados estrictamente por los concejos municipales so pena de responsabilidad disciplinaria de sus miembros.

Por otra parte, si se tiene en cuenta que la función de las personerías tiene relación directa con principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, defensa de los derechos y representación de la sociedad¹⁰, entre otros, se puede concluir igualmente que una interpretación que conlleve discontinuidad, interrupción o retrasos en el ejercicio de dicha función resultaría constitucional y legalmente problemática.

Además el uso de la provisionalidad, encargo u otras figuras similares por el aplazamiento indeterminado e injustificado de las fechas de elección y posesión de los personeros -so pretexto de que el nuevo concejo municipal debe adelantar todo el concurso público en su integridad-, iría en contra de los fines mismos de la ley de asegurar que la elección de dichos funcionarios se realice sin afectar la función de las personerías, en unos plazos determinados y con base en un proceso de selección público, objetivo, transparente y, sobretodo, basado en el mérito de los aspirantes¹¹.

De este modo, si existe una manera de hacer compatible la realización del concurso público de méritos con las fechas y plazos establecidos por el legislador para la elección de personeros, tal opción resulta constitucional y legalmente imperativa por sobre cualquier otra alternativa que lo dificulte o impida. Además, no podría interpretarse que la ley (la que se analiza o cualquier otra) habilita, promueve o consiente su propia inaplicación o incumplimiento.

En este contexto cobra fuerza la interpretación sugerida por el organismo consultante en el sentido de que el concurso público de méritos para la elección de personeros sea iniciado por los actuales concejos municipales y terminado por los que se posesionarán el año próximo, tal como lo señaló expresamente la Corte Constitucional en la Sentencia C-105 de 2013, al referirse a la necesidad de cumplir “seria y responsablemente” con los plazos fijados por el legislador para la elección de personeros:

“Adicionalmente, como según el Artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 los personeros son elegidos “para períodos institucionales de cuatro años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su período constitucional”, resulta forzoso concluir que el concurso debe efectuarse antes de que inicie el período constitucional de los concejos, dado que por su complejidad no podrían ser concluidos seria y responsablemente en tan solo diez (10) días. Este hecho promueve la independencia de los órganos en la conducción del procedimiento.” (Se resalta)

Así pues, resulta jurídicamente posible (imperativo en este caso) que los actuales concejos municipales convoquen y adelanten el concurso público de méritos de que trata el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, de modo que los concejos que se posesionan el 1º de enero siguiente lo finalicen y puedan elegir a los personeros dentro del plazo que les concede la ley para ese efecto.

Esta solución respeta la competencia electoral de los concejos municipales que inician su periodo, a la vez que garantiza la continuidad de la función de control y el cumplimiento de los plazos establecidos en la ley tanto para la elección como para la posesión de los personeros. Además se fundamenta en principios constitucionales de eficacia, eficiencia y continuidad institucional que permiten articular las actuaciones de los funcionarios y corporaciones públicas salientes y de las entrantes, de modo que no se produzcan vacíos organizacionales ni en el desempeño de las funciones administrativas.

Ahora bien, para determinar qué actuaciones pueden iniciar los actuales concejos municipales y cuáles deben quedar reservadas a los que se posesionan el próximo 1º de enero, es necesario tener en cuenta que el concurso público de méritos de los personeros está sujeto a las siguientes etapas o fases según lo establecido en el artículo 2º del Decreto 2485 de 2014:

“ARTÍCULO 2º. *Etapas del concurso público de méritos para la elección de personeros.* El concurso público de méritos para la elección de personeros tendrá como mínimo las siguientes etapas:

a) Convocatoria. La convocatoria, deberá ser suscrita por la Mesa Directiva del Concejo Municipal o Distrital, previa autorización de la Plenaria de la corporación. La convocatoria es norma reguladora de todo el concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para su realización y a los participantes. Contendrá el reglamento del concurso, las etapas que deben surtir y el procedimiento administrativo orientado a garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso de elección.

La convocatoria deberá contener, por lo menos, la siguiente información: fecha de fijación; denominación, código y grado; salario; lugar de trabajo; lugar, fecha y hora de inscripciones; fecha de publicación de lista de admitidos y no admitidos; trámite de reclamaciones y recursos procedentes; fecha, hora y lugar de la prueba de conocimientos; pruebas que se aplicarán, indicando el carácter de la prueba, el puntaje mínimo aprobatorio y el valor dentro del concurso; fecha de publicación de los resultados del concurso; los requisitos para el desempeño del cargo, que en ningún caso podrán ser diferentes a los establecidos en la Ley 1551 de 2012; y funciones y condiciones adicionales que se consideren pertinentes para el proceso;

b) Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúna los requisitos para el desempeño del empleo objeto del concurso;

c) Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones del empleo.

El proceso público de méritos para la elección del personero deberá comprender la aplicación de las siguientes pruebas:

1. Prueba de conocimientos académicos, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria, que no podrá ser inferior al 60% respecto del total del concurso.
2. Prueba que evalúe las competencias laborales.
3. Valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria.
4. Entrevista, la cual tendrá un valor no superior del 10%, sobre un total de valoración del concurso.”

Como ocurre con la generalidad de los concursos públicos de méritos, el procedimiento para la elección de personeros aquí descrito tiene (i) un componente objetivo (de mayor peso dentro del concurso) que incluye la convocatoria y el reclutamiento de la mayor cantidad de personas habilitadas para ejercer el cargo, la evaluación de su preparación académica y experiencia, y la realización de las pruebas de conocimiento y

aptitudes; y (ii) un componente subjetivo (de menor peso relativo dentro del concurso) que envuelve mecanismos como la entrevista y permite un grado de valoración personal e intangible de los candidatos. Precisamente, en relación con estos componentes la Corte Constitucional señaló lo siguiente al referirse a los estándares mínimos que debe seguir el concurso público de méritos para la elección de personeros:

“De este modo, los concursos previstos en la ley deben conformarse como procedimientos abiertos en los que cualquier persona que cumpla los requisitos de ley tenga la posibilidad efectiva de participar y en los que los concejos no tengan la facultad, ni directa, ni indirecta, de definir previamente un repertorio cerrado de candidatos. Es decir, debe existir una convocatoria pública que permita conocer de la existencia del proceso de selección, así como las condiciones para el acceso al mismo. De igual modo, tanto los exámenes de oposición como la valoración del mérito deben tener por objeto directo la identificación de los candidatos que se ajustan al perfil específico del personero. Esto significa, por un lado, que los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional deben tener una relación directa y estrecha con las actividades y funciones a ser desplegadas por los servidores públicos y, por otro, que la fase de oposición debe responder a criterios objetivos que permitan determinar con un alto nivel de certeza las habilidades y destrezas de los participantes. Por lo demás, la oposición y el mérito deben tener el mayor peso relativo dentro del concurso, de modo que la valoración subjetiva a través de mecanismos como las entrevistas, constituya tan solo un factor accesorio y secundario de la selección. Finalmente, el diseño del procedimiento debe asegurar su publicidad, así como que las decisiones adoptadas dentro del mismo puedan ser controvertidas, debatidas y solventadas en el marco del procedimiento, independientemente de la vía judicial”. (Se resalta)

Visto lo anterior, la Sala considera que los actuales concejos municipales podrían llevar a cabo las fases de convocatoria y de reclutamiento, así como las pruebas de conocimientos, competencias laborales y de valoración de estudios y de experiencia, que son objetivas y no se ven afectadas porque las realice la corporación saliente o la entrante; por su parte, los concejos municipales que inician periodo el 1 de enero del próximo año deberán tener reservados para ellos el componente subjetivo (entrevista) y la elección como tal, de manera que se respete la competencia que les asigna la ley.

Finalmente cabe recordar, como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-105 de 2013 y lo establece el Decreto 2485 de 2014 compilado en el Título 27 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, que los concejos municipales pueden de manera conjunta apoyarse en entidades públicas especializadas que les brinden asesoría y acompañamiento en el desarrollo de la función que les ha sido encomendada¹², de manera que los concursos se adelanten siguiendo principios de eficiencia, igualdad y economía.

Con base en lo anterior,

LA SALA RESPONDE:

1. ¿El concurso de personeros regulado por la Ley 1551 de 2012 se encuentra dentro de la excepción contemplada en el artículo 2º del Acto Legislativo 2 de 2015?

Sí. El concurso público de méritos para la elección de personeros regulado en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 se encuentra dentro de la excepción prevista en el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015. Por tanto, la exigencia de realizar un concurso público de méritos para la elección de estos funcionarios no ha perdido su vigencia ni ha sido derogado.

2. De ser negativa la anterior respuesta ¿cuál sería el procedimiento que deben seguir los concejos para la elección de personero?

La respuesta afirmativa al primer interrogante desvirtúa el supuesto de esta pregunta.

3. ¿El concurso público de méritos lo debe convocar y adelantar el actual concejo municipal, el cual termina periodo el 31 de diciembre, o debe adelantar el concejo que se poseione el 1 de enero del año siguiente?

El concurso público de méritos lo debe convocar y adelantar el concejo municipal que sesiona actualmente y termina su periodo el 31 de diciembre próximo, de manera que la corporación que se posesiona el 1 de enero del año siguiente pueda hacer las entrevistas y la elección de personeros dentro del plazo que establece la ley.

4. De no ser posible constitucionalmente que sea adelantado por el actual concejo, ¿este empleo se podrá proveer mediante encargo mientras el nuevo concejo adelanta el concurso?

5. En caso afirmativo ¿cuál sería el término del encargo?

Dada la respuesta dada a la tercera pregunta no hay lugar a contestar estos dos interrogantes.

Remítase a la señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÁLVARO NAMÉN VARGAS

PRESIDENTE DE LA SALA

GERMÁN BULA ESCOBAR

CONSEJERO DE ESTADO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

CONSEJERO DE ESTADO

LUCÍA MAZUERA ROMERO

SECRETARIA DE LA SALA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹ Sentencia C-105 de 2013.

2 Con la modificación de la Ley 1036 de 2006, el artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedó así: "Artículo 170. A partir de 2008 los concejos municipales o distritales según el caso, para períodos institucionales de cuatro (4) años, elegirán personeros municipales o distritales, dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero del año siguiente a la elección del correspondiente concejo. Los personeros así elegidos, iniciarán su período el primero (1o) de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero. Podrán ser reelegidos, por una sola vez, para el período siguiente (...)".

3 De esta manera el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, que modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, quedó de la siguiente manera según la misma sentencia: "Artículo 35. El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

ARTÍCULO 170. Elección. Los concejos municipales según el caso, elegirán personeros para períodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero en que inicia su período constitucional, previo concurso público de méritos, de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su período el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.

Para ser elegido personero municipal se requiere: En los municipios de categorías especial, primera y segunda títulos de abogado y de postgrado. En los municipios de tercera, cuarta y quinta categorías, título de abogado. En las demás categorías podrán participar en el concurso egresados de facultades de derecho, sin embargo, en la calificación del concurso se dará prelación al título de abogado.

Para optar al título de abogado, los egresados de las facultades de Derecho, podrán prestar el servicio de práctica jurídica (judicatura) en las personerías municipales o distritales, previa designación que deberá hacer el respectivo decano.

Igualmente, para optar al título profesional de carreras afines a la Administración Pública, se podrá realizar en las personerías municipales o distritales prácticas profesionales o laborales previa designación de su respectivo decano”.

4 Sentencia C-105 de 2013

5 Sentencia C-105 de 2013.

6 Sentencia C-287 de 2009.

7 Sentencia C-571 de 2004 que al referirse a la comparación de las leyes anteriores con la nueva Constitución señaló que “la diferencia entre una y otra ‘debe llegar al nivel de una incompatibilidad real, de una contradicción manifiesta e insuperable entre los contenidos de las proposiciones de la Carta con los de la ley preexistente’. De lo que se deduce que no es suficiente con que exista una simple diferencia entre la disposición preconstitucional y los fundamentos del nuevo Estatuto Superior, sino que es necesario que se trate de proposiciones antinómicas e irreconciliables para que se entienda que el texto legal ha desaparecido del ordenamiento o debe desaparecer. Dicha posición es la que mejor interpreta el mandato contenido en el artículo 9° de la Ley 153 de 1887, el cual, reconociendo el valor normativo de los textos constitucionales, prevé que “La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente”, y que toda preceptiva legal anterior a la Carta se desechará como insubsistente, cuando “sea claramente contraria a su letra o a su espíritu”. (Negrilla original).

8 Sentencia C-11774 de 2001.

9 Ver también Sentencia T-808 de 2007.

⁰ Ley 136 de 1994. Artículo 169. Corresponde al personero municipal o distrital en cumplimiento de sus funciones de Ministerio Público la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas.” Ver entre otras Sentencias C-223 de 1995, T-932 de 2012 y C-105 de 2013.

¹ Sentencia C-105 de 2013: “Por un lado, de acuerdo con los artículos 118 y 277 de la Carta Política, a los personeros corresponde la promoción, la divulgación y la defensa de los derechos humanos, y la veeduría y vigilancia de la conducta de los servidores públicos municipales y distritales; la importancia de estas funciones, y el control que deben ejercer sobre los órganos del orden territorial justifican una elección reglada y no necesariamente una decisión discrecional que pueda comprometer la independencia y la imparcialidad de la persona que resulte favorecida.”

² Decreto 2485: “Artículo 6o. Convenios interadministrativos. Para la realización del concurso de personero, los concejos municipales de un mismo departamento que pertenezcan a la misma categoría, podrán celebrar convenios interadministrativos asociados o conjuntos con organismos especializados técnicos e independientes dentro de la propia Administración Pública, para los siguientes propósitos:

1. La realización parcial de los concursos de personero, los cuales continuarán bajo su inmediata dirección, conducción y supervisión.
2. El diseño de pruebas para ser aplicadas simultáneamente en los distintos procesos de selección convocados por los municipios suscribientes.

En tales convenios, los concejos participantes unificarán los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional, centralizando su evaluación en una única instancia.”

Fecha y hora de creación: 2024-11-22 15:52:52