



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 2283 de 2016 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

PRESIDENCIA

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos dieciséis (2016).

Oficio No.288

Doctora

LILIANA CABALLERO DURAN

Directora

Departamento Administrativo de la Función Pública

Carrera 6a No. 12 - 62

Ciudad

Referencia: Consulta formulada por el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio del Interior.

Radicación interna No. 2283

Respetada doctora Caballero:

Comedidamente me permito remitir copia del concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el expediente de la referencia.

Según el párrafo 1º. del artículo 112 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil estarán amparados por reserva legal de seis (6) meses" que "podrá ser prorrogada hasta por cuatro (4) años por el Gobierno Nacional". Cabe recordar que la reserva se levantará automáticamente si dentro del mencionado plazo de seis (6) meses el gobierno no se pronuncia en relación con su prórroga.

Es entendido que el Gobierno Nacional podrá levantar la reserva en cualquier tiempo, caso en el cual ruego a usted informarlo de inmediato a esta Presidencia.

Con sentimientos de consideración

GERMAN ALBERTO BULA ESCOBAR

Presidente

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Radicación No.2283

Expediente: 11001-03-06-000-2016-00022-00

Referencia: Procedimiento de elección del Personero de Bogotá. Provisión de personerías cuando el concurso público para su elección ha sido declarado desierto.

El Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública consultan a esta Sala sobre las normas que rigen la elección del Personero de Bogotá, así como la forma de proveer transitoriamente el cargo de personero cuando el concurso público de méritos adelantado para la elección de dichos funcionarios ha sido declarado desierto.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con los organismos consultantes, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. De conformidad con el artículo 322 de la Constitución Política, el Distrito Capital de Bogotá se encuentra sujeto a un régimen especial, actualmente contenido en el Decreto 1421 de 1993.
2. El artículo 2° del Decreto 1421 de 1993 dispone que el Distrito Capital de Bogotá estará sujeto al régimen previsto en la Constitución, en ese estatuto y en las leyes especiales que se dicten para su organización y funcionamiento, y en lo no previsto en ellas en "las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios".
3. El artículo 97 del Decreto 1421 de 1993 sobre elección de personero distrital fue modificado en su momento por las leyes Ley 617 de 2000 y 1031 de 2006, particularmente en cuanto a su periodo, elección e inhabilidades.
4. Posteriormente la Ley 1551 de 2012 modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994 (ley general de municipios), en el sentido de establecer que la elección de personeros se hará por concurso público de méritos, procedimiento este que no aparece mencionado en las normas especiales aplicables al Distrito Capital, razón por la cual surge la duda de si ese procedimiento de selección de personeros es o no aplicable para Bogotá.
5. De otro lado, dice la consulta, para la generalidad de municipios en que se aplica la Ley 1551 de 2012, ha surgido la inquietud de cómo proveer transitoriamente el cargo de personero cuando el concurso público de méritos adelantado para su elección ha sido declarado desierto. Se pregunta qué tipo de falta se genera en esos casos (absoluta o temporal) y cómo se debe proveer el cargo, especialmente en aquellos municipios pequeños donde el personero no tenía funcionarios subalternos que puedan ser designados en su lugar.

Con base en lo anterior, SE PREGUNTA:

"1. ¿La elección del Personero del Distrito Capital deberá adelantarse de conformidad con lo previsto en el Decreto 1421 de 1993, artículo 97, y el Acuerdo 348 de 2008, o lo señalado en la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 de 2014, compilado en el Título 27 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015?"

2. Ante la declaratoria de desierto del proceso de concurso público de mérito para la elección de personero, se pregunta:

2.1 ¿Qué clase de vacancia se presenta en tal caso?"

2.2 ¿En el evento de considerarse una vacancia definitiva, cuál es el procedimiento a seguir para su provisión mientras se adelanta el concurso de méritos?"

2.3 ¿A quien se designa personero mientras se surte el concurso público de méritos, en los municipios, cuando no existe dentro de la nómina otro funcionario de la personería que se pueda encargar?"

II. CONSIDERACIONES

1. Planteamiento de los problemas jurídicos que presenta la consulta

De acuerdo con los antecedentes, el presente asunto plantea dos problemas jurídicos distintos. El primero tiene relación con la aplicación o no al Distrito Capital de Bogotá de la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario 2485 de 2014 sobre elección de personeros por concurso público de méritos, asunto que obliga a revisar la especialidad del régimen legal que rige el Distrito Capital y la forma y eventos en que se pueden aplicar las normas generales aplicables a los municipios.

El segundo problema se refiere a la forma de llenar provisionalmente el cargo de personero en el caso en que el concurso público de méritos adelantado para su elección no se haya podido culminar satisfactoriamente en la fecha en que debía iniciar su periodo legal. En este caso el problema se debe abordar a partir de las normas que regulan las vacancias absolutas y temporales de dichos funcionarios.

2.1 Régimen especial de/ Distrito Capital de Bogotá: no excluye aplicación supletiva de las disposiciones vigentes para los municipios

El artículo 322 de la Constitución Política establece un régimen especial para el Distrito Capital de Bogotá en los siguientes términos:

ARTÍCULO 322¹ Bogotá, Capital de la Republica 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." (Se subraya)

De acuerdo con esta norma, el régimen político, fiscal y administrativo de Bogotá está conformado por tres fuentes normativas: (i) las disposiciones constitucionales; (ii) las leyes especiales dictadas para el Distrito Capital; y (iii) las disposiciones vigentes para los municipios. De este modo, el régimen especial de Bogotá no está conformado solamente por la ley que se expida para regular sus asuntos, sino también por las normas constitucionales (que incluso tienen primacía según el artículo 4° Superior) y las que rigen la actividad de los municipios.

Ahora bien, la forma en que se relacionan las leyes especiales dictadas para el distrito capital y las que rigen de forma general para los municipios, fue aclarada en el artículo 2° del Decreto 1421 de 1993 "por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa fe de Bogotá", que estableció lo siguiente:

"ARTÍCULO 2°. Régimen aplicable. El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para el establece expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios". (Se resalta)

Como se observa, esta norma esclarece el alcance del artículo 322 de la Constitución, en el sentido de señalar que la aplicación al Distrito Capital de *las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios*, no es directa sino subsidiaria, esto es, en todos aquellos aspectos en los cuales el legislador no haya hecho una regulación diferenciada para la capital de la Republica.

Si bien podría pensarse que lo anterior reduce sustancialmente el alcance de las normas municipales frente al Distrito Capital, lo cierto es que eso no es del todo correcto, pues en cualquier caso el régimen general de los municipios cumple una *función integradora*, en la medida que evita o reduce los vacíos normativos que puedan presentarse cuando un determinado asunto no ha tenido regulación completa o particular en las leyes especiales expedidas para Bogotá.

De acuerdo con lo anterior, puede afirmarse que el régimen legal especial de Bogotá es de aplicación preferente pero no exclusiva ni excluyente respecto del régimen municipal, el cual tiene plena cabida en ausencia de norma especial:

"Así las cosas, bien puede afirmarse que al Distrito Capital de Bogotá le son aplicables en primer lugar, las normas consagradas en la Constitución, entre otras, las contenidas en el Título XI, capítulo 4, artículos 322 a 327, que establecen su régimen especial; en segundo lugar, las leyes especiales que se dictan exclusivamente para él, que hoy está contenido en el Decreto 1421 de 1993; y, en tercer lugar, en ausencia de disposiciones especiales constitucionales o legales, las normas vigentes que rigen para los demás municipios." (Se resalta)²

Así, al revisar si las normas que rigen al Distrito Capital tenían naturaleza especial o requerían un trámite cualificado para su expedición, la Corte Constitucional señaló que la aplicación supletiva de las disposiciones vigentes para los municipios, pone de relieve "*tanto los rasgos comunes de este Distrito para con los municipios y demás distritos, como la no exigencia de una tal especial ritualidad.*"³ Por tanto, la especialidad del régimen del Distrito Capital "*no impide al legislador incluir en esos ordenamientos disposiciones que se identifican con las de leyes de carácter general o remitirse a normas que regulen materias semejantes, ya que si el/as sustentan su contenido, la reiteración es pertinente.*"⁴

La jurisprudencia ha aclarado entonces que no toda regulación atinente al Distrito Capital se encuentra o debe encontrarse en su régimen especial, pues en aquellos asuntos en que no se justifique constitucionalmente una ordenación diferenciada, es válida la aplicación de las reglas generales expedidas para los municipios:

"El status especial de la ley se difuminaría si en él se comprende toda regulación que de una o de otra manera afecte al Distrito Capital. La especialidad es un atributo que responde a las exigencias que se derivan de la anotada singularidad del Distrito Capital y, por tanto, no puede ir más allá de la misma, de suerte que allí donde la situación que constituye el supuesto de una regulación resulta indiferente para cualquier entidad territorial, no se justifica que se establezca la regla especial.

El ámbito de la especialidad, por consiguiente, se debe acotar con un sentido funcional, vale decir, su medida la ofrece la necesidad de conciliar su condición genérica de entidad fundamental de la división político administrativa del Estado, con su condición única de Distrito Capital - sede de los órganos superiores del Estado - y capital del Departamento de Cundinamarca. Si, en verdad, fuese cierto que todo lo que concierne al Distrito Capital, es objeto de "ley especial", no se comprendería cabalmente por qué a éste se le aplican también, en lo no regulado por la

Constitución y las "leyes especiales", las disposiciones vigentes para los demás municipios (C.P. art., 322). Esto quiere decir que el Distrito Capital, junto a los elementos que lo diferencian - a los cuales responde su régimen político, fiscal y administrativo especial -, posee en diverso grado los demás elementos que se encuentran en los municipios. "⁵

Conforme a lo anterior, cuando exista duda sobre si una disposición general dictada para los municipios es o no aplicable al Distrito Capital, la pregunta que debe responderse es la siguiente: ¿se trata de una materia regulada en las normas especiales que rigen para el distrito capital? o, dicho de otra manera ¿ha dispuesto el legislador un tratamiento distinto o diferenciado para el Distrito Capital? Si la respuesta es negativa, esto es, que la materia o asunto no tiene regulación especial en las leyes dictadas para Bogotá, cabe la aplicación de las normas generales expedidas para los municipios, tal como lo establecen expresamente los artículos 322 de la Constitución Política y 2° del Decreto 1421 de 1993.

2.2. *Aplicación del procedimiento de selección del personero previsto en la Ley 1551 de 2012 al Distrito Capital: procede ante la ausencia de una regulación especial en el Decreto 1421 de 1993*

En el caso consultado se trata de establecer si el *procedimiento de selección de personeros (concurso público de méritos)* establecido en el artículo 35⁶ de la Ley 1551 de 2012, por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, es o no aplicable al Distrito Capital de Bogotá. Cabe recordar que la exigencia de concurso público de méritos para la elección de personeros fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-105 de 2013 y que dicho procedimiento se encuentra reglamentado por el Decreto 2485 de 2014, compilado en el Título 27 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015.

Frente al interrogante planteado lo primero que debe advertirse es que el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 modifica el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, razón por la cual la disposición analizada se ubica dentro del conjunto de disposiciones generales vigentes para los municipios. Sin embargo, como ya se aclaró, esa sola consideración (que la norma forme parte del régimen municipal general) no descarta su aplicación al Distrito Capital, pues debe verificarse también si la respectiva materia, en este caso el *procedimiento de selección del personero*⁷, ha sido regulada de manera distinta (diferenciada) en las normas particulares expedidas para Bogotá.

Pues bien, el Estatuto de Bogotá, Decreto 1421 de 1993, establece lo siguiente en relación con la elección e inhabilidades del personero distrital:

"ARTÍCULO 97⁸. *Elección, inhabilidades.* El Personero Distrital será elegido por el Concejo durante el primer mes de sesiones ordinarias, para un periodo institucional de cuatro (4) años, que se iniciara el primero de marzo y concluirá el último día de febrero. Podrá ser reelegido, por una sola vez, para el periodo siguiente.

No podrá ser elegido personero quien sea o haya sido en el último año miembro del Concejo, ni quien haya ocupado durante el mismo lapso cargo público en la administración central o descentralizada del Distrito. Estarán igualmente inhabilitados quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados por faltas a la ética profesional.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de personero no podrá desempeñar empleo alguno en el Distrito Capital, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones."

Como se observa, los incisos 2° y 3° se refieren a las inhabilidades del cargo y solo el primer inciso regula de manera directa a la elección del personero, pero solamente en unos aspectos limitados: (i) la competencia del concejo distrital; (ii) el plazo para hacer la elección; y (iii) el periodo del personero.

Por tanto no hay en la norma citada regulación o referencia alguna relacionada con el procedimiento que debe seguir el concejo distrital del Bogotá para ejercer su competencia electoral. Por demás, las restantes disposiciones del Decreto 1421 de 1993 que se refieren a la personería distrital (artículos 98 a 103), regulan asuntos que no guardan relación con el asunto consultado y por tanto no son relevantes para responder el interrogante que plantea la consulta⁹.

De acuerdo con lo anterior, como quiera que no existe ninguna regulación particular, especial o diferenciada en el Estatuto de Bogotá sobre el procedimiento que debe seguir el Concejo Distrital para la elección del personero, resulta forzoso aplicar en ese aspecto lo señalado de manera general para los municipios, en cuanto a la necesidad de adelantar un concurso público de méritos con ese fin (artículo 170 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012).

Además, si se tiene en cuenta que el concurso público de méritos responde a fines constitucionales particularmente protegidos como la transparencia, la objetividad, la publicidad, la participación ciudadana y la regla de mérito para el acceso a los cargos públicos¹⁰, carecería de justificación una interpretación contraria, dirigida a excluir al Distrito Capital de ese procedimiento de selección, más aun cuando su uso no afecta o interfiere en la especialidad o integralidad de su régimen legal¹¹.

Al respecto cabe recordar lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-105 de 2013 al desestimar los cargos presentados contra el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, según los cuales la elección de los personeros mediante concurso público de méritos violaba la autonomía de las entidades territoriales:

"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 aun 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.

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.¹²

De modo pues que frente al primer interrogante de la consulta la respuesta es clara en el sentido de que la elección del personero distrital de Bogotá, ante la ausencia de una regla diferente en su estatuto legal, también debe hacerse mediante concurso público de méritos, tal como lo dispone para la generalidad de los municipios el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 53 de la Ley 1551 de 2012.

En consecuencia cabe decir que los artículos 107 y 108 del Acuerdo 348 de 2008, por el cual se expide el reglamento del Concejo de Bogotá, perdieron fuerza ejecutoria y son inaplicables actualmente (artículo 91-3 del CPACA) en la medida en que en ellos se desarrolla un procedimiento de selección para el personero distrital diferente al concurso público de méritos que ordena la ley.

Es claro también que la aplicación del artículo 53 de la Ley 1551 de 2012 no afecta ni deroga lo dispuesto en el artículo 97 del Decreto 1421 de 1993 antes citado, en la medida que en este se regulan aspectos diferentes al procedimiento de selección del personero, como son la competencia del concejo distrital, el plazo para hacer la elección, el periodo del personero y las inhabilidades para ocupar el cargo. En consecuencia, ambas disposiciones pueden aplicarse armónicamente en la medida en que el artículo 53 de la Ley 1551 solo es aplicable en lo no regulado expresamente en el artículo 97 del Decreto 1421 de 1993.

2. Segundo interrogante: forma de suplir la vacancia del cargo cuando no se ha realizado en tiempo el concurso público de méritos para la selección del personero

Según se indicó, la segunda parte de la consulta se refiere a la forma en que se debe proveer provisionalmente el cargo de personero mientras se realiza o culmina con éxito el concurso público de méritos que permita su elección. Se pregunta de manera particular que tipo de vacante se presenta en ese caso, cual es el procedimiento para la provisión temporal de la vacante y que pasa si no existe en la nómina de la personería un funcionario que pueda ser nombrado provisionalmente en el cargo.

Para responder estos interrogantes, la Sala debe reiterar en primer lugar tres consideraciones hechas expresamente en el Concepto 2246 de 2015 cuando respondió afirmativamente a la posibilidad de que los concejos municipales salientes iniciaran con suficiente antelación el concurso público de méritos para la elección de personeros, de modo que este procedimiento fuera finalizado oportunamente por los concejos municipales entrantes (entrevistas, calificación y elección) y se evitaran vacíos en el ejercicio de la función pública de control que le corresponde cumplir a dichos funcionarios. Esas consideraciones fueron las siguientes:

(i) Los términos, plazos y fechas establecidos en la ley para la elección de personeros tiene carácter reglado y no discrecional; por tanto deben ser observados estrictamente por los concejos municipales so pena de responsabilidad disciplinaria de sus miembros.

(ii) Comoquiera que la función de las personerías tiene relación directa con los principios constitucionales de publicidad, transparencia, control ciudadano, defensa de los derechos y representación de la sociedad¹³, las normas sobre vacancias y remplazos deben ser interpretadas de manera tal que no generen discontinuidad, interrupción o retrasos en el ejercicio de dicha función pública.

(iii) El uso de la provisionalidad, encargo u otras figuras similares para proveer transitoriamente el cargo de personero debe ser solamente por el plazo estrictamente necesario para adelantar los procedimientos de selección establecidos en la ley. En consecuencia, el aplazamiento indefinido e injustificado de las fechas de selección, elección y posesión de los personeros es contrario a la Constitución y la Ley y puede generar responsabilidad disciplinaria de los concejales.

De acuerdo con lo anterior, las soluciones que se den al asunto consultado en relación con la forma de proveer la vacante del cargo de personero cuando el respectivo concurso público de méritos no ha finalizado en la fecha en que debería hacerse la elección, deben interpretarse sobre la base de que dicha provisión (i) es eminentemente transitoria, (ii) no releva a los concejos municipales del deber de realizar el concurso

publico de méritos previsto en la ley en el menor tiempo posible y (iii) no exime de las responsabilidades disciplinarias que puedan derivarse de la inobservancia injustificada de los plazos de elección previstos en la ley.

Sobre esta base la Sala observa que el artículo 172 de la Ley 136 de 1994 regula la provisión de las faltas absolutas y temporales de los personeros de la siguiente manera:

"ARTICULO 172. Falta absoluta del personero. En casos de falta absoluta, el Concejo procederá en forma inmediata, a realizar una nueva elección, para el periodo restante.

Las faltas temporales del personero serán suplidas por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía siempre que reúna las mismas calidades del personero. En caso contrario, lo designará el Concejo y si la corporación no estuviere reunida, lo designará el alcalde. En todo caso, deberán acreditar las calidades exigidas en la presente Ley.

Compete a la mesa directiva del Concejo lo relacionado con la aceptación de renunciaciones, concesión de licencias, vacaciones y permisos al personero."

Según esta disposición, las faltas absolutas del personero se proveen por el concejo mediante *una nueva elección para lo que resta del periodo legal*. Por su parte, las faltas temporales las suple el funcionario de la personería que le siga en jerarquía al personero, siempre que reúna los requisitos para ocupar el empleo. En caso contrario (si el subalterno no cumple requisitos para ocupar el cargo), el concejo tiene la facultad de hacer una designación transitoria, hipótesis en la cual la persona escogida también debe acreditar las calidades exigidas para desempeñar el cargo.

La misma solución se acoge en el artículo 98 del Decreto 1421 de 1993 para suplir las faltas absolutas y temporales del Personero del Distrito Capital:

"ARTÍCULO 98. Faltas absolutas y temporales. Son faltas absolutas y temporales del personero las previstas para el alcalde mayor en el presente decreto.

En los casos de falta absoluta, el Concejo elegirá personero para el resto del periodo. En las temporales, desempeñará el cargo el funcionario de la Personería que le siga en jerarquía."

En concordancia con esta última norma, el artículo 42 del Decreto 1421 de 1993 señala que son *faltas absolutas* la muerte, la renuncia aceptada, la declaratoria de nulidad de la elección, la destitución, la declaratoria de vacancia por abandono de cargo, la interdicción judicial y la incapacidad física permanente, y su no posesión dentro de los ocho (8) días iniciales del periodo sin que medie justa causa; y son *faltas temporales* las vacaciones, los permisos, las licencias, las comisiones oficiales, la incapacidad física transitoria, la suspensión por orden de autoridad competente, la suspensión provisional de la elección, y la desaparición forzada o involuntaria.

De acuerdo con las disposiciones citadas puede decirse que, como su nombre lo indica, *las faltas temporales* son aquellas en que la necesidad de provisión del empleo se genera por una ausencia *transitoria o pasajera* del personero titular, de quien es dable esperar que volverá a ocupar el cargo cuando desaparezca la causa que origina la vacancia (p.ej. permiso, licencia, vacaciones, etc.). En estos casos, tanto en el régimen general de los municipios, como en el especial de Bogotá, el cargo se provee transitoriamente con el funcionario que le siga en jerarquía al personero. Si este último no reúne los requisitos para ocupar el cargo se habilita al concejo municipal para escoger transitoriamente a otra persona que reúna las calidades exigidas en la ley.

Por el contrario, las faltas definitivas se presentan cuando se tiene certeza de que el personero que había sido elegido para un determinado periodo no volverá a ocupar el cargo, caso en el cual se ordena hacer *una nueva elección para lo que resta del periodo legal*. En estos casos la norma parte del supuesto de que ha habido elección de personero en propiedad pero que la persona elegida no podrá terminar su periodo, lo que justifica una nueva elección por el tiempo restante.

De acuerdo con lo anterior, la hipótesis consultada -vencimiento del periodo del personero sin que se haya elegido su remplazo- presenta una situación *sui generis*, pues la vacancia tiene formalmente *carácter absoluto (definitivo)* en la medida que su causa es irreversible y existe certeza de que no hay un titular elegido que pueda volver a ocupar el cargo¹⁴; sin embargo, es claro también que la provisión del empleo no podría hacerse para el resto del periodo -como se dispone en la ley para las faltas absolutas-, sino de forma transitoria mientras que se hace la elección del nuevo personero previo concurso publico de méritos. Por tanto, se trata de un supuesto que formalmente correspondería a una vacancia absoluta pero que *materialmente* solo admitiría una provisión transitoria.

Frente a este problema la Sala observa que con independencia de la calificación de la vacancia, la competencia para la provisión provisional del cargo de personero solo puede corresponder al concejo municipal, pues además de ser la autoridad nominadora de ese cargo, tiene la función general de resolver sobre sus faltas absolutas o temporales.

Además los concejos municipales son los encargados de resolver las situaciones administrativas de los personeros (aceptación de renunciaciones, concesión de licencias, vacaciones y permisos, etc. -artículo 172 de la Ley 136 de 1994) y, en cualquier caso, tienen la función de organizar las personerías y las contralorías municipales y distritales y dictar las normas necesarias para su funcionamiento (artículos 32 numeral 8° de la Ley 136 de 1994 y 12 numeral 15 del Decreto 1421 de 1993), todo lo cual ratifica su competencia en esta materia .

en el ejercicio de la función pública de las personerías, más aun cuando esa interrupción se estaría generando por el incumplimiento del deber que tienen los concejos municipales de elegir oportunamente a dichos funcionarios, situación que en ningún caso puede traducirse en la ausencia de control en las entidades territoriales.

Por otro lado, la Sala recuerda que las normas deben ser interpretadas a la luz de los principios de armonización, prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y efecto útil, de manera que se permitan su máxima efectividad sin romper su sentido y unidad normativa¹⁵. Como ha señalado la jurisprudencia, el principio de *efecto útil de la norma* debe servir para orientar la norma legal a *contenidos constitucionales que garanticen la efectividad del derecho sustancial*¹⁶, que en el caso analizado no es otro que la garantía de continuidad en la función pública de las personerías mientras se hace la elección de quien debe ocupar el cargo en propiedad.

En este sentido, la Sala observa que calificación de una vacancia como temporal o definitiva no depende del procedimiento futuro que se establezca para la designación en el ordenamiento legal, sino de la situación en que se encuentra el cargo, esto es, con un titular en diferentes situaciones administrativas temporales que no le permiten ejercerlo (permiso, licencia, comisión, vacaciones, en encargo de otro empleo, suspendido), o simplemente en el caso de que no existe una persona titular del empleo.

Por lo tanto, la definición de la vacancia alude a determinar si el titular se encuentra desvinculado en forma transitoria, caso en el cual se presenta una vacancia temporal, o si no existe titular en el empleo, por las diferentes causales previstas en la ley y en el reglamento, caso en el cual se presenta una vacancia definitiva.

Los artículos 2.2.5.2.1 y 2.2.5.2.2 del Decreto 1083 de 2015, aplicable a las entidades de la Rama Ejecutiva del poder público, regulan los casos de vacancia definitiva y de vacancia temporal, y son aplicables en la medida en que no exista norma expresa y especial para el régimen del Distrito Capital. Para la vacancia definitiva se considera, en el numeral 12 de la primera norma en cita, que un empleo tiene esta vacancia, entre otras, por las causales que determine la Constitución Política y las leyes.

En este caso, si el Personero titular ha terminado su función por expiración del plazo legal, esto es, por disposición legal, se presentara una vacancia definitiva a partir de esta fecha.

Sobre el cargo de Personero, la Sala encuentra que ni la norma especial (Decreto 1421 de 1993), ni la norma general (Ley 136 de 1994) consagran la situación consultada, pues ninguna de ellas regula en forma expresa la entidad competente o la forma de proveer el cargo, una vez retirado el titular por vencimiento del periodo, mientras se adelanta el concurso de méritos. Sin embargo, esto no presupone la indefinición del tema, pues una interpretación sistemática y finalista, acorde con los principios constitucionales citados, deberá garantizar la continuidad de la importante función administrativa asignada a los personeros municipales.

Lo anterior indica entonces que en la solución del asunto consultado se debe dar primacía a lo sustancial (el tipo de provisión que debe hacerse) sobre lo formal (la calificación que desde un punto de vista teórico pudiera darse a la vacancia) y garantizar la continuidad de la función pública de las personerías, todo esto sin anular o restar importancia al deber de los concejos municipales de adelantar con la mayor brevedad posible el respectivo concurso público de méritos para el nombramiento de un personero en propiedad.

En consecuencia la Sala considera que frente a la segunda pregunta de la consulta, nada impide aplicar las reglas previstas para la provisión de las faltas del personero, mediante la figura del encargo a un funcionario de la misma personería, inicialmente previsto para el caso de faltas temporales, como quiera que de lo que se trata es de proveer el cargo *transitoriamente* -mientras el concejo municipal o distrital adelanta o finaliza con éxito el concurso público de méritos previsto en la ley- y no de forma definitiva. Lo anterior también porque aun si se aceptara que la hipótesis consultada es sin más una forma de vacancia definitiva, en cualquier caso sería inviable aplicar la solución prevista para suplir este tipo de faltas, en tanto que no cabría hacer una elección *para el resto del periodo y sin concurso publico de méritos*.

En consecuencia, si se vence el periodo de un personero y no se ha elegido a quien debe remplazarlo (previo concurso publico de méritos como ordena la ley), no hay impedimento para que el cargo sea desempeñado transitoriamente por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía, siempre que reúna los requisitos para ocupar ese empleo, tal como lo disponen los artículos 172 de la Ley 136 de 1994 y 98 del Decreto 1421 de 1993 citados anteriormente. En caso de que el funcionario que sigue en jerarquía no reúna los requisitos de ese empleo o que simplemente dicho funcionario no exista (que en esencia responde al mismo supuesto jurídico y por tanto exige la misma solución), el concejo municipal deberá hacer la designación de un personero por un periodo temporal o transitorio, mientras culmina el concurso publico de méritos que debe adelantarse. En todo caso, se reitera, quien se designe debe reunir las calidades para ocupar el cargo (parte final del artículo 172 de la Ley 136 de 1994, aplicable también al Distrito Capital por no haber norma especial en el Decreto 1421 de 1993 que regule esa situación).

Finalmente, como quiera que la realización del concurso publico de méritos para la elección de los personeros es un imperativo legal irrenunciable para los concejos municipales y que los personeros tienen un periodo legal que dichas corporaciones no pueden reducir injustificadamente mediante la dilación indebida de ese procedimientos de selección, la Sala considera que resulta aplicable el límite temporal de tres (3) meses que establece el artículo 2.2.5.9.9., del Decreto 1083 de 2015 para los encargos de empleos públicos de libre nombramiento y remoción.

Si bien la naturaleza del cargo de personero no corresponde a un empleo de esa naturaleza, el límite temporal de tres (3 meses) es más adecuado desde el punto de vista constitucional que el de seis (6) meses previsto para los encargos en empleos de carrera administrativa pues, como se ha explicado, el ejercicio regular y continuo de la función pública de las personerías exige *la provisión definitiva* del empleo a la mayor brevedad posible. De hecho, como se puede advertir, la situación planteada en la consulta es por si misma anómala, ya que los concejos municipales debieron elegir personero dentro de los plazos señalados en la ley, de forma que se garantizara la continuidad institucional entre el

funcionario saliente y el entrante; por tanto, frente a esa irregularidad, los límites temporales para el encargo del empleo de personero deben interpretarse de manera restrictiva.

Con base en lo anterior,

(III) La Sala RESPONDE:

1. ¿La elección del Personero del Distrito Capital deberá adelantarse de conformidad con lo previsto en el Decreto 1421 de 1993, artículo 97, y el Acuerdo 348 de 2008, o lo señalado en la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 de 2014, compilado en el Título 27 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015?

La elección del personero distrital de Bogotá se regula tanto por el artículo 97 del Decreto 1421 de 1993 (competencia del concejo distrital, plazo para hacer la elección, periodo del personero e inhabilidades para ocupar el cargo) como por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 y el Decreto Reglamentario 2485 de 2014, compilado en el Título 27 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015 (elección de personero mediante el procedimiento de concurso público de méritos).

Los artículos 107 y 108 del Acuerdo 348 de 2008, por el cual se expide el reglamento del Concejo de Bogotá, perdieron fuerza ejecutoria y no son aplicables actualmente en la medida que en ellos se acude a un procedimiento de selección de personero distrital diferente al concurso público de méritos previsto en la ley.

"2. Ante la declaratoria de desierto del proceso de concurso público de mérito para la elección de personero, se pregunta:

2.1 ¿Qué clase de vacancia se presenta en tal caso?

2.2 ¿En el evento de considerarse una vacancia definitiva, cuál es el procedimiento a seguir para su provisión mientras se adelanta el concurso de méritos?

2.3 ¿A quién se designa personero mientras se surte el concurso público de méritos, en los municipios, cuando no existe dentro de la nómina otro funcionario de la personería que se pueda encargar?"

Con independencia de la denominación formal del tipo de vacancia que se presenta en la hipótesis consultada, el cargo de personero solo puede ser provisto de manera transitoria y por el tiempo estrictamente necesario para adelantar o culminar el concurso público de méritos que permita su elección.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 172 de la Ley 136 de 1994 y 98 del Decreto 1421 de 1993, si vencido el periodo de un personero no se ha producido la elección de quien ha de remplazarlo, el empleo podrá ser desempeñado temporalmente por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía, siempre que reúna los requisitos para ocupar el cargo, mediante la figura de encargo por parte del concejo municipal.

Si el funcionario que sigue en jerarquía no reúne los requisitos del cargo o dicho funcionario no existe en la nómina de la personería, el concejo municipal o distrital deberá designar en forma temporal o transitoria a un personero para garantizar la continuidad en el cumplimiento de las funciones administrativas de las personerías. La persona que se designe en tal eventualidad también deberá reunir las calidades para ocupar el cargo.

En cualquier caso las anteriores designaciones son transitorias, no pueden superar los tres (3) meses y en ningún caso liberan al concejo municipal o distrital de su obligación de adelantar con la mayor celeridad posible el concurso público de méritos que permita la elección definitiva del personero.

Remítase al Ministro del Interior, a la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

GERMAN BULA ESCOBAR

Presidente de la Sala

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Consejero de Estado

LUCIA MAZUERA ROMERO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Modificado por el Acto Legislativo 1 de 2000. Se transcribe el texto vigente con la respectiva modificación.
- 2 Sentencia C-778 de 2001. Ver también Concepto 2058 del 25 de mayo de 2011 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.
- 3 Sentencia C-837 de 2001, reiterada en Sentencia C-950 de 2001.
- 4 Sentencia C-778 de 2001.
- 5 Sentencia C-198 de 1998.
- 6 "ARTÍCULO 35. El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedara así: "Los Concejos Municipales o distritales seg(m el caso, elegirán personeros para periodos institucionales de cuatro (4) anos, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su periodo constitucional, previo concurso publico de méritos (...)." (Se resalta).
- 7 La consideración del concurso publico de méritos como una norma de procedimiento y no de competencia se reitera en diversos apartes de la Sentencia C-105 de 2013, en la cual se señaló: "(...) la Carta Política no solo avala este tipo de procedimiento para la elección de funcionarios de libre nombramiento y remoción y de los que se encuentran sometidos a un período fijo (como los personeros), sino que además, sus finalidades justifican su aplicación en las hipótesis que cuestiona el demandante. Por un lado, este mecanismo de vinculación facilita y promueve la consecución de los fines estatales, en la medida en que su objeto es justamente la identificación de las personas que reúnen las condiciones para ejercer óptimamente el respectivo cargo, y que por tanto, pueden contribuir eficazmente a lograr los objetivos y metas de las entidades públicas. Por otro lado, por tratarse de procedimientos abiertos, reglados y formalizados, en los que las decisiones están determinadas por criterios y pautas objetivas, garantizan los derechos fundamentales de acceso a la función pública, el debido proceso en sede administrativa, y al trabajo."
- 8 Modificado por el artículo 2° de la Ley 1031 de 2006. Cabe aclarar que el artículo 96 del Decreto 1421 de 1993 que se refería también a las condiciones y requisitos para ser Personero Distrital fue derogado expresamente por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000.
- 9 Las demás disposiciones son: artículo 98 (faltas absolutas y temporales); artículo 99 (atribuciones como agente del Ministerio Publico); artículo 100 (veedor ciudadano); artículo 101 (defensor de los derechos humanos; artículos 102 (atribuciones especiales); artículo 103 (prohibiciones); y artículo 104 (autonomía y control posterior).
10. Conceptos 2246 y 2274 de 2015 sobre elección de procuradores y contralores, respectivamente.
- 11 Sentencia C-105 de 2013: "Por un lado, de acuerdo con los artículos 118 y 277 de la Carta Política, a las 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."
- 12 Sentencia C-105 de 2013. Sobre la función que cumple el concurso público de méritos en la Constitución Política pueden verse también las Sentencias C-588 de 2009 y T-808 de 2007.
- 13 Ley 136 de 1994. Artículo 169. Corresponde al personero municipal o distrital en cumplimiento de sus funciones de Ministerio Publico 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.
- 14 La Sala ha indicado que el vencimiento del periodo produce la desinvestidura automática del cargo y, por ende, la separación inmediata del mismo. Conceptos 2095 de 2012 y 2276 de 2015. En este último se indicó: "En relación con esto último es pertinente aclarar que el Concepto 1860 de 2007 que se cita per el organismo consultante, advierte de manera expresa que el artículo 281 de la Ley 4 de 1913 no se aplica cuando existen disposiciones especiales para proveer las vacancias temporales o absolutas, ni tampoco en relación con los cargos de elección cuyo periodo está fijado por la Constitución o la ley (periodos institucionales), pues en estos eventos el vencimiento del periodo produce la separación inmediata del cargo(...)".
- 15 Sentencia C-1017 de 2012 en relación con la aplicación de estos principios en la aplicación de la Constitución: "No sobra recordar que los preceptos constitucionales se someten al *principio de armonización*, conforme al cual "la Constitución debe ser abordada como un sistema armónico y coherente, de tal forma que la aplicación de una norma superior no debe contradecir o agotar el contenido de otras disposiciones constitucionales, sine que debe buscarse, en lo posible, interpretaciones que permitan la máxima efectividad de todas las normas de la Constitución"; así como al *principio de efecto útil* que exige que entre dos sentidos posibles de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro no, debe preferirse necesariamente el primero."
16. Sentencia C-929 de 2014.

Fecha y hora de creación: 2024-11-22 10:40:37